

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. Thomas Rotsch, 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, Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Schriftleitung: 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: Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Wagner

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Frederike Emme

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Öffentliches Recht

Die Medienaufsicht über private Rundfunkveranstalter unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Bayern

Von Stud. iur. Carolin Losch, Regensburg 451

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Zur Haftung für rechtswidrige Bewertungen auf Bewertungsplattformen

Von Stud. iur. Julien Schickling, Frankfurt am Main 459

Strafrecht

Die sittenwidrige Körperverletzung im Sinne des § 228 StGB

Von Wiss. Mitarbeiter Jan Renniecke, Göttingen 465

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Fortgeschrittenenklausur: Die Kündigungsverzichtsklausel

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas David Brinkmann, Bielefeld 471

Anfängerklausur: Freud und Leid liegen nah beieinander

Von RAin Konstantina Ntzemou, Wiss. Mitarbeiterin Julia Oidtman, Aachen 477

Öffentliches Recht

Fortgeschrittenenklausur: Probleme mit der Pension

Von Stud. iur. Manuel Beh, Trier 483

ÜBUNGSFÄLLE*Öffentliches Recht***Fortgeschrittenenhausarbeit: Unfrieden am Friedberger Weiher – Teil 1**

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Renate Penßel, Erlangen 492

*Strafrecht***Schwerpunktbereichsklausur: Zuständig? Selbständig? Irrig?**

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Scarlett Jansen, Bonn 503

Fortgeschrittenenklausur: Ein Einhorn auf Abwegen

Von Wiss. Mitarbeiter Leon Böhm, LL.B., M.A., Mainz, Wiss. Mitarbeiter Christoph Hautkappe, LL.B., M.A., Wiesbaden 509

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN*Zivilrecht***OLG Koblenz, Beschl. v. 14.6.2019 – 2 U 1260/17****(Zur Unwirksamkeit von AGB-Klauseln in Reiseverträgen über die automatische Buchung von Trinkgeld auf dem Bordkonto des Passagiers)**

(Diplom-Jurist [Univ.] Tino Haupt, Würzburg) 519

*Strafrecht***BGH, Beschl. v. 8.5.2019 – 5 StR 146/19****(Missbrauch von Ausweispapieren)**

(Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M. [Krakau], Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. Katrin Prechtel, Passau) 522

BGH, Urt. v. 19.6.2019 – 5 StR 128/19**(Voraussetzungen des Heimtückemordes bei vermeintlicher Tötung zum Besten des Opfers)**

(Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz) 525

BGH, Urt. v. 1.8.2018 – 3 StR 651/17**(Error in persona bei Mittäterschaft)**

(Wiss. Mitarbeiter Dr. Martin Heuser, Regensburg) 529

VARIA*Strafrecht***Strafrechtsvergleichung als Gegenstand der juristischen Ausbildung und als Kulturaustausch****Bericht zum deutsch-griechischen Seminar „Criminal Law Perspectives on Use and Trading of Drugs“**

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Thomas Schröder, Stud. iur. Tobias Stiewe, Heidelberg 538

Die Medienaufsicht über private Rundfunkveranstalter unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Bayern

Von Stud. iur. **Carolin Losch**, Regensburg*

Einleitung

Der Aufsatz beschäftigt sich mit der Medienaufsicht über private Rundfunkveranstalter und soll damit die meist vorrangig behandelte Aufsicht über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ergänzen. Besonderes Augenmerk wird auf die grundlegend andere Rechtslage in Bayern gelegt, wo landesverfassungsrechtlich eine öffentlich-rechtliche Trägerschaft des Rundfunks normiert ist. Dabei wird jedoch herausgearbeitet, dass – vor allem aufgrund einschlägiger Verwaltungsgerichtsrechtsprechung – die Unterschiede zwischen den Bundesländern weitestgehend beseitigt wurden. Das Thema weist unter anderem Schnittstellen zur allgemeinen Grundrechtsdogmatik auf und zeigt, wie landesrechtliche Unterschiede durch die Rechtsprechung ausgeräumt werden.

I. Medienaufsicht als Garant für die Staatsfreiheit des Rundfunks

„Ganz schön retro“ – so lautet der Titel eines Artikels über die Medienaufsicht in Deutschland.¹ Denn die Diskussion darüber, welchen Vorgaben Aufsichtsgremien hinsichtlich ihrer Transparenz und Staatsfreiheit genügen müssen, liegt, was den öffentlich-rechtlichen Rundfunk angeht, eigentlich bereits weit zurück.² Nun wurde das Thema wieder aktuell in Anbetracht der Ernennung von Politikern als Direktoren von Landesmedienanstalten, wie in Rheinland-Pfalz im Jahr 2016.³ Die Freiheit von staatlichen Einflüssen stellt neben dem Pluralismusgebot und der Programmfreiheit eine zentrale Säule im Bereich des Rundfunks dar.⁴ Die Rundfunkfreiheit wird durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet und vom BVerfG wegen der Breitenwirkung des Mediums wiederholt als wesentlicher Bestandteil unserer Gesellschaft hervorgehoben.⁵ Rundfunk Sorge für einen freien Austausch und eine umfassende Darstellung aller Meinungen und wird deswegen vom BVerfG auch als „dienende Freiheit“ verstanden, die positiv ausgestaltet werden muss und trotz des Wegfalls

* Die Verf. ist Studentin der Universität Regensburg und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht von Prof. Dr. Jürgen Kühling.

¹ <https://www.sueddeutsche.de/medien/medienaufsicht-ganz-schoen-retro-1.3830366> (27.11.2019).

² BVerfGE 12, 205 (259 ff.) – Deutschland-Fernsehen; 73, 118 (152 f.) – Niedersachsen; Schwartmann, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, S. 76 Rn. 55 ff.

³ <https://www.sueddeutsche.de/medien/medienaufsicht-ganz-schoen-retro-1.3830366> (27.11.2019).

⁴ Schwartmann (Fn. 2), S. 83 Rn. 72.

⁵ U.a. BVerfGE 90, 60 (87); 119, 181 (214 f. Rn. 116); Schwartmann (Fn. 2), S. 55 f. Rn. 8.

der Frequenzknappheit bestehen bleibt.⁶ Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, ist eine staatsferne Aufsicht nötig.⁷ Diese wird bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten von Rundfunkräten wahrgenommen, bei den privaten Anbietern extern von Landesmedienanstalten, die aus eben diesem Grund geschaffen wurden.⁸

Im Folgenden soll näher auf die Aufsicht der Landesmedienanstalten über private Rundfunkanbieter eingegangen werden. Sodann wird das bayerische Rundfunkmodell vorgestellt, das sich vom vorherrschenden System unterscheidet, und schließlich untersucht, inwiefern sich die Sonderstellung der für Bayern zuständigen „Bayerischen Landeszentrale für neue Medien“ (BLM) in der Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte widerspiegelt.

II. Die Aufsicht der Landesmedienanstalten im dualen Rundfunksystem

Nachdem die technischen Möglichkeiten dafür geschaffen waren, ließen auch private Rundfunkanbieter neben den öffentlich-rechtlichen Anstalten ihre Beiträge in die Programmlandschaft einfließen, sodass in Deutschland seitdem ein duales System vorherrscht, in dem die privaten Rundfunkprogramme eine nicht untergeordnete Rolle eingenommen haben.⁹ Letztere sollten für eine Auflockerung des öffentlich-rechtlichen Sendemonopols, eine Effizienzsteigerung der öffentlich-rechtlichen Angebote und eine unbegrenzte Meinungsbildung sorgen.¹⁰ Das BVerfG hält die Zulassung privater Anbieter zur Rundfunkveranstaltung auch für verfassungsgemäß, solange der Gesetzgeber für die Gewährleistung pluralistischen Meinungsaustauschs Sorge.¹¹ Dabei sollen die

⁶ BVerfGE 57, 295 (319 f.) – FRAG; 87, 181 (197) – Hessen 3; Bullinger, in: Badura/Dreier, Festschrift 50 Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 197; Fechner, Die Aufsicht über den Privatrundfunk in Deutschland, 2003, S. 15.

⁷ Hervorgehoben in BVerfGE 73, 118 (182); Schulze-Fielitz, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 259 f., 267.

⁸ BVerfGE 73, 118 (159, 161); Brocker, in: Schwartmann (Fn. 2), S. 148 Rn. 10; Schulze-Fielitz (Fn. 7), Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 260; Westphal, Föderale Privatrundfunkaufsicht im demokratischen Verfassungsstaat, 2007, S. 45 f., 50; Gundel, ZUM 2010, 770 (781).

⁹ Stettner, in: Fechner, Pluralismus, Finanzierung und Konvergenz als Grundfragen des Rundfunkrechts, 2010, S. 12; Beater, Medienrecht, 2007, S. 106 Rn. 243; Bethge, DÖV 2002, 673 (673); ALM GbR, Jahrbuch 2017, <https://www.die-medienanstalten.de/publikationen/jahrbuch/news/jahrbuch-2017/> (27.11.2019), S. 57 zum wachsenden Erfolg der bayerischen Lokalprogramme.

¹⁰ Ricker/Schiwy, Rundfunkverfassungsrecht, 1997, S. 191 f. Rn. 59 f.

¹¹ BVerfGE 57, 295 (321 f.) – FRAG; 73, 118 (153) – Niedersachsen.

öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten inhaltlich vor allem den Bedarf decken, dem die privaten Anbieter aufgrund ihres notwendigerweise wirtschaftlich ausgerichteten Agierens nicht nachkommen können.¹² Beide Institutionen genießen bezüglich der Programmfreiheit den gleichen Schutz, die privaten Anbieter müssen aber dabei nicht den strengen Vorgaben des Grundversorgungsauftrags nachkommen, sondern können sich gemäß § 25 RStV auf die grundlegende Darstellung der Meinungsvielfalt beschränken.¹³ Bei der Finanzierung und Organisation der zurzeit bundesweit 14 Landesmedienanstalten wurde normativ darauf geachtet, den Grundsätzen der Staatsfreiheit gerecht zu werden.¹⁴

1. Die Zuständigkeit der Landesmedienanstalten

Die Landesmedienanstalten sind neben der Förderung und dem Ausbau der technischen Grundlagen auch für die Zulassung und die Aufsicht der privaten Rundfunkveranstalter zuständig.¹⁵ Über die präventive Zulassungskontrolle hinaus handeln sie vor allem in repressiver Weise durch Überwachung, um Programmvielfalt und Gesetzesbindung zu sichern.¹⁶

Die Medienanstalten beaufsichtigen auf Basis der Landesgesetze die Anbieter im Hinblick auf die Einhaltung der Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrags, des Jugendmedienschutzstaatsvertrags und der Landesmediengesetze und entscheiden über korrespondierende Maßnahmen bei Verstößen.¹⁷ Darüber hinausgehende inhaltliche Beanstandungen sind wegen der Programmautonomie als wesentlicher Bestandteil der Rundfunkfreiheit der Anbieter unzulässig.¹⁸ Die wesentlichen Entscheidungen trifft ein plural zusammengesetztes Organ, das die vielfältigen Meinungen der Gesellschaft widerspiegeln soll.¹⁹ Bei Verstößen bundesweit ausgestrahlter Programme

ist gemäß § 39 S. 1 RStV der Rundfunkstaatsvertrag maßgebend,²⁰ nach dem gemäß § 38 Abs. 2 S. 2 RStV den Medienanstalten als Maßnahmen die Beanstandung, Untersagung, Rücknahme und der Widerruf zur Verfügung stehen. § 49 Abs. 1 RStV normiert Ordnungswidrigkeitstatbestände. Die Landesmediengesetze regeln Näheres zur Aufsicht, zusätzliche Maßnahmen und die Aufsicht für landesweite Programme.²¹

2. Zentralisierung der Aufgaben

Den Landesmedienanstalten stehen vermehrt bundeseinheitliche Institutionen zur Seite, die an ihrer Stelle Aufgaben übernehmen, um die Herausforderungen in Anbetracht der gegenwärtigen Digitalisierungs- und Globalisierungsvorgänge bewältigen zu können.²² Damit die Gleichbehandlung der Anbieter sichergestellt ist und Beschlüsse bundesweit durchgesetzt werden können, wurden verschiedene Gremien geschaffen, die der Landesmedienanstalt zur Seite stehen und deren Beschlüsse gemäß § 35 Abs. 9 S. 5 RStV Verbindlichkeitscharakter haben.²³ Darunter fallen gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 RStV die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK), die Gremienvorsitzendenkonferenz (GVK), die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM). Für diese Organe sind aufgrund dessen, dass sie nicht direkt für die inhaltliche Ausgewogenheit des Programms zuständig sind, auch geringere Anforderungen an die Staatsferne zu stellen, da der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks eben vor allem eine zunehmende Meinungsmacht verhindern soll.²⁴

3. Die Diskrepanz zwischen Vorgaben und Aufsichtspraxis

Trotz der zahlreichen Regelungen und der dahinter stehenden zustimmungswürdigen Ansätze besteht auch mit Blick auf die zunehmende Konvergenz der Medien Reformbedarf, sodass einige Stimmen sogar die Ersetzung der Landesmedienanstalten durch eine zentrale Bundesanstalt fordern.²⁵ Es werden eher kooperative Fördertätigkeiten als strenge Regulierungsmaßnahmen ergriffen und auch ansonsten wurde in der Aufsichtspraxis von Beginn an eher Zurückhaltung geübt. Dies liegt unter anderem an den nicht sehr weitreichenden Befugnissen der Medienanstalten und dem gleichzeitig vorhandenen politischen Druck, die Medien zu liberalisieren. Auch die

¹² BVerfGE 73, 118 (157 f.) – Niedersachsen; *Schulze-Fielitz* (Fn. 7), Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 54; *Beater* (Fn. 9), S. 106 Rn. 244; *Fechner*, Entscheidungen zum Medienrecht, 3. Aufl. 2018, S. 293.

¹³ BVerfGE 73, 118 (157 f.) – Niedersachsen; *Fechner*, Medienrecht, 18. Aufl. 2017, S. 305 f.; *Rossen-Stadtfeld*, in: *Binder/Vesting*, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV § 25 Rn. 40 f.; *Bethge*, DÖV 2002, 673 (674).

¹⁴ Für eine staatsfreie Organisation z.B. Art. 10 Abs. 4 BayMG, § 11 MStV, § 49 HPRG, § 41 LMedienG; *Brocker* (Fn. 8), S. 148 Rn. 10; *Kocks*, in: *Limper/Musiol*, Handbuch des Fachanwalts, 2. Aufl. 2017, S. 825 f. Rn. 151; *Westphal* (Fn. 8), S. 45 f.

¹⁵ *Kocks* (Fn. 14), S. 825 f. Rn. 151.

¹⁶ *Bumke*, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, S. 348 f., 378 f.; zu der zentralen Bedeutung der Verhinderung von Meinungsmacht BVerfGE 57, 295 (322 f.) – FRAG; *Hain*, K&R 2006, 325 (330), der die Notwendigkeit der Sonderregulierung hervorhebt.

¹⁷ *Malzanini*, in: *Schiwy/Schütz/Dörr*, Medienrecht, 5. Aufl. 2010, S. 21.

¹⁸ *Beater* (Fn. 9), S. 711 Rn. 1777; *Schulze-Fielitz* (Fn. 7), Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 103, 267.

¹⁹ *Kocks* (Fn. 14), S. 826 Rn. 151.

²⁰ *Brocker* (Fn. 8), S. 147 Rn. 8; *Hege*, in: *Schiwy/Schütz/Dörr* (Fn. 17), S. 337.

²¹ *Schuler-Harms*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 13), RStV § 38 Rn. 8 ff.; *Schwartzmann* (Fn. 2), S. 91 Rn. 88.

²² *Westphal* (Fn. 8), S. 55 f.

²³ *Brocker* (Fn. 8), S. 149 Rn. 11; *Gröpl*, ZUM 2009, 21 (22).

²⁴ *Schulze-Fielitz* (Fn. 7), Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 46; *Schuler-Harms* (Fn. 21), RStV § 35 Rn. 35; die dortige Staatsnähe kritisch sieht *Stettner*, in: Bayerische Landeszentrale für neue Medien, BLM-Symposium Medienrecht 2010, 2011, S. 84.

²⁵ *Vesting*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 13), Einf. Rn. 18 f.; *Fechner* (Fn. 6), S. 71; *Sporn*, K&R 2009, 237 (242); *Hain*, K&R 2006, 325 (336); die zunehmende Zentralisierung kritisch sieht *Stettner* (Fn. 9), S. 14 f.

unbestimmten Begriffe des Rundfunkstaatsvertrages erschweren die Regulierungstätigkeit.²⁶

Zwar ist der private Rundfunk im Gegensatz zum öffentlich-rechtlichen von strengen inhaltlichen Anforderungen befreit, sodass auch die Aufsicht nicht den strengsten Erwartungen genügen muss und ein ausreichender Beitrag zum Ziel durch pflichtgemäße Beaufsichtigung und sinnvolle Auswahl der Maßnahmen bei Verstößen ausreicht.²⁷ Trotzdem sollten die Medienanstalten ihre Befugnisse mutiger einsetzen und sich so einer effektiven Aufsicht annähern.²⁸

4. Zwischenergebnis

In Deutschland herrscht also ein duales Rundfunksystem, in dem sich öffentlich-rechtliche und private Anbieter mehr oder weniger auf Augenhöhe gegenüberstehen. Dabei werden die privaten Anbieter von den Landesmedienanstalten beaufsichtigt und – wenn auch eher zurückhaltend – reguliert, um die Einhaltung der Gesetze sicherzustellen. Zusätzlich werden ihre Aufgaben zunehmend zentralisiert, sodass bundesweit eine einheitliche Aufsicht verwirklicht werden kann.

III. Der bayerische Sonderweg

Was mit einem Volksbegehren vor über 45 Jahren begann, brachte mit der Einführung des Art. 111a BV eine Sonderstellung Bayerns in der Bundesrepublik mit sich, da sich das damit eingeführte System von dem der anderen Länder grundlegend unterscheiden sollte.²⁹ Die Formulierung der Garantie der Rundfunkfreiheit in Absatz 1 lässt die Orientierung des bayerischen Gesetzgebers an der Rechtsprechung des BVerfG erkennen. Hinsichtlich der darin enthaltenen Gewährleistungen ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede. Auch die Bayerische Verfassung versteht die Rundfunkfreiheit als dienende Freiheit, die frei von staatlichen Einflüssen ausgestaltet werden muss.³⁰

Die bemerkenswerte Sonderregelung ist die des Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV. Hiernach wird Rundfunk in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betrieben. Dadurch wird ein duales System ausgeschlossen, sodass es privaten Rundfunk als solchen rechtlich nicht gibt.³¹ Ein

solches grundsätzliches Verbot stellte auch der BayVerfGH früh klar.³² Bei strenger Interpretation des Wortlauts könnte man meinen, die Zulassung privater Rundfunkangebote sei nun generell unzulässig. Praktisch wurde die Norm jedoch von Beginn an anders interpretiert, sodass auch private Programme unter der Trägerschaft der BLM existieren.³³ Das Bayerische Mediengesetz setzt dabei die verfassungsrechtliche Vorgabe der öffentlich-rechtlichen Trägerschaft um.³⁴ Gemäß Art. 2 Abs. 1 BayMG wird Rundfunk in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft der BLM betrieben. Sie ist damit neben dem Bayerischen Rundfunk (BR) die einzige Rundfunkveranstalterin Bayerns und organisiert gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 BayMG die Beiträge der Anbieter.³⁵ Anders als im dualen System muss also aufgrund dieser Besonderheit von der BLM sichergestellt werden, dass das von den Anbietern gestaltete Programm, wie das des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die Ausgewogenheit des Gesamtprogramms, so auch in Art. 111a Abs. 1 S. 6 BV normiert, leistet.³⁶

1. Die rechtliche Zulässigkeit des Art. 111a BV

Diese grundlegende Andersartigkeit wirft selbstverständlich Fragen bzgl. der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht auf.

Bayerische, verfassungsrechtlich relevante Eingriffe müssen immer auch die Anforderungen sowohl des Grundgesetzes als auch der Bayerischen Verfassung erfüllen. Das Grundgesetz wirkt dabei auf die landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen ein.³⁷ Beim Verhältnis zwischen Bundes- und Landesverfassung ist insbesondere Art. 142 GG zu beachten, nach dem landesverfassungsrechtliche Gewährleistungen in Kraft bleiben, solange sie mit den grundgesetzlichen übereinstimmen. Wenn dieser nicht erfüllt wäre, müsste auf Art. 31 GG zurückgegriffen werden, der festsetzt, dass im Konfliktfall das Bundesrecht den Vorrang hat.³⁸ Landesverfassungsrecht, das inhaltlich der bundesverfassungsrechtlichen Norm nicht widerspricht, also auch im Schutz weitergehendes oder möglicherweise sogar zurückbleibendes Recht, bleibt aber in Kraft. Art. 142 GG bekräftigt dabei in gewisser Weise zusätzlich diesen Grundsatz.³⁹ Da sich die Gewährleistungen der Rundfunkfreiheit im Grundgesetz und der Bayerischen Verfassung jedoch weitestgehend entsprechen und der öffentlich-rechtliche Rundfunk für die von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geforderte Staatsfreiheit und Meinungsvielfalt sorgt und auch die Grundversorgung übernimmt, ist Art. 142 GG erfüllt.⁴⁰

²⁶ *Fechner* (Fn. 6), S. 28; *Rossen-Stadtfeld* (Fn. 13), RStV § 25 Rn. 21, 33, 70 f.

²⁷ *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 272.

²⁸ So auch *Fechner* (Fn. 6), S. 71 f., der von einem völligen Versagen der Privatrundfunkregulierung spricht; *Bumke* (Fn. 16), S. 379 Fn. 520.

²⁹ *Stettner*, in: *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle*, Kommentar zur Bayerischen Verfassung, 12. Lfg., Stand: Juni 2003, Art. 111a Rn. 1, 44.

³⁰ BayVerfGH NVwZ 1987, 213; *Krausnick*, in: *Meder/Brechmann*, Kommentar zur Bayerischen Verfassung, 5. Aufl. 2014, Art. 111a Rn. 2 ff., 20; *Möstl*, in: *Lindner/Möstl/Wolff*, Kommentar zur Bayerischen Verfassung, 2. Aufl. 2017, Art. 111a Rn. 7; *Hesse*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 13), RStV § 64 Rn. 1.

³¹ *Möstl* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 2; *Hesse* (Fn. 30), RStV § 64 Rn. 3.

³² BayVerfGH 30, 78 (95); 39, 96 (137 ff.).

³³ *Krausnick* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 12.

³⁴ *Hesse* (Fn. 30), RStV § 64 Rn. 2.

³⁵ *Balda*, Die duale Rundfunkordnung und der öffentlich-rechtliche Sonderweg des Freistaates Bayern, 1997, S. 46 f.; *Krausnick* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 12.

³⁶ *Möstl* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 18.

³⁷ BVerfGE 13, 54 (80); *Krausnick* (Fn. 30), Art. 98 S. 1–3 Rn. 57.

³⁸ *Lorenzmeier*, BayVBl. 2013, 652 (653).

³⁹ *Dreier*, in: *Dreier*, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 31 Rn. 31, 39 f.

⁴⁰ *Stettner* (Fn. 29), Art. 111a Rn. 77; *Krausnick* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 14, Art. 98 S. 1–3 Rn. 58; *Degenhart*, ZUM

Auch die Vereinbarkeit mit Völkerrecht, speziell mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, die in Deutschland die Stellung eines einfachen Bundesgesetzes einnimmt,⁴¹ ist insoweit gewährleistet. Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV würde lediglich dann gegen die Konvention, insbesondere gegen Art. 10 EMRK, verstoßen, wenn der private Rundfunk vollständig verboten wäre, also ein öffentliches Monopol bestünde, wie es für Österreich vom EGMR bestätigt wurde.⁴² In Bayern können private Anbieter jedoch gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 BayMG Beiträge in die Programmlandschaft einfließen lassen, sodass kein öffentliches Monopol besteht und die Vereinbarkeit mit Art. 10 EMRK gegeben ist.⁴³

Der BayVerfGH akzeptierte bereits früh den öffentlich-rechtlichen Trägerschaftsvorbehalt und sah in der landesverfassungsrechtlichen Regelung das Verbot einer dualen Rundfunkordnung. Auch das BVerfG geht von einer grundsätzlichen Wahlfreiheit dahingehend aus, welches System der jeweilige Gesetzgeber zur Organisation des Rundfunks wählt. Er müsse lediglich die Gewährleistung von Meinungsvielfalt sicherstellen.⁴⁴ Das BVerfG stellte klar, dass der BayVerfGH berechtigt war, Art. 111a BV in dem Sinne auszulegen, dass die unmittelbare Rundfunkveranstaltung durch private Anbieter verboten ist.⁴⁵ Auch das BVerfG ließ somit die Grundkonstruktion des bayerischen Systems unangetastet, sodass dem bayerischen Sonderweg keine grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen.⁴⁶

2. Grundrechtsträgerschaften im bayerischen Modell

Aufgrund der Tatsache, dass die BLM gemäß Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 BayMG normativ alleinige Veranstalterin ist, tritt die Frage auf, ob sich die privaten Anbieter überhaupt auf die Rundfunkfreiheit berufen können.

a) Der Weg zur Anerkennung der Grundrechtsträgerschaft der Anbieter

In seiner Leitentscheidung vom 21.11.1986⁴⁷ und seiner darauffolgenden Rechtsprechungspraxis erklärte der BayVerfGH, dass allein die BLM Trägerin der Rundfunkfreiheit aus Art. 111a BV sein könne und den privaten Anbietern hieraus

kein Zulassungsanspruch zustehe.⁴⁸ Er stellte aber auch klar, dass es der BLM möglich sein müsse, ausreichend auf das Rundfunkprogramm gestaltend einzuwirken, und sie dieses verantworten müsse, um dem Trägerschaftsvorbehalt gerecht zu werden. Die Übernahme der wesentlichen Organisations-tätigkeiten sei also wegen der geltenden Rechtslage notwendig.⁴⁹ Wegen der Qualifikation als Veranstalterin nach dem Bayerischen Mediengesetz erscheint es nur folgerichtig, zumindest der BLM die Grundrechtsträgerschaft zuzuerkennen.⁵⁰

Das BVerfG traf in seiner extra-radio-Entscheidung⁵¹ einschränkende Feststellungen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen BLM und Privatanbietern. Ob die BLM dahingehend selbst Trägerin der Rundfunkfreiheit sein kann, wurde im Beschluss nicht entschieden, aber den Anbietern wurde darin jedenfalls Grundrechtsschutz zugesagt. Denn das BVerfG sah letztere als eigentliche Veranstalter an, da diese die Programmgestaltung als Kernaufgabe der Rundfunkveranstaltung wahrnehmen, sodass ihnen, selbst in der Zulassungsphase, der grundgesetzliche Schutz nicht versagt werden könne. Aufgaben der BLM seien nämlich lediglich die Genehmigung und Kontrolle der Programme hinsichtlich ihrer Ausrichtung und Einhaltung der Programmgrundsätze, alleinige weisungsfreie Produzenten seien dagegen die Anbieter.⁵²

Nichtsdestotrotz hielt der BayVerfGH nach extra-radio am herrschenden System fest und erkannte zunächst weiter allein die BLM als Trägerin von Art. 111a BV an, sprach aber den Anbietern das Recht aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu. Der BLM wurde nach wie vor der nötige Einfluss und die Letztverantwortung im Sinne des Bayerischen Mediengesetzes zugesagt.⁵³ Kurze Zeit später gab der BayVerfGH diese Differenzierung jedoch weitestgehend auf und sieht nun auch die Anbieter als durch Art. 111a Abs. 1 S. 1 BV geschützt. Man müsse zudem die grundgesetzliche Gewährleistung bei der Auslegung und Anwendung des bayerischen Verfassungsrechts beachten.⁵⁴ Dass die BLM nun im Verhältnis zu den Anbietern einerseits grundrechtsberechtigt, andererseits aber auch -verpflichtet ist, begegnet keinen Bedenken.⁵⁵

2003, 913 (918 f.); Zweifel daran hegt *Lorenzmeier*, BayVBl. 2013, 652 (653 f.).

⁴¹ *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 7), Vorb. Rn. 29.

⁴² EGMR AfP 1994, 281 (283) – Informationsverein Lentia; *Krausnick* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 15; *Stettner* (Fn. 29), Art. 111a Rn. 21.

⁴³ So auch *Krausnick* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 15; a.A. *Lorenzmeier*, BayVBl. 2013, 652 (654).

⁴⁴ BVerfGE 57, 295 (321 f.); 83, 238 (315); umfassend *Stettner* (Fn. 29), Art. 111a Rn. 30, der die Zulässigkeit solch einer landesverfassungsrechtlichen Regelung als grundlegend ansieht.

⁴⁵ BVerfGE 97, 298 (315) – extra-radio.

⁴⁶ *Stettner* (Fn. 29), Art. 111a Rn. 34.

⁴⁷ BayVerfGHE 39, 96 (145); *Stettner* (Fn. 29), Art. 111a Rn. 46.

⁴⁸ Beispielhaft BayVerfGHE 43, 170 (181); 46, 191 (198); *Krausnick* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 29.

⁴⁹ BayVerfGHE 39, 96 (138); *Bornemann*, in: *Bornemann/v. Coelln/Hepach/Himmelsbach/Lörz*, Kommentar zum Bayerischen Mediengesetz, Bd. 1, 42. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 10 Rn. 10.

⁵⁰ *Stettner* (Fn. 29), Art. 111a Rn. 51.

⁵¹ BVerfGE 97, 298 – extra-radio.

⁵² BVerfGE 97, 298 (311 ff.) – extra-radio; zust. v. *Hutten*, Rundfunkfreiheit und Programmfreiheit nach bayerischem Verfassungsrecht und Grundgesetz – das Ende des bayerischen Sonderwegs?, 2006, S. 92.

⁵³ BayVerfGHE 54, 165 (170 f.); 56, 1 (5); *Stettner* (Fn. 29), Art. 111a Rn. 42.

⁵⁴ BayVerfGHE 56, 1 (5); 58, 137 (144 f.); so auch BVerfGE 97, 298 (315) – extra-radio.

⁵⁵ BVerfGE 97, 298 (314) – extra-radio; *Bornemann*, in: *Bornemann* (Fn. 49), 24. Lfg., Stand: April 2008, Art. 16 Rn. 9.

Als Konsequenz der Entscheidung sind im Verhältnis zwischen BLM und Anbietern die beiderseitigen Grundrechte im Wege der praktischen Konkordanz in Einklang zu bringen.⁵⁶ Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit steht die Landeszentrale dem Anbieter als Teil der öffentlichen Gewalt gegenüber und muss somit ihrerseits Art. 1 Abs. 3 GG beachten, sodass dann keine besonderen eigenen verfassungsrechtlichen Positionen zum Tragen kommen können.⁵⁷ Die BLM kann somit nur gegenüber dem Staat ihre landesverfassungsrechtlich abgesicherte Stellung als öffentlich-rechtliche Trägerin bzw. Organisatorin der privaten Rundfunkangebote verteidigen.⁵⁸

b) Konsequenz dieser Anerkennung mit Blick auf andere Landesmedienanstalten

Aufgrund der Tatsache, dass Rundfunkfreiheit vor allem Programmfreiheit bedeutet,⁵⁹ muss auch den gestalterisch tätigen Anbietern Schutz zukommen und diese müssen ihre programmbezogenen Vorstellungen durchsetzen können.⁶⁰ Die Qualifikation als Veranstalter richtet sich allein nach dem tatsächlichen Handeln, um zu verhindern, dass der Gesetzgeber die Reichweite des Grundrechtsschutzes bestimmt.⁶¹ Auch wenn die Rundfunkfreiheit eine dienende Freiheit ist, hat sie genauso abwehrrechtlichen Charakter. Dadurch dass nun in erster Linie den privaten Anbietern die Programmverantwortung zukommt, müssen für diese folglich aber die Anforderungen an die Programmvielfalt aus Art. 111a Abs. 1 S. 6 BV verringert werden.⁶² Zusammenfassend besteht somit zu Recht eine verfassungsrechtlich gleichrangige Stellung der privaten Anbieter zur BLM, die sich gegenüber der Position der Medienanstalt in programmgestaltenden Fragen auch meist durchsetzt.⁶³ Von der rechtlich starken Stellung der BLM, die auch in der weiten Anordnungsbefugnis des Art. 16 Abs. 1 S. 1 BayMG gesehen wird,⁶⁴ ist in der Folge also nicht mehr viel übrig. Die privaten Anbieter üben ihre Tätigkeit ohne großen Einfluss der BLM überwiegend selbständig aus.⁶⁵

Die BLM hat im Wesentlichen auch sonst keine weitergehenden Befugnisse als andere Landesmedienanstalten.⁶⁶ Die Generalklausel des Art 16 Abs. 1 S. 1 BayMG gibt ihr etwas mehr Möglichkeiten, denn viele andere Aufsichtsbehörden sind normativ an bestimmte Maßnahmen gebunden.⁶⁷ Die BLM ähnelt sowohl hinsichtlich ihrer Organisation als auch ihrer Aufgaben den übrigen Anstalten.⁶⁸ Sie wird gemäß Art. 10 Abs. 2 BayMG aus dem Medienrat, dem Verwaltungsrat und dem Präsidenten gebildet. Auch die anderen Anstalten bestehen im Wesentlichen aus einem verwaltenden Hauptorgan und einem ehrenamtlichen, plural zusammengesetzten Gremium.⁶⁹ Die Aufgaben und Ziele der übrigen Medienanstalten sind, genauso wie bei der BLM, die Aufsicht im Hinblick auf die Einhaltung der Gesetze,⁷⁰ die Förderung,⁷¹ die Beachtung der Programmgrundsätze und das Hinarbeiten auf die Gewährleistung von Programmvielfalt.⁷² Die Faktoren, die am Ende entscheidend für die Programmgestaltung sind – nämlich Personenauswahl und Finanzierung – werden wie in den anderen Bundesländern von den Anbietern gesteuert.⁷³ All diese Aspekte zeigen, dass die bayerische und die übrigen Landesmedienanstalten sich mehr oder weniger entsprechen.

Dabei ist auch auf § 64 S. 2 RStV hinzuweisen, der erklärt, dass die bayerischen Anbieter wie die sonstigen privaten Anbieter zu behandeln sind. Die Bestimmung greift zwar zum einen die Sonderstellung Bayerns auf, zeigt aber zum anderen nur erneut die fehlenden Unterschiede auf. Selbst die Präambel des Rundfunkstaatsvertrags spricht von einem „dualen Rundfunksystem der Länder des vereinten Deutschlands“. Schließlich bestätigten schon die Anmerkungen der Initiatoren des Bayerischen Mediengesetzes die praktische Gleichrangigkeit: Es wurde vom „Modell eines dualen Rundfunks bayerischer Prägung“⁷⁴ gesprochen und davon, dass die Anbieter „soviel Aufsicht wie nötig, soviel Freiraum wie

⁵⁶ BayVerfGHE 54, 165 (172); 58, 137 (146, 148); *Bumke/Schuler-Harms/Schulz*, in: *Binder/Vesting* (Fn. 13), RStV § 20 Rn. 16.

⁵⁷ BVerfGE 97, 298 (314) – extra-radio; BVerwGE 152, 122 (129); BayVGH DVBl. 2018, 112 (114); *Degenhart*, ZUM 2011, 375 (378).

⁵⁸ v. *Hutten* (Fn. 52), S. 160.

⁵⁹ Hervorgehoben auch in BVerfGE 97, 298 (310) – extra-radio; *Schulze-Fielitz* (Fn. 7), Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 260.

⁶⁰ BVerfGE 97, 298 (310 f.) – extra-radio; *Krausnick* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 12; v. *Hutten* (Fn. 52), S. 156; *Degenhart*, ZUM 2011, 375 (378, 380); *Degenhart*, ZUM 2003, 913 (919).

⁶¹ *Hesse* (Fn. 30), RStV § 64 Rn. 7.

⁶² *Krausnick* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 12.

⁶³ *Mörtl* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 7, 13; *Degenhart*, ZUM 2003, 913 (919 f.).

⁶⁴ v. *Hutten* (Fn. 52), S. 158; *Bornemann* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 43; *Hepach*, ZUM 2014, 357 (362); *Degenhart*, ZUM 2003, 913 (917 f.).

⁶⁵ *Schulze-Fielitz* (Fn. 7), Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 38.

⁶⁶ *Scheble*, Perspektiven der Grundversorgung, 1994, S. 174 f.

⁶⁷ Wie in §§ 58 f. MStV, § 11 HPRG; jedoch eine ähnlich weite Formulierung wie in Bayern in § 32 Abs. 1 LMedienG (BW).

⁶⁸ So auch *Bumke* (Fn. 16), S. 16 f.; *Brocker* (Fn. 8), S. 148 Rn. 10; *Kocks* (Fn. 14), S. 826 Rn. 151.

⁶⁹ Z.B. § 7 Abs. 2 S. 1, § 9 Abs. 3 MStV, § 48 Abs. 3, § 49 Abs. 7 HPRG; *Brocker* (Fn. 8), S. 148 Rn. 10.

⁷⁰ Beispielhaft § 8 Abs. 1 S. 1 MStV, § 30 Abs. 2 Hs. 1 LMedienG (BW).

⁷¹ Beispielhaft § 8 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 7, 9, 10 MStV, § 51 Abs. 1 Nrn. 6, 7 HPRG.

⁷² Beispielhaft § 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 46 und § 19 MStV, § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1, Abs. 2 LMedienG (BW).

⁷³ *Hesse* (Fn. 30), RStV § 64 Rn. 8.

⁷⁴ Bayerischer Landtag, 12. Wahlperiode, Plenarprotokoll 12/68 v. 30.10.1992, abrufbar unter http://www.bayern.landtag.de/www/ElanTextAblage_WP12/Protokolle/12%20Wahlperiode%20Kopie/12%20WP%20Plenum%20LT%20Kopie/068%20PL%20301092%20ges%20endg%20Kopie.pdf (27.11.2019), S. 4465.

möglich⁷⁵ erhalten sollen, da auch eine eigene programmliche Gestaltungsbefugnis für die privaten Anbieter wichtig sei. Von umfassender Einflussnahme zeugen diese Aussagen nicht gerade.

3. Zwischenergebnis

Das bayerische System unterscheidet sich normativ vor allem dadurch vom dualen Rundfunksystem, dass dort Rundfunk in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft der BLM veranstaltet wird. Zwar bestehen an der rechtlichen Zulässigkeit der Regelung keine Zweifel, durch die einschneidende extra-radio-Entscheidung des BVerfG wurden Unterschiede in Bezug auf die Stellung und den Schutz der privaten Anbieter jedoch weitestgehend beseitigt. Die BLM verlor ihre hervorgehobene Stellung.

IV. Das bayerische Modell in der Verwaltungsgerichtspraxis

Es soll nun nach der theoretischen Feststellung der Gleichrangigkeit der Landesmedienanstalten untersucht werden, inwieweit die Verwaltungsgerichte noch von einer Sonderstellung der BLM ausgehen.

1. Berücksichtigung der Stellung der BLM durch die Gerichte

In der Rechtsprechung des BayVGH kommt die Sonderstellung noch etwas häufiger zum Vorschein. In einer Entscheidung vom 29.1.2004 stellte er z.B. klar, dass in den Abwägungsprozess auch die besondere verfassungsrechtlich vorgegebene Position der BLM einzustellen sei und nicht mehr Eingriffe in diese Stellung als notwendig erfolgen dürfen.⁷⁶ Noch immer gehen die Gerichte zumindest auf Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV ein, wenn auch der BLM dadurch keine besonderen Befugnisse zuerkannt werden.⁷⁷

Unterschiede zeigen sich aber doch im Vergleich mit den übrigen Bundesländern. Beispielhaft wird die aufsichtsrechtliche Lage in Berlin-Brandenburg betrachtet. In einem Beschluss des OVG Berlin heißt es, dass sich die Aufsicht der Landesmedienanstalt streng am Wortlaut der jeweiligen Befugnisnorm zu orientieren habe und sie nicht über die bloße Rechtsaufsicht hinausgehen dürfe.⁷⁸ Dort beanstandete das Gericht die Anordnung der Landesmedienanstalt, eine Sendung zu Beginn als Dauerwerbesendung anzukündigen und während dieser einen entsprechenden Hinweis einzublenden. Solch ein Vorgehen sehe das entsprechende Landesmediengesetz nicht vor, sodass die Aufsichtsbehörde neben informellem Handeln, wie einem Aufklärungsschreiben, lediglich im Wege der vom Gesetz vorgegebenen förmlichen Mittel

wie der Beanstandung hätte vorgehen können.⁷⁹ Aufgrund der offenen Befugnisnorm des Art. 16 Abs. 1 S. 1 BayMG ist die BLM dagegen weitestgehend frei in der Wahl ihrer Maßnahmen, solange sie wegen des Eingriffscharakters ihrer Anordnungen die allgemeinen Grundsätze der Eingriffsrechtfertigung, namentlich die Verhältnismäßigkeit der Mittel, beachtet.⁸⁰

Der BLM begegnet an verschiedenen Stellen auch Zuspuch durch die Gerichte. Eine Abwägungsentscheidung der BLM, die sich laut eigener Aussage am Leitbild öffentlich-rechtlicher Trägerschaft orientierte, fand Eingang in einen Beschluss des BVerfG. Dort ließ es deren Beurteilungen hinsichtlich der Gefährdung des allgemeinen Sittlichkeitsgefühls und der gegenseitigen Achtung der körperlichen Unversehrtheit, gemessen an Art. 111a Abs. 1 S. 5, 6 BV, ein höheres Gewicht zukommen als den möglichen finanziellen Einbußen des Programmanbieters.⁸¹

Trotz aller Vereinheitlichungsvorgänge wird von den Verwaltungsgerichten also noch immer zumindest Bezug zu der besonderen Vorgabe der Bayerischen Verfassung hergestellt. Der Sieg der BLM liegt jedoch meist an der Einhaltung der Grenzen eines ihr eingeräumten Ermessens bei Organisationsentscheidungen und weniger an der Betonung ihrer Trägerschaft.

2. Gemeinsamkeiten mit den übrigen Landesmedienanstalten

Im Großen und Ganzen wird der BLM keine besonders starke Stellung in Verwaltungsgerichtsstreitigkeiten zuerkannt, da im Ergebnis der bloße Bezug auf die landesverfassungsrechtliche Vorgabe meist nichts an der jeweiligen Entscheidung ändert.

Im Hauptsacheurteil zu extra-radio⁸² ein Jahr nach der BVerfG-Entscheidung betonte das BVerwG die Grundrechtsträgerschaft der auf Anbieterseite Beteiligten und nahm eine Abwägung im Wege praktischer Konkordanz vor. Es wurde klargestellt, dass der BLM vor allem in Zulassungsfragen nicht bis zur Grenze willkürlichen Handelns automatisch der Vorrang eingeräumt werden könne, nur weil ihr verfassungsrechtlich die Letztverantwortung zugewiesen ist. Auch ihre Sonderposition verleihe der BLM keine weitergehenden Befugnisse.⁸³

An dieser Entscheidung wird kritisiert, dass das BVerwG zu wenig die Fortgeltung von Art. 111a Abs. 2 S. 1 BV trotz der einschneidenden extra-radio-Entscheidung des BVerfG würdige. Wenn das BVerwG durch seine Einschätzungen die BLM daran hindern möchte, in irgendeiner Weise gestalte-

⁷⁵ Bayerische Staatskanzlei, Privater Rundfunk in Bayern, 1990, S. 31.

⁷⁶ BayVGH, Beschl. v. 29.1.2004 – 7 CE 03.3205.

⁷⁷ Z.B. BVerwGE 152, 122 (128 f.); BayVGH ZUM-RD 1999, 397 (401); BayVGH BayVBl. 2014, 403 (405); BayVGH DVBl. 2018, 112 (114); VG München ZUM 2010, 1003 (1007).

⁷⁸ OVG Berlin ZUM 2003, 585 (588); so auch VG Berlin ZUM 1999, 742 (745 f.).

⁷⁹ Siehe §§ 58 f. MStV; OVG Berlin ZUM 2003, 585 (588); VG Berlin ZUM 1999, 742 (746); auch keine Generalklausel in § 11 HPRG, aber eine ähnlich weite Formulierung in § 32 Abs. 1 LMedienG (BW).

⁸⁰ BayVerfGH NVwZ 2006, 82 (84); *Schulze-Fielitz* (Fn. 7), Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 157; *Bornemann* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 43 f.; v. *Hutten* (Fn. 52), S. 159.

⁸¹ BVerfG ZUM 2011, 234 (234 f.); *Degenhart*, ZUM 2011, 375 (382).

⁸² BVerwG ZUM 2000, 79 ff.

⁸³ BVerwG ZUM 2000, 79 (82 f.).

risch tätig zu werden, komme Art. 111a Abs. 2 S. 1 GG keine praktische Bedeutung mehr zu.⁸⁴ Bei aller Kritik wurde jedoch eine entscheidende Differenzierung nicht berücksichtigt: Die BLM hat nur soweit Vorrang vor den Belangen privater Anbieter, als auch andere Landesmedienanstalten diese kontrollieren dürften. Landesverfassungsrechtlich geschützt ist allein der Organisationsauftrag, sodass die programmliche Betätigung der Anbieter in der Tat schutzwürdiger als das Vereinheitlichungsstreben der BLM ist.⁸⁵

Aufgrund dieser zentralen Schutzposition der Anbieter fallen programmliche Abwägungsentscheidungen meist zu Ungunsten der BLM aus – und das zu Recht. Das BVerwG maß unweigerlich in seiner bereits oben aufgeführten Entscheidung der finanziellen Belastung und einer Beeinträchtigung des eigenverantwortlichen Marktauftritts des Anbieters gegenüber dem Optimierungsstreben der BLM höheres Gewicht bei.⁸⁶ Unter ähnlichen Umständen sah auch der BayVGh die Belange der BLM als weniger gewichtig an. Die BLM habe nicht ausreichend die Positionen des Anbieters berücksichtigt. Sie war daran interessiert, die Region München und Oberland hinsichtlich des lokalen Rundfunks neu zu organisieren. Das weite Organisationsermessen könne jedoch nicht die Nachteile des Anbieters aufwiegen, da dieser bei einer Zusammenarbeit mit anderen Anbietern möglicherweise hohe finanzielle Risiken eingehen müsste und regelmäßig überstimmt werden könnte.⁸⁷

Aufgrund der schließlich endgültigen Klarstellung des BayVerfGH, der erklärte, dass diese Auffassung der BLM, dass sie grundsätzlich eine vorrangige Position innehat, schlicht verfassungswidrig sei, müssen im Nachgang auch die Verwaltungsgerichte entsprechend auf solche Erklärungen der BLM reagieren.⁸⁸

Der Bedeutungsverlust der BLM zeigt sich weiter mit Blick auf die Entscheidungen über Aufsichtsmaßnahmen unter Mitwirkung zentralisierter Einrichtungen. Dabei soll beispielhaft die KJM betrachtet werden. Diese übernimmt im Regulierungsverfahren die endgültige Entscheidung, während die Medienanstalt im Vorfeld die Beiträge beobachtet und dann den Beschluss der KJM vollzieht.⁸⁹ Der BayVGh gab der BLM bezüglich einer Sendezeitbeschränkung für eine Sendung Recht, in der sich die Darsteller einer Schönheitsoperation unterziehen.⁹⁰ Es wurde im Hauptsacheverfahren erklärt, dass der BLM und der KJM, anders als der KEK,

kein Beurteilungsspielraum bei der Frage zukomme, ob eine Sendung Entwicklungsstörungen hervorrufen kann. Art. 19 Abs. 4 GG gebiete nämlich eine volle gerichtliche Überprüfung, sodass Bewertungen der KJM bloße Sachverständigenaussagen seien.⁹¹ Obwohl die Anordnungen der BLM schließlich bestätigt wurden, wurde ihre Bedeutung, die ohnehin schon durch die Verbindlichkeit der Beschlüsse der KJM eingeschränkt war, noch weiter zurückgedrängt.⁹² Aufgrund der Einstufung als sachverständige Aussage bleibt zumindest eine gewisse Relevanz erhalten.⁹³ Mit Blick auf die anderen Bundesländer wird aber deutlich, dass sich dahingehend keine Unterschiede ergeben, denn auch dort kommt der KJM und der Medienanstalt kein Beurteilungsspielraum zu.⁹⁴ Die zentralen Einrichtungen sollen ja gerade ein bundeseinheitliches Vorgehen sichern.

3. Ergebnis zur Behandlung der BLM durch die Gerichte

Meist wird die Sondersituation, die sowieso nur im Rahmen landesweiter Programme eine Rolle spielt, von den Gerichten zumindest erkannt und der BLM des Öfteren eine rechtmäßige Ermessensausübung bescheinigt. Andererseits verschwand wegen der in allen Bundesländern gleichen Abwägungsanforderungen und der bundesweit zuständigen Organe die Sonderstellung der BLM im Vergleich zu den übrigen Landesmedienanstalten weitgehend.

V. Fazit – keine Unterschiede zum dualen System

Sowohl die Darstellung des bayerischen Wegs als auch die Analyse der Gerichtspraxis kommen zu dem Ergebnis, dass Unterschiede zwischen dem bayerischen und dem dualen System im Grunde nicht bestehen.

Die Aufgabe, für die Einhaltung der Verfassung und der übrigen Gesetze und Grundsätze zu sorgen, hat die BLM mit den anderen Landesmedienanstalten gemein, sodass sich mit Blick auf die Aufsichtstätigkeit keine Unterschiede ergeben.⁹⁵ Spätestens seit der Anerkennung der Grundrechtsträgerschaft der privaten Anbieter und der damit einhergehenden verfassungsrechtlichen Gleichstellung mit der BLM, musste sich das bayerische System dem dualen weitestgehend rechtlich

⁸⁴ Stettner (Fn. 29), Art. 111a Rn. 64; Bamberger, ZUM 2000, 284 (287), der die funktionelle Grundrechtsschutzbeschränkung der BLM kritisch sieht; a.A. v. Hutten (Fn. 52), S. 155 f., der die Belange der Anbieter als zu Recht höher-rangig sieht.

⁸⁵ So auch v. Hutten (Fn. 52), S. 155 f.

⁸⁶ BVerwG ZUM 2000, 79 (83).

⁸⁷ BayVGh, Beschl. v. 29.1.2004 – 7 CE 03.3205, Rn. 25, 28, der das VG München, Beschl. v. 18.11.2003 – M 17 E 03.5389 bestätigte.

⁸⁸ BayVerfGHE 58, 137 (146); v. Hutten (Fn. 52), S. 148 f.

⁸⁹ Held/Schulz, in: Binder/Vesting (Fn. 13), JMStV § 14 Rn. 31; Kocks (Fn. 14), S. 833 Rn. 178.

⁹⁰ BayVGh, Beschl. v. 22.3.2005 – 7 CS 05.79, Rn. 23.

⁹¹ VG München ZUM 2010, 615 (624 f.); BayVGHE 64, 68 (73, 77); zust. z.B. auch Brandenburg/Lammeyer, ZUM 2010, 655 (669 f.); abl. z.B. Held/Schulz (Fn. 89), JMStV § 20 Rn. 63e, 64; Rossen-Stadtfeld, ZUM 2008, 457 (475).

⁹² Brocker (Fn. 8), S. 149 Rn. 11; noch vorsichtig bzgl. der Endgültigkeit der Entscheidung Bornemann, in: Bornemann/Erdemir, Kommentar zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, 2017, § 20 Rn. 32.

⁹³ Zur Folge der Einstufung als sachverständige Aussage Hopf, in: Bornemann/Erdemir (Fn. 92), § 16 Rn. 6; Brandenburg/Lammeyer, ZUM 2010, 655 (661).

⁹⁴ OVG Berlin-Brandenburg ZUM-RD 2015, 682 (697, 701) mit Verweis auf BayVGHE 64, 68 ff.; OVG Münster ZUM-RD 2016, 540 (544); VG Berlin ZUM-RD 2009, 418 (423).

⁹⁵ Degenhart, ZUM 2011, 375 (378, 381).

annähern.⁹⁶ Auch im Verhältnis zu den zentralisierten Einrichtungen zeigt sich aufgrund der gemeinsamen Verpflichtungen des Rundfunkstaatsvertrags keine besondere Position der BLM.⁹⁷ Spätestens mit Gründung der ZAK, die für bundesweite Angebote die Zulassung und Aufsicht übernimmt, wurden der BLM dann fast alle Grundaufgaben genommen, sodass nicht einmal die Einführung einer Bundesanstalt noch wesentlich etwas ändern würde.⁹⁸ In der Praxis sind also die Unterschiede zwischen dem bayerischen und dem dualen System weitgehend verschwunden.⁹⁹

VI. Ausblick auf die zukünftige Rechtfertigung des bayerischen Systems

Dabei sorgen die Satelliteneinstrahlung und die zunehmende Konvergenz der Medien mit ihrer globalen Ausrichtung für einen weiteren Bedeutungsverlust. Art. 111a BV kommt nämlich nur bei Rundfunkangeboten, nicht bei Telemedien zur Anwendung.¹⁰⁰ Die verschwimmenden Konturen des klassischen Rundfunks mit den neuen Medien machen es zunehmend schwierig, den exklusiven Umgang mit der Rundfunkfreiheit und das Trägerschaftsmodell zu rechtfertigen, sodass im Zweifel der Rundfunkbegriff eng ausgelegt werden sollte.¹⁰¹ Die Verwendung des für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gedachten Rundfunkbeitrags in Bayern im Hinblick auf die beihilferechtliche Zulässigkeit birgt zudem Konfliktpotenzial.¹⁰² Aufgrund des Anbieterschutzes und der dadurch verstärkten Stellung der Anbieter ergeben sich möglicherweise nun auch Probleme hinsichtlich des Zensurverbots, wenn diese nach Art. 16 Abs. 1 S. 2 BayMG verpflichtet werden, Beiträge im Vorfeld vorzulegen.¹⁰³ Nichtsdestotrotz wurde Art. 111a BV Verfassungsmäßigkeit bescheinigt, sodass die Verfassung zunächst nicht geändert werden muss.¹⁰⁴ Positiv ausgedrückt betont er sogar in gewisser Weise noch mehr die dienende Funktion des Rundfunks.¹⁰⁵ So hob auch der frühere BLM-Präsident *Ring* hervor, dass die komplizierte Rechtslage den Erfolg des bayeri-

schen Rundfunks zwar sicher nicht gefördert hat, ihm aber keinen Abbruch tun konnte.¹⁰⁶

⁹⁶ *Möstl* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 4, 7, 13; *Stettner*, Rechtsprechungsanalysen zum Bayerischen Medienrecht, 2002, S. 109 sieht extra-radio als Wendepunkt; v. *Hutten* (Fn. 52), S. 161.

⁹⁷ *Westphal* (Fn. 8), S. 293 f.; einzig § 64 S. 1 RStV sieht eine abweichende Regelung für Bayern in Bezug auf die Finanzierung vor.

⁹⁸ *Stettner* (Fn. 24), S. 75 ff., 84.

⁹⁹ *Krausnick* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 13, 41; *Gundel*, ZUM 2010, 770 (774); schon vor extra-radio *Scheble* (Fn. 66), S. 172 f.; v. *Hutten* (Fn. 52), S. 161.

¹⁰⁰ *Hesse* (Fn. 30), RStV § 64 Rn. 10; *Krausnick* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 18.

¹⁰¹ *Möstl* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 3; *Bullinger* (Fn. 6), S. 193 (217 f.).

¹⁰² *Hesse* (Fn. 30), RStV § 64 Rn. 9.

¹⁰³ *Möstl* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 13; a.A. *Bornemann* (Fn. 55), Art. 16 Rn. 51 ff.

¹⁰⁴ *Möstl* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 4.

¹⁰⁵ *Krausnick* (Fn. 30), Art. 111a Rn. 13.

¹⁰⁶ *Ring*, in: Bayerische Landeszentrale für neue Medien, BLM-Symposium Medienrecht 2005, 2006, S. 16.

Zur Haftung für rechtswidrige Bewertungen auf Bewertungsplattformen

Von Stud. iur. **Julien Schickling**, Frankfurt am Main*

Bewertungssysteme sind allgegenwärtig. Auch bevor ein neuer Arzt aufgesucht wird, besuchen viele Verbraucher Plattformen wie Jameda, um die Bewertungen des Arztes von anderen Nutzern einzusehen. Und dort wo sich Menschen bewerten, ist Streit kaum fern. Mit gewisser Regelmäßigkeit hat der BGH daher über die Haftung für rechtswidrige Bewertungen zu entscheiden. Dieser Aufsatz erläutert den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung und zeigt auf, dass allgemeine zivilrechtliche Haftungsstandards auch im digitalen Zeitalter Geltung finden.

I. Einführung

Für den Verbraucher liegt der Vorteil von Online-Bewertungen auf der Hand: Die Bewertungen kommen von anderen Nutzern, die sich „in einem Boot“ befinden und keine finanziellen Eigeninteressen verfolgen.¹ Online-Bewertungen ersetzen im digitalen Zeitalter den Charme einer persönlichen Empfehlung („Kennst Du einen guten ...?“) und suggerieren Vertrauen.² Bestenfalls wird der Verbraucher in Zusammenschau der positiven und negativen Bewertungen in die Lage versetzt, eine rationale Geschäftsentscheidung zu treffen.³ Bewertungssysteme schaffen dadurch ein Gegengewicht zum Informationsmonopol der Anbieterseite, erhöhen die Markttransparenz und leisten einen Beitrag zum Verbraucherschutz.⁴

Gleichzeitig haben Bewertungssysteme ein hohes Missbrauchspotenzial.⁵ Auf der einen Seite können z.B. Unternehmen das Vertrauen der Nutzer ausnutzen, indem sie gefälschte Bewertungen über ihre eigenen Produkte abgeben. Auf der anderen Seite können Nutzer Bewertungssysteme als Rache- oder Druckmittel missbrauchen. Denn schlechte Bewertungen haben einen unmittelbaren Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens.⁶ Auch werden die Bewertungen über das Internet einem unbegrenzten Nutzerkreis zugänglich gemacht, sodass rasch eine Prangerwirkung eintreten kann.⁷ Dem Bewerteten geht es dabei um seine „digitale Reputation“, die er fortlaufend kontrollieren und verteidigen muss.⁸

Zur Veranschaulichung der haftungsrechtlichen Probleme im Zusammenhang mit Bewertungsplattformen soll folgender Beispielsfall⁹ dienen.

Sachverhalt: Die P-GmbH betreibt ein Ärztebewertungsportal. Nutzer der Plattform können Informationen zu Ärzten wie etwa Name, Titel und Fachrichtung abrufen. In den Suchfeldern erscheinen zunächst die Ärzte, die entgeltliche Premiumpakete erworben haben, worauf der Nutzer indes nicht hingewiesen wird. Auf den Profilen der Ärzte sind Bewertungen abrufbar, die registrierte Nutzer anonym abgegeben haben. Bei der Registrierung auf der Plattform müssen Nutzer lediglich ihre E-Mail-Adresse angeben. Ein Wortfilter überprüft die Bewertungen auf Beleidigungen.

A ist Arzt und betreibt eine Facharztpraxis für Allgemeinmedizin. Er freut sich über die vielen positiven Bewertungen, die ihm einen guten Umsatz bescheren. Eines Tages stößt er jedoch auf folgende anonyme Bewertung: „Ich kann Dr. A nicht empfehlen. Er hat meine Schilddrüsenüberfunktion nicht erkannt und ein kontraindiziertes Medikament = Jod-Tabletten verabreicht. Was mir ebenfalls negativ aufgefallen ist, dass die Patientenakten in Wäschekörben gelagert werden. Der schlechteste Arzt weit und breit.“

A ist empört. Er schreibt dem Plattformbetreiber folgende E-Mail: „Ich bitte Sie, die Bewertung vom ... zu löschen. Ich arbeite nach den höchsten medizinischen Standards. Ich bin mir sicher, der Nutzer hat nie Fuß in meine Praxis gesetzt. MfG Dr. A.“

Es zeichnet sich bereits hier folgendes Problem ab: Der Nutzer gibt seine Bewertung anonym ab, sodass er von A nicht identifiziert werden kann. Naheliegender ist daher der Versuch, die P-GmbH in Anspruch zu nehmen. Diese wird hingegen geltend machen, als bloßer Intermediär keinen Einfluss auf das Verhalten ihrer Nutzer zu haben. Angesichts dieser Problemstellung soll im Folgenden nun aufgezeigt werden, wer in welchem Umfang für rechtswidrige Bewertungen auf Bewertungssystemen haftet.

II. Haftung des bewertenden Nutzers

Bewertungssysteme sind durch ein Dreiecksverhältnis geprägt: So stehen sich der bewertende Nutzer, der Plattformbetreiber und der Bewertete gegenüber.¹⁰ Zunächst wird der Bewertete versuchen, den bewertenden Nutzer wegen seiner „digitalen Äußerung“ in Anspruch zu nehmen.

Der Bewertete kann gegen den Nutzer nach den äußerungsrechtlichen Grundlagen einen Anspruch auf Unterlassung analog § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB und/oder Schadensersatz

* Der Verf. ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Herrn Prof. Dr. Felix Maultzsch, LL.M. (NYU), an der Goethe-Universität Frankfurt a.M.

¹ Jahn/Palzer, K&R 2015, 767 (769).

² Franz, WRP 2016, 1195 (1196).

³ Ähnlich die Bundesregierung, vgl. BT-Drs. 18/9216, S. 1.

⁴ Klinger/Kuhlmann, GRUR-Prax 2017, 34 (36).

⁵ Kühling, NJW 2015, 447 (447).

⁶ Siehe nur BGH GRUR 2014, 1228 (1231 Rn. 32, Ärztebewertung II).

⁷ Petruzzelli, MMR 2017, 800 (803).

⁸ Gounalakis/Klein, NJW 2010, 566 (566).

⁹ Angelehnt an BGH MMR 2014, 704 ff. (Ärztebewertung I). Der Fall enthält ferner Elemente von LG München I MMR 2016, 257 ff. (Premium Partner).

¹⁰ Zur Interessenlage näher Höch, BB 2016, 1475 (1475 f.).

geltend machen, wenn über ihn unwahre Tatsachen (§ 824 Abs. 1 BGB) oder unzulässige Werturteile geäußert werden (§ 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG).¹¹ Ein Werturteil ist unzulässig, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung des Bewerteten im Vordergrund steht (Schmähdikritik).¹² Unterhalb dieser Schwelle ist eine Abwägung der betroffenen Grundrechte im Einzelfall erforderlich.¹³ Regelmäßig muss sich der Bewertete wegen der Bedeutung der Meinungsfreiheit auch harte Kritik gefallen lassen.¹⁴

Die Aussage, A habe die Schilddrüsenüberfunktion nicht erkannt, ist dem Beweis zugänglich (Tatsachenbehauptung) und bemisst sich daher an den Maßstäben „wahr“ oder „unwahr“.¹⁵ Demgegenüber ist die Aussage, A sei der schlechteste Arzt, durch ein Element des Dafür- bzw. Dagegenhaltens geprägt (Werturteil).¹⁶ Die Aussage wird von dem Nutzer näher begründet, sodass eine Diffamierung in den Hintergrund rückt. Die Aussage wäre aber nur zu löschen, wenn das Persönlichkeitsrecht des A (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) gegenüber der Meinungsfreiheit des Nutzers (Art. 5 Abs. 1 GG) überwiegen würde. Ob hierfür noch Gründe sprechen würden, bedarf hier indes keiner Entscheidung. Denn der Nutzer hat seine Bewertung – wie es regelmäßig der Fall sein wird – anonym abgegeben und kann von A nicht identifiziert werden. Das gewährleistet § 13 Abs. 6 des Telemediengesetzes (TMG). Nach dieser Vorschrift ist der Plattformbetreiber dazu gehalten, die anonyme Nutzung der Online-Plattform zu ermöglichen (Recht auf Anonymität).¹⁷

III. Anspruch auf Auskunft gegen den Plattformbetreiber

Auf dem Ärztebewertungsportal muss sich der (anonyme) Nutzer vor einer Bewertung mit seinen Daten registrieren. Insofern liegt der Gedanke nahe, zunächst von der P-GmbH die Nutzerdaten heraus zu verlangen, um anschließend gegen den bewertenden Nutzer vorgehen zu können.

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergibt sich eine Auskunftspflicht bei jedem Rechtsverhältnis, dessen Wesen es mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete in der Lage ist, un schwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Diesen Anforderungen genügt

auch ein gesetzliches Schuldverhältnis wie ein auf §§ 823, 1004 BGB gestützter Unterlassungsanspruch.¹⁸

Der Auskunftsanspruch könnte jedoch – unabhängig von der Frage nach dem Bestehen des Unterlassungsanspruchs gegen die P-GmbH¹⁹ – an rechtlicher Unmöglichkeit scheitern (§ 275 Abs. 1 BGB).²⁰

Denn gem. § 12 Abs. 2 TMG darf der Betreiber die Daten ohne Einwilligung des Nutzers nur herausgeben, soweit dieses Gesetz es ausdrücklich erlaubt. Der Schutz von Persönlichkeitsrechten ist nicht in dem Katalog des § 14 Abs. 2 TMG enthalten und berechtigte bisher nicht zur Auskunft.²¹ Auf Drängen von Rechtsprechung,²² Bundesrat²³ und Literatur²⁴ hat der Gesetzgeber nun das Problem erkannt und in § 14 Abs. 3 TMG n.F. auch eine Auskunftserteilung bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts erlaubt, die unter Richtervorbehalt steht (§ 14 Abs. 4 TMG). Sollte A sich also entscheiden, die Kosten für eine richterliche Anordnung auf sich zu nehmen,²⁵ könnte er die P-GmbH auf Auskunft der Nutzerdaten in Anspruch nehmen. Ihm wäre dadurch jedoch nur wenig geholfen. Versteckt sich der Nutzer hinter einer nicht zurück verfolgbarer E-Mail-Adresse oder gibt er bewusst falsche Daten ein, kann er selbst von der P-GmbH nicht ermittelt werden.²⁶ Auch trifft die P-GmbH keine gesetzliche Pflicht, die Daten des Bewertenden (Name, Adresse, etc.) umfassend zu erfassen.²⁷

IV. Haftung des Plattformbetreibers

Kann der bewertende Nutzer nicht in Anspruch genommen werden, muss sich der Bewertete an den Betreiber des Bewertungssystems wenden.

1. Anspruch auf Löschung aller Bewertungen

A wird auf der Plattform unter seinem Namen, seinem Titel und seiner Fachrichtung geführt, ohne zuvor einer Veröffentlichung seiner Daten zugestimmt zu haben. Naheliegend ist daher der Gedanke, von der P-GmbH die Löschung seines Profils aus dem Bewertungssystem zu verlangen.

¹¹ Sind Straftatbestände erfüllt, ist auch eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 185 ff. StGB denkbar. Zum Wettbewerbsschutz gegen fingierte Belobigungen (Astroturfing) siehe *Krieg/Roggenkamp*, K&R 2010, 689 ff.

¹² BGH NJW 2002, 1192 (1193).

¹³ *Emde*, in: Bräutigam/Rücker (Hrsg.), *Rechtshandbuch E-Commerce*, 2017, 4. Teil F. Rn. 15.

¹⁴ *Breun-Goerke*, WRP 2017, 383 (385).

¹⁵ Vgl. BVerfG NJW 2003, 277 (278).

¹⁶ Vgl. *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 824 Rn. 15.

¹⁷ Kritisch etwa *Palzer*, AfP 2017, 199 ff. Zugunsten der Anonymität siehe BGH NJW 2009, 2888 (2892 Rn. 38) – *spickmich.de*.

¹⁸ BGH MMR 2014, 704 (705 Rn. 6) – *Ärztebewertung I*.

¹⁹ Dazu näher unten unter IV. 2.

²⁰ Zur alten Rechtslage BGH MMR 2014, 704 (705 Rn. 9 ff.) – *Ärztebewertung I*.

²¹ Es wurde über eine analoge Anwendung nachgedacht, die an einer planwidrigen Regelungslücke scheiterte. Siehe BGH MMR 2014, 704 (706 Rn. 13 ff.) – *Ärztebewertung I*.

²² Siehe BGH MMR 2014, 704 (706 Rn. 17) – *Ärztebewertung I*: „Eine solche Regelung [zum Schutz des Persönlichkeitsrechts] müsste jedoch der Gesetzgeber treffen.“

²³ So der Bundesrat zu einer Änderung des TMG unter BR-Empfehlung 440/1/15, S. 9 f.

²⁴ So etwa *Palzer*, AfP 2017, 199 (202 f.); *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740 (745); *Wagner* (Fn. 16), § 823 Rn. 756.

²⁵ Gem. § 14 Abs. 4 S. 6 TMG trägt der Verletzte die Kosten der richterlichen Anordnung.

²⁶ Vgl. *Franz*, WRP 2016, 1195 (1198).

²⁷ Kritisch insofern *Spindler*, GRUR 2018, 365 (373).

Nach Art. 17 Abs. 1 lit. d der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) sind personenbezogene Daten zu löschen, wenn ihre Verarbeitung unrechtmäßig ist.²⁸ Ob eine Verarbeitung rechtmäßig ist, richtet sich nach Art. 6 DS-GVO. Mangels Einwilligung des Betroffenen ist eine Abwägung der kollidierenden Grundrechte erforderlich (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO).²⁹ So stehen sich das Recht des Bewerteten auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und das Recht des Plattformbetreibers auf Kommunikationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) gegenüber. Beiden Parteien steht zudem das Recht auf freie Berufsausübung (Art. 12 GG) zu.³⁰

Nach der hierbei vorzunehmenden Abwägung überwiegen grds. die Interessen des Plattformbetreibers.³¹ Denn die Bewertungen betreffen nur die berufliche Tätigkeit des Bewerteten (A); in seiner Sozialsphäre muss er sich regelmäßig auf Kritik an seinen Leistungen einstellen.³² Gleichzeitig wiegt das Interesse der Öffentlichkeit an Leistungstransparenz im Gesundheitswesen sehr hoch.³³ Etwas anderes könnte sich jedoch daraus ergeben, dass die P-GmbH den Ärzten entgeltliche Premiumpakete auf der Plattform anbietet. Dadurch nimmt der Plattformbetreiber eine aktive Rolle ein und lenkt den Informationsfluss auf dem Bewertungssystem.³⁴ Damit verlässt er seine Stellung als neutraler Informationsmittler, was zu einem Überwiegen der Grundrechtsposition des Bewerteten führt.³⁵ Insofern könnte hier A von der P-GmbH die vollständige Löschung seines Profils samt Bewertungen verlangen.

2. Anspruch auf Löschung einzelner Bewertungen

Es darf jedoch nicht vergessen werden, dass A überwiegend positive Bewertungen auf seinem Profil hat, die ihm auch einen guten Umsatz bescheren. Im Zweifel wird es daher nicht seinem Interesse entsprechen, sein gesamtes Profil löschen zu lassen. Vielmehr möchte A, dass die konkrete Bewertung des anonymen Nutzers durch die P-GmbH entfernt wird. Von weichenstellender Bedeutung für die Frage, wann der Plattformbetreiber eine Bewertung des Nutzers zu löschen hat, ist die Einordnung der Bewertung als eigener oder fremder Inhalt.³⁶ Dass ein Betreiber für seine eigenen Inhalte

haftet, liegt auf der Hand. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wann sich der Plattformbetreiber fremde Inhalte seiner Nutzer „zu Eigen macht“.³⁷ Diffiziler ist die Haftung für fremde Inhalte. Hier besteht zwar einerseits das Bedürfnis, den Betreiber in Anspruch zu nehmen, weil er das Bewertungssystem bereitgestellt hat, über das die Bewertung des Nutzers erst ermöglicht und verbreitet wurde.³⁸ Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Betreiber als Intermediär nur eine Position „zwischen zwei Stühlen“ einnimmt und die rechtswidrige Äußerung selbst nicht getätigt hat.³⁹

a) Haftung für eigene Inhalte

Für eigene Inhalte haftet der Plattformbetreiber uneingeschränkt.⁴⁰ Das gewährleistet § 7 Abs. 1 TMG, wonach der Betreiber für seine eigenen Inhalte nach den „allgemeinen Gesetzen“ haftet. Denkbar ist ein Anspruch auf Unterlassung analog § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB und/oder Schadensersatz gem. §§ 823 ff. BGB, soweit der Inhalt als rechtswidrig einzustufen ist. Nach der Rechtsprechung sind eigene Inhalte nicht nur selbst geschaffene, sondern auch fremde Inhalte, die sich der Betreiber zu Eigen gemacht hat.⁴¹ Ein Zu-eigen-Machen ist anzunehmen, wenn der Betreiber nach außen erkennbar die inhaltliche Verantwortung für die Bewertungen der Nutzer auf dem Bewertungssystem übernommen hat.⁴² Wann er die inhaltliche Verantwortung übernimmt, ergibt sich aus einer objektiven Sicht auf Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller Umstände.⁴³

So könnte sich die P-GmbH die Bewertung des Nutzers durch die Überprüfung über einen Wortfilter zu eigen gemacht haben. Das wäre deshalb so gefährlich, weil sie für die fremde Bewertung wie für eine eigene haften würde. Ein Zu-eigen-Machen ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Plattformbetreiber die Bewertungen auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit hin überprüft.⁴⁴ Mit einem automatischen Wortfilter sollen Bewertungen hingegen nicht auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit, sondern auf Formalbeleidigungen hin überprüft werden.⁴⁵ Auch wird ein objektiver Dritter in der Regel erkennen, dass auf dem Bewertungssystem lediglich

²⁸ Bislang wurde ein etwaiger Löschanpruch auf § 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Bundesdatenschutzgesetz a.F. gestützt. Siehe zuletzt BGH GRUR 2018, 636 (637 Rn. 8, Ärztebewertung IV).

²⁹ Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Kommentar zur DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 26.

³⁰ BGH NJW 2015, 489 (491 Rn. 25 ff.) – Ärztebewertung II.

³¹ BGH NJW 2015, 489 (492 Rn. 30) – Ärztebewertung II.

³² BGH NJW 2015, 489 (493 f. Rn. 35) – Ärztebewertung II; kritisch wegen der Anonymität Kühling, NJW 2015, 447 (448 f.); Petruzzelli, MMR 2017, 800 (802).

³³ BGH NJW 2015, 489 (493 Rn. 39 f.) – Ärztebewertung II.

³⁴ BGH GRUR 2018, 636 (639 Rn. 17 f.) – Ärztebewertung IV.

³⁵ BGH GRUR 2018, 636 (640 Rn. 19) – Ärztebewertung IV; siehe ferner zur Neutralität des Hostproviders EuGH GRUR 2011, 1025 (1032 Rn. 113 ff.) – L'Oréal/Ebay.

³⁶ Exemplarisch BGH GRUR 2016, 855 (856 f. Rn. 17, 22) – Ärztebewertung III.

³⁷ Siehe nur BGH GRUR 2017, 844 (846 Rn. 18) – klinikbewertungen.de.

³⁸ Köhler/Fetzer, Recht des Internet, 8. Aufl. 2016, Rn. 883.

³⁹ Ohly, ZUM 2015, 308 (309).

⁴⁰ Sobola, in: Bräutigam/Rücker (Hrsg.), Rechtshandbuch E-Commerce, 2017, 5. Teil D. Rn. 4.

⁴¹ BGH NJW-RR 2010, 1276 (1278 Rn. 23) – marionskochbuch.de; BGH NJW 2015, 3443 (3444 Rn. 25) – Hotelbewertungsportal; BGH GRUR 2017, 844 (846 Rn. 18) – klinikbewertungen.de.

⁴² Vgl. BGH GRUR 2017, 844 (846 Rn. 18) – klinikbewertungen.de.

⁴³ BGH GRUR 2017, 844 (846 Rn. 18) – klinikbewertungen.de.

⁴⁴ Vgl. BGH GRUR 2017, 844 (846 Rn. 18) – klinikbewertungen.de.

⁴⁵ BGH NJW 2015, 3443 (3444 f. Rn. 28) – Hotelbewertungsportal.

fremde Kritik verbreitet wird, sodass kein Zu-eigen-Machen anzunehmen ist.⁴⁶

b) Haftung für fremde Inhalte

Macht sich der Plattformbetreiber die Bewertung nicht zu eigen, haftet er nur eingeschränkt.⁴⁷ Denkbar ist eine Haftung als Störer analog § 1004 BGB, die der *VI. Zivilsenat* als „mittelbare Störerhaftung“ bezeichnet.⁴⁸ Als Störer ist anzusehen, wer in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Beeinträchtigung des Rechtsguts beiträgt.⁴⁹ Indem der Betreiber das Bewertungssystem bereitstellt, über das rechtswidrige Bewertungen der Nutzer ermöglicht werden, trägt er willentlich und adäquat kausal zur Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts Dritter bei.⁵⁰

Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Plattformbetreiber gem. § 7 Abs. 2 TMG nicht dazu verpflichtet ist, die von den Nutzern eingestellten Inhalte vor ihrer Veröffentlichung auf eventuelle Rechtsverletzungen hin zu überprüfen.⁵¹ Ihn trifft also keine anlassunabhängige, generelle Überwachungspflicht. Die Bewertungen der Nutzer dürfen unmittelbar veröffentlicht werden und müssen nicht vorab auf ihre Rechtmäßigkeit kontrolliert werden. Denn eine solche Vorabprüfungspflicht könnte das „von der Rechtsordnung gebilligte und gesellschaftlich erwünschte“ Geschäftsmodell von Bewertungssystemen wirtschaftlich gefährden.⁵²

Die Haftung des Plattformbetreibers beginnt erst dann, wenn er positive Kenntnis von einer Rechtsverletzung erlangt.⁵³ Dazu muss der Bewertete den Betreiber über die Bewertung und eine damit verbundene Verletzung seines Persönlichkeitsrechts aufmerksam machen. Ist der Rechtsverstoß hierbei klar erkennbar, muss der Plattformbetreiber diesen entfernen (Beseitigungsanspruch).⁵⁴ Darüber hinaus muss er Vorsorge dafür treffen, dass gleichartige Rechtsverletzungen verhindert werden (Unterlassungsanspruch).⁵⁵ Diesbezüglich

treffen den Plattformbetreiber Prüfpflichten, deren Umfang sich danach bemisst, ob und inwieweit ihm nach den Umständen des Einzelfalls eine Verhinderung der Verletzung zuzumuten ist.⁵⁶

aa) „Notice and Action“-Verfahren der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des *VI. Zivilsenats* hat für die Frage, welche Prüfpflichten dem Plattformbetreiber zumutbar sind, ein „Notice and Action“-Verfahren geschaffen.⁵⁷ Im Ausgangsfall muss die P-GmbH danach in Kenntnis gesetzt werden („notice“) und dann handeln („action“). Ist die Bewertung des Nutzers „unschwer“ – d.h. ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung – als Schmähkritik einzuordnen, muss sie entfernt werden.⁵⁸ Unterhalb dieser Grenze hat die P-GmbH die Beanstandung an den bewertenden Nutzer weiterzuleiten und zu einer Stellungnahme in einer angemessenen Frist aufzufordern.⁵⁹ Bleibt diese aus, ist die Bewertung zu entfernen. Stellt der Nutzer die Beanstandung hingegen „substantiiert“ in Abrede, muss die P-GmbH die Stellungnahme anonymisiert an A weiterleiten und Nachweise verlangen, aus denen sich die behauptete Rechtsverletzung ergibt.⁶⁰ Bleibt seine Stellungnahme aus oder legt er erforderliche Nachweise nicht vor, bleibt die Bewertung bestehen. Ergibt sich hingegen aus der Stellungnahme des A oder den vorgelegten Belegen auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Nutzers eine rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts, ist die Bewertung zu entfernen.⁶¹

bb) Recherchepflichten des Plattformbetreibers

In einer jüngeren Entscheidung hat die Rechtsprechung die Prüfpflichten des Plattformbetreibers noch einmal verschärft.⁶² So muss die vom Betreiber durchzuführende Überprüfung „erkennbar“ bezwecken, die Berechtigung der Beanstandung zu klären.⁶³ Er muss „ernsthaft“ versuchen, die hierzu erforderliche Tatsachengrundlage zu ermitteln und darf sich nicht auf eine „rein formale Prüfung“ beschränken. Ihn trifft eine sekundäre Darlegungslast, weil der Bewertete wegen der Anonymität des Nutzers keine Möglichkeit hat, den Sachverhalt weiter aufzuklären.⁶⁴

Es reicht etwa nicht aus, vom bewertenden Nutzer zu fordern, die Behandlung in mindestens zwei Sätzen zu umschreiben und den Behandlungszeitraum zu nennen. Viel-

⁴⁶ BGH NJW 2015, 3443 (3444 Rn. 25) – Hotelbewertungsportal; BGH GRUR 2016, 855 (857 Rn. 18) – Ärztebewertung III.

⁴⁷ *Lauber-Rönsberg*, MMR 2014, 10 (11 f.).

⁴⁸ Zur unterschiedlichen Terminologie siehe nur BGH GRUR 2016, 855 (856 f. Rn. 17, 22) – Ärztebewertung III; BGH GRUR 2015, 485 (488 ff. Rn. 35, 49) – Kinderhochstühle im Internet III.

⁴⁹ BGH MMR 2012, 124 (126 Rn. 21) – Blogbeitrag; BGH GRUR 2016, 104 (107 Rn. 34) – Artikel auf Internetportal „recht§billig“; BGH GRUR 2016, 855 (857 Rn. 22) – Ärztebewertung III.

⁵⁰ Vgl. BGH MMR 2012, 124 (126 Rn. 21) – Blogbeitrag.

⁵¹ In jüngeren Entscheidungen hat der BGH die §§ 7–10 TMG nun auch auf Unterlassungsansprüche angewendet. Siehe nur BGH GRUR 2015, 485 (490 Rn. 51) – Kinderhochstühle im Internet III. Zum (alten) Streitstand näher *Köhler/Fetzer* (Fn. 38), Rn. 830 ff.

⁵² BGH GRUR 2016, 855 (589 Rn. 40) – Ärztebewertung III.

⁵³ BGH MMR 2012, 124 (126 Rn. 24) – Blogbeitrag.

⁵⁴ BGH MMR 2012, 124 (126 Rn. 26) – Blogbeitrag.

⁵⁵ BGH NJW 2008, 758 (762 Rn. 43) – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

⁵⁶ BGH GRUR 2016, 855 (859 Rn. 38) – Ärztebewertung III.

⁵⁷ Hierzu BGH, MMR 2012, 124 (126 Rn. 26 f.) – Blogbeitrag. Es handelt sich nicht um das amerikanische „Notice and Takedown“-Verfahren, weil die beanstandete Bewertung nur im Ausnahmefall sofort zu löschen ist (*Franz*, WRP 2016, 1195 [1198 Fn. 40]).

⁵⁸ BGH MMR 2012, 124 (126 Rn. 26) – Blogbeitrag.

⁵⁹ Vgl. BGH MMR 2012, 124 (126 Rn. 27) – Blogbeitrag.

⁶⁰ Vgl. BGH MMR 2012, 124 (126 Rn. 27) – Blogbeitrag.

⁶¹ Vgl. BGH MMR 2012, 124 (126 Rn. 27) – Blogbeitrag.

⁶² Hierzu BGH GRUR 2016, 855 (859 Rn. 39 ff.) – Ärztebewertung III.

⁶³ BGH GRUR 2016, 855 (859 Rn. 42) – Ärztebewertung III.

⁶⁴ BGH GRUR 2016, 855 (860 Rn. 47) – Ärztebewertung III.

mehr muss die P-GmbH weitere Belege vom bewertenden Nutzer anfordern (etwa Rechnungen, Terminkarten oder Rezepte), die konkret auf einen Behandlungskontakt hinweisen.⁶⁵ Geht die P-GmbH dieser Recherchepflicht nicht nach, treffen sie prozessuale Nachteile. So ist die Behauptung des A, der Behandlungskontakt habe nicht stattgefunden, nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen.⁶⁶

cc) Gehilfenhaftung des Plattformbetreibers

Bislang hat die Rechtsprechung ausdrücklich offengelassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine nachhaltige Verletzung von Prüfpflichten zu einer Schadensersatzhaftung führen kann.⁶⁷ Mit Blick auf das „Notice and Action“-Verfahren kann die erstmalige Verletzung von Prüfpflichten zwar noch nicht zum Schadensersatz verpflichten. Etwas anderes muss jedoch gelten, wenn der Plattformbetreiber seine Prüfpflichten in mehreren Fällen vernachlässigt oder Beanstandungen schlichtweg ignoriert. Dann ist eine Haftung nach den Grundsätzen der Gehilfenhaftung (§ 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB) denkbar.⁶⁸

Die Gehilfenstellung setzt neben einer Beihilfehandlung zumindest einen bedingten Vorsatz in Bezug auf die Haupttat voraus, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss.⁶⁹ So hat das OLG Hamburg⁷⁰ festgestellt, dass ein Host-Provider für eine Urheberrechtsverletzung eines Nutzers als Gehilfe haftet, wenn er trotz mehrfachen Hinweises auf die Rechtsverletzung diese nicht beseitigt. Für den Fall bedeutet das: Hat A die P-GmbH mehrfach auf die rechtswidrige Bewertung aufmerksam gemacht und bleibt sie dennoch untätig, haftet sie für den durch dieses Unterlassen entstandenen Schaden.

3. Haftung aus Wettbewerbsrecht

Der Plattformbetreiber kann auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen in Anspruch genommen werden, insbesondere bei irreführenden Angaben auf der Plattform (§ 5 Abs. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG]). Wann eine Angabe als irreführend anzusehen ist, ergibt sich aus der Sicht eines durchschnittlich informierten und verständigen Nutzers.⁷¹ So hat der BGH eine Irreführung bejaht, weil der Plattformbetreiber mit „garantiert echten Meinungen“ geworben hatte.⁷² Tatsächlich wurden negative oder neutrale Be-

wertungen erst nach Abschluss eines Schlichtungsverfahrens verzögert oder überhaupt nicht eingestellt, worauf der Betreiber nicht hingewiesen hat.⁷³ Irreführend handelt auch die P-GmbH, die kostenpflichtige Premiumpakete für Top-Platzierungen anbietet, ohne den Nutzer darüber zu informieren. Ein verständiger Nutzer erwartet nämlich, dass die Suchergebnisse nach anerkannten Kriterien angezeigt werden, etwa nach Note oder Anzahl von Bewertungen.⁷⁴

Denkbar ist auch eine Inanspruchnahme wegen der Vorenthaltung wesentlicher Informationen nach § 5a Abs. 2 UWG (sog. Irreführung durch Unterlassen).⁷⁵ Wesentlich ist eine Information, die der Verbraucher nach den Umständen des Einzelfalls benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen.⁷⁶ Online-Bewertungen haben regelmäßig einen erheblichen Einfluss auf die geschäftliche Entscheidung von Verbrauchern.⁷⁷ Deshalb muss der Plattformbetreiber etwa klar, verständlich und eindeutig offenlegen, nach welchen Kriterien das Bewertungssystem eine Gesamtnote für ein Produkt oder eine Dienstleistung bildet.⁷⁸

Anwendung findet das Wettbewerbsrecht hingegen nur, wenn zwischen dem Plattformbetreiber und dem bewerteten Unternehmen ein „konkretes Wettbewerbsverhältnis“ besteht (Mitbewerber, § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG). Das ist etwa der Fall, wenn der Plattformbetreiber das Portal mit dem Absatz eigener Produkte verknüpft⁷⁹ oder Premiumpakete für bewertete Unternehmen anbietet.⁸⁰ Handelt es sich jedoch um ein neutrales Bewertungs- und Finanzierungsmodell, scheiden wettbewerbsrechtliche Ansprüche des Bewerteten gegen den Plattformbetreiber regelmäßig aus.⁸¹

Soweit das Wettbewerbsrecht anwendbar ist, hat das für den Bewerteten einen weiteren entscheidenden Vorteil: Er kann von der Beweislastumkehr der wettbewerbsrechtlichen Verbreiterhaftung aus § 4 Nr. 2 UWG profitieren. Die Verbreiterhaftung stimmt zwar tatbestandlich mit der bereits skizzierten Haftung des Plattformbetreibers als Störer überein.⁸² Die Verbreiterhaftung ist für den Plattformbetreiber aber deshalb so gefährlich, weil er die Beweislast für die

⁶⁵ Vgl. BGH GRUR 2016, 855 (859 Rn. 43) – Ärztebewertung III.

⁶⁶ Vgl. BGH GRUR 2016, 855 (860 Rn. 49) – Ärztebewertung III.

⁶⁷ Siehe nur BGH GRUR 2011, 152 (154 Rn. 33) – Kinderhochstühle im Internet I.

⁶⁸ *Krüger/Apel*, MMR 2012, 144 (148).

⁶⁹ BGH GRUR 2011, 152 (154 Rn. 30) – Kinderhochstühle im Internet I.

⁷⁰ OLG Hamburg MMR 2013, 533 ff.

⁷¹ BGH GRUR 2005, 877 (879) – Werbung mit Testergebnis.

⁷² Hierzu BGH GRUR 2016, 828 ff. (Kundenbewertung im Internet). Der Unterlassungsanspruch ergibt sich aus § 8 Abs. 1 UWG i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG.

⁷³ BGH GRUR 2016, 828 (830 Rn. 38) – Kundenbewertung im Internet.

⁷⁴ Vgl. LG München I MMR 2016, 257 (259) – Premium Partner.

⁷⁵ *Büscher*, GRUR 2017, 433 (440).

⁷⁶ BGH GRUR 2013, 945 (948 Rn. 34) – Standardisierte Mandatsbearbeitung.

⁷⁷ *Franz*, WRP 2016, 1195 (1196).

⁷⁸ So lassen sich die Entscheidungsgründe aus BGH GRUR 2016, 1076 (1079 Rn. 36 ff.) – LGA tested, auch auf Bewertungssysteme übertragen (*Büscher*, GRUR 2017, 433 [441]).

⁷⁹ Zu dieser Fallgruppe etwa BGH GRUR 2015, 1129 ff. (Hotelbewertungsportal).

⁸⁰ Zu einem solchen Fall etwa LG München I MMR 2016, 257 ff. (Premium Partner).

⁸¹ *Büscher*, GRUR 2017, 433 (436); unabhängig davon sind auch Verbraucherzentralen klagebefugt (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 4 UKlaG).

⁸² Zu § 4 Nr. 8 UWG a.F. BGH GRUR 2015, 1129 (1132 Rn. 31 ff.) – Hotelbewertungsportal.

Wahrheit der Tatsachenbehauptung trägt.⁸³ So muss die P-GmbH beweisen, dass die Aussage des bewertenden Nutzers der Wahrheit entspricht, was ihr regelmäßig nicht gelingen wird.

V. Fazit

Der bewertende Nutzer kann wegen seiner Anonymität regelmäßig nicht in Anspruch genommen. Deshalb rückt der Plattformbetreiber als Intermediär in den Fokus. Er muss die ihm zumutbaren Prüfpflichten einhalten und auch eigene Nachforschungen treffen. Zudem treffen ihn wettbewerbsrechtliche Informations- und Transparenzpflichten. Ob und wann eine Verletzung nachhaltiger Prüfpflichten zu einer Schadensersatzhaftung führt, ist noch nicht abschließend geklärt. Verlässt der Plattformbetreiber hingegen seine neutrale Vermittlerposition, kommt der Bewertete in den Genuss der Beweislastumkehr der wettbewerbsrechtlichen Verbreiterhaftung. Als „schärfstes Schwert“ ist auch ein Anspruch auf vollständige Löschung seines Profils denkbar. Die Neutralität des Plattformbetreibers ist daher der wesentliche Grund für seine grds. Privilegierung.⁸⁴

Mit Blick auf Klausuren und das Examen bedeutet dies: Die Haftung des Bewertenden für „digitale“ Äußerungen unterscheidet sich nicht von der Haftung für „analoge“ Äußerungen. Es gelten die allgemeinen äußerungsrechtlichen Haftungsstandards der §§ 823 ff., 1004 BGB, die jedem Studierenden aus dem Grundstudium bekannt sein sollten. Demgegenüber vereint die Haftung des Plattformbetreibers Probleme des allgemeinen Zivilrechts mit Sonderproblemen des Datenschutz- und Wettbewerbsrechts. Detailwissen kann von Studenten diesbezüglich wohl kaum erwartet werden. Indes sollte man sich in der Lage sehen, die Haftung des Plattformbetreibers als Intermediär anhand der allgemeinen Grundsätze der Störerhaftung sachgerecht zu lösen.

⁸³ Nordemann, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), Kommentar zum UWG, 3. Aufl. 2016, § 4 Nr. 2 Rn. 60.

⁸⁴ Franz, WRP 2016, 1195 (1200).

Die sittenwidrige Körperverletzung im Sinne des § 228 StGB

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan Rennieke**, Göttingen*

Der Beitrag befasst sich mit der rechtfertigenden Einwilligung in Körperverletzungsdelikte und der durch § 228 StGB gezogene Grenze der Sittenwidrigkeit. Neben einer kurzen Zusammenfassung der allgemeinen Einwilligungsvoraussetzungen wird der Begriff der Sittenwidrigkeit im Strafrecht erläutert und für Klausurzwecke veranschaulicht.

I. Einleitung

Die Körperverletzungsdelikte und der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung gehören zur Kernmaterie des strafrechtlichen Examenswissens. Sie sind gleichzeitig in der Regel Stoff des ersten Semesters, sodass die sichere Beherrschung dieser Materie erwartet wird. Um die erforderlichen Kenntnisse zu vermitteln, werden im Folgenden nicht nur der Begriff der Sittenwidrigkeit und das generelle Vorgehen in der Klausur beleuchtet, sondern auch bestimmte prüfungsrelevante Fallgruppen in den Blick genommen.

II. Textaussage

Bevor genauere Ausführungen zur Sittenwidrigkeit vorgenommen werden, soll zunächst die Textaussage des § 228 StGB untersucht werden. Erstens ist dabei die Passage „[...] wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt“ zu betrachten. Sie enthält die Aussage, dass sich die Sittenwidrigkeit gerade auf die Tat, also die Körperverletzung beziehen muss und nicht auf die Einwilligung.¹ Eine „sittenwidrige Einwilligung“ kennt das Gesetz nicht, weshalb dieser Sprachgebrauch auch im Gutachten zu vermeiden ist.

Zweitens muss beachtet werden, welche Aussage § 228 StGB gerade nicht enthält. Ein häufiges Missverständnis ist, dass § 228 StGB eine gesetzliche Normierung der Einwilligung wäre, was zu Sätzen wie „A könnte gem. § 228 StGB eingewilligt haben“ führt. Dieser Satz ist fehlerhaft. In Wahrheit enthält § 228 StGB eher das Gegenteil, nämlich eine Ausnahme von der rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung.² § 228 StGB setzt das Institut der Einwilligung zwar voraus, regelt es aber nicht und enthält auch keine weiteren Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Einwilligung. Die Einwilligung ist vielmehr ein ungeschriebener Rechtfertigungsgrund, der Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts ist.³

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter im Institut für Kriminalwissenschaften (Lehrstuhl Prof. Dr. Höffler) an der Georg-August-Universität Göttingen. Er dankt Stud. iur. *Juliane Greschenz* für die sehr wertvolle Unterstützung.

¹ Vgl. *Morgenstern*, JZ 2017, 1146 (1148).

² Es sei darauf hingewiesen, dass die Einwilligung unter dem Stichwort der einvernehmlichen Fremdgefährdung von manchen schon im Tatbestand behandelt wird, siehe etwa *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006 § 13 Rn. 12.

³ Vgl. *Hardtung*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 228 Rn. 1, 2; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl. 2019, § 25 Rn. 116; *Gropp*, JZS 2012, 602.

III. Gesetzeshistorie

Das deutsche Strafrecht kannte noch nicht immer einer Regelung zur sittenwidrigen Körperverletzung und damit zur Unwirksamkeit der Einwilligung. Das ursprüngliche StGB enthielt keine dem § 228 StGB entsprechende Regelung. Diese wurde erst durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933 als § 226a StGB eingeführt.⁴ Der Wortlaut der Norm ist seitdem fast unverändert geblieben, es wurde lediglich durch den Passus „mit Einwilligung der verletzten Person“ eine geschlechtsneutrale Formulierung gewählt.⁵ Trotz des Gesetzesursprungs in der Frühzeit der nationalsozialistischen Herrschaft dürfte es sich nicht um spezifisch nationalsozialistisch geprägtes Recht handeln, weil entsprechende Gesetzesentwürfe bereits im Kaiserreich und der Weimarer Republik erarbeitet worden sind.⁶ Nachdem das Reichsgericht zuvor davon ausgegangen war, dass eine Einwilligung in Körperverletzungen überhaupt nicht möglich sei⁷, lässt sich der Gesetzesnovelle sogar eine freiheitswahrende Wirkung insoweit beimessen, als die Möglichkeit von Einwilligungen in Körperverletzungen im Grundsatz anerkannt wurden.

In der Bundesrepublik haben Teile der Strafrechtslehre immer wieder die Abschaffung der Norm gefordert und tut dies bis heute.⁸ Entsprechende gesetzgeberische Bestrebungen waren und sind jedoch nicht erkennbar.

IV. Die Sittenwidrigkeit

Die Sittenwidrigkeitsschranke des § 228 StGB ist also eine Einschränkung der Einwilligungsmöglichkeiten und daher eine Einschränkung der Selbstbestimmung des Geschädigten. Die Vorschrift weist damit schwer begründbare paternalistische Züge auf.⁹

Sittenwidrig ist, das dürfte aus dem Zivilrecht bekannt sein, was gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.¹⁰ Aus dieser Definition entnahmen Recht-

⁴ RGBl. I 1933, S. 297.

⁵ *Paeffgen/Zabel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 228 Rn. 2. Zuvor hieß es dort „mit Einwilligung des Verletzten“.

⁶ *Paeffgen/Zabel* (Fn. 5), § 228 Rn. 1; *Grünwald*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 7, 12. Aufl. 2019, § 228 Fn. 2; anders aber *Schmitt*, in: *Schroeder/Zipf* (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, S. 113 (119).

⁷ RGSt 2, 442 (443); 6, 61 (63).

⁸ Siehe *Freund*, ZStW 109 (1997), 455 (473); *Morgenstern*, JZ 2017, 1146 (1156).

⁹ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 228 Rn. 3.

¹⁰ Für das Zivilrecht siehe nur BGH NJW 2009, 1346 (1347); *Armbrüster*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 8. Aufl. 2018 § 138 Rn. 14. Für das Strafrecht siehe etwa:

sprechung und die frühere Lehre lange Zeit, dass es für die Bewertung der Tat als sittenwidrig vor allem auf die Ziele und Beweggründe der Körperverletzung ankäme.¹¹ Das betraf Körperverletzungen im Rahmen des Sexualverkehrs, aber auch alle Körperverletzungen, die zur Vorbereitung einer rechtswidrigen Tat dienen sollten.

Die Auffassung der Rechtsprechung hierzu änderte sich 2004 mit Entscheidungen des 2. und 3. *Strafsenats* des BGH.¹² Auf Grund des Gebots der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafsens dürfe der Sittenwidrigkeitsbegriff nicht auf die Wertvorstellungen einzelner Gruppen oder gar des Strafgerichts bezogen sein, sondern müsse vielmehr auf einen rechtlichen Kern beschränkt werden.¹³ Dies führte den BGH zu einer mehr rechtsguts- als moralbezogenen Auslegung, nach der zur Begründung des Sittenwidrigkeitsurteils, jedenfalls grundsätzlich, nur auf das Gewicht der Verletzung und möglichen Lebensgefahr abzustellen sei.¹⁴ Dafür sei aus der Perspektive „ex ante“ zu entscheiden, ob die Möglichkeit bestimmter körperlicher Beeinträchtigungen oder einer Lebensgefahr bestehe. Somit ist die Sittenwidrigkeit jedenfalls bei einer ex ante festzustellenden konkreten Lebensgefahr zu bejahen.¹⁵ Dafür lässt sich auch die von § 216 StGB gezogene Disponibilitätschranke bezüglich des Lebens geltend machen: Wenn nicht in die eigene Tötung eingewilligt werden kann, liegt es nahe, dass auch das Eingehen von erheblichen Lebensgefahren zumindest nicht ohne guten Grund möglich ist.¹⁶

Zur erforderlichen Schwere einer möglichen Verletzung ohne Lebensgefahr nimmt der BGH bisher leider keine Stellung. Zur Vermeidung von Unbestimmtheit und zur bestmöglichen Orientierung am Gesetz wird es sich anbieten, regelmäßig auf die konkrete Gefahr des Eintritts einer schweren Körperverletzung im Sinne der §§ 226, 226a StGB abzustellen.¹⁷

Dem ist die h.L. – mit Recht – gefolgt.¹⁸ In der Tat ist eine rechtsgutsbezogene Auslegung, die das Sittenwidrigkeitsurteil nur mit dem Gewicht der Tat begründet, die einzige mit einem modernen Strafrecht vereinbare Lösung. Das Abstellen auf reine Moralsätze ist nicht nur wegen seiner mangelnden Bestimmtheit mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG problematisch.¹⁹ Darin läge vielmehr auch ein im pluralistisch verfass-

ten Staat nicht mehr legitimierbarer Eingriff in die Autonomie des Bürgers. Es ist nicht Aufgabe des Staates und erst recht nicht des Strafrechts, den Einzelnen zu bevormunden. Auch passt diese Auslegung zu der Tatsache, dass das Gesetz die Sittenwidrigkeitsschranke nur bei den Körperverletzungsdelikten zieht. Ginge es allein um den Zweck der Tat und dessen sozialetische Bewertung, würde sich die Frage aufdrängen, weshalb ähnliche Grenzen nicht auch bei anderen Delikten, etwa der Sachbeschädigung, gezogen wurden. In diesem Sinne spricht auch die systematische Auslegung des § 228 StGB für eine rechtsgutsbezogene Herangehensweise.

Damit ist der Zweck der Körperverletzung regelmäßig unbeachtlich, um eine mit einem freiheitlichen Strafrecht unvereinbare Moralisierung zu verhindern. Allerdings kann der Zweck der Körperverletzung im Einzelfall die Sittenwidrigkeit als Rückausnahme wieder entfallen lassen.²⁰ Wie noch zu zeigen sein wird, kann es gute Gründe für die Vornahme auch lebensgefährdender Körperverletzungen geben.

V. Vorgehen in der Klausur

Bevor auf die Sittenwidrigkeit eingegangen wird, sollten die übrigen objektiven Voraussetzungen der Einwilligung behandelt werden. An diese Voraussetzungen sei hier in aller Kürze erinnert. Im ersten Schritt muss das Rechtsgut disponibel sein, der Rechtsgutsträger also darüber verfügen dürfen.²¹ Die körperliche Unversehrtheit ist als Individualrechtsgut disponibel.²² Zweitens muss die Einwilligung ausdrücklich oder konkludent erklärt worden sein.²³ Die Erklärung muss vor der Tat erfolgen und darf zum Tatzeitpunkt nicht widerrufen sein.²⁴ Eine Genehmigung von Rechtsgutseingriffen im technischen Sinne kennt das Strafrecht dagegen nicht.²⁵ Drittens muss der Einwilligende einwilligungsfähig sein. Dabei kommt es nicht wie bei der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit auf bestimmte Altersgrenzen an, sondern allein darauf, ob der Einwilligende grundsätzlich über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, die erforderlich ist, um Wesen und Reichweite der Rechtsgutsverletzung zu erfassen.²⁶ Enthält der Sachverhalt hierzu keine Angaben, kann bei Erwachsenen in der Regel von dieser Fähigkeit ausgegangen werden. Bei Minderjährigen gibt es, noch einmal, keine festen Altersgrenzen. Das Alter kann jedoch ein Indiz für die Urteilsfähigkeit sein, die bei einem 17-Jährigen sicher stärker ausgeprägt ist als bei einem 6-Jährigen. Viertens muss die Einwilligung frei von relevanten Willensmängeln sein. Relevante Willensmängel können durch Drohung, Täuschung oder einen sons-

BGHSt 4, 24 (32); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 573.

¹¹ RGSt 74, 91 (94); BGHSt 4, 24 (31); *Schmidt*, JZ 1954, 369 (374).

¹² BGHSt 49, 34; 49, 166.

¹³ BGHSt 49, 166 (169).

¹⁴ BGHSt 49, 34 (42); 166 (171).

¹⁵ BGHSt 49, 166 (173).

¹⁶ Ähnlich *Gropp*, ZJS 2012, 602 (605), der aus dieser Erwägung heraus eine Lösung über die Sittenwidrigkeit für überflüssig hält, weil es schon an der Disponibilität des Rechtsguts fehle.

¹⁷ So auch *Grünwald* (Fn. 6), § 228 Rn. 12.

¹⁸ Statt vieler: *Grünwald* (Fn. 6), Rn. 12; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 10), Rn. 575; *Bott/Wolz*, JA 2009, 421 (423 f.).

¹⁹ Für Verfassungswidrigkeit daher: *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), § 228 Rn. 4; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 5), § 228 Rn. 53.

²⁰ BGHSt 49, 166 (171).

²¹ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 28; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 23 Rn. 9.

²² *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), Vor. §§ 32 ff. Rn. 36; *Momsen-Pflanz/Momsen*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 228 Rn. 6.

²³ *Murmann* (Fn. 3), § 25 Rn. 125.

²⁴ *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 22), Vor. §§ 32 ff. Rn. 39.

²⁵ *Kühl* (Fn. 21), § 9 Rn. 31.

²⁶ *Kühl* (Fn. 21), § 9 Rn. 33.

tigen (d.h. nicht von Täter verursachten) Irrtum entstehen. Ob die Einwilligung durch diese Willensmängel tatsächlich berührt wird, ist Fallfrage und kann hier nicht weitergehend erörtert werden.²⁷ Fünftens muss sich, das erklärt sich von selbst, die Tat im Rahmen der Einwilligung halten, darf also nicht schwerwiegender ausfallen als das Opfer bereit war hinzunehmen.

Sind diese fünf Punkte festgestellt worden, kann als letztes objektives Kriterium noch vor dem subjektiven Rechtfertigungselement auf § 228 StGB eingegangen werden. Ist die Sittenwidrigkeit der Tat fernliegend, verbieten sich natürlich größere Ausführungen. Es genügt ein kurzer Satz mit dem Inhalt, dass Gründe für eine Sittenwidrigkeit der Tat im Sinne des § 228 StGB nicht ersichtlich sind.

Stellt die Sittenwidrigkeit dagegen einen Schwerpunkt der Fallbearbeitung dar, ist weiter auszuholen. Zunächst sollte die Sittenwidrigkeit als Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden definiert werden. Sodann ist mit den vorstehend genannten Argumenten (insb. den Bestimmtheitsproblemen mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG, sowie der Tatsache, dass ein freiheitliches Strafrecht nicht dem Schutz der Mehrheitsmoral zu dienen bestimmt ist) festzustellen, dass nicht etwa eine sozialetische Abwägung, sondern eine rechtsgutsbezogene Auslegung vorzunehmen ist. Daraus ist zu folgern, dass eine Körperverletzung nur dann sittenwidrig im Sinne des § 228 StGB ist, wenn sie die nicht unerhebliche Gefahr des Todes oder einer schweren Verletzung beinhaltet. Kann die Körperverletzung als lebensgefährlich eingestuft werden, bedarf es keiner weiteren Ausführungen zur nötigen Schwere der Verletzung und die Sittenwidrigkeit kann bejaht werden.

VI. Einzelfälle

Zur Verdeutlichung des Vorstehenden, wie auch zur Schärfung des Auges für die Klausur, sollen abschließend einige Einzelfälle zur Sittenwidrigkeit erörtert werden.

1. Die studentische Mensur

Einen Klassiker stellt die strafrechtliche Bewertung der studentischen Mensur dar. Dabei handelt es sich um eine von manchen Studentenverbindungen praktizierte Art des Fechtens mit scharfen oder stumpfen Waffen, sogenannten Schlägern. Dabei sind Oberkörper, Hals und Augen geschützt, der Rest des Gesichts dagegen nicht. Messuren werden ärztlich von sog. Paukärzten begleitet.

Zur strafrechtlichen Problematik wurde die Mensur vor allem in der Nachkriegszeit mit dem sog. Göttinger Messurenprozess.²⁸

Der BGH stellte zu dieser Zeit noch nicht auf die Schwere der möglichen Verletzung, sondern das Anstandsgefühl ab.²⁹ Auf dieser Grundlage argumentierte er, dass die Zulässigkeit der Mensur gesellschaftlich umstritten sei und auch nicht all

ihre Gegner ihre Strafbarkeit fordern würden.³⁰ Daher verstieße die Mensur nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Einwilligung der Teilnehmer sei wirksam.

Auch die Schweretheorie kommt hier zu keinem anderen Ergebnis. Durch die Beschaffenheit der Schläger, das zu beachtende Regelwerk, sowie die ärztliche Begleitung sind schwere oder lebensgefährliche Verletzungen sehr unwahrscheinlich.³¹ Das soll auch dann gelten, wenn die Mensur ohne Schutzausrüstung („sine-sine“) geschlagen wird.³² Zwar kann es bei der Mensur zu Verletzungen und Narben (sog. Schmiss) im Gesicht kommen. Diese werden jedoch hingenommen oder sind von den Beteiligten sogar erwünscht. Wenn, was soweit ersichtlich nicht bezweifelt wird, schon die Einwilligung in eine vollständige Gesichtstätowierung möglich ist, müssen diese Schmissee als regelmäßig geringere Eingriffe auch zulässig sein.

Das heißt aber noch nicht, dass die Mensur keine strafrechtliche Relevanz mehr haben kann. Messuren folgen recht strengen Regelwerken, den sog. Fechtcomments. Wer an einer Mensur teilnimmt und damit in Körperverletzungen einwilligt, wird das nur im Rahmen dieses Regelwerks tun. Überschreitet nun einer der Teilnehmer die Regeln, ist zu fragen, ob die beigebrachte Verletzung noch von der Einwilligung gedeckt ist. Diese Frage dürfte parallel zu Regelverletzungen im Rahmen des Sports zu lösen sein. Dort sind leichte und vorhersehbare Regelverstöße noch von der Einwilligung gedeckt, schwere und insbesondere vorsätzliche Verstöße dagegen nicht.³³

2. Sodomasochistische Praktiken

Lange Zeit waren sodomasochistische Sexualpraktiken das vielleicht wichtigste Beispiel für eine sittenwidrige Körperverletzung. Früher wurden entsprechende Praktiken, etwa das Schlagen oder Würgen des Partners zum Lustgewinn, als Verstoß gegen das Anstandsgefühl und damit die guten Sitten behandelt.³⁴ Im Ausland, etwa in England und Wales, wird das auch heute noch ähnlich gesehen.³⁵

Die bereits erwähnte Entscheidung des 2. Strafsenats aus dem Jahr 2004 befasste sich mit dieser Fallgruppe³⁶:

„R interessierte sich für sodomasochistische Praktiken und verlangte daher von ihrem Lebensgefährten A, sie beim Geschlechtsverkehr zu fesseln und zu würgen. Eines Tages forderte sie A auf, dass er sie, statt wie bisher mit Stricken, mit einem Metallrohr würgen solle. A erkannte die erhebliche Gefahr und erhob Einwände, wurde jedoch letztendlich von R überredet. Über einen Zeitraum von 3 Minuten drückte er das Metallrohr in Intervallen auf R's Hals, wobei er trotz der

³⁰ BGHSt 4, 24 (32).

³¹ BGHSt 4, 24 (25).

³² Paeffgen/Zabel (Fn. 5), § 228 Rn. 109.

³³ BGHSt 4, 88, 92; Hardtung (Fn. 3), § 228 Rn. 44; Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (432).

³⁴ Vgl. die Nachweise bei Paeffgen/Zabel (Fn. 5), § 228 Rn. 37.

³⁵ Siehe Loveless, Criminal Law, 5. Aufl. 2016, S. 492.

³⁶ BGHSt 49, 166.

²⁷ Siehe dazu die Ausführungen bei Kühl (Fn. 21), § 9 Rn. 35 ff.; Murmann (Fn. 3), § 25 Rn. 127 ff.

²⁸ BGHSt 4, 24.

²⁹ BGHSt 4, 24 (31).

erkannten Gefahr darauf vertraute, dass nichts ernsthaftes geschehen werde. Der Würgevorgang führte zu erheblichen Verletzungen im Halsbereich, einer Sauerstoffunterversorgung des Gehirns und letztlich zum Tode.“

Das LG sah die vorsätzliche Körperverletzung durch die Einwilligung der R als gerechtfertigt an und verurteilte A wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB. Der BGH hielt die Tat dagegen im Sinne des § 228 StGB für sittenwidrig und die Einwilligung für Unwirksam. Somit käme auch eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Betracht. Diese Entscheidung beruht aber ausdrücklich nicht auf der Missbilligung sadomasochistischer Praktiken. Hierbei handle es sich um eine „existierende und praktizierte Form des Sexuallebens“, über die kein eindeutiges Sittenwidrigkeitsurteil gefällt werden könne.³⁷ Stattdessen stellt er auf die oben dargestellte rechtsgutsbezogene Auslegung ab. Weil das Würgen mit dem Metallrohr auch aus der ex-ante-Perspektive konkret lebensgefährlich wirkte, ließ sich das Sittenwidrigkeitsurteil hier begründen.

An dieser Entscheidung sollte man sich bei der Fallbearbeitung orientieren. Tatsächlich wird man nicht mehr behaupten können, dass sadomasochistische Praktiken per se gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen. Die Sexualmoral hat sich in den letzten Jahrzehnten enorm liberalisiert. Das zeigt auch das moderne Konzept der Sexualdelikte, die nicht mehr dem Schutz der Sittlichkeit sondern der sexuellen Selbstbestimmung dienen.³⁸ So die sexuellen Handlungen einvernehmlich erfolgen, was ohnehin Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 228 StGB ist, ist die Körperverletzung nicht etwa Verletzung sondern gerade Ausdruck dieser Selbstbestimmung. Daher ist ein Sittenverstoß auch beim Abstellen auf herrschende Moralvorstellungen heute nicht mehr mit hinreichender Sicherheit begründbar.

Ob die Schwere und Gefährlichkeit der Körperverletzung von ausreichendem Gewicht ist, um die Sittenwidrigkeit zu begründen, ist auch hier Fallfrage. Während die Sittenwidrigkeit im vorstehenden Fall aufgrund der konkreten Lebensgefahr bejaht werden muss, muss sie überall abgelehnt werden, wo keine bleibenden Schäden drohen. Dazwischen ist die Abgrenzung zwischen sittenwidriger und gerechtfertigter Tat schwierig. Auch hier dürfte es sich aus Bestimmtheitsgründen anbieten, auf §§ 226, 226a StGB zu rekurrieren, wobei natürlich stets auf den Einzelfall abzustellen ist.

3. Verabredete Schlägereien

Praktisch aktuell von großer Relevanz sind verabredete Schlägereien zwischen gewaltbereiten Anhängern konkurrierender Fußballclubs, die sog. 3. Halbzeit.³⁹ In diesen und ähnlichen Fällen hält die Rechtsprechung die Taten regelmäßig für sittenwidrig, auch wenn es tatsächlich nicht zu einem Todes-

fall oder einer erheblichen Verletzung kommt.⁴⁰ Begründet wird dies mit der erheblichen Eskalationsgefahr, die von tätlichen Auseinandersetzungen zwischen einer Mehrzahl von Personen ausgeht.⁴¹ Dafür spräche auch die vom Gesetz in § 231 StGB getroffene Wertung, nach der gewaltsame Auseinandersetzungen mit mehreren Beteiligten grundsätzlich eine gesteigerte Gefährlichkeit aufwiesen.⁴² Allerdings sei die Tat auch hier nicht stets sittenwidrig, vor allem dann nicht, wenn die Gefährlichkeit durch Regeln und Absprachen reduziert werde.⁴³

Diese Rechtsprechungslinie ist in der Literatur auf Kritik gestoßen. Die Annahme des BGH, § 231 StGB erkläre sämtliche Gruppenauseinandersetzungen für besonders gefährlich, gehe fehl, weil auch die Strafbarkeit nach § 231 StGB gerade den Eintritt einer schweren Folge voraussetzt.⁴⁴ Zudem würde die Sittenwidrigkeitsbegründung so vom Individualrechtsgut zum Allgemeininteresse verschoben.⁴⁵ Schließlich ließe sich diese Rechtsprechung nicht auf den Gesetzeswortlaut stützen.⁴⁶

Im Ergebnis ist der Rechtsprechung jedoch zuzustimmen. Zunächst ist noch einmal festzustellen, dass es nach der rechtsgutsbezogenen Auslegung auf die Gefährlichkeit der Tathandlung ankommt, nicht auf den Eintritt einer schweren Folge.⁴⁷ Welche Folgen seine Tat genau haben wird, ist für den Täter vor der Tat nicht stets vorhersehbar. Er kann bei der Vornahme der Tathandlung nur ihre Gefährlichkeit einschätzen. Ob diese Gefahr sich dann im Tod oder schweren Verletzungen realisiert, hängt auch von Umständen ab, die sich seiner Kontrolle entziehen. Faktoren sind etwa die bisherige körperliche Beschaffenheit des Opfers oder, gerade bei Schlägereien, dessen Abwehr- oder Ausweichfähigkeiten. Für den Täter, der auf Grund einer Einwilligung handelt, ist es aber von höchster Bedeutung schon bei der Vornahme der Handlung wissen zu können, ob er gerechtfertigt sein wird. Für diese Bewertung auf den Erfolgseintritt zu warten, der auch vom Zufall abhängen kann, würde zu kaum erträglicher Rechtsunsicherheit führen. Auch die kritischen Stimmen stellen für die Bewertung der Tat auf ihre Gefährlichkeit und nicht den Erfolgseintritt ab.⁴⁸ Unter dieser Voraussetzung erschließt sich aber nicht, weshalb für die Einschätzung der Handlungsgefährlichkeit nicht auf gesetzliche Wertungen

⁴⁰ BGHSt 58, 140; 60, 166.

⁴¹ BGHSt 58, 140 (151).

⁴² BGHSt 60, 166 (180 ff).

⁴³ BGHSt 58, 140 (147).

⁴⁴ Gaede, ZIS 2014, 489 (498 f.); Zabel, JR 2015, 619 (624); Morgenstern, JZ 2017, 1146 (1151). Die pauschale Gefährlichkeit von Gruppenauseinandersetzungen bestreiten auch Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433).

⁴⁵ Morgenstern, JZ 2017, 1146 (1151).

⁴⁶ Momsen-Pflanz/Momsen (Fn. 22), § 228 Rn. 10; Mitsch, NJW 2015, 1545.

⁴⁷ Zur generell strittigen Frage, ob das Opfer in die Handlung oder gerade auch in den Erfolg einwilligen muss siehe Murrmann (Fn. 3), § 25 Rn. 139.

⁴⁸ Zabel, JR 2015, 619 (620 f.); Morgenstern, JZ 2017, 1146 (1150).

³⁷ BGHSt 49, 166 (172).

³⁸ Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 22), Vor. §§ 174 ff. Rn. 1.

³⁹ Siehe dazu Morgenstern, JZ 2017, 1146 (1151). Vergleichbare Situationen kommen in der Praxis etwa zwischen verfeindeten Jugendgruppen vor, siehe Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429.

abgestellt werden solle. Die besondere Gefährlichkeit von Gruppenauseinandersetzungen lässt das Gesetz gleich an zwei Stellen erkennen, neben § 231 StGB auch in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Dort wird die gemeinschaftliche Begehung mit anderen gefahrträchtigen Verhaltensweisen, unter anderem auch einer Lebensgefährdung, gleichgesetzt. Das Gesetz sieht in dieser Begehungsform also eine erhebliche Rechtsgutsgefährdung, was eine rechtsgutsbezogene Auslegung des Sittenwidrigkeitsbegriffs nicht ignorieren darf. Diese Grundannahme wird auch von kritischen Stimmen in der Literatur geteilt.⁴⁹ Dabei sollte auch nicht übersehen werden, dass der BGH die Taten nicht pauschal als sittenwidrig bewertet, sondern den Teilnehmern der Schlägerei offenlässt, durch Absprachen und andere Sicherungen die Gefahr auf ein sittengemäßes Niveau zu reduzieren. Soweit dagegen argumentiert wird, die Auslegung habe sich am Gesetzeswortlaut und nicht an gesetzlichen Wertungen zu orientieren⁵⁰, kann dem nicht gefolgt werden. Der Gesetzeswortlaut gibt gerade keinen Anhalt für die Ausfüllung des Begriffes „Sittenwidrigkeit“, sodass eine möglichst gesetzesnahe Auslegung überhaupt nur mit gesetzlichen Wertungen gelingen kann.

4. Ärztliche Behandlungen

Ärztliche Behandlungen können einen ähnlichen oder sogar höheren Gefährlichkeitsgrad aufweisen als die bisher behandelten Praktiken. Insbesondere Operationen an vitalen Organen wie Herz und Gehirn bringen stets eine Lebensgefahr mit sich. Unter Umständen kann eine schwere Verletzung des Patienten sogar Ziel der Behandlung sein, wenn etwa ein Körperteil amputiert werden soll, um eine lebensbedrohliche Infektion des restlichen Körpers zu verhindern. Folgt man zu Recht der herrschenden Meinung, so sind ärztliche Heileingriffe tatbestandsmäßige Körperverletzungen, die durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden können.⁵¹ Bei lebensbedrohlichen Eingriffen stellt sich dann die Frage, ob die Einwilligung nicht gem. § 228 StGB unwirksam sein müsste. Das wäre im Ergebnis natürlich kaum haltbar, weil das Eingehen gewisser Lebensgefahren medizinisch notwendig sein kann, um andere, eventuell schwerwiegendere Lebensgefahren abzuwehren. Ebenso untragbar wäre es, Amputationen unter Strafe zu stellen und damit eine tödliche Infektion des Gesamtorganismus hinzunehmen. Hier greift nun die erwähnte Rückausnahme ein und der positive Zweck der Tat ist zu berücksichtigen.⁵² Der zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff ist daher auch bei großer Lebensgefahr nicht als sittenwidrig im Sinne des § 228 StGB einzustufen.

5. Doping

Fragen der Einwilligung und damit der Sittenwidrigkeit stellen sich auch im Bereich des Dopings. Die durch Verwendung leistungssteigernder Mittel verursachten Veränderungen

im Körper können häufig als körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung betrachtet werden.⁵³ Das gilt insbesondere für Spätfolgen, die etwa in Form der Zeugungsunfähigkeit auch den Bereich des § 226 StGB erreichen können.⁵⁴ So das Mittel direkt in die Blutbahn gegeben wird, stellt der Stich mit der Injektionsnadel zudem für sich genommen eine körperliche Misshandlung dar.⁵⁵

In Fällen des Dopings muss allerdings schon im Tatbestand überlegt werden, ob es sich um eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung handelt, die die objektive Zurechenbarkeit und damit die Strafbarkeit ausschließt.⁵⁶ Wann eine solche vorliegt bestimmt sich nach der herrschenden Meinung danach, wem die Tatherrschaft zukommt.⁵⁷ Demnach lässt sich sagen, dass immer dann, wenn der Sportler das Mittel im Bewusstsein der Wirkung selbst einnimmt bzw. die Nadel selbst setzt eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vorliegt, bei der es auf Sittenwidrigkeitserwägungen nicht ankommt.⁵⁸ Wird das Mittel dagegen von einem Arzt oder einem sonstigen Dritten verabreicht, so hat dieser die Tatherrschaft und eine Rechtfertigung kommt nur durch die Einwilligung des Sportlers in Betracht. Dann stellt sich letztlich auch die Frage, ob die Verabreichung von leistungssteigernden Substanzen eine sittenwidrige Körperverletzung im Sinne des § 228 StGB darstellt. Nach den oben erörterten Grundsätzen kann das zumindest dort bejaht werden, wo die Gabe des Dopingmittels zur konkreten Gefahr des Todes oder einer schweren Körperverletzung führt.⁵⁹ Darüber hinaus ist in der Literatur jedoch vertreten worden, dass Doping in jedem Fall und unabhängig vom Gefährdungspotential für den Sportler als Sittenwidrig zu bewerten sei.⁶⁰ Die Begründungen sind dabei sehr unterschiedlich: Teilweise wird argumentiert, dass die arzneimittelrechtliche Unzulässigkeit des Dopings es verbieten würde, der Einwilligung rechtfertigende Wirkung beizumessen.⁶¹ Teilweise wird auch auf die gesellschaftliche Ächtung des Dopings wegen der Verstöße gegen Chancengleichheit und Fairness oder das durch Doping verursachte

⁵³ *Sternberg-Lieben*, ZIS 2011, 583 (585).

⁵⁴ *Kargl*, NStZ 2007, 489 (490).

⁵⁵ *Sternberg-Lieben*, ZIS 2011, 583 (585).

⁵⁶ Umfassend hierzu *Murmann* (Fn. 3), § 23 Rn. 70 ff.

⁵⁷ Das sieht sogar die Rechtsprechung so, die bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bekanntlich einer Gesamtbetrachtungslehre folgt, BGHSt 19, 135 (139); 53, 55 (60 f.). Siehe auch *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), Vor §§ 211 ff. Rn. 36; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 10), Rn. 268; *Kühl*, Jura 2010, 81 ff.

⁵⁸ *Kargl*, NStZ 2007, 489 (490); *Sternberg-Lieben*, ZIS 2011, 583 (585).

⁵⁹ *Corsten/Kuse*, ZJS 2013, 453 (458).

⁶⁰ *Z.B. Turner*, NJW 1991, 2943 (2945); *Link*, NJW 1987, 2545 (2550 f.); *Kargl*, NStZ 2007, 489 (491); *Sternberg-Lieben*, ZIS 2011, 583 (601).

⁶¹ So *Grotz*, ZJS 2008, 243 (249); *Sternberg-Lieben*, ZIS 2011, 583 (601); *Putzke*, in: *Lehner/Nolte/Putzke* (Hrsg.), *AntiDopG*, 2017, § 4 Rn. 78.

⁴⁹ *Gaede*, ZIS 2014, 489 (490)

⁵⁰ *Mitsch*, NJW 2015, 1545

⁵¹ BGH NStZ 2011, 343; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 5), § 228 Rn. 57; *Murmann* (Fn. 3), § 22 Rn. 56; *Zöller*, ZJS 2011, 173 (175).

⁵² *Dölling*, in: *Dölling/Duttge/Rössner/König* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, § 228 Rn. 14.

Misstrauen gegenüber der gesellschaftlichen Institution des Sports abgestellt.⁶²

Doping generell als sittenwidrige Körperverletzung zu sehen, überzeugt jedoch aus mehreren Gründen nicht. Zunächst läge, weil nicht mehr nur auf die Gefahr für den verletzten Athleten abgestellt wird, hierin eine Rückkehr zur moralbezogenen Auslegung des Sittenwidrigkeitsmerkmals und damit ein Konflikt mit dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem Autonomieprinzip.⁶³ Darüber hinaus ist aber auch nicht einzusehen, weshalb gerade die Körperverletzungsdelikte entgegen ihrer eigentlichen Zwecksetzung – dem Schutz des Körpers und der Gesundheit als Individualrechtsgüter – dazu dienen sollen, so fragwürdige, unbestimmte und überindividuelle Rechtsgüter wie das Vertrauen in den Sport zu schützen.⁶⁴ Schließlich zeigt mittlerweile auch § 4 Abs. 1 Nr. 2 des Anti-Doping-Gesetzes, der die Verabreichung von Dopingmitteln unter Strafe stellt, dass der Gesetzgeber dieses Verhalten nicht bereits in jedem Fall als Körperverletzung sieht.⁶⁵ Anderenfalls wäre diese spezielle Strafbarkeitsanordnung mit einem gegenüber § 223 StGB geringeren Strafrahmen überflüssig. Zugleich ist mit dieser Vorschrift jedes etwaige Bedürfnis entfallen, die Fallgruppe stets über §§ 223 ff. StGB zu erfassen, weil vermeintliche oder tatsächliche Strafbarkeitslücken nicht bestehen. Gerade im Gegensatz zur Argumentation von *Grotz* und *Sternberg-Lieben*⁶⁶ führt die spezialgesetzliche Strafbarkeit des Dopings nicht dazu, dass eine entsprechende Einwilligung unwirksam sein müsste, weil das das verwirklichte Unrecht bereits durch speziellere Tatbestände berücksichtigt werden kann.

Damit gilt für den Bereich des Dopings nichts anderes als auch sonst: Es bleibt bei der rechtsgutsbezogenen Auslegung, nach der eine Sittenwidrigkeit nur in Betracht kommt, wenn der Sportler durch die Verabreichung des Mittels in die Gefahr des Todes oder einer schweren Verletzung gebracht wird.⁶⁷ Ob das der Fall ist, muss in der Klausur der Sachverhalt mitteilen, in der Praxis muss ein Sachverständiger gehört werden.

6. Irrtümer

Abschließend soll auf mögliche Irrtumskonstellationen in Verbindung mit der Sittenwidrigkeit eingegangen werden. Irrtümer betreffen hier die Einwilligung als Rechtfertigungs-

grund, sodass ein Erlaubnistatbestandsirrtum oder ein Verbotsirrtum gem. § 17 StGB in Betracht kommt. Entscheidend ist, ob der Irrtum auf der tatsächlichen oder der rechtlichen Seite liegt. Hält der Täter eine lebensbedrohliche und damit sittenwidrige Körperverletzung für harmlos, irrt er über Tatsachen. Er stellt sich eine tatsächliche Situation vor, in der die Einwilligung des Verletzten wirksam wäre. Darin liegt ein Erlaubnistatbestandsirrtum, der nach dem bekannten Regeln zu behandeln ist.⁶⁸

Verkennt der Täter die Bedeutung des Begriffes der Sittenwidrigkeit (oder ist ihm, was praktisch näher liegt, die Einschränkung nicht bekannt), irrt er über die Rechtslage. Hält er die Einwilligung für wirksam und sein sittenwidriges Verhalten damit für straflos, so erliegt er einem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB. Entscheidend für die Strafbarkeit ist damit, ob der Irrtum für den Täter vermeidbar war. Das ist der Fall, wenn er bei intensiver Anspannung seines Gewissens und seiner Erkenntniskräfte zu der Einsicht hätte gelangen können, Unrecht zu tun.⁶⁹ Dies wird sich unter der Scheretheorie regelmäßig bejahen lassen. Es ist hinlänglich bekannt, dass die aktive Sterbehilfe in Deutschland verboten ist. Bei intensiver Anspannung der Gewissenskräfte wird sich aus dieser Einsicht folgern lassen, dass auch das Beibringen lebensgefährlicher Verletzungen trotz Einwilligung nicht rechtmäßig ist.

Eine anders geartete Irrtumskonstellation liegt vor, wenn der Täter an sich nicht sittenwidrig handelt, aber glaubt, dass seine Tat sittenwidrig sei. So kann jemand harmlose sadomasochistische Praktiken vornehmen und dabei glauben, dass diese auf Grund des sexuellen Bezugs strafbar seien. Dann liegt ein umgekehrter Rechtfertigungsirrtum vor, der die Wirksamkeit der Einwilligung unberührt lässt. Die Tat ist als strafloses Wahndelikt zu behandeln.⁷⁰

⁶² *Link*, NJW 1987, 2545 (2550); *Kargl*, NSStZ 2007, 489 (491). Siehe auch *Grotz*, ZJS 2008, 243 Fn. 71 m.w.N.

⁶³ Siehe schon oben unter IV.

⁶⁴ Zu Kritik und Antikritik an diesem Rechtsgut siehe *Nolte*, in: *Lehner/Nolte/Putzke* (Fn. 61), § 1 Rn. 76 ff.; *Wußler*, in: *Erbs/Kohlhaas*, *Strafrechtliche Nebengesetze*, Kommentar, 224. EL, Stand: März 2019, § 1 AntiDopG Rn. 4 ff. m.w.N.

⁶⁵ Vgl. zu dieser Vorschrift *Freund*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017 §§ 1–4 AntiDopG Rn. 67 ff.; *Volkmer*, in: *Körner/Patzak/Volkmer* (Hrsg.), *BtmG*, 9. Aufl. 2019, § 4 AntiDopG Rn. 37 ff.; *Weber*, *BtmG*, 5. Aufl. 2017, § 4 AntiDopG Rn. 110 ff.

⁶⁶ Siehe Fn. 61.

⁶⁷ So auch *Hardtung* (Fn. 3), § 228 Rn. 53.

⁶⁸ Siehe dazu etwa *Heuchemer*, JuS 2012, 795.

⁶⁹ BGHSt 2, 194 (201); *Momsen*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 22), § 17 Rn. 10; *Murmann* (Fn. 3), § 26 Rn. 51.

⁷⁰ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 16 Rn. 25.

Fortgeschrittenenklausur: Die Kündigungsverzichtsklausel

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas David Brinkmann, Bielefeld*

Sachverhalt

V ist Eigentümerin eines Mietshauses mit 20 vermieteten Wohnungen. Als eine der Wohnungen frei wird, beauftragt sie den Makler M, ihr einen geeigneten Mieter zu vermitteln und mit diesem einen Mietvertrag in ihrem (Vs) Namen abzuschließen. Aus den Interessenten wählt M den X aus und fordert diesen auf, für den Vertragsschluss einen „Mietvertrag von Haus und Grund“ zu besorgen. X kommt dieser Bitte nach und bringt zum Vertragsschluss ein entsprechendes Formular mit. Darin heißt es unter § 2 Mietzeit Nr. 1 a:

□ *Kündigungsverzicht*

Das obige Mietverhältnis wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen. Beide Mietparteien verzichten wechselseitig bis zu _____ Jahre auf ihr Recht zur ordentlichen Kündigung des Mietvertrags. Zum Ablauf des Verzichtszeitraums kann das Mietverhältnis erstmalig wieder von beiden Mietvertragsparteien mit den gesetzlichen Kündigungsfristen gekündigt werden. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung wird von dieser Regelung nicht berührt.

Das Kästchen „Kündigungsverzicht“ wurde bei Abschluss des Mietvertrags handschriftlich angekreuzt; als Verzichtsdauer wurde (ebenfalls handschriftlich) „fünf Jahre“ eingetragen. M hatte X zuvor darauf hingewiesen, dass Vermieter üblicherweise auf einen fünfjährigen Kündigungsverzicht bestehen. In einem leeren Feld am Ende des Musterformulars, das mit der Überschrift „§ 20 Sonstige Vereinbarungen“ überschrieben ist, trägt M zudem – wie er es sich bereits im Vorfeld überlegt hat – handschriftlich folgenden Satz ein:

Ausführlich wurde ausgehandelt der Kündigungsverzicht.

Nachdem X und M (Letzterer als Vertreter der V) den Mietvertrag unterschrieben haben und X ein Jahr in der Wohnung gewohnt hat, findet X eine bessere Wohnung in der Nachbarschaft. Er wendet sich an V und teilt dieser mit, dass er kündigen möchte. V verweist ihn auf den Kündigungsverzicht. X erwidert, dass er sich hierdurch nicht gebunden fühle. Es handle sich um AGB, welche bereits nicht nach § 305 Abs. 2 BGB einbezogen wurden, weil der dort vorgeschriebene Hinweis nicht erfolgte. Jedenfalls sei der Kündigungsverzicht unwirksam, da ein solcher in AGB nach der Rechtsprechung vier Jahre nicht überschreiten dürfe. V erwidert, dass § 305 Abs. 2 BGB auf Formularverträge generell nicht anwendbar sei. Zudem habe X das Vertragsmuster besorgt, sodass es sich wenn überhaupt um die AGB des X handle. Sie, V, habe jedenfalls noch nie zuvor den Haus- und Grund-Muster-

vertrag genutzt und beabsichtige dies auch in Zukunft nicht. Letztendlich sei der Kündigungsverzicht, wie sich aus der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags ergebe, ohnehin eine Individualvereinbarung. X entgegnet, dass eine Individualvereinbarung vorliegend nicht möglich wäre – M als Immobilienmakler sei schließlich unternehmerisch tätig gewesen, sodass das der Einwand, die Bedingung sei im Einzelnen ausgehandelt worden, nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB ausgeschlossen sei.

Aufgabe

Beurteilen Sie die Wirksamkeit des Kündigungsverzichts. Nehmen Sie dabei zu allen im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachterlich – Stellung.

Lösungsvorschlag

Der Kündigungsverzicht könnte gegen die Vorgaben des AGB-Rechts in §§ 305 ff. BGB verstoßen und dementsprechend unwirksam sein.

I. Vorliegen von AGB

Hierzu müsste es sich zunächst um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) handeln. AGB sind nach § 305 Abs. 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt und die nicht zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

1. *Vertragsbedingung*

Vertragsbedingung sind alle Bestandteile von mehrseitigen Rechtsgeschäften, die bereits geschlossen worden sind oder noch geschlossen werden.¹ Der Kündigungsverzicht ist Bestandteil des zwischen V und X geschlossenen Mietvertrags und somit Vertragsbedingung.

2. *Vorformuliert*

Eine Vertragsbedingung ist vorformuliert, wenn ihr Entwurf zeitlich vor Abschluss des Vertrags bzw. der Vornahme des Rechtsgeschäfts erfolgte.² Vorliegend wurde der Kündigungsverzicht handschriftlich angekreuzt und ergänzt. Fraglich ist, ob dies dazu führt, dass eine Klausel nicht mehr als vorformuliert gilt. Insoweit ist zwischen unselbständigen und selbständigen Ergänzungen zu differenzieren.³ Bei unselbständigen Ergänzungen handelt es sich um Fälle, in denen ein eigenständiger Regelungsgehalt einer Klausel bereits aus dem vorformulierten Teil folgt.⁴ Diese stellen per se AGB dar.⁵

* Der Verf. ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld. Er dankt Herrn Prof. Dr. Martin Schwab für wertvolle Anmerkungen.

¹ Schwab, in: AGB-Recht, 3. Aufl. 2018, Teil 1 Rn. 1.

² Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 305 Rn. 13.

³ Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 75.

⁴ Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 75.

⁵ BGH NJW 1983, 1603 ff.; BGH NJW 1998, 1066 ff.

Selbständig sind solche Ergänzungen, in denen erst der handschriftliche Zusatz einen eigenständigen Regelungsgehalt der Klausel begründet.⁶ Dort gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob die Ergänzung vorformuliert wurde oder nicht.⁷ Kann der Vertragspartner die offenen Stellen ohne Beeinflussung nach seiner freien Entscheidung ausfüllen, stellt die Ergänzung keine AGB dar.⁸ Andererseits können selbständige Ergänzungen vorformuliert sein, wenn dem Kunden durch das Formular oder durch die Vertragsverhandlung mit dem Verwender oder seinem Vertreter bestimmte Ausfüllungsalternativen nahe gelegt werden.⁹

Mit Blick auf den vorliegenden Kündigungserzicht gilt damit Folgendes: Die bloße Ankreuzoption ändert an der Vorformulierung jedenfalls nichts, denn der wählbare Inhalt könnte gleichwohl im Voraus abgefasst sein und deshalb das Tatbestandsmerkmal der Vorformulierung erfüllen.¹⁰ Vorliegend könnte sich die Unangemessenheit allerdings gerade aus der Dauer des Kündigungserzichts ergeben und nicht aus dem Kündigungserzicht als solchem. Der eigentliche Regelungsgehalt würde dann erst aus der handschriftlichen Ergänzung folgen, sodass eine unselbstständige Ergänzung vorliegen würde. Soweit eine Vertragsbedingung wie hier ein Leerfeld enthält, bleibt dem anderen Vertragsteil grundsätzlich nichts anderes übrig, als sich selbst Gedanken über die Ergänzung zu machen.¹¹ Bei Leerstellen ist deshalb in der Regel von einer nicht von einer vorformulierten Klausel auszugehen.¹² Im konkreten Fall könnte jedoch eine Ausnahme bestehen. M, der dem Lager der V zuzurechnen ist, hat X auf die Üblichkeit eines fünfjährigen Kündigungserzichts hingewiesen und X somit davon abgebracht, sich eigene Gedanken zu machen.¹³ Dementsprechend liegt eine vorformulierte Klausel vor.

3. Für eine Vielzahl von Verträgen

Für eine Vielzahl von Verträgen ist die Vertragsbedingung vorformuliert, wenn sie zur mehrfachen, d.h. mindestens zur dreimaligen, Verwendung bestimmt ist.¹⁴ V beruft sich darauf, dass sie den zugrundeliegenden Mustervertrag nur einmalig verwendet hat und eine zukünftige Verwendung nicht beabsichtigt. Allerdings kommt es für die Beurteilung der Mehrfachverwendung nicht ausschließlich auf den Klauselsteller an. Eine Mehrfachverwendungsabsicht ist bereits dann zu bejahen, wenn derjenige, der die Klausel formuliert, eine mindestens dreimalige Verwendung beabsichtigte.¹⁵ Dies ist

im vorliegenden Fall, in dem ein Musterformular von Haus und Grund verwendet wurde, grundsätzlich zu bejahen.¹⁶

Fraglich scheint allerdings, ob auch der fünfjährige Kündigungserzicht für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurde. Hier könnte jedoch § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB weiterhelfen. Demnach sind §§ 305c Abs. 2, 306 und 307–309 BGB bei Verbraucherverträgen, also Verträgen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer, auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann anwendbar, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind.

Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. X mietet die Wohnung zum Wohnen und somit zu privaten Zwecken,¹⁷ sodass X Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist.

Unternehmer ist, wie sich aus § 14 BGB ergibt, jede natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Was die Unternehmereigenschaft anbelangt, kommt es – entgegen der Auffassung des X – nicht auf den M sondern auf die V an, da diese und nicht M der Vertragspartner des X ist.¹⁸ V vermietet mehr als 20 Wohnungen. Unter welchen Voraussetzungen ein Vermieter als Unternehmer zu qualifizieren ist, ist umstritten.¹⁹ Mitunter wird davon ausgegangen, dass jeder Vermieter unternehmerisch tätig ist.²⁰ Teilweise wird nach der Anzahl der vermieteten Wohnungen differenziert, wobei das Spektrum irgendwo zwischen drei und zehn Wohnungen liegt.²¹ Manche wollen auch auf den Umfang des Geschäftsbetriebs unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände abstellen.²² Bei einer Vermietung von mehr als 20 Wohnungen dürfte allerdings davon auszugehen sein, dass der Geschäftsbetrieb vom Umfang her eine Einordnung der Tätigkeit als unternehmerisch rechtfertigt. Demnach ist V nach allen Ansichten als Unternehmerin im Sinne des § 14 BGB zu qualifizieren.

Der Mietvertrag zwischen V und X ist somit ein Verbrauchervertrag, sodass § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB Anwendung findet. Auf die Frage, ob die Kündigungserzichtsklausel auch für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurde, kommt es damit nicht an.

4. Vom Verwender gestellt

Die Vertragsbedingung wird im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB von demjenigen gestellt, der die Einbeziehung in den

⁶ Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 75.

⁷ Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 75.

⁸ BGH NJW 1996, 1676 ff.

⁹ Basedow (Fn. 2), § 305 Rn. 13.

¹⁰ Lehmann-Richter, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.8.2019, § 305 BGB Rn. 110.

¹¹ Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 76.

¹² BGH NJW 1998, 1066 ff.

¹³ Vgl. AG Hamburg NJW-RR 1997, 559 ff.

¹⁴ BGH NJW 2002, 138 ff.

¹⁵ BGH NJW-RR 2017, 137 ff.

¹⁶ Vgl. BGH NJW-RR 2017, 137 ff.

¹⁷ Vgl. Brinkmann, JZ 2018, 109 (112).

¹⁸ Vgl. Alexander, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 15.6.2019, § 14 BGB Rn. 77.

¹⁹ Hierzu bereits Fervers, NZM 2018, 640 (646); Brinkmann, JZ 2018, 109 (113).

²⁰ Pfeilschifter, WuM 2003, 543; Harsch, WuM 2008, 201 (202 f).

²¹ Vgl. Brinkmann, JZ 2018, 109 (113 m.w.N.).

²² Hau, NZM 2015, 435 ff.

Vertrag veranlasst.²³ Vorliegend hat X den Mustervertrag von Haus und Grund besorgt. Dies erfolgte jedoch auf Veranlassung des M. Aus dem bloßen Umstand, dass X den Vertrag zur Verhandlung mitgebracht hat, lässt sich hier dementsprechend nicht entnehmen, dass X auch Steller der im Mustervertrag enthaltenen Klauseln ist.²⁴ Als Verhandlungshelfer der V ist das Verhalten des M vielmehr nach § 166 Abs. 1 BGB analog der V zuzurechnen.²⁵ Da die Nutzung des Mustervertrags von Haus und Grund auf Veranlassung des M erfolgte, ist V somit Stellerin der enthaltenen Klauseln.²⁶

Hinweis: An dieser Stelle könnte auch § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB herangezogen werden. Demnach gelten allgemeine Geschäftsbedingungen als vom Unternehmer gestellt, wenn sie nicht vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. An dieser Stelle wäre allerdings gleichwohl zu problematisieren, dass X den Mustervertrag besorgt hat, dies jedoch auf Aufforderung des M, der wiederum der V zuzurechnen ist, geschah.

5. Nicht im Einzelnen ausgehandelt

Keine AGB, sondern eine Individualvereinbarung liegt vor, wenn der vom Gesetz abweichende Kerngehalt einer für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingung, deren Einbeziehung auf Veranlassung einer Partei erfolgt ist, ernsthaft zur Disposition gestellt wird.²⁷ Zur Frage inwiefern der Umstand, dass es sich hier um eine handschriftliche Ergänzung handelt, die Einordnung der Klausel als Individualvereinbarung zur Folge hat, gelten die oben zur selbständigen Ergänzung erfolgten Ausführungen entsprechend. Demnach führt der Umstand, dass es sich bei der Kündigungsverzichtsklausel um eine Ankreuzoption handelt, bei der zudem eine Leerstelle auszufüllen war, nicht zwangsläufig zum Vorliegen einer im Einzelnen ausgehandelten Individualvereinbarung.

Hinweis: An dieser Stelle könnte auch § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB herangezogen werden. Nach teilweise vertretener – aber i.E. abzulehnender (siehe unten) – Ansicht²⁸ wird im Rahmen dieser Vorschrift auch vermutet, dass die Klausel nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde. In diesem Fall könnte V das Gegenteil nicht beweisen, sodass es auch nicht auf die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags ankommen würde. Die im Folgenden zu prüfende Bedeutung der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags müsste dann hilfsgründerlich erfolgen.

a) Annahme einer Individualvereinbarung aufgrund der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags

Vorliegend könnte sich aus der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags ergeben, dass die Parteien den Kündigungsverzicht im Einzelnen ausgehandelt haben. Fraglich ist indes, ob es sich bei der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags nicht unter Umständen um eine nach § 309 Nr. 12 lit. b BGB unwirksame AGB handelt.

aa) Vorliegen von AGB

Hierzu müsste es sich bei der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags zunächst um eine AGB handeln.

(1) Vertragsbedingung

Fraglich ist, ob die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags überhaupt Vertragsbedingung ist, da es sich inhaltlich nur um eine reine Tatsachenbestätigung zu handeln scheint. Nach § 309 Nr. 12 BGB kann aber auch eine Tatsachenbestätigung der AGB-Kontrolle unterliegen. Demnach spricht der Umstand, dass die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags eine Tatsachenbestätigung darstellt, nicht per se dagegen, sie als Vertragsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB zu qualifizieren.

Hinweis: An dieser Stelle dürfte der bloße Hinweis auf § 309 Nr. 12 lit. b BGB grds. ausreichen, um Zweifel an der Eigenschaft der Aushandelsbestätigung als Vertragsbedingung auszuräumen. Man kann an einer solchen Lösungsweise zwar dogmatische Zweifel haben – schließlich liegt insofern ein gewisser Zirkelschluss vor: Nach § 309 Nr. 12 lit. b BGB ist eine in AGB enthaltene Bestimmung unwirksam, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, indem er den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt. Die Vorschrift setzt somit gerade voraus, dass eine beweislasternde Tatsachenbestätigung in (Form von) AGB erfolgt. Die generelle Annahme, dass eine (möglicherweise beweislasternde) Tatsachenbestätigung auch Vertragsbedingung ist, lässt sich § 309 Nr. 12 lit. b BGB also prima facie nicht entnehmen. Insofern wäre zunächst eine Prüfung, ob eine Tatsachenbestätigung die Voraussetzungen der Vertragsbedingung erfüllt, angezeigt. Hierzu müsste bestimmt werden, ob die Tatsachenbestätigung (ihre Wirksamkeit unterstellt) Einfluss auf den Vertragsinhalt hat. Dies wäre etwa dann zu bejahen, wenn die Tatsachenbestätigung Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast hat – also eine beweislasternde Tatsachenbestimmung vorliegt. Denn im non-liquet-Fall kann sich das Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien wegen einer beweislasternden Tatsachenbestätigung insoweit anders darstellen, als es ohne entsprechende Tatsachenbestätigung der Fall wäre. Dies wiederum wäre mit Blick auf eine Aushandelsbestätigung zu bejahen, wenn diese zur Folge hätte, dass eine andere Vertragsklausel, die andernfalls als unwirksam einzustufen wäre, aufgrund der Aushandelsbestätigung (deren Wirksamkeit vorausgesetzt) unter Umständen wirk-

²³ Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 98.

²⁴ BGH NZM 2018, 556 ff.

²⁵ Vgl. Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 113; in diesem Sinne auch Basedow (Fn. 2), § 305 Rn. 21.

²⁶ Vgl. BGH NZM 2018, 556 ff.

²⁷ BGH NJW 2000, 1110 (1111).

²⁸ So etwa Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 135.

sam wäre. Vorliegend wäre also an dieser Stelle demnach zu prüfen, ob die Kündigungsverzichtsklausel ohne wirk-same Aushandelsbestätigung unwirksam wäre und ob dies es mit wirksamer Aushandelsbestätigung anders zu beur-teilen wäre. Wenn die Unwirksamkeit im ersten Fall zu bejahen und im zweiten Fall zu verneinen wäre, hätte die Aushandelsbestätigung Einfluss auf den Vertragsinhalt. Damit würde man indes die Frage, ob die Tatsachenbestä-tigung eine Beweislaständerung beinhaltet (wobei inzi-dent die Inhaltskontrolle der Kündigungsverzichtsklausel zu prüfen wäre), bereits im Rahmen der Prüfung, ob es sich bei der Tatsachenbestätigung um eine Vertrags-klausel handelt, klären müssen. Eine derartige Vorgehens-weise scheint auch der BGH in einem Fall aus dem Jahre 1987 gewählt zu haben.²⁹ Ein Gutachten würde bei einer solchen Vorgehensweise allerdings extrem „kopflastig“. Andererseits lässt sich feststellen, dass eine Tatsachenbe-stätigung, die als Beweislaständerung aufgrund von § 309 Nr. 12 lit. b BGB unwirksam ist, denklösig (im Falle ihrer unterstellten Wirksamkeit) Auswirkungen auf den Vertrag hätte und deshalb Vertragsbedingung sein muss. Aus diesem Grund scheint es vertretbar, die Qualifikation der (möglicherweise beweislaständernden) Tatsachenbe-stimmung als Vertragsbedingung zunächst – mit Verweis auf § 309 Nr. 12 lit. b BGB – zu bejahen und die Frage, ob die Tatsachenbestimmung tatsächlich eine Änderung der Beweislast zur Folge hat, erst im Rahmen der Inhalts-kontrolle der Tatsachenbestätigung zu klären.

(2) Vorformuliert

Die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags könnte vorformuliert sein. Ursprünglich stand die Ergänzung noch nicht im Miet-vertrag. Vielmehr hat M, der Verhandlungsgelhilfe der V, sie während der Vertragsverhandlungen dort niedergeschrieben. Allerdings können auch im Kopf vorformulierte Klauseln AGB sein.³⁰ M hatte sich bereits im Vorfeld des Vertrags-schlusses die Ergänzung überlegt, sodass die Tatsachenbestä-tigung vorformuliert war.

(3) Für eine Vielzahl von Verträgen

Die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags müsste grds. auch zur Verwendung bei einer eine Vielzahl von Verträgen beab-sichtigt gewesen sein. Ob eine derartige Mehrfachverwen-dungsabsicht hier bestand, kann jedoch offenbleiben, da ein Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB vorliegt (siehe oben). Insofern ist § 309 BGB auch für eine bloß zur einma-ligen Verwendung bestimmte vorformulierte Vertragsbedin-gung anwendbar (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

(4) Von V gestellt

Die Klausel gilt nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB auch als von V gestellt, da sie jedenfalls nicht von X, sondern von M in den Vertrag eingebracht wurde.

(5) Nicht im Einzelnen ausgehandelt

M, dessen handeln der V zuzurechnen ist, dürfte die Klausel nicht ernsthaft zur Disposition gestellt haben. Nach teilweise vertretener Ansicht bedeutet „Stellen“ im Sinne des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB und § 305 Abs. 1 S. 1 BGB nicht nur, dass der Verbraucher die Klausel in den Vertrag eingeführt hat, sondern auch, dass ein Aushandeln nicht stattgefunden hat.³¹ Im Anwendungsbereich des § 310 Abs. 3 BGB hätte diese Auffassung zur Folge, dass der Verwender einer Klausel mit dem Einwand, die Klausel sei im Einzelnen ausgehandelt worden, abgeschnitten ist.³² Dementsprechend käme es im vorliegenden Fall nicht auf die Frage an, ob zwischen M und X unter Umständen eine Verhandlung über die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags stattgefunden hat.

Aus systematischen Gesichtspunkten überzeugt diese An-sicht jedoch nicht. Dagegen, dass „Stellen“ mehr als nur das Einführen in den Vertrag bedeutet, spricht zunächst § 305 Abs. 1 S. 3 BGB, der bei einem derartigen Verständnis wei-testgehend überflüssig wäre. Zudem ist nicht ersichtlich, wa-rum die Regelung mit Blick auf die Frage, wer die Klausel eingeführt hat, als widerlegliche Vermutung ausgestaltet ist, mit Blick auf die Frage, ob die Klausel im Einzelnen ausge-handelt wurde, aber eine Fiktion enthalten soll. Die Klausel-richtlinie³³ – deren Umsetzung § 310 Abs. 3 BGB dient – gebietet eine solche Fiktion jedenfalls nicht.³⁴ Auf die Frage, ob die Klausel im Einzelnen ausgehandelt wurde, dürfte sich die Vermutung nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB somit nicht erstrecken.³⁵

Letztlich kann der Streit an dieser Stelle jedoch offen-bleiben, da die Beweislast für die Frage, ob die Klausel im Einzelnen ausgehandelt wurde, nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB den Verwender, hier also V trifft. Mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass weder V noch ihr Vertreter M bereit gewesen wären von der Ergä-nzung in § 20 des Mietvertrags abzurücken und dies dem X deutlich gemacht wurde. Somit gilt die Klausel als nicht im Einzelnen ausgehandelt.

bb) Einbeziehung

Davon ausgehend, dass die Ergänzung in § 20 des Miet-vertrags eine Einmalbedingung nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB darstellt, ist fraglich, ob die Einbeziehungsvorgaben nach § 305 Abs. 2 BGB hier zur Anwendung kommen. Denn auf § 305 Abs. 2 BGB wird im Rahmen des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht verwiesen. Nach wohl zutreffender Ansicht ist – soweit die Vorgaben des § 305 Abs. 2 BGB nicht ohnehin bereits aus den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts folgen – eine analoge Anwendung geboten.³⁶

³¹ Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 135.

³² Schwab (Fn. 1), Teil 1 Rn. 135.

³³ RL 93/13/EWG.

³⁴ Basedow (Fn. 2), § 310 Rn. 91.

³⁵ In diesem Sinne auch Basedow (Fn. 2), § 310 Rn. 94.

³⁶ Richters/Friesen, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand 1.1.2018, § 310 BGB Rn. 174.

²⁹ Vgl. BGH NJW 1987, 1634 ff.

³⁰ BGH NJW 1999, 2180 ff.

Fraglich ist, ob die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags nicht in den Vertrag einbezogen wurde, weil V bzw. M nicht explizit auf die Existenz von AGB hingewiesen haben. Zwar hat der BGH in einer Entscheidung formuliert, dass § 305 Abs. 2 BGB in Fällen von Formularverträgen – wie der vorliegende Mustervertrag grds. einen darstellt – überhaupt nicht anwendbar ist.³⁷ Zutreffend dürfte indes sein, dass soweit die AGB integraler Bestandteil der Vertragsurkunde sind, die Voraussetzungen der § 305 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 BGB schlicht erfüllt sind.³⁸ Der Klauselgegner ist sich bewusst, dass formularmäßige Regelungen, die örtlich vor der zu leistenden Unterschrift stehen, Vertragsbestandteil werden.³⁹ Zudem hat der Klauselgegner zweifelsohne auch die Möglichkeit zur Kenntnisnahme derartiger Klauseln. Die die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags ist somit Vertragsbestandteil geworden.

cc) Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB

Die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags verstößt gegen § 309 Nr. 12 lit. b BGB, wenn sie eine die Beweislast verändernde Tatsachenbestätigung darstellt.

Die Änderung der Beweislast ist nicht auf solche Konstellationen beschränkt, in denen dem Klauselgegner die Beweislast im Sinne einer Beweislastumkehr übergebürdet wird – vielmehr erfüllt schon der Versuch des Verwenders, die Beweisposition des Klauselgegners zu verschlechtern, die Voraussetzungen der Beweislaständerung im Sinne des § 309 Nr. 12 lit. b BGB.⁴⁰ Bereits dann, wenn die formularmäßige Klausel zur Folge haben kann, dass ein Richter die Anforderungen an den Beweis in Fällen, in denen der Klauselgegner beweisbelastet ist, erhöht bzw. in Fällen, in denen die andere Partei beweisbelastet ist, die Anforderungen an den Beweis ermäßigt, liegt demnach eine maßgebliche Änderung der Beweislast vor.⁴¹

Ohne Aushandelsbestätigung müsste V als Klauselstellerin darlegen und beweisen, dass die Kündigungsverzichtsklausel im Einzelnen ausgehandelt worden ist (vgl. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB); würde ihr dieser Beweis nicht gelingen, wäre davon auszugehen, dass die Kündigungsverzichtsklausel eine AGB darstellt. Aufgrund einer (wirksamen) Aushandelsbestätigung könnte V den Beweis des tatsächlichen Aushandelns zumindest durch Berufung auf die Aushandelsbestätigung untermauern. Insofern bestünde aufgrund der Aushandelsbestätigung die Gefahr, dass ein Richter die Anforderungen an die Beweislast der V ermäßigt.

Die Ergänzung in § 20 des Mietvertrags hat somit eine Änderung der Beweislast im Sinne des § 309 Nr. 12 lit. b BGB zur Folge. Dementsprechend ist die Ergänzung als beweislaständernde Tatsachenbestätigung unwirksam.

dd) Zwischenergebnis

Aus der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags folgt nicht, dass die Kündigungsverzichtsklausel im Einzelnen ausgehandelt wurde.

Hinweis: Nach der Rechtsprechung des BGH hätte auch eine individualvertraglich vereinbarte „Bestätigung“ einer ausgiebigen Verhandlung der Kündigungsschutzklausel letztlich nicht dazu geführt, dass die Kündigungsschutzklausel als im Einzelnen ausgehandelt hätte angesehen werden müssen.⁴² Denn könnte der Verwender allein durch eine solche Klausel die Darlegung eines Aushandelns stützen, bestünde die Gefahr der Manipulation und der Umgehung des Schutzes der §§ 305 ff. BGB.⁴³ Da die §§ 305 ff. BGB nicht zur Disposition der Parteien stehen, sondern zwingendes Recht sind, kommt es insofern nur darauf an, ob die Kündigungsverzichtsklausel tatsächlich im Einzelnen ausgehandelt wurde – sie mithin wirklich ernsthaft vom V bzw. dem ihm zuzurechnenden M zur Disposition gestellt wurde.⁴⁴

b) Tatsächliches Aushandeln der Kündigungsverzichtsklausel

Die Beweislast für die Frage, ob die Kündigungsverzichtsklausel im Einzelnen ausgehandelt wurde, trifft V (siehe oben). Umstände, aus denen sich ergibt, dass V – bzw. ihr Vertreter M – bereit gewesen wäre von der Kündigungsverzichtsklausel abzurücken und dies dem X auch deutlich gemacht wurde, sind nicht bekannt. Somit gilt die Klausel nicht als im Einzelnen ausgehandelt.

6. Zwischenergebnis

Bei der Kündigungsverzichtsklausel handelt sich um eine AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB.

II. Einbeziehung

Zur Einbeziehung der Kündigungsverzichtsklausel gelten die oben erfolgten Ausführungen zur Einbeziehung der Ergänzung in § 20 des Mietvertrags entsprechend. Auch hier ist es demnach unschädlich, dass kein ausdrücklicher Hinweis der V bzw. des M auf die AGB erfolgt ist, da es sich auch bei der Kündigungsverzichtsklausel um einen integralen Bestandteil der Vertragsurkunde handelt und X daher wissen konnte, dass alles oberhalb der Zeile mit seiner Unterschrift Bestandteil des Vertrags werden soll. Andere Umstände, wegen denen die Kündigungsverzichtsklausel nicht Vertragsbestandteil geworden ist, sind nicht ersichtlich. Die Kündigungsverzichtsklausel ist somit in den Vertrag einbezogen.

III. Wirksamkeit

Da es sich bei der Kündigungsverzichtsklausel um AGB handelt, ist diese an den Voraussetzungen der Inhaltskontrolle zu messen. Die vorliegende Kündigungsverzichtsklausel könnte wegen § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Demnach sind

³⁷ BGH NJW 1995, 190 ff.

³⁸ Schwab (Fn. 1), Teil 2 Rn. 30.

³⁹ Schwab (Fn. 1), Teil 2 Rn. 30.

⁴⁰ BGH NJW 1987, 1664 ff.

⁴¹ BGH NJW 1987, 1664 ff.

⁴² Vgl. BGH NJW 2014, 1725 ff.

⁴³ BGH NJW 2014, 1725 ff.

⁴⁴ Vgl. BGH NJW 2014, 1725 ff.

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, sofern sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dies wäre vorliegend der Fall, wenn die Rechte des X zur jederzeitigen Kündigung durch den Kündigungsverzicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden. Für die Beurteilung, wo nach Auffassung des Gesetzgebers im Hinblick auf heutige Mobilitätsanforderungen allgemein die Grenze eines Kündigungsverzichts des Mieters zu ziehen ist, lassen sich der gesetzlichen Regelung des bei einer Staffelmietvereinbarung zulässigen Kündigungsausschlusses in § 557a Abs. 3 BGB Maßstäbe entnehmen.⁴⁵ Gem. § 557a Abs. 3 BGB kann das Kündigungsrecht des Mieters in Fällen der Staffelmiete für höchstens vier Jahre seit Abschluss der Staffelmietvereinbarung ausgeschlossen werden. Der Gesetzgeber geht also grds. davon aus, dass ein Kündigungsausschluss für mehr als vier Jahre die heutigen Mobilitätsanforderungen des Mieters übermäßig einschränkt. Dementsprechend stellt ein über vier Jahre liegender Kündigungsverzicht eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Interessen des Mieters dar.⁴⁶ Somit ist der hier zu beurteilende fünfjährige Kündigungsverzicht als unangemessene Benachteiligung des X unwirksam.

IV. Ergebnis

Bei der Kündigungsverzichtsklausel handelt es sich um nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksame AGB.

⁴⁵ BGH NJW 2011, 597 ff.

⁴⁶ BGH NJW 2011, 597 ff.

Anfängerklausur: Freud und Leid liegen nah beieinander*

Von RAin **Konstantina Ntzmou**, Wiss. Mitarbeiterin **Julia Oidtmann**, Aachen**

Sachverhalt 1: Das Bier zum Glück – der „Kronkorken-Fall mal anders!“¹

Fiona (F) und Mats (M) schlossen am 20.10.2000 die (wirksame) Ehe im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Diese zerbrach 2007 am Kinderwunsch von F. Seitdem leben F und M voneinander getrennt. Da F mit ihrem neuen Lebenspartner den Bund der Ehe eingehen möchte, reichte sie am 20.6.2008 den Scheidungsantrag beim zuständigen Gericht ein. Die Zustellung des Scheidungsantrags an M erfolgte am 25.6.2008, die rechtskräftige Scheidung am 25.7.2008.

Das Konto von M wies bei der Eheschließung ein Saldo von 13.000 € auf. F brachte eine Immobilie im Wert von 250.000 € mit in die Ehe. Weiteres Vermögen hatten die beiden im Zeitpunkt der Eheschließung nicht.

Am Stichtag im Jahr 2008 verfügte M über ein Kontoguthaben i.H.v. 24.000 €, seine Schulden hat er abgebaut. Das Vermögen resultiert aus seiner Erwerbstätigkeit. Weiterhin verfügt er über ein Auto (Wert: 35.000 €) und Aktiendepot (Wert: 9.000 €). Letzteres hat er im Jahr 2012 von seiner Großmutter geerbt. Das geerbte Aktiendepot erweist sich in den folgenden Jahren als „Goldgrube“. Bis zum Stichtag ist der Wert des Aktiendepots bereits um 2.000 € gestiegen. Auch die Immobilie von F hat während der Ehe eine Wertsteigerung erfahren. Am Stichtag im Jahr 2008 hatte die Immobilie einen Wert von 275.000 €. Darüber hinaus verfügt sie über 10.000 € Schmerzensgeld, die ihr aufgrund eines Verkehrsunfalls im Jahr 2006 gerichtlich zugesprochen wurden. Weiteres Vermögen ist nicht vorhanden.

Am 24.6.2008 stößt M mit einigen Freunden mit einem Bier bei sich zu Hause auf seinen Geburtstag an. Im Kronkorken von Ms Bierflasche, die er zuvor gekauft hatte, befand sich der Hauptgewinn eines Kronkorkengewinnspiels, ein Geldpreis i.H.v. 10.000 €.

Frage 1

F, die Wind von Ms Gewinn bekommen hat verlangt von ihm Zugewinnausgleich unter Berücksichtigung des Gewinns. Zu Recht?

Sachverhalt 2: Tödliche Safari

F heiratet, ein Jahr nach der Scheidung von M, Karl Sonnenschein (K). Das junge Glück wird von der Geburt des gemeinsamen Sohnes Ben (B) gekrönt. K, ein erfolgreicher Manager, ist oft auf Geschäftsreisen und lässt F und B ungern allein. Für die Zeit, in der B auf einer Klassenfahrt ist,

schenkt K der F eine Reise. Sie unternimmt alleine eine Safari in Südafrika, auf der sie schwer erkrankt. Sie schreibt an ihren Ehemann eine Postkarte mit folgendem Inhalt:

3.7.2019

Mein lieber Sonnenschein, meine Erkrankung scheint doch recht ernsthaft zu sein. Daher will ich sicherheitshalber eine Anordnung treffen. Sollte mir irgendetwas zustoßen, so sollst du alles bekommen.

Bis bald,

Fiona

P.S., 4.7.2019: Meine beste Freundin Sophie soll nach meinem Tod mein Pferd Soraya (Wert: 5.000 €) erhalten.

Einige Tage später verstirbt F. Ihr Mann K ist der Ansicht, er sei alleiniger Erbe geworden. Sohn Ben (B), der seit einigen Wochen Rechtskundeunterricht in der Schule hat, macht ebenfalls sein Erbrecht geltend. Die Ehegatten hatten Gütertrennung vereinbart.

Frage 2

Wer ist Erbe von F geworden?

Lösungsvorschlag zu Frage 1

F könnte gegen M einen Anspruch auf Zugewinnausgleich aus § 1378 Abs. 1 BGB haben.

Hinweis: Mit dem Zugewinnausgleich soll bei Beendigung der Zugewinnngemeinschaft ausgeglichen werden, was die Ehegatten durch gemeinsames Wirtschaften erlangt haben.²

Die Ausgleichsforderung besteht, soweit der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen Ehegatten übersteigt, in Höhe der Hälfte des Überschusses, § 1378 Abs. 1 BGB. Zugewinn ist der Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten sein Anfangsvermögen übersteigt, § 1373 BGB.

I. Anwendbarkeit der §§ 1373 ff. BGB

Zunächst müssten die §§ 1373 ff. BGB anwendbar sein. Dies setzt eine wirksame Ehe im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft voraus. Die Ehe von M und F wurde laut Sachverhalt wirksam geschlossen und befand sich auch im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Mithin sind die §§ 1373 ff. BGB anwendbar.

Hinweis: Bei den §§ 1372 ff. BGB handelt es sich um dispositives Recht. Sprich die Ehegatten können durch einen Ehevertrag abweichende Vereinbarungen treffen und dabei den Zugewinnausgleich auch ausschließen.³

* Die Klausur besteht aus einem Fall zum Familien- und einem zum Erbrecht. Sie ist ausgelegt für eine Bearbeitungszeit von insgesamt 120 Minuten.

** Die Verf. *Konstantina Ntzmou* ist Fachanwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht und Referentin bei einer Bank in Neuss. Die Verf. *Julia Oidtmann* ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen University.

¹ Der Fall ist angelehnt an LG Arnsberg NJW 2017, 2421 ff.

² *Wellenhofer*, Familienrecht, 4. Aufl. 2017, § 16 Rn. 1.

³ *Wellenhofer* (Fn. 2), § 16 Rn. 2.

II. Ausgleichsanspruch der F, § 1378 BGB

F steht gegen M ein Ausgleichsanspruch zu, wenn der individuelle Zugewinn von M den individuellen Zugewinn von F übersteigt, § 1378 Abs. 1 BGB. Erzielten beide Ehegatten einen gleich hohen oder keinen Zugewinn, besteht kein Ausgleichsanspruch.⁴

1. Zugewinn F

Fraglich ist, wie hoch der Zugewinn von F ist. Zur Ermittlung eines individuellen Zugewinns müssen Anfangs- und Endvermögen miteinander verglichen werden. Dabei ist der Zugewinn gem. § 1373 BGB der Betrag, um den das Endvermögen (§ 1375 BGB) das Anfangsvermögen (§ 1374 BGB) übersteigt.

a) Anfangsvermögen gem. § 1374 BGB

Zunächst ist das Anfangsvermögen von F gem. § 1374 BGB zu ermitteln. Die Berechnung des individuellen Anfangsvermögens erfolgt durch Summierung aller Aktiva und Abzug aller Verbindlichkeiten, § 1374 Abs. 1 BGB. Dabei ist unerheblich, ob die Ansprüche und die Schulden bereits fällig sind, sie müssen lediglich entstanden sein.⁵ Zum Anfangsvermögen eines Ehegatten gehören gem. § 1374 Abs. 1 BGB alle rechtlich geschützten Positionen mit wirtschaftlichem Wert,⁶ die ihm vor dem Eintritt des Güterstands, in der Regel der Zeitpunkt der Eheschließung,⁷ gehörten. Dabei sind die Wertverhältnisse des Stichtags (§ 1376 BGB) zugrunde zu legen, sprich für Gegenstände wäre dies beispielsweise der Marktpreis.⁸

Mit Ausnahme, der mit in die Ehe gebrachten Immobilie, war F zu Beginn der Ehe vermögenslos. Fraglich ist, ob das Schmerzensgeld i.H.v. 10.000 € als privilegiertes Vermögen gem. § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen ist. Zum Anfangsvermögen gehören auch diejenigen Vermögenswerte, die ein Ehegatte während der Ehe durch Erbgang oder andere in § 1374 Abs. 2 BGB genannte Erwerbsvorgänge erhalten hat. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Vermögen, das ein Ehegatte von einem Dritten unentgeltlich oder aufgrund besonderer persönlicher Beziehungen erhalten hat, nicht ausgleichspflichtig ist.⁹ Ein Schmerzensgeldanspruch gehört, genau wie ein Lottogewinn nicht zum privilegierten Vermögen.¹⁰ Damit stellt der Wert der Immobilie i.H.v. 250.000 € zugleich das Anfangsvermögen von F dar.

b) Endvermögen gem. § 1375 Abs. 1 BGB

Sodann ist das Endvermögen von F gem. § 1375 Abs. 1 BGB zu ermitteln. Endvermögen im Sinne des § 1375 Abs. 1 BGB ist das Vermögen jedes Ehegatten bei Beendigung des Güterstands. Ausgangspunkt für die Ermittlung des Endvermögens ist auch hier die Summe der vorhandenen Aktiva. Hiervon werden die vorhandenen Verbindlichkeiten abgezogen. Dabei sind Verbindlichkeiten über die Höhe des Vermögens hinaus abzugsfähig, sodass das Endvermögen auch negativ sein kann, § 1375 Abs. 1 S. 2 BGB.

Hinweis: Nicht zu berücksichtigen im Endvermögen sind Haushaltsgegenstände, die von den Ehegatten während der Ehe gemeinsam erworben wurden. Haushaltsgegenstände sind alle beweglichen Sachen, die zum gemeinsamen Wohnen und Wirtschaften eingesetzt wurden.¹¹ Hiervon nicht erfasst sind Geld und Sachen, die überwiegend dem Erwerb eines Ehegatten dienen.¹² Für die Haushaltsgegenstände sieht § 1568b BGB eine gesonderte Ausgleichspflicht vor.

Die zwischen M und F bestehende Zugewinnsgemeinschaft wird vorliegend durch Scheidung beendet. Damit ist gem. § 1564 BGB grundsätzlich auf den Zeitpunkt der rechtskräftigen Scheidung abzustellen. Dies wäre im vorliegenden Fall der 25.7.2008. Um den potenziell Ausgleichsberechtigten vor Vermögensmanipulationen zu schützen¹³ tritt gem. § 1384 BGB bei einer Scheidung für die Berechnung des Zugewinns und die Höhe der Ausgleichsforderung an die Stelle der Beendigung des Güterstands der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, d.h. der Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags an den anderen Ehegatten (Stichtagsprinzip).¹⁴ Der Scheidungsantrag wurde M am 25.6.2008 zugestellt. Folglich ist dieses Datum der maßgebliche Stichtag für die Ermittlung des Endvermögens.

Im Vermögen von F befindet sich bei Beendigung des Güterstands, am 25.6.2008, nach wie vor die bereits mit in die Ehe gebrachte Immobilie. Diese hat während der Ehe einen Wertzuwachs erfahren. Wertzuwächse von Vermögensgegenständen, die bereits vor der Ehe dem Vermögen des Ehegatten angehörten, sind im Rahmen des Zugewinns zu berücksichtigen.¹⁵

Hinweis: Auch ohne eine werterhöhende Bearbeitung kann es zu einer Wertsteigerung des Vermögens kommen, bspw. durch eine Wertsteigerung auf dem Gütermarkt (Gold, Grundstücke).¹⁶ Hingegen ist eine alleine durch ei-

⁴ Schwab, Familienrecht, 26. Aufl. 2018, § 33 Rn. 275.

⁵ Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 6. Aufl. 2019, B. Rn. 263.

⁶ Everts, in: Münch (Hrsg.), Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 18.

⁷ Wellenhofer (Fn. 2), § 16 Rn. 5.

⁸ Schwab (Fn. 4), § 33 Rn. 278.

⁹ Cziupka, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 50. Ed., Stand: 1.5.2019, § 1374 Rn. 17.

¹⁰ Kogel (Fn. 5), B. Rn. 194.

¹¹ Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 6 Rn. 129.

¹² Dethloff (Fn. 11), § 6 Rn. 129.

¹³ Cziupka (Fn. 9), § 1378 Rn. 8; Budzikiewicz, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 1384 Rn. 1.

¹⁴ Koch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 1384 Rn. 1; Kemper, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 1384 Rn. 3.

¹⁵ Jaeger, in: Johannsen/Henrich, Kommentar zum Familienrecht, 6. Aufl. 2015, § 1374 Rn. 21.

¹⁶ Jaeger (Fn. 15), § 1373 Rn. 2.

ne Geldentwertung eingetretene Wertsteigerung (sog. unechter Zugewinn) nicht auszugleichen.¹⁷

Die Immobilie ist damit mit einem Wert von 275.000 € zu berücksichtigen. Weiterhin verfügt F über ein Schmerzensgeld i.H.v. 10.000 €. Damit beträgt das Endvermögen von F gem. § 1375 BGB 285.000 €.

c) Zugewinn F

Der Zugewinn errechnet sich, indem das Anfangs- und das Endvermögen miteinander verglichen werden. Er ist immer mindestens null, einen negativen Zugewinn gibt es nicht.¹⁸ F hat ihr Anfangsvermögen von 250.000 € während der Ehe auf 285.000 € steigern können. Folglich beträgt der individuelle Zugewinn von F 35.000 € (285.000 € – 250.000 €).

2. Zugewinn M

Fraglich ist, wie hoch der Zugewinn von M ist. Zur Ermittlung des individuellen Zugewinns von M müssen auch bei ihm Anfangs- und Endvermögen miteinander verglichen werden.

a) Anfangsvermögen

Zunächst ist das Anfangsvermögen zu ermitteln, § 1374 BGB. M verfügte im Zeitpunkt der Eheschließung über Schulden i.H.v. 13.000 €. Somit beträgt das Anfangsvermögen von M zunächst –13.000 €. Darüber hinaus gehören zum Anfangsvermögen aber auch diejenigen Vermögenswerte, die ein Ehegatte während der Ehe durch Erbgang oder einen anderen in § 1374 Abs. 2 BGB genannten Erwerbsvorgang erhalten hat, sog. privilegierter Erwerb. Hierzu zählt die Erbschaft von seiner Großmutter. Aktien sind am Stichtag mit dem jeweiligen Tageskurs der nächstgelegenen Börse anzusetzen,¹⁹ sprich im vorliegenden Fall mit 9.000 €. Folglich beträgt das Anfangsvermögen von M –4.000 € (–13.000 € + 9.000 €). Ein negatives Anfangsvermögen ist gem. § 1374 Abs. 3 BGB möglich.

b) Endvermögen gem. § 1375 Abs. 1 BGB

Weiter ist das Endvermögen gem. § 1375 BGB zu ermitteln. M verfügt im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, sprich am 25.6.2018 über ein Kontoguthaben i.H.v. 24.000 € und ein Auto im Wert von 35.000 €. Hinzu kommt das privilegierte Vermögen, die Erbschaft von seiner Großmutter (Aktiendepot). Das Aktiendepot wird im Endvermögen mit dem Wert erfasst, dass es im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidung hat. Für das Aktiendepot ist das der Tageskurs des Stichtags (siehe Anfangsvermögen M). Folglich ist das Aktiendepot mit einem Wert von 11.000 € zu berücksichtigen. Weiterhin verfügte M bei Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags über den Hauptgewinn aus dem Kron-

korkengewinnspiel i.H.v. 10.000 €. Erfolgt ein Vermögenszuwachs in Form eines Lottogewinns zu einem Zeitpunkt, an dem die Ehegatten bereits getrennt lebten, steht dieser in keinem Zusammenhang mit der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft. Bei einem Lottogewinn hat der andere Ehegatte nichts zum Erwerb des Vermögens beigetragen. Intention des Gesetzgebers war es jedoch nicht, dass generell jeder Erwerb, zu dem der andere Ehegatte nichts beigetragen hat, dem Zugewinnausgleich entzogen wird. Derartige Vermögenszuwächse sind daher zu berücksichtigen.²⁰ Folglich beträgt das Endvermögen von M 80.000 € (24.000 € + 35.000 € + 11.000 € + 10.000 €).

c) Zugewinn M

Der individuelle Zugewinn von M beläuft sich damit auf 89.000 € (80.000 € – (–9.000 €)).

3. Ausgleichsforderung, § 1378 BGB

Gem. § 1378 BGB steht F eine Ausgleichsforderung in Höhe der Hälfte der Differenz der Zugewinne zu. Zu beachten ist jedoch, dass die Ausgleichsforderung gem. § 1378 Abs. 2 BGB begrenzt wird, nämlich auf den Wert des Vermögens, der nach Abzug der Verbindlichkeiten beim Schuldner vorhanden ist. Gem. § 1384 BGB ist die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags auch maßgebend für die Begrenzung der Ausgleichsforderung gem. § 1378 Abs. 2 BGB.

Hinweis: Kommt es zwischen Zustellung des Scheidungsantrags und rechtskräftiger Scheidung unverschuldet zu einem teilweisen oder ganzen Wertverlust des Vermögens des Ausgleichspflichtigen, bspw. Kurseinbruch eines Wertpapierdepots, ist umstritten, ob die Höhe der Ausgleichsforderung korrigiert werden muss.²¹ Ein Teil der Literatur spricht sich dafür aus dem ausgleichspflichtigen Ehegatten nicht das allgemeine Risiko des Vermögensverfalls aufzubürden und plädiert für eine teleologische Reduktion des § 1384 BGB. Eine solche lehnt der BGH jedoch ab.²² Gegen eine teleologische Reduktion wird eingewendet, dass dies nicht zu einem ausgewogenen Ergebnis führt. Denn auch der Ausgleichsberechtigte kann im Einzelfall, etwa durch die Kappungsgrenze des § 1378 Abs. 2 BGB benachteiligt werden. Weiterhin wird angeführt, dass Vermögensänderungen nach Zustellung des Scheidungsantrags die Höhe des Ausgleichsanspruchs nicht mehr beeinflussen sollen, um den Anspruchsinhaber von illoyalen Vermögensminderungen zu schützen.

Die Differenz der Zugewinne beträgt im vorliegenden Fall 54.000 € (89.000 € – 35.000 €). Damit steht F eine Ausgleichsforderung i.H.v. 27.000 € (54.000 € : 2) zu. F hat gegen M ein Anspruch auf Zugewinnausgleich gem. § 1378 Abs. 1 BGB i.H.v. 27.000 €.

¹⁷ Brudermüller, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 1376 Rn. 38.

¹⁸ Schulz/Hauß, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 6. Aufl. 2015, Kap. 1 Rn. 18.

¹⁹ Schulz (Fn. 18), Kap. 1 Rn. 206.

²⁰ BGH NJW 2013, 3642 (3644).

²¹ Ausführlich bei Fischinger, NJW 2012, 3611 ff.

²² BGH NJW 2012, 2657 (2659).

Hinweis: Der Ausgleichsberechtigte hat gegen den anderen Ehegatten einen schuldrechtlichen Anspruch.²³ Es besteht jedoch keine dingliche Beteiligung am Vermögen.²⁴ In Ausnahmefällen kann der Ausgleichspflichtige die Erfüllung gem. § 1381 BGB wegen grober Unbilligkeit verweigern. Dies ist bspw. bei einer ehebrecherischen Beziehung über einen sehr langen Zeitraum der Fall.²⁵

Lösungsvorschlag zu Frage 2

I. Erbenstellung von K

K könnte Erbe von F geworden sein. Hierzu müsste K durch eine Verfügung von Todes wegen oder aufgrund gesetzlicher Erbfolge wirksam zum Erben bestellt sein.

Die Erbenstellung könnte sich hier aufgrund des eigenhändigen Testaments der F ergeben.

1. Testierwille

Zunächst müsste F bei Errichtung des Testaments mit Testierwillen gehandelt haben. Hierfür ist seitens des Verfassers erforderlich, dass dieser im Bewusstsein handelt eine erbrechtliche Regelung zu treffen. F hat dem Inhalt der Erklärung nach ihren Ehemann K zum Alleinerben eingesetzt. Dieser Inhalt lässt auf das Bewusstsein, ein Testament zu errichten schließen. Somit handelte F mit Testierwillen.

2. Testierfähigkeit

Weiterhin müsste F auch gem. §§ 2229 ff. BGB testierfähig gewesen sein. Die Testierfähigkeit setzt voraus, dass im Zeitpunkt der Errichtung der Erblasser die geistige Fähigkeit besaß, ein Testament zu errichten, zu ändern oder aufzuheben.²⁶ Die Geschäftsfähigkeit ist grundsätzlich anzunehmen, wenn sie nicht ausnahmsweise nach § 2229 Abs. 4 BGB fehlt. F ist zwar erkrankt, Hinweise darauf, dass sie aufgrund ihrer Erkrankung nicht im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte war und die Tragweite der getroffenen Anordnung nicht überblicken konnte, liegen nicht vor. Folglich ist auch die Testierfähigkeit gegeben.

3. Höchstpersönlichkeit

Bedenken bzgl. der Höchstpersönlichkeit nach §§ 2064, 2065 BGB bestehen nicht. Beiden gesetzlichen Bestimmungen liegt der Gedanke zu Grund, „dass der Erblasser allein vor seinem Gewissen die Verantwortung dafür übernehmen muss, wenn er die Erbfolge anders regelt, als sie das Gesetz vorgesehen hat“.²⁷ Laut Sachverhalt hat F die Postkarte/Testament geschrieben.

4. Inhalt

Das von F errichtete Testament müsste auch den inhaltlichen Anforderungen entsprechen. Die fehlende Bezeichnung als „Testament“ ist nicht hinderlich, sofern im Wege der Auslegung gem. § 133 BGB der Wille des Erblassers zu ermitteln ist. Dem Wortlaut des Testaments nach soll K „alles erhalten“, dies entspricht nach Auslegung der Erklärung der Erbinsetzung von K als Alleinerben. Die Benennung ihres Ehemanns mit „Sonnenschein“ ist dabei unschädlich. Es handelt sich hierbei um eine Liebkosung, die zufällig auch dem Nachnamen des Ehemanns entspricht. Eine andere Auslegung kommt daher nicht in Betracht. Zudem soll die beste Freundin Sophie das Pferd von F als Vermächtnis (Wert: 5.000 €) erhalten.

5. Art des Testaments

Hinsichtlich der Art des Testaments hat sich F für die Errichtung eines eigenhändigen Testaments gem. § 2247 BGB entschieden. Dessen Formerfordernisse müsste F eingehalten haben.

Hinweis: Im BGB gilt der Grundsatz der Formfreiheit, es sei denn, das Gesetz schreibt die Beachtung einer bestimmten Form vor. Ein Testament muss im Regelfall entweder zur Niederschrift eines Notars errichtet oder nach § 2247 BGB eigenhändig vom Erblasser geschrieben und unterschrieben werden, § 2231 BGB.

a) Äußere Erscheinungsform

Besondere Anforderungen an die äußere Erscheinungsform stellt § 2247 Abs. 1 BGB nicht. Daher kann auch auf einer Postkarte eine testamentarische Verfügung getroffen werden.

Hinweis: Auch auf einem Notizzettel kann ein Testament errichtet werden.²⁸

b) Eigenhändig, schriftlich und Unterschrift, § 2247 Abs. 1 BGB

Zunächst müsste das Testament von F eigenhändig und handschriftlich verfasst sowie unterschrieben sein, § 2247 Abs. 1 BGB. Die Norm des § 2247 Abs. 1 BGB geht über § 126 Abs. 1 BGB hinaus, der nur die eigenhändige Unterschrift verlangt. Erforderlich sind individuelle Schriftzeichen und Schriftzüge, die die Urheberschaft des Erblassers einwandfrei klären. Die Eigenhändigkeit dient dem Beweis der Echtheit und Unverfälschtheit des gesamten Textes und aller darin enthaltenen Verfügungen.²⁹ F verfasste das Testament handschriftlich und unterschrieb es auch – allerdings nicht den Zusatz „P.S.“. Laut Sachverhalt schrieb F das Testament auch selber.

c) Unterschrift, § 2247 Abs. 3 BGB

Des Weiteren bedarf es gem. § 2247 Abs. 3 S. 1 BGB der Unterschrift des Erblassers mit Vor- und Familiennamen. Die

²³ Cziupka (Fn. 9), § 1378 Rn. 1; Dethloff (Fn. 11), § 5 Rn. 90; Schwab (Fn. 4), § 33 Rn. 272.

²⁴ Cziupka (Fn. 9), § 1378 Rn. 1.

²⁵ Dethloff (Fn. 11), § 5 Rn. 114.

²⁶ Helms, Erbrecht, 7. Aufl. 2018, § 4 Rn. 2.

²⁷ BGH NJW 1955, 100 (100).

²⁸ OLG Brandenburg NJW-RR 2019, 583 (583 f.).

²⁹ Helms (Fn. 26), § 5 Rn. 9.

Unterschrift hat grundsätzlich am Schluss der Urkunde zu erfolgen und soll das Testament räumlich abschließen, um spätere Zusätze auszuschließen.³⁰ Die Leistung der Unterschrift ist zwingendes Gültigkeitserfordernis, von dem aus Gründen der Rechtssicherheit nicht abgewichen werden kann. Sie garantiert die Ernsthaftigkeit der letztwilligen Verfügung und gibt die Gewähr für den Abschluss des Testaments durch den Erblasser (Abschlussfunktion der Unterschrift).³¹

Bedenklich könnte hier die bloße Unterschrift mit dem Vornamen sein. Aus § 2247 Abs. 3 S. 2 BGB ergibt sich jedoch, dass hierdurch lediglich die Ermittlung der Urheber-schaft möglichst eindeutig bestimmt werden soll. Nach dieser Vorschrift ist auch die Unterschrift „in anderer Weise“ ausreichend, sofern diese Unterzeichnung zur Feststellung der Urheberschaft und der Ernstlichkeit der Erklärung genügt.³² Dies ist vorliegend trotz bloßer Unterschrift mit dem Vornamen eindeutig möglich. Daher ist der fehlende Zuname un-schädlich.

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass das Vermächtnis an die Freundin Sophie erst nach der Unterschrift auf der Postkarte niedergeschrieben ist und damit räumlich gesehen nicht von der Unterschrift gedeckt ist. Ergänzungen, die sich auf demselben Blatt befinden, aber nicht von der Unterschrift des Erblassers gedeckt sind, müssen grundsätzlich ebenfalls unterzeichnet werden. Etwas anderes gilt nur, wenn das Testament ohne die Ergänzung lückenhaft, unvollständig oder nicht durchführbar wäre. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Vielmehr enthält der „P.S.“-Zusatz eine eigenständige Verfügung (Vermächtnis). Mangels Unterschrift unter dem „P.S.“-Zusatz genügt dieser nicht dem Formerfordernis des § 2247 Abs. 1 BGB und ist unwirksam.

Hinweis: Zusätze, die später in das Testament eingefügt werden (sog. postscripta), werden nur dann Bestandteil des formgültigen Testaments, wenn sie von der Abschlussfunktion der Unterschrift umfasst sind und das räumliche Erscheinungsbild der Testamentsurkunde nicht entgegensteht.³³ Ergänzungen und Veränderungen im Text (z.B. Änderung der vermachten Geldbetragshöhe) bedürfen daher keiner erneuten Unterschrift.³⁴ Zusätze, die sich auf einem gesonderten Blatt oder im Anschluss an den Testamentstext befinden und eine eigene Verfügung enthalten, sind dagegen grundsätzlich formnichtig, wenn sie nicht eigens unterschrieben werden, da nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass der Nachtrag vom ursprünglichen Testierwillen umfasst ist.³⁵ Ist der Zusatz nichtig, wird die Gültigkeit der Restverfügung grundsätzlich nicht berührt (§ 2085 BGB).

³⁰ *Hagena*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 2247 Rn. 25.

³¹ *Hagena* (Fn. 30), § 2247 Rn. 25.

³² *Hagena* (Fn. 30), § 2247 Rn. 26.

³³ BGH NJW 1974, 1083 (1084).

³⁴ BayObLGZ 2002, 359 (364).

³⁵ OLG Hamm NJOZ 2013, 625 (625 f.).

d) Ortsangabe, §§ 2247 Abs. 2 BGB

Zudem müsste F das Testament auch mit einer Datums- und Ortsangabe gem. § 2247 Abs. 2 BGB versehen haben. Es handelt sich hierbei um eine Sollvorschrift. Diese Angaben dienen der Feststellung, ob der Erblasser zu bestimmten Zeiten testierunfähig gewesen ist oder wenn es verschiedene Testamente gibt und ermittelt werden muss, welches als letztes geschrieben wurde und daher gültig ist. Daher ergibt sich aus § 2247 Abs. 5, dass das Fehlen dieser Angaben nur dann nicht zur Ungültigkeit des Testaments führt, wenn sich Datum und Ort der Testamentserrichtung auf andere Weise feststellen lassen.³⁶

Eine Datumsangabe enthält das Testament von F, es fehlt lediglich an der Ortsangabe. Der Errichtungszeitpunkt kann hier durch das Datum und das Motiv auf der Postkarte mit der Reise von F im Spätsommer 2019 in Verbindung gebracht werden. Zudem kann das Datum des Poststempels herangezogen werden. Auch sind weitere Testamente nicht bekannt. Der Mangel führt somit nicht zur Unwirksamkeit des Testaments.

e) Rechtsfolge

Der Wirksamkeit des Testaments könnte die Teilnichtigkeit des „P.S.“-Zusatz entgegenstehen. Gem. § 2085 BGB führt die Teilnichtigkeit eines Testaments aber nur ausnahmsweise zur Gesamtnichtigkeit. Anhaltspunkte dafür, dass bei einer Unwirksamkeit des „P.S.“-Zusatz die andere (wirksame) Verfügung unwirksam sein sollte, besteht nicht.

6. Zwischenergebnis

Somit ist K Alleinerbe von F geworden.

II. Pflichtteilsrecht von Sohn B

Möglicherweise hat jedoch Sohn B einen Pflichtteilsanspruch. Ein Pflichtteilsanspruch von B besteht gem. § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn dieser Pflichtteilsberechtigter ist und durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen wurde.

1. Pflichtteilsberechtigter, § 2303 Abs. 1, Abs. 2 BGB

Zunächst müsste B Pflichtteilsberechtigter gem. § 2303 Abs. 1, Abs. 2 BGB sein. Danach sind Abkömmlinge, die Eltern und der Ehegatte pflichtteilsberechtigter. Mithin ist B als Sohn von F Pflichtteilsberechtigter.

2. Durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen

Weiterhin müsste B durch eine Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sein. F hat in ihrem Testament vom 3.9.2018 ihren Ehemann als Alleinerben eingesetzt. Damit ist B auch von der Erbfolge ausgeschlossen.

³⁶ *Hoeren*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 2247 Rn. 14.

Hinweis: Ein Pflichtteil steht B nur dann zu, wenn er durch Verfügung von Todes wegen von der Erbschaft ausgeschlossen ist (§ 2303 Abs. 1 S. 1 BGB), d.h. wenn er ohne Verfügung des Erblassers dessen gesetzlicher Erbe wäre. F hat in ihrem Testament K als Alleinerben eingesetzt. Bei gesetzlicher Erbfolge hätte K und B jeweils $\frac{1}{2}$ geerbt, § 1931 Abs. 4 BGB. Damit wäre B zu $\frac{1}{2}$ gesetzlicher Erbe geworden.

3. Rechtsfolge

Somit hat B gegen K einen Anspruch in Höhe der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils, § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB. F und K haben bei der Eheschließung Gütertrennung vereinbart. Entsprechend richtet sich das Erbrecht des überlebenden Ehegatten allein nach § 1931 Abs. 4 BGB (i.V.m. § 1924 Abs. 1 BGB). B als Abkömmling ist mithin Erbe 1. Ordnung, sodass K und B jeweils $\frac{1}{2}$ des Nachlasses erben. Folglich beträgt der Pflichtteil von B $\frac{1}{4}$ des Nachlasses.

III. Ergebnis

K ist (Allein-)Erbe von F geworden. B steht jedoch ein Pflichtteil i.H.v. $\frac{1}{4}$ des Nachlasses zu.

Fortgeschrittenenklausur: Probleme mit der Pension

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

Der vorliegende in Rheinland-Pfalz spielende fiktive Fall vereint zahlreiche grundlegende Konstellationen des öffentlichen Baurechts sowie einzelne Fragen des Kommunalrechts sowie des allgemeinen Verwaltungsrechts. Deren systematische und juristisch fundierte Lösung kann mit dem Fall trainiert werden. Hierbei dienen die umfangreichen Nachweise als Einladung, die einzelnen Problemschwerpunkte zu vertiefen.

Sachverhalt

Bauherr B möchte seinen lang gehegten Traum von einer privaten Pension wahr machen. Dazu hat er ein Grundstück in der kreisfreien Stadt T in Rheinland-Pfalz gekauft. Darauf soll nun ein Gebäude mit zwei Vollgeschossen und einem ordnungsgemäßen Treppenhaus entstehen, in dem neun Gäste gleichzeitig übernachten können. Zudem möchte er ausschließlich für seine Übernachtungsgäste Frühstück und Abendessen anbieten. Als Zielgruppe hat er vor allem durchreisende Wanderer des in der Nähe verlaufenden Moselsteigs vorgesehen. Daher möchte er auf Kfz-Stellplätze gänzlich verzichten.

Sein Grundstück liegt am Rande eines Stadtteils der kreisfreien Stadt T, der allein 800 Einwohner zählt. Dieser weist eine ansonsten lückenlose Bebauung auf. In der Umgebung befinden sich zahlreiche Wohnhäuser, ein kleiner Lebensmittelladen, ein Restaurant, ein Sportplatz mit Turnhalle sowie ein Gemeindesaal, den der örtliche Theaterverein für Proben nutzt und in dem in regelmäßigen Abständen ein Bürgercafé stattfindet.

B's Grundstück befindet sich am Kopfende einer Sackgasse mit Wendehammer. Alle Grundstücke um den Wendehammer sind bereits bebaut, mit Ausnahme des betreffenden Grundstücks. Hinter B's Grundstück liegt ein ordnungsgemäß gesicherter Steilhang, der über 50 Meter in die Tiefe reicht und einen atemberaubenden Blick ins angrenzende Moseltal freigibt.

Für das betreffende Gemeindegebiet existiert ein Bebauungsplan, der zum Inhalt hat, dass die Bebauung höchstens drei Vollgeschosse zählen darf. Damals beim Erlass des Bebauungsplans hat Stadtrat R die Einladung des Oberbürgermeisters erst einen Tag vor entsprechender Sitzung erhalten. Seine Rage über dieses „dreiste Verhalten“ hatte sich aber am nächsten Tag wieder gelegt. Er ist, ohne dieses Thema erneut anzusprechen, in die Stadtratssitzung gegangen und hat mit abgestimmt.

Nachdem B formgerecht einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung gestellt hat, wird ihm diese durch den Oberbürgermeister der Stadt T verweigert. Im Einzelnen wird begründet:

- (1) Eine Pension führe zu einem erhöhten Verkehrsaufkommen und damit zu einem Lärmanstieg. Sie passe da-

her aus städtebaulichen Gründen nicht in die Umgebung, da das Bedürfnis der Nachbarn nach gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnissen dem entgegensteht.

- (2) Eine Treppe in der Pension sei zu wenig, eine weitere müsse in der Planung Beachtung finden. Dies soll den Gästen einerseits lange Wege vom Treppenhaus ins Zimmer ersparen und andererseits verhindern, dass andere Gäste durch häufiges Passieren des Flurs insbesondere nachts gestört werden.

- (3) Es könne nicht sein, dass B keine Stellplätze in seine Planung integriere. Auch wenn B sich auf Wanderer, die ohne Auto anreisen, spezialisieren und dies auf seiner Website auch angeben möchte, seien andere Gäste im Zweifel nicht auszuschließen. Es sei daher absehbar, dass der Wendehammer zweckentfremdet und zugeparkt werde. Um dies zu verhindern, müssten ausreichend Stellplätze geschaffen werden.

B ist empört und führt erfolglos ein Vorverfahren durch. Die Behörde ordnet an, den Widerspruchsbescheid per Post mittels Zustellungsurkunde zuzustellen. Dieser wird anschließend durch einen Postboten am Dienstag, 2.4.2019 in B's Briefkasten geworfen, da zur fraglichen Zeit niemand anzutreffen war. Jedoch hat es der Postbote aus Versehen vergessen, die Zustellungsurkunde auszufüllen. Dies fällt der Behörde erst am Mittwoch, 17.4.2019 auf, nachdem B den Bescheid am Donnerstag, 4.4.2019 bereits gelesen hatte.

Schließlich erhebt B am Montag, 6.5.2019 Klage mit dem Ziel, endlich bauen zu dürfen. Er ergänzt, dass es doch nicht sein könne, dass bei (eventuell bestehenden) behebbaren Mängeln in der Planung direkt die gesamte Baugenehmigung versagt werde.

Aufgabe

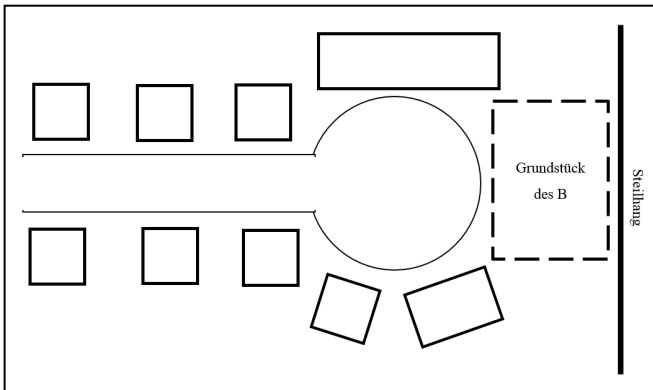
Hat die Klage des B vor dem zuständigen Verwaltungsgericht der Stadt T Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk

Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen im Rahmen eines Gutachtens, ggf. im Hilfgutachten, einzugehen. Sofern es notwendig ist, ist davon auszugehen, dass die Erschließung des Grundstücks gesichert ist. Polizeirecht, Gewerberecht sowie Umwelt- und Immissionsschutzrecht sind nicht zu prüfen.

* Der Autor ist Stud. Hilfskraft am Institut für Deutsches und Europäisches Wasserwirtschaftsrecht sowie am Lehrstuhl für Öffentliches Recht bei Prof. Dr. Michael Reinhardt, LL.M (Cantab.) an der Universität Trier.

Lageplan



Lösungsvorschlag

Die Klage vor dem Verwaltungsgericht hat Aussicht auf Erfolg, soweit die Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen und die Klage begründet ist.

A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Mangels einer aufdrängenden Sonderzuweisung richtet sich dies nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Demnach muss eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art vorliegen. Die streitentscheidende Norm ist § 70 Abs. 1 S. 1 LBauO RP¹. Diese weist zusammen mit § 58 LBauO den Bauaufsichtsbehörden die Aufgabe zu, Baugenehmigungen zu erteilen bzw. zu verweigern. Daher wird hier im Sinne der modifizierten Subjektstheorie² ein Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt. Eine Streitigkeit zwischen Verfassungsorganen, die sich im Kern auf dem Gebiet des materiellen Verfassungsrechts abspielt,³ ist nicht gegeben. In Ermangelung einer abdrängenden Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist die statthafte Klageart. Diese richtet sich nach dem Klägerbegehren (§ 88 VwGO). B möchte den Erlass einer Baugenehmigung erwirken. Die Baugenehmigung ist als VA im Sinne des § 1 Abs. 1 LVwVfG RP⁴ i.V.m. § 35 S. 1 VwVfG zu qualifizieren. Damit ist die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO statthaft.

III. Klagebefugnis

B müsste gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein. Das ist er, soweit er geltend machen kann, möglicherweise in eigenen Rechten verletzt zu sein⁵. Gem. § 70 Abs. 1 S. 1 LBauO könnte B einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung haben.⁶ Indem die Behörde deren Erlass ablehnt, könnte B in eigenen Rechten verletzt sein. Er ist klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Ein Vorverfahren im Sinne des § 68 Abs. 1 und 2 VwGO wurde erfolglos durchgeführt

V. Klagegegner

Klagegegner ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Körperschaft, deren Behörde den Erlass des begehrten VA verweigert hat. Vorliegend hat die Stadtverwaltung der Stadt T ablehnend beschieden. Daher ist Klagegegner die Stadt T.

VI. Klagefrist

B müsste die Klage fristgerecht erhoben haben. Gem. § 74 Abs. 2 und 1 VwGO beträgt diese einen Monat nach Zustellung des Widerspruchsbescheids (§ 73 Abs. 3 S. 2 VwGO). Fraglich ist, wann besagte Zustellung erfolgte. Die Behörde entschied sich im Sinne der § 1 Abs. 1 LVwZG RP⁷, § 2 Abs. 3 S. 1 VwZG für die Zustellung durch die Post mittels Zustellungsurkunde nach § 3 VwZG. Der Postbote hat B jedoch weder persönlich angetroffen (§ 3 Abs. 2 S. 1 VwZG, § 177 ZPO) noch eine mögliche Empfangsperson (§ 3 Abs. 2 S. 1 VwZG, § 178 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 ZPO), sodass eine Ersatzzustellung durch Einlegen in den Briefkasten im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 1 VwZG i.V.m. § 180 S. 1 ZPO stattfand.

Dies erfolgte am 2.4.2019. Jedoch hat es der Postbote vergessen, die Zustellungsurkunde im Anschluss auszufüllen. Damit ist die formgerechte Zustellung nicht nachweisbar. Hier greift jedoch § 8 Var. 1 VwZG ein. In einem solchen Fall ersetzt der tatsächliche Zugang beim Empfangsberechtigten die förmliche Zustellung nach § 3 VwZG. Vorliegend hat B den Bescheid am 4.4.2019 tatsächlich zur Kenntnis genommen. Damit ist die Zustellung an demselben Tag erfolgt. Die Monatsfrist begann gem. § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB am 5.4.2019 zu laufen. Fristende wäre nach § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB also mit Ablauf des 4.5.2019. B hat aber erst am 6.5.2019 Klage erhoben. Diese wäre verfristet.

¹ Im Folgenden wird bei LBauO-Normen auf diesen Zusatz verzichtet.

² OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 25.3.2019 – 2 B 10139/19, Rn. 14 (juris); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2019, § 30 Rn. 1324; *Stark*, ZJS 2018, 443 (444).

³ Sog. Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit: *Bethge*, JuS 2001, 1100 (1100); *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 36. Lfg., Stand: Februar 2019, § 40 Rn. 136 ff.; vgl. BVerwG NJW 1976, 637 (638).

⁴ Im Folgenden wird bei VwVfG-Normen auf diesen Zusatz verzichtet.

⁵ Sog. Möglichkeitstheorie: *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 1052 f.; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 98 Rn. 7; vgl. BVerwGE 81, 329 (330).

⁶ Zur umstrittenen Herleitung der Klagebefugnis aus Grundrechten: *Ipsen* (Fn. 5), Rn. 1057; *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 50. Ed. 2019, § 42 Rn. 190 ff. m.w.N.; *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 3), § 42 Abs. 2 VwGO Rn. 57, 63, 123.

⁷ Im Folgenden wird bei VwZG-Normen auf diesen Zusatz verzichtet.

Der 4.5.2019 war jedoch ein Samstag. Ist ein Samstag letzter Tag einer Frist, so verschiebt sich gem. § 193 BGB das Fristende auf den nächsten Werktag. Dieser war Montag, der 6.5.2019. Indem B an diesem Tag die Klage erhoben hat, ist sie folglich noch fristgerecht erfolgt.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

B ist eine natürliche, geschäftsfähige Person und damit nach § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

Die Stadt T ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts und gem. § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO beteiligtenfähig. Nach § 62 Abs. 3 VwGO⁸ iVm §§ 47 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 2 S. 2 GemO RP⁹ ist die Stadt T vertreten durch ihren Oberbürgermeister auch prozessfähig.

VIII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor.

B. Begründetheit

Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit der Kläger einen gebundenen Anspruch (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO) oder einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO) hinsichtlich der Erteilung der Baugenehmigung hat.

I. Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage für den Erlass einer Baugenehmigung ist § 70 Abs. 1 S. 1 LBauO.

Diese setzt zunächst voraus, dass das konkrete Vorhaben genehmigungsbedürftig ist. Gem. § 61 LBauO ist die Errichtung einer baulichen Anlage grundsätzlich genehmigungsbedürftig. Die Pension müsste eine bauliche Anlage sein. § 2 Abs. 1 S. 1 LBauO definiert eine solche als eine mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlage. B's Pension wird mittels eines Fundaments im Boden verankert und aus Baustoffen im Sinne des § 2 Abs. 10 LBauO errichtet. Damit liegt die Errichtung einer baulichen Anlage vor. Mangels eines einschlägigen Genehmigungsbefreiungstatbestands ist das Vorhaben genehmigungsbedürftig.

II. Anspruch auf eine gebundene Entscheidung (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO)

B könnte gem. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO einen Anspruch auf eine gebundene Entscheidung hinsichtlich der begehrten Baugenehmigung haben.

⁸ Zu Vereinigungen im Sinne des § 62 Abs. 3 VwGO zählen auch juristische Personen: *Kintz*, in: Posser/Wolff (Fn. 6), § 62 Rn. 14; *Bier/Steinbeiß-Winkelmann*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 3), § 62 VwGO Rn. 17.

⁹ Im Folgenden wird bei GemO-Normen auf diesen Zusatz verzichtet.

1. Formelle Voraussetzungen

Die formellen Voraussetzungen für den Erlass von B's Baugenehmigung müssten vorliegen.

a) Zuständigkeit

B müsste den Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung bei der zuständigen Stelle eingereicht haben. Sachlich zuständig ist gem. §§ 60, 58 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 LBauO die untere Bauaufsichtsbehörde, die Stadtverwaltung der kreisfreien Stadt T. Instanziell ist nach § 58 Abs. 1 Nr. 3 LBauO iVm §§ 47 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 2 S. 2 GemO der Oberbürgermeister der Stadt T zuständig, der vorliegend auch gehandelt hat. B hat den Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt.

b) Verfahren und Form

Verfahren und Form wurden eingehalten.

c) Zwischenergebnis

Die formellen Voraussetzungen sind gegeben.

2. Materielle Voraussetzungen

Die materiellen Voraussetzungen zur Erteilung einer Baugenehmigung müssten eingehalten worden sein. Gem. § 70 Abs. 1 S. 1 LBauO dürfen keine baurechtlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

a) Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht

B's Vorhaben müsste bauplanungsrechtlich bewertet werden, wenn das Bauplanungsrecht anwendbar ist. Bei der Pension des B müsste es sich also a priori um die Errichtung eines Vorhabens im Sinne des § 29 BauGB handeln. Unter einer dort erwähnten baulichen Anlage ist eine Anlage zu verstehen, die in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden ist.¹⁰ Hierbei kommt es insbesondere auf deren bodenrechtliche Relevanz¹¹ an, also deren mögliche Auswirkungen auf planerische Belange aus § 1 Abs. 5 und 6 BauGB¹².

Die von B geplante Pension wird im Boden von Menschenhand verankert und soll langfristig bestehen bleiben. Durch den zu erwartenden Kundenverkehr sind Auswirkungen auf die gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse der Nachbarschaft möglich (§ 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB). Zudem schafft die Eröffnung einer Pension Arbeitsplätze (§ 1 Abs. 6 Nr. 8 lit. c BauGB). Demnach handelt es sich bei B's Pension um die Errichtung einer baulichen Anlage im Sinne des § 29 BauGB.

¹⁰ BVerwGE 44, 59 (61 f.); 91, 234 (236); VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 7.12.2018 – 6 L 1707/18, Rn. 22 (juris); *Krämer*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BauGB, 46. Lfg., Stand: August 2019, § 29 Rn. 3.

¹¹ BVerwG NVwZ 1994, 1010 (1011); VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 7.12.2018 – 6 L 1707/18, Rn. 22 (juris); *Stollmann/Beaucamp*, Öffentliches Baurecht, 11. Aufl. 2017, § 13 Rn. 9.

¹² VG Trier, Urt. v. 5.8.2015 – 5 K 1031/15.TR, Rn. 44 (juris); *Krämer* (Fn. 10), § 29 BauGB Rn. 5; *Stollmann/Beaucamp* (Fn. 11), § 13 Rn. 9; vgl. BVerwGE 44, 59 (61 f.).

Damit ist das Bauplanungsrecht anwendbar und das Vorhaben an diesem Maßstab zu messen.

aa) Beplanter Bereich

Laut Sachverhalt existiert für das betroffene Grundstück des B ein Bebauungsplan. Dieser legt alleine die Geschossanzahl der Bauten fest (Maß der baulichen Nutzung, vgl. § 16 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO). Zur Art der baulichen Nutzung sowie zu überbaubaren Grundstücksflächen und zu örtlichen Verkehrsflächen äußert er sich nicht. Damit liegt ein einfacher Bebauungsplan nach § 30 Abs. 3 BauGB vor.

bb) Wirksamkeit des Bebauungsplans

Der Bebauungsplan müsste wirksam sein, um als Bewertungsmaßstab herangezogen werden zu können. In vorliegendem Fall müsste konkret der erforderliche Satzungsbeschluss ordnungsgemäß erfolgt sein. Gem. §§ 34 Abs. 2 S. 1, 36 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 2 S. 2 GemO lädt der Oberbürgermeister als Vorsitzender des Stadtrats zur Sitzung ein. Dies muss nach § 34 Abs. 3 S. 1 GemO mindestens vier volle Kalendertage vor dem Sitzungstermin geschehen. Vorliegend hat Ratsmitglied R seine Einladung zur Stadtratssitzung jedoch erst einen Tag vor dem Sitzungstermin erhalten. Damit liegt ein Verfahrensfehler vor und der Bebauungsplan ist grundsätzlich unwirksam¹³.

Der Fehler könnte aber geheilt worden sein. Dies ist nach § 34 Abs. 4 GemO möglich, wenn das Ratsmitglied zur Sitzung erscheint oder schriftlich oder elektronisch auf die Geltendmachung des Fehlers bis zum Sitzungsbeginn verzichtet. Einen Verzicht hat R nicht erklärt. Indem er jedoch zur Ratsitzung erscheint, wird der Verfahrensfehler gem. § 34 Abs. 4 Var. 1 GemO unbeachtlich. Damit ist der Bebauungsplan ordnungsgemäß beschlossen worden und wirksam.

cc) Plankonformität

B's Vorhaben müsste mit den Festsetzungen des Bebauungsplans übereinstimmen. Dieser ordnet an, dass eine Bebauung in seinem Geltungsbereich höchstens drei Vollgeschosse zählen darf. Die Pension des B soll aus zwei Vollgeschossen bestehen. Daher ist sein Vorhaben bebauungsplankonform.¹⁴

dd) Abgrenzung: Innen- oder Außenbereich

Gem. § 30 Abs. 3 BauGB richten sich die weiteren Voraussetzungen der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit nach §§ 34, 35 BauGB. Hier gilt es zunächst festzustellen, ob sich B's Vorhaben im Innen- oder Außenbereich befindet. Ein Innenbereich wird von § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB als ein im Zusammenhang bebauter Ortsteil definiert.¹⁵ Ein Ortsteil ist jeder

Bebauungskomplex im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist.¹⁶ Das unmittelbare Umfeld von B's Grundstück ist beplant, ansonsten lückenlos bebaut und besteht unter Beachtung der Einwohnerzahl des Stadtteils (800) aus einer größeren Zahl von Häusern. Ein Ortsteil liegt vor.

Sodann müsste dieser Ortsteil im Zusammenhang bebaut sein. Das BVerwG beschreibt den Bebauungszusammenhang als tatsächlich aufeinander folgende Bebauung, die trotz etwaiger Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt.¹⁷ B's Grundstück liegt am Rand der kreisfreien Stadt T. Grundsätzlich wird ein solches nicht mehr zum Bebauungszusammenhang, sondern zum Außenbereich gezählt.¹⁸ Grund ist, dass sich ansonsten die Bebauung immer weiter in den unbeplanten Bereich drängen würde.¹⁹

Aus den konkreten Geländebeziehungen könnte sich jedoch Abweichendes ergeben. Maßstab zur Abgrenzung ist eine einzelfallbezogene Betrachtung unter Würdigung der örtlichen Gegebenheiten.²⁰ Dabei sind vor allem besondere topografische Verhältnisse zu berücksichtigen.²¹ B's Grundstück liegt am Ende eines Wendehammers, der bis auf besagtes Grundstück umbaut ist. Auf der vom Wendehammer gegenüberliegenden Seite grenzt das Grundstück unmittelbar an einen fast senkrechten, gesicherten Steilhang, der den Blick ins Moseltal eröffnet. Das Tal stellt damit ein natürliches Hindernis dar²², das im Zusammenspiel mit der direkten Anbindung an den Wendehammer sowie der unmittelbaren nachbarlichen Bebauung B's Grundstück förmlich in den Innenbereich hineinzieht. Aufgrund dieser Verklammerung des betreffenden Grundstücks und der Geländezäsur durch das Tal ist durch seine Bebauung keine Entwicklung einer Splittersiedlung²³ zu erwarten. Daher gehört B's Grundstück noch

¹⁶ BVerwGE 31, 22 (26); BVerwG, Urt. v. 6.9.2018 – 3 A 14/15, Rn. 21 (juris); *Scheidler*, ZfBR 2017, 750 (752).

¹⁷ BVerwGE VerwRspr 1969, 314 (315); BVerwG ZfBR 2016, 799 (800); vgl. *Scheidler*, KommJur 2018, 41 (42).

¹⁸ BVerwG BauR 1974, 41 (41); VG München BeckRS 2006, 32247; *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 34 Rn. 7; *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 134. Lfg., Stand: August 2019, § 34 Rn. 25.

¹⁹ OVG Bremen BauR 1985, 538 (539); *Spieß*, in: *Jäde/Dirnberger*, BauGB und BauNVO, 8. Aufl. 2017, § 34 BauGB Rn. 16; vgl. BVerwGE 28, 268 (272 f.).

²⁰ *Gänslmayer/Hauth*, in: *Rixner/Biedermann/Charlier*, Praxis-Kommentar BauGB/BauNVO, 3. Aufl. 2018, § 34 BauGB Rn. 20; *Jeromin*, in: *Kröniger/Aschke/Jeromin*, BauGB, 4. Aufl. 2018, § 34 Rn. 14; *Spannowsky*, ZfBR 2014, 738 (743).

²¹ BVerwG NVwZ 1991, 879 (879 f.); BayVGH, Beschl. v. 27.11.2018 – 1 ZB 17.179, Rn. 6 (juris); *Gänslmayer/Hauth* (Fn. 20), § 34 BauGB Rn. 20; *Mitschang/Reidt* (Fn. 18), § 34 BauGB Rn. 7, 13; *Spannowsky*, ZfBR 2014, 738 (741 ff.).

²² Vgl. *Mitschang/Reidt* (Fn. 18), § 34 BauGB Rn. 13.

²³ *Jeromin* (Fn. 20), § 34 BauGB Rn. 13; zum Begriff der Splittersiedlung: BVerwG NVwZ 2012, 1631 (1633)

¹³ Vgl. *Winkler*, in: *Hufen/Jutzi/Proelß*, Landesrecht Rheinland-Pfalz – Studienbuch, 8. Aufl. 2018, § 3 Rn. 129.

¹⁴ Dem Maß der baulichen Nutzung kommt grundsätzlich keine nachbarschützende Wirkung zu: *Jarass/Kment*, BauGB, 2. Aufl. 2017, § 30 Rn. 27.

¹⁵ *Jarass/Kment* (Fn. 14), § 34 Rn. 2; *Muckel/Ogorek*, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 7 Rn. 88; *Scheidler*, ZfBR 2017, 750 (750).

zum Innenbereich und § 34 BauGB ist Maßstab der weiteren Prüfung.

ee) Gesicherte Erschließung

Laut Sachverhalt ist die Erschließung gesichert.

ff) Einfügen in die Eigenart der näheren Umgebung

Das Vorhaben des B müsste sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen. Daran zu messen sind lediglich die nicht im Bebauungsplan geregelten Kriterien.²⁴

(1) Eigenart der näheren Umgebung

Fraglich ist zunächst, wie die Eigenart der näheren Umgebung zu definieren ist. Als nähere Umgebung ist vorliegend die Nachbarschaft²⁵ des B heranzuziehen. Zu ermitteln ist nun das Wesen der näheren Umgebung, das sich aus der bereits vorhandenen Bebauung sowie deren Nutzung ergibt.²⁶ Im konkreten Fall relevant ist die Art der baulichen Nutzung.

Nach § 34 Abs. 2 BauGB ist die Zulässigkeit eines Vorhabens dann nach der BauNVO zu beurteilen, wenn die vorhandene Bebauung einem der Baugebiete der BauNVO entspricht. Vorliegend besteht B's Nachbarschaft überwiegend aus Wohnhäusern, zudem aus einem kleinen Lebensmittelladen, einem Restaurant, einem Sportplatz mit Sporthalle sowie einem Gemeindesaal, in dem der Theaterverein probt und in dem einmal im Monat ein Bürgercafé stattfindet. Damit entspricht dieses Gebiet einem allgemeinen Wohngebiet im Sinne von § 4 BauNVO, der die Eigenart der näheren Umgebung definiert.

(2) Einfügen

Das Vorhaben müsste hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung mit § 4 BauNVO konform sein. B plant, auf seinem Grundstück eine Pension zu bauen. Daher könnte es sich um eine Schank- und Speisewirtschaft nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO handeln. Diese ist dadurch geprägt, dass sie Getränke und Speisen zum Verzehr vor Ort anbietet.²⁷ Dies darf nicht bloßer Nebenzweck der Einrichtung sein.²⁸ Vorliegend plant B jedoch nur eine Bewirtschaftung seiner Übernachtungs-

gäste. Hauptzweck seiner Pension ist daher die Übernachtung und nicht die Verpflegung. Daher ist eine Schank- bzw. Speisewirtschaft nicht gegeben und sein Vorhaben grundsätzlich nicht zulässig.

(3) Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB

Nach § 34 Abs. 2 Hs. 2 BauGB kann bei Anwendung der BauNVO auch § 31 BauGB einschlägig sein. Möglich erscheint vorliegend eine Ausnahme im Sinne des § 31 Abs. 1 BauGB.

(a) Tatbestand

Voraussetzung für die Anwendung von § 31 Abs. 1 BauGB ist, dass eine Ausnahme ausdrücklich vorgesehen ist. B's Pension könnte ein Beherbergungsbetrieb im Sinne des § 4 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO sein. Unter einem solchen ist ein Betrieb zu verstehen, der einem ständig wechselnden Kreis von Gästen zu gewerblichen Zwecken gegen Entgelt vorübergehende Übernachtungsmöglichkeiten zur Verfügung stellt, ohne dass die Gäste in den Räumen unabhängig eine eigene Häuslichkeit begründen können.²⁹ B möchte mit seiner Pension seinen Unterhalt verdienen und Touristen die Möglichkeit geben, für eine gewisse Zeit zu übernachten. Daher liegen ein Beherbergungsbetrieb und eine ausdrücklich vorgesehene Ausnahme vor.³⁰

(b) Folgen

Indem der Tatbestand des § 31 Abs. 1 BauGB einschlägig ist, steht die Erteilung der Baugenehmigung insoweit im Ermessen der zuständigen Behörde.

b) Zwischenergebnis

Damit liegen die materiellen Voraussetzungen für eine gebundene Entscheidung hinsichtlich der Baugenehmigung nicht vor.

3. Zwischenergebnis

B hat keinen gebundenen Anspruch nach § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO auf die Erteilung seiner begehrten Baugenehmigung.

III. Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO)

B könnte jedoch gem. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung hinsichtlich seiner Baugenehmigung haben.

Rn. 19 ff.); BayVGh, Urt. v. 13.12.2018 – 2 B 18.1797, Rn. 29 f. (juris); Söfker, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 35 Rn. 97 ff.

²⁴ Charlier, in: Rixner/Biedermann/Charlier (Fn. 20), § 30 BauGB Rn. 21; Söfker (Fn. 18), § 30 BauGB Rn. 34; Tophoven, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 10), § 30 Rn. 50.

²⁵ Vgl. Mitschang/Reidt (Fn. 18), § 34 BauGB Rn. 21.

²⁶ BVerwG NVwZ 1994, 294 (295); 2017, 717 (718); VGh Baden-Württemberg ZfBR 2017, 480 (480); Gänslmayer/Hauth (Fn. 20), § 34 BauGB Rn. 45.

²⁷ Vgl. § 1 Abs. 1 GaststättenG; Aschke, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Fn. 20), § 4 BauNVO Rn. 5; Hornmann, in: Beck'scher Online-Kommentar zur BauNVO, 19. Ed. 2019, § 4 Rn. 58; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 18), § 4 BauNVO Rn. 57.

²⁸ Aschke (Fn. 27), § 4 BauNVO Rn. 5; Stock (Fn. 27), § 4 BauNVO Rn. 58.

²⁹ BVerwG NVwZ 1989, 1060 (1060); OVG Münster NVwZ-RR 2008, 20 (21); Stock (Fn. 27), § 4 BauNVO Rn. 110; Vietmeier, in: Bönker/Bischopink, BauNVO, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 88.

³⁰ Vgl. Decker, in: Jäde/Dirnberger (Fn. 19), § 3 BauNVO Rn. 4; Vietmeier (Fn. 29), § 3 BauNVO Rn. 89.

1. Formelle Voraussetzungen

Die formellen Voraussetzungen zur Erteilung der Baugenehmigung liegen vor.³¹

2. Materielle Voraussetzungen

Sodann müssten auch die materiellen Voraussetzungen vorliegen.

a) Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht

B's Vorhaben müsste mit dem Bauplanungsrecht konform sein. Dies ist in Ergänzung zu den oben bereits geprüften Anforderungen³² zu bejahen, wenn sich sein Vorhaben gem. § 34 Abs. 1 BauGB in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt. Dazu müsste die zuständige Behörde noch ihr Ermessen aus § 31 Abs. 1 BauGB ordnungsgemäß ausgeübt und das Gebot der Rücksichtnahme ausreichend beachtet haben. Zudem dürften keine öffentlichen Belange entgegenstehen.

aa) Fehlerfreie Ermessensausübung

Der Oberbürgermeister der Stadt T müsste als zuständige Behörde sein Ermessen fehlerfrei ausgeübt haben. Originäre Ermessensfehler³³ sind aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Es könnte aber ein Ermessensfehler durch eine unverhältnismäßige Entscheidung der zuständigen Behörde gegeben sein.

(1) Legitimer Zweck

Es müsste primär ein legitimer Zweck verfolgt werden. Dieser müsste sich aus städtebaulichen Gründen ergeben.³⁴ Der Schutz vor einem gesteigerten Durchgangsverkehr mit mehr Lärm dient dem Erhalt gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB. Indem sich die zuständige Behörde auf diesen Aspekt beruft, liegen ein städtebaulicher Grund und damit ebenso ein legitimer Zweck vor.

(2) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Die behördliche Maßnahme, der Nichterlass der begehrten Baugenehmigung, müsste zur Verfolgung des legitimen Zwecks geeignet, also in irgendeiner Weise förderlich³⁵ sein. Bei der Straße handelt es sich um eine Sackgasse, sodass ohne die Realisierung der Pension weniger Autos die Straße passieren werden. Die Maßnahme ist geeignet.

Ferner müsste sie erforderlich sein. Dies ist der Fall, wenn kein milderes, gleich effektives Mittel existiert³⁶. Um den

Verkehr in der betroffenen Straße gering zu halten, ist ein solches nicht ersichtlich. Die Versagung der Baugenehmigung ist sodann auch erforderlich.

(3) Angemessenheit

Zuletzt müsste die Entscheidung der zuständigen Behörde angemessen sein, das heißt nicht außer Verhältnis zum Zweck der Maßnahme stehen³⁷.

Auf Seiten der Nachbarn und der Behörde steht der öffentliche Belang, vor Lärm und erhöhtem Verkehrsaufkommen geschützt zu werden. Dabei kann Straßenverkehrslärm insbesondere zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen bei den Anwohnern führen (im Ergebnis: Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).

Dem legitimen Zweck der Maßnahme gegenüber steht B's Recht aus Art. 14 Abs. 1 GG. Es ist Teil der Eigentums-garantie, dass der Eigentümer sein Grundstück bebauen darf.³⁸ B möchte zudem die Bebauung zum Erwerb seines Lebensunterhalts nutzen. Daher tangiert der Nichterlass der Baugenehmigung auch seine Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Konkret sind durch B's geringe Bettenanzahl und die schwerpunktmäßige Ausrichtung auf Wandergäste ein sprunghafter Anstieg der passierenden Autos und damit ein starker Anstieg des Lärms nicht zu erwarten. Ein Gaststättenbetrieb für externe Besucher mit Biergarten oder ähnlichen immissionsstarken Angeboten ist nicht vorgesehen. Zudem existieren in der näheren Umgebung bereits ein Restaurant sowie ein Sportplatz, die im Vergleich zu B's Pension geräuschintensiver sind.

Es muss seitens der Anwohner zudem hingenommen werden, wenn Autos die Straße passieren und (Lärm-)Immissionen verursachen.³⁹ Dies gehört zu den „nicht abwehrbaren Alltagserscheinungen“⁴⁰ in einem allgemeinen Wohngebiet und ist in ihrer zu erwartenden Intensität nicht unzumutbar⁴¹. Im Ergebnis steht insofern die Ablehnung der Baugenehmigung aus diesem Grund außer Verhältnis zum Zweck der Maßnahme und ist damit unangemessen und unverhältnismäßig (a.A. vertretbar).

(4) Zwischenergebnis

Die Entscheidung der zuständigen Behörde im Rahmen des § 31 Abs. 1 BauGB ist ermessensfehlerhaft (a.A. vertretbar).

³¹ Siehe dazu die Ausführungen in B. II. 1.

³² Siehe dazu die Ausführungen in B. II. 2. a).

³³ Dazu zählen der Ermessensnichtgebrauch, der Ermessens-
fehlgebrauch, die Ermessensüber- und die Ermessensunter-
schreitung: vgl. nur *Detterbeck* (Fn. 2), § 8 Rn. 328 ff.; *Mau-
rer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017,
§ 7 Rn. 19 ff.

³⁴ Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG,
87. Lfg., Stand: März 2019, Art. 20 Abs. 7 Rn. 111.

³⁵ BVerfGE 30, 292 (316); *Manssen*, Staatsrecht II, 15. Aufl.
2018, § 8 Rn. 197.

³⁶ BVerfGE 30, 292 (316); *Sodan/Ziekow* (Fn. 5), § 24 Rn. 41.

³⁷ *Grzeszick* (Fn. 34), Art. 20 Abs. 7 GG Rn. 117; vgl. BVerf-
GE 83, 1 (19).

³⁸ BVerfGE 35, 263 (276); *Axer*, in: Beck'scher Online-Kom-
mentar zum GG, 41. Ed. 2019, Art. 14 Rn. 45; *Kau*, ZfBR
2009, 120 (122).

³⁹ Vgl. Immissionen bei Garagen- und Stellplatznutzung: OVG
Saarland BauR 2017, 1738 (1738, Leitsatz 4); OVG Saarland
ZfBR 2019, 283 (283, Leitsatz 6).

⁴⁰ OVG Saarland ZfBR 2019, 283 (283, Leitsatz 6).

⁴¹ Vgl. BVerwG NVwZ 1984, 646 (647); BVerwG NVwZ
1985, 38 (38).

(5) *Folgen des Ermessensfehlers*

Fraglich ist, welche Folgen aus dieser fehlerhaften Ermessensausübung zu ziehen sind. Andere Lösungen dieser Konfliktlage, die einerseits verhältnismäßig sind und den Rahmen des Ermessensspielraums nicht überschreiten sowie andererseits B die Baugenehmigung weiterhin versagen, sind nicht ersichtlich. Daher ist vorliegend von einer Ermessensreduktion auf Null auszugehen.

bb) *Gebot der Rücksichtnahme*

Darüber hinaus müsste das Vorhaben des B auch dem Gebot der Rücksichtnahme aus § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO⁴² entsprechen. Hierbei ergeben sich keine Wertungsunterschiede zu den Ausführungen in der Angemessenheit im Rahmen der § 31 Abs. 1 BauGB-Prüfung⁴³. Das Gebot der Rücksichtnahme ist in ausreichender Form beachtet worden (a.A. vertretbar).

cc) *Entgegenstehen öffentlicher Belange*

Eine Beeinträchtigung der gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse im Sinne des § 34 Abs. 1 S. 2 BauGB ist mit den in der Angemessenheit vorgebrachten Argumenten⁴⁴ ebenso nicht zu erwarten (a.A. vertretbar).

dd) *Zwischenergebnis*

Das Vorhaben des B fügt sich in die Eigenart der näheren Umgebung ein und ist damit mit dem Bauplanungsrecht vereinbar (a.A. vertretbar).

b) *Vereinbarkeit mit Bauordnungsrecht*

Sodann müsste das Vorhaben des B mit dem Bauordnungsrecht konform sein. Die Pension ist als bauliche Anlage im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 LBauO zu qualifizieren.⁴⁵

aa) *Treppen*

B müsste die bauordnungsrechtlichen Anforderungen an seine Treppen eingehalten haben.

(1) *Tatbestand*

Gem. § 33 Abs. 1 Hs. 1 LBauO muss ein Gebäude, das zumindest ein zur ebenen Erde höher gelegenes Geschoss besitzt, mindestens über eine Treppe verfügen. Weitere Treppen können nach § 33 Abs. 1 Hs. 2 LBauO verlangt werden. B's Pension besteht aus zwei Vollgeschossen, weswegen eine Treppe notwendig ist. Im Plan ist eine solche vorgesehen, die den an sie gestellten Anforderungen laut Sachverhalt genügt. Die zuständige Behörde hat B jedoch aufgefordert, eine weitere Treppe in seine Pension zu integrieren. Dies ist im Grundsatz möglich.

⁴² Vgl. *Jarass/Kment* (Fn. 14), § 34 BauGB Rn. 48; *Mitschang/Reidt* (Fn. 18), § 34 BauGB Rn. 65.

⁴³ Siehe dazu die Ausführungen in B. III. 2. a) aa) (3).

⁴⁴ Siehe dazu die Ausführungen in B. III. 2. a) aa) (3).

⁴⁵ Siehe dazu die Ausführungen in B. I.

(2) *Rechtsfolge*

Die zuständige Behörde müsste ihr Ermessen hinsichtlich einer zweiten Treppe in rechtmäßiger Form ausgeübt haben. Grundsätzlich kann eine solche nach § 33 Abs. 1 Hs. 2 LBauO verlangt werden, wenn dies zur Rettung von Menschen im Brandfall erforderlich ist.

In vorliegendem Fall gibt die zuständige Behörde zur Begründung jedoch an, dass durch die kürzeren Wege vom Treppenhaus ins Zimmer die anderen dem Lärm der vorbeigehenden Gäste nicht so leicht ausgesetzt würden und dass es im Sinne der Attraktivität der Pension sei, dass die Gäste schnell und unkompliziert ihre Zimmer erreichen können. Das heißt, die Behörde stützt sich vorliegend nicht auf Gründe des Brandschutzes, sondern auf Komfort- und Attraktivitätserwägungen, die nach § 33 Abs. 1 Hs. 2 LBauO völlig unerheblich sind. Sie hat damit zwar ihr Ermessen ausgeübt, sich jedoch auf sachfremde Erwägungen gestützt. Es liegt ein Ermessensfehlergebrauch vor.

(3) *Zwischenergebnis*

Die zuständige Behörde handelte insoweit ermessensfehlerhaft. Daher kann die Behörde aufgrund dieses Einwands B's Begehren nicht versagen. B hat die bauordnungsrechtlichen Anforderungen an seine Treppen eingehalten.

bb) *Stellplätze*

B müsste Stellplätze in ausreichender Zahl in seine Planungen einbezogen haben.

(1) *§ 47 Abs. 1 LBauO*

Gem. § 47 Abs. 1 S. 1 LBauO muss eine bauliche Anlage, bei der ein Zugangs- und Abgangsverkehr zu erwarten ist, Stellplätze in ausreichender Zahl vorsehen. Maßstab für die Anzahl und Größe ist nach § 47 Abs. 1 S. 2 LBauO die Art und Zahl der zu erwartenden Kraftfahrzeuge von Besuchern der Anlage. B hat nicht vor, Stellplätze auf seinem Grundstück zu errichten. Er begründet es damit, dass er vor allem durchreisende Wanderer des Moselsteiges beherbergen möchte. Unabhängig von seinen Überlegungen ist es jedoch objektiv nicht auszuschließen, dass auch Übernachtungsgäste mit dem Auto anreisen. Es ist wohl nicht zu erwarten, dass B diesen Gästen die Zimmerschlüssel verweigert und die Kfz-lose Anreise zur Voraussetzung für seinen Service macht. Ein gezielter Hinweis auf seiner Homepage muss ferner nicht zwingend von allen Gästen im Vorfeld gesehen werden. Daher ist ein Zugangs- sowie Abgangsverkehr durchaus wahrscheinlich. Damit erfüllt B grundsätzlich nicht die Voraussetzungen, die die LBauO an ihn stellt.

Hinweis: In Rheinland-Pfalz regelt eine Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Finanzen⁴⁶ die Berechnung der erforderlichen Stellplätze. Nach ihrer Anlage ist für Pensionen ein Stellplatz pro zwei bis sechs Betten zu rechnen. B müsste daher zwischen zwei und fünf Stellplätze vorsehen.

⁴⁶ MinBl. 2000, 231 (231).

(2) § 69 Abs. 1 LBauO

Es könnte jedoch eine Abweichung nach § 69 Abs. 1 LBauO möglich sein. Dazu ist zunächst erforderlich, dass eine Abweichung von § 47 LBauO mit dem Zweck der Anforderung vereinbar ist. Zweck der Bereitstellung von Stellplätzen ist, die Straßen und damit die Nachbarschaft vor parkenden Kfz zu entlasten, um letztendlich die Leichtigkeit des (fließenden) Straßenverkehrs zu gewährleisten.⁴⁷ Vorliegend würde ein Abweichen von der Pflicht, Stellplätze in die Planung zu integrieren, gerade dazu führen, dass der Wendehammer als Parkfläche zweckentfremdet würde. Daher würde die Anwendung von § 69 Abs. 1 LBauO den Gesetzeszweck konterkarieren. Eine Abweichung kommt dementsprechend nicht infrage.

Das Vorhaben des B ist in dieser Form nicht genehmigungsfähig.

(3) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die ausreichende Integration von Stellplätzen ist nach § 47 Abs. 1 S. 1 LBauO zwingende Voraussetzung für die Erteilung der Baugenehmigung. Folglich hat die zuständige Behörde unter anderem aus diesem Grund B die Baugenehmigung versagt. Dies könnte jedoch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widersprechen.

Hinweis: An dieser Stelle ist auf die umstrittene Frage einzugehen, ob bei einer gebundenen Entscheidung überhaupt noch eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall möglich ist.⁴⁸ Insbesondere in der Rechtsprechung ist eine Ansicht im Vordringen befindlich, die eine solche Prüfung zulässt.⁴⁹ In der Literatur wird diese Entwicklung hingegen unter Berufung auf die Gewaltenteilung, rechtsstaatliche Prinzipien sowie die Rechtssicherheit kritisch gesehen.⁵⁰ Nach letzterer Ansicht wäre die Prüfung an dieser Stelle beendet. B's Vorhaben wäre nicht mit dem zwingenden Bauordnungsrecht vereinbar. Folglich wäre die Verpflichtungsklage unbegründet und hätte keine Aussicht auf Erfolg. Daher wird im Folgenden der jungen Ansicht der Rechtsprechung gefolgt.

(a) Legitimer Zweck und Geeignetheit

Legitimer Zweck der Stellplatzpflicht ist die Entlastung der Verkehrswege vor dem ruhenden Verkehr und damit die

Sicherstellung der Leichtigkeit des Straßenverkehrs.⁵¹ Indem ausreichend Stellplätze gefordert werden, wird diesem Zweck Genüge getan.

(b) Erforderlichkeit

Die Versagung der Baugenehmigung in Gänze müsste im konkreten Fall erforderlich sein. Die Verwaltung könnte B die Baugenehmigung mit der Nebenbestimmung erlassen, ausreichend Stellplätze in die Planung zu integrieren.⁵² Dies wäre nach § 70 Abs. 1 S. 4 Hs. 2 LBauO zulässig und ein milderer Mittel im Vergleich zur Ablehnung.⁵³ Dazu müssten die Voraussetzungen des § 36 VwVfG erfüllt sein. Beim Erlass einer Baugenehmigung gem. § 70 Abs. 1 S. 1 LBauO handelt es sich grundsätzlich um eine gebundene Entscheidung. Daher sind Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 1 VwVfG jedenfalls immer dann zulässig⁵⁴, wenn diese durch Rechtsvorschrift zugelassen sind oder sicherstellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des VA erfüllt werden.

Eine Zulassung durch Rechtsvorschrift existiert nicht. Ohne eine Nebenbestimmung, die dem B aufgibt, für ausreichend Stellplätze zu sorgen, wäre sein Vorhaben hingegen wegen Verstoßes gegen § 47 Abs. 1 S. 1 LBauO nicht genehmigungsfähig.⁵⁵ Deshalb würde eine Nebenbestimmung dazu dienen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Baugenehmigung eingehalten werden.⁵⁶ § 36 Abs. 1 VwVfG ist erfüllt.

Die zuständige Behörde hätte also in diesem Fall die Baugenehmigung nicht wegen mangelnder Stellplätze versagen dürfen. Vielmehr hätte diesem Punkt durch eine Nebenbestimmung Rechnung getragen werden können⁵⁷. Aufgrund der Tatsache, dass diese Lösung das einzig mildere und gleich effektive Mittel darstellt, kann vorliegend von einer Verpflichtung ausgegangen werden, eine Nebenbestimmung zu erlassen.⁵⁸ Die Ablehnung der Baugenehmigung in Gänze ist nicht erforderlich.

⁵¹ Siehe dazu die Ausführungen in B. III. 2. b) bb) (2).

⁵² Vgl. BVerwGE 29, 261 (262); VGH Baden-Württemberg VBIBW 1995, 29 (29, Leitsatz 1); VG Neustadt/Weinstraße, Urt. v. 7.12.2011 – 5 K 742/11.NW, Rn. 28 (juris); *Finkelnburg/Ortloff/Otto*, Öffentliches Baurecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, § 5 Rn. 35.

⁵³ Vgl. BVerwG NVwZ 2016, 699 (701, Rn. 18); OVG Münster BeckRS 2016, 53379 Rn. 19; *Tiedemann*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, 44. Ed. 2019, § 36 Rn. 12.

⁵⁴ Vgl. VG München BeckRS 2016, 42397.

⁵⁵ Siehe dazu die Ausführungen in B. III. 2. b) bb).

⁵⁶ Vgl. *Ipsen* (Fn. 5), Rn. 583.

⁵⁷ Ob die Behörde Nebenbestimmungen erlässt, steht in deren Ermessen: vgl. nur *Sodan/Ziekow* (Fn. 5), § 78 Rn. 5.

⁵⁸ Vgl. *Tiedemann* (Fn. 53), § 36 VwVfG Rn. 12; siehe auch zur Ermessensreduktion auf Null aufgrund des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: *Müller*, in: Huck/Müller, VwVfG, 2. Aufl. 2016, § 40 Rn. 23.

⁴⁷ BVerwG NVwZ 1993, 169 (169); BVerwG, Urt. v. 13.7.1979 – IV C 67.76, Rn. 23 (juris); *Wenzel*, in: Rabe/Pauli/Wenzel, Bau- und Planungsrecht, 7. Aufl. 2014, Abschnitt E Rn. 210.

⁴⁸ *Barczak*, VerwArch. 105 (2014), 142 ff.; *Mehde*, DÖV 2014, 541 ff.; *Naumann*, DÖV 2011, 96 ff.

⁴⁹ BVerwG NVwZ 2012, 1188 (1188); OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 18.6.2008 – 19 B 870/08, Rn. 11 (juris); NVwZ 2008, 450 (450 f.); aber auch: *Maurer/Waldhoff* (Fn. 33), § 10 Rn. 50.

⁵⁰ *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 243, 606; ausführlich: *Barczak*, VerwArch. 105 (2014), 142 (170 ff.); *Naumann*, DÖV 2011, 96 (99 ff.); *Mehde*, DÖV 2014, 541 (545 ff.).

(c) Zwischenergebnis

Indem die zuständige Behörde den Erlass der Baugenehmigung in Bezug auf die Stellplatzpflicht versagt, handelt sie unverhältnismäßig (a.A. vertretbar).

cc) Zwischenergebnis

B's Vorhaben ist mit dem Bauordnungsrecht vereinbar (a.A. vertretbar).

c) Rechtsfolge

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 70 Abs. 1 S. 1 LBauO vor, so ist dem Bauherrn grundsätzlich die Baugenehmigung zu erteilen.⁵⁹ Im konkreten Fall liegt jedoch die Entscheidung, die Pension als Ausnahme im Sinne des § 31 Abs. 1 BauGB zuzulassen, im Ermessen der zuständigen Behörde. Die Prüfung der Ermessensausübung kommt wiederum zu dem Ergebnis, dass vorliegend eine Ermessensreduktion auf Null besteht.⁶⁰

d) Zwischenergebnis

Die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer Baugenehmigung liegen vor (a.A. vertretbar).

3. Zwischenergebnis

B hat im Ergebnis einen Anspruch auf den Erlass der Baugenehmigung mit einer zwingenden Nebenbestimmung hinsichtlich der notwendigen Stellplätze (Vornahmeurteil⁶¹, § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO). Die Verpflichtungsklage ist begründet (a.A. vertretbar).

C. Endergebnis

Die Klage des B hat Aussicht auf Erfolg (a.A. vertretbar).

⁵⁹ Dies ergibt sich bereits aus Art. 14 Abs. 1 GG: BVerfGE 35, 263 (276); *Dürr/Seiler-Dürr*, Baurecht Rheinland-Pfalz, 3. Aufl. 2016, Rn. 259; *Gurlit*, in: Hufen/Jutzi/Proelß (Fn. 13), § 5 Rn. 18 f.

⁶⁰ Siehe dazu die Ausführungen in B. III. 2. a) aa) (5).

⁶¹ Eine Ermessensreduktion auf Null hat ein Vornahmeurteil zur Folge: *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 136; *Schübel-Pfister*, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 113 Rn. 49.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Unfrieden am Friedberger Weiher – Teil 1*

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Renate Penßel**, Erlangen**

Sachverhalt

E möchte auf seinem in der niederbayerischen kreisangehörigen Gemeinde G in unmittelbarer Nähe des „Friedberger Weihers“ gelegenen Grundstück im Ortsgebiet des Dorfes D ein 18 m hohes, fünfstöckiges Wohnhaus mit insgesamt fünf Eigentumswohnungen errichten. Um sein Grundstück möglichst optimal auszunutzen, soll die Grundfläche des Hauses $\frac{3}{4}$ der Grundstücksfläche überdecken. Das Grundstück liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplans. Dieser setzt das Gebiet als Allgemeines Wohngebiet fest und begrenzt das Maß der baulichen Nutzung auf zwei Vollgeschosse. Als Grundflächenzahl wird 0,3 festgesetzt. Weitere Regelungen enthält der Bebauungsplan nicht. Zur Begründung der Bestimmungen über das Maß der baulichen Nutzung wird ausgeführt, dass eine restriktive Begrenzung erforderlich sei, weil eine stärkere Bebauung den Erholungswert der als Naherholungsgebiet genutzten Umgebung des „Friedberger Weihers“ beeinträchtigen würde. Das Gebiet sei gegenwärtig von altem Baumbestand und weitläufigen Grünflächen und Gärten geprägt, hinter denen die Bebauung zurücktrete. Die Beschränkung des Maßes der baulichen Nutzung diene dazu, diesen Charakter zu bewahren, damit der Friedberger Weiher und seine Umgebung als Erholungsraum attraktiv bleibe. Dies sei auch Voraussetzung dafür, dass die im Gemeindegebiet ansässigen Betriebe der Tourismusbranche, die einen wichtigen Wirtschaftsfaktor darstellen, Bestand haben und sich weiterentwickeln können. Am 4.12.2018 reicht E seinen Bauantrag bei der Gemeinde G ein. Die Gemeinde verweigert mit Schreiben vom 18.12.2018 ihr Einvernehmen: Die das Grundstück des E umgebenden Grundstücke seien ausnahmslos mit maximal zweigeschossigen Gebäuden bebaut, die niemals mehr als $\frac{1}{3}$ der Grundstücksfläche einnehmen. Ein so dominantes Bauwerk wie das von E geplante, das anders als die bisherige Bebauung über den Baumbestand hinausrage, füge sich nicht in die Umgebungsbebauung ein und untergrabe das Planungsziel der Gemeinde, den naturnahen Charakter der Umgebung des Friedberger Weihers zu erhalten. Dieses Schreiben leitet sie zusammen mit dem Bauantrag an das zuständige Landratsamt (LRA) weiter. Das LRA erteilt daraufhin dem E die gewünschte Baugenehmigung unter Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans über das Maß der baulichen Nutzung. Zur Begründung führt es aus, dass angesichts der extrem angespannten Lage auf dem Wohnungsmarkt in der Gemeinde G und in den angrenzenden Gemeinden Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Befreiung erforderten. Entsprechend könne auf Bedenken der

Gemeinde und ihr Festhalten an ihrer Planung keine Rücksicht genommen werden. Ihr Einvernehmen werde daher ersetzt. Der Bescheid wird mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen und am 6.2.2019 zusammen mit jeweils einer Zweitausfertigung für die Gemeinde G und für den Grundstücksnachbarn F, der die Unterschrift unter die Bauvorlagen verweigert hatte, als „Übergabeeinschreiben“ zu Post gegeben. Eine vorherige Anhörung der Gemeinde G fand nicht statt.

Die Gemeinde G, die die Zweitausfertigung des Bescheids am 7.2.2019 erhält, sieht sich durch das Vorgehen in ihren Rechten verletzt: eine willkürliche Befreiung von Festsetzungen ihres Bebauungsplans, wie sie das LRA hier erteilt habe, untergrabe ihre kommunale Planungshoheit.

F, der Eigentümer des ebenfalls im Plangebiet gelegenen, unmittelbar angrenzenden Grundstücks, möchte die ihm am 8.2.2019 zugegangene Baugenehmigung ebenfalls nicht hinnehmen: Die Begrenzung des Maßes der baulichen Nutzung schütze auch die Lebensqualität auf seinem Grundstück. Diese werde durch die Ermöglichung eines sich nicht einfügenden, „erdrückenden“ Bauvorhabens auf dem Nachbargrundstück erheblich beeinträchtigt: Der von E geplante „Klotz“ sei nicht nur ästhetisch störend und verbaue ihm die Aussicht auf den Weiher. Er werde auch an mehreren Stunden des Tages Teile seines Gartens beschatten. Außerdem lägen beide Grundstücke in einer gehobenen Wohngegend mit hochwertigen Einfamilienhäusern. Durch das Eindringen eines „Wohnblockes“ für viele Parteien werde der Gebietscharakter nachteilig verändert. Das Vorhaben des E sei deshalb schlicht und einfach rücksichtslos.

Ebenfalls empört über die Genehmigung des Bauvorhabens ist die Nachbargemeinde N: Auch sie grenzt an den Friedberger Weiher und profitiert wirtschaftlich erheblich von seiner touristischen Nutzung. Deshalb ist auch ihre Bauleitplanung darauf ausgerichtet, diese Nutzung zu fördern. Bei Erlass der Bebauungspläne im Umkreis des Weihers hatten sich die Gemeinden G und N jeweils darüber abgestimmt, mithilfe geeigneter Festsetzungen den naturnahen Charakter des Weiherumfelds zu bewahren. Durch die Befreiung von aus dieser Abstimmung hervorgegangenen Festsetzungen im Bebauungsplan der Gemeinde G sieht die Gemeinde N auch ihre eigene Planungshoheit berührt.

Frage 1

Hätte

- a) eine Klage der Gemeinde G
- b) eine Klage des Nachbarn F und
- c) eine Klage der Nachbargemeinde N

gegen den Bescheid des LRA Aussicht auf Erfolg?

Die Fragen a)–c) sind in einem Rechtsgutachten zu beantworten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – notfalls hilfsgutachtlich – eingeht. Art. 6 BayBO soll bei der Bearbeitung außer Betracht bleiben. Naturschutzrecht und Europarecht sind nicht zu prüfen.

* Der Fall wurde im Sommersemester 2019 als Hausarbeit im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene bei Herrn Prof. Dr. Heinrich de Wall an der Universität Erlangen-Nürnberg gestellt. Die Lösung zu den Teilfragen b) und c) folgt in der Ausgabe ZJS 1/2020.

** Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht von Herrn Prof. Dr. Heinrich de Wall an der Universität Erlangen-Nürnberg.

Lösungsvorschlag**Frage a): Erfolgsaussichten einer Klage der Gemeinde G gegen den Bescheid des LRA**

Die Klage der Gemeinde G hat Erfolg, wenn sie nach den vor dem zuständigen Gericht geltenden Regeln zulässig und begründet ist.

A. Entscheidungskompetenz**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Für die Klage könnte der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies ist der Fall, wenn die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher und zugleich nicht verfassungsrechtlicher Art ist (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) und keine abdrängende Sonderzuweisung einschlägig ist.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die entscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Dies gilt nach der sog. „Modifizierten Subjekts-“ bzw. „Sonderrechtstheorie“ für alle Normen, die als „Sonderrecht“ des Staates diesen gerade in seiner Funktion als Hoheitsträger berechtigen und/oder verpflichten¹. Hier sind Normen Streitentscheidend, die die Beteiligung der Gemeinden im Baugenehmigungsverfahren und die Zulässigkeit von Bauvorhaben regeln, also staatliche Einrichtungen gerade als solche berechtigen und verpflichten. Damit ist die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Art.

Da neben der verfassungsrechtlich verbürgten kommunalen Planungshoheit (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV)² auch Vorschriften des einfachen Rechts (über den Ablauf des Baugenehmigungsverfahrens usw.) eine Rolle spielen, handelt es sich nicht um eine rein verfassungsrechtliche Streitigkeit, in der Rechtssubjekte des Verfassungsrechts über Rechte und Pflichten aus Verfassungsrecht streiten (sog. „doppelte Verfassungsunmittelbarkeit“). Nur für eine solche Streitigkeit ist aber gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zu Gunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeschlossen³.

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Sachliche Zuständigkeit

Da die Spezialvorschriften §§ 47, 48, 50 VwGO nicht einschlägig sind, ist in erster Instanz gem. § 45 VwGO das Verwaltungsgericht sachlich zuständig.

¹ Siehe nur *Wolff*, in: *Wolff/Decker*, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 3. Aufl. 2012; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2017, Rn. 104.

² Vgl. nur *Mehde*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 59 ff.; *Wollenschläger*, in: *Meder/Brechmann*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 11 Rn. 49 ff.

³ Näher *Ruthig*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, 24. Aufl. 2018, § 40 Rn. 32.

III. Örtliche Zuständigkeit

Da Gegenstand der Streitigkeit die Bebaubarkeit eines bestimmten Grundstücks ist, handelt es sich um eine Streitigkeit, die sich auf unbewegliches Vermögen bezieht bzw. ein ortsgebundenes Rechtsbehältnis betrifft. Damit ist gem. § 52 Nr. 1 VwGO i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 AGVwGO das Verwaltungsgericht Regensburg örtlich zuständig, in dessen Bezirk das Grundstück liegt.

B. Zulässigkeit**I. Statthafte Klageart**

Welche Klageart statthaft ist, richtet sich nach dem Begehren des Klägers (§ 88 VwGO) und dem Klagegegenstand. Die Gemeinde G möchte das Bauvorhaben des E verhindern und dazu gegen den Bescheid des LRA vorgehen, in dem dieses dem E das Vorhaben genehmigte. Würde der Bescheid einen oder mehrere Verwaltungsakte beinhalten, wäre dafür die auf deren Aufhebung zielende Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) die statthafte Klageart.

Eine Baugenehmigung erlaubt, ein bestimmtes Bauvorhaben zu verwirklichen (Art. 68 Abs. 5 Nr. 1 BayBO⁴). Sie ist damit eine Einzelfallentscheidung einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Rechtswirkung nach außen (gegenüber dem Bauantragsteller)⁵ und hat somit alle in Art. 35 S. 1 BayVwVfG aufgeführten Merkmale eines Verwaltungsakts. Gegen eine Baugenehmigung ist daher die Anfechtungsklage statthaft.

Allerdings gilt die Genehmigung im Fall eines verweigeren gemeindlichen Einvernehmens gem. Art. 67 Abs. 3 S. 1 BayBO zugleich als rechtsaufsichtliche „Ersatzvornahme“⁶.

⁴ Die Erteilung der Baugenehmigung ist in allen Ländern (Mindest-)Voraussetzung dafür, dass mit der Verwirklichung eines genehmigungsbedürftigen Vorhabens begonnen werden darf (siehe § 59 Abs. 1 LBauO BW; § 72 Abs. 2 BauO Bln; § 72 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BbgBauO; § 72 Abs. 5 Nr. 1 BremBauO; § 72a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauO Hmb; § 75 Abs. 1 HessBauO; § 72 Abs. 7 Nr. 1 BauO M-V; § 72 Abs. 1 S. 1 BauO Nds; § 74 Abs. 7 BauO NRW; § 77 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauO RhPf; § 73 Abs. 6 Nr. 1 LBauO Saarl; § 72 Abs. 6 Nr. 1 SächsBauO; § 71 Abs. 6 Nr. 1 BauO LSA; § 73 Abs. 6 S. 1 Nr. 1 LBauO SH; § 71 Abs. 6 Nr. 1 ThürBauO).

⁵ Neben der (regelmäßig an weitere Voraussetzungen geknüpften) „Baufreigabe“ stellt die Baugenehmigung verbindlich fest, dass das Vorhaben mit den im Genehmigungsverfahren geprüften Vorschriften übereinstimmt. Sie hat damit eine doppelte Rechtswirkung: eine rechtsgestaltende und eine feststellende (vgl. nur *Battis*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 7. Aufl. 2017, Rn. 573).

⁶ Die Regelung, dass die Baugenehmigung zugleich als Ersetzung des Einvernehmens gilt, findet sich nur in manchen Landesbauordnungen: s. § 54 Abs. 4 S. 3 LBauO BW; § 71 Abs. 3 S. 1 BbgBauO; § 71 Abs. 3 S. 1 LBauO M-V; § 73 Abs. 3 BauO NRW; § 71 Abs. 2 S. 1 BauO RhPf; § 72 Abs. 3 S. 1 LBauO Saarl; § 70 Abs. 3 S. 1 BauO LSA; § 70 Abs. 4 S. 1 ThürBauO; ähnlich, wenn auch nicht ganz eindeutig: § 71 SächsBauO. Wenn es an einer entsprechenden Regelung

Sie tritt damit an die Stelle des gemeindlichen Einvernehmens, ohne das in den in § 36 Abs. 1 BauGB geregelten Fällen die Baugenehmigung nicht erteilt werden darf. Damit enthält der die Baugenehmigung erteilende Bescheid eine weitere Rechts- bzw. Regelungswirkung: sie überwindet ein rechtliches Hindernis, das sonst der Baugenehmigung entgegensteht (Art. 68 Abs. 1 S. 1, 59 S. 1 Nr. 1 lit. a BayBO⁷ i.V.m. § 36 Abs. 1 BauGB). Die „Ersetzung des Einvernehmens“ hat auch Außenwirkung: Denn sie tangiert die Gemeinde als selbständiges Rechtssubjekt in ihrer (zur Konkretisierung ihrer Planungshoheit, Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG; Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV, §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 BauGB) rechtlich geschützten Befugnis, durch Einvernehmensverweigerung eine Baugenehmigung zu verhindern. Somit beinhaltet der Bescheid neben der Baugenehmigung einen weiteren VA i.S.v. Art. 35 S. 1 BauVwVfG⁸.

Damit stellt sich die Frage, ob sich die Gemeinde G, um ihr Klageziel (Verhinderung des Bauvorhabens des E) zu er-

fehlt, erfolgt die Ersetzung des Einvernehmens in der Regel durch separaten Verwaltungsakt (sofern nicht im Einzelfall die Genehmigung als konkludente Einvernehmensersetzung auszulegen ist). Überblick über verschiedene Möglichkeiten der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens (je nach Ausgestaltung im Landesrecht) bei *Krüper*, ZJS 2010, 582 (585 f.). Die im Folgenden diskutierte Frage, ob § 44a VwGO eine Klage gegen die Einvernehmensersetzung ausschließt, stellt sich unabhängig davon, ob diese durch die Genehmigung fingiert wird oder eigenständig erfolgen muss.

⁷ Parallelbestimmungen der übrigen Länder: §§ 58 Abs. 1 S. 1, 52 Abs. 2 Nr. 1 LBauO BW; §§ 71 Abs. 1 S. 1, 63 S. 1 Nr. 1 BauO Bln; §§ 72 Abs. 1 S. 1, 64 Nr. 1 BbgBauO; §§ 72 Abs. 1 S. 1, 63 S. 1 Nr. 1 BremBauO; §§ 72 Abs. 1 S. 1, 61 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BauO Hmb; §§ 74 Abs. 1, 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HessBau; §§ 72 Abs. 1, 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LBauO M-V; §§ 70 Abs. 1 S. 1, 63 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauO Nds; §§ 74 Abs. 1, 64 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauO NRW; §§ 70 Abs. 1 S. 1, 66 Abs. 4 S. 1 RhPf; §§ 73 Abs. 1 S. 1, 64 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 LBauO Saarl; §§ 72 Abs. 1, 63 S. 1 Nr. 1 SächsBauO; §§ 71 Abs. 1 S. 1, 62 S. 1 a) BauO LSA; 33 73 Abs. 1 S. 1, 69 Abs. 1 S. 1 LBauO SH; §§ 71 Abs. 1 S. 1, 62 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 ThürBauG. § 36 BauGB gehört ausnahmslos zum Prüfungsmaßstab jedes, auch des vereinfachten, Baugenehmigungsverfahrens.

⁸ Der VA-Charakter der Einvernehmensersetzung ist umstritten: Dafür u.a. BayVGh, NVwZ-RR 2001, 364 (365); *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 182; *Greim-Diroll*, in: *Spannowski/Manssen*, BeckOK Bauordnungsrecht Bayern, Art. 67 BayBO Rn. 18; *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB 123. Lfg., Stand: Oktober 2016, § 36 Rn. 43; *Dirnberger*, in: *Simon/Busse*, BayBO, 115. Lfg., Stand: Januar 2014, Art. 67 Rn. 122; *Hofmeister*, in: *Spannowski/Uechtritz*, BeckOK BauGB, 46. Lfg., Stand: 1.8.2019, § 36 Rn. 41; *Horn*, NVwZ 2002, 406 ff.; dagegen (und für Einordnung als Verwaltungsinternum, wie die Einvernehmenserteilung) *Seidel/Reimer/Möstl*, Examinatorium, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 17 f.

reichen, gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens, gegen die Erteilung der Baugenehmigung oder gegen beides wenden muss:

Geht man mit der h.M.⁹ davon aus, dass Einvernehmensersetzung und Baugenehmigung zwei selbständige VAe sind, müssen grds. auch beide angefochten werden: Denn eine isolierte Anfechtung der Einvernehmensersetzung würde nicht den Eintritt der Bestandskraft der Baugenehmigung verhindern. Aber auch die alleinige Anfechtung der Baugenehmigung ist u.U. nicht zielführend: Denn wird die Einvernehmensersetzung bestandskräftig, kann ihre Rechtswidrigkeit nicht mehr geltend gemacht werden¹⁰. Das wiederum kann zur Folge haben, dass die Gemeinde durch die Erteilung der Baugenehmigung nicht in eigenen Rechten verletzt wird¹¹. Auch die Formulierung des Art. 67 Abs. 3 S. 2 BayBO¹² geht davon aus, dass Baugenehmigung und Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens jeweils selbständige Klagegegenstände sind¹³ (gegen die gem. § 44 VwGO in einer „Klage“ vorgegangen werden kann).

Allerdings könnte dem hier § 44a S. 1 VwGO entgegenstehen: Entgegen seinem Wortlaut, der nur die „gleichzeitige“ Erhebung von Rechtsbehelfen verlangt, interpretieren Rspr. und h.M. § 44a S. 1 VwGO teleologisch so, dass er Rechtsbehelfe gegen „behördliche Verfahrenshandlungen“ ausschließt und Rechtsverletzungen durch Verfahrenshandlungen beim Vorgehen gegen die Sachentscheidung geltend gemacht werden müssen¹⁴.

⁹ Nachweise zum Meinungsspektrum siehe Fn. 8.

¹⁰ Behörden und Gerichte haben die Regelung eines wirklichen, nicht angefochtenen Verwaltungsakts als geltendes Recht ihren Entscheidungen zugrunde zu legen. Dies bezeichnet man als „Tatbestandswirkung“ von Verwaltungsakten, siehe *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 10 Rn. 20; *Ruffert*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 22 Rn. 17 ff. Näher zur Bedeutung dieses Grundsatzes in mehrstufigen Verwaltungsverfahren *Wolff/Decker*, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 3. Aufl. 2012, § 42 Rn. 19.

¹¹ Während Verstöße gegen § 36 BauGB und die diesen ergänzenden Vorschriften im Landesrecht immer eine Verletzung der planenden Gemeinde in eigenen Rechten implizieren, sind andere Vorschriften, die bei der Erteilung von Baugenehmigungen eine Rolle spielen, nur vereinzelt zugunsten der planenden Gemeinde drittbeschützend. Kann sich der Erfolg der Klage nicht auf einen Rechtsfehler bei der Einvernehmensersetzung stützen, besteht ein erhebliches Risiko, dass die Klage einer Gemeinde mangels Verletzung in eigenen Rechten erfolglos bleibt.

¹² Siehe auch § 54 Abs. 4 S. 5 LBauO BW; 71 Abs. 3 S. 3 BbgBauO; § 71 Abs. 3 S. 2 LBauO M-V; § 73 Abs. 3 S. 3 BauO NRW; § 71 Abs. 4 S. 2 BauO RhPf; § 72 Abs. 4 LBauO Saarl; § 71 Abs. 3 S. 3 SächsBauO; § 70 Abs. 3 S. 3 BauO LSA; § 70 Abs. 4 S. 3 ThürBauO.

¹³ Siehe auch *Seidel/Reimer/Möstl* (Fn. 8), S. 17.

¹⁴ *Ziekow*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 44a Rn. 39; *Kopp/Schenke* (Fn. 3), § 44a Rn. 7; BayVGh, Beschl. v. 26.7.2007 – 7 C 07.1764.

Daher muss geklärt werden, ob die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens eine „behördliche Verfahrenshandlung“ in diesem Sinne ist. Dies ist zu bejahen, weil sie den alleinigen Zweck erfüllt, die Sachentscheidung „Baugenehmigung“ vorzubereiten¹⁵.

Auch dass sie einen Verwaltungsakt darstellt, schließt die Anwendbarkeit von § 44a S. 1 VwGO nicht generell aus: Denn nach dem Zweck des § 44a VwGO, der verhindern soll, dass abschließende Entscheidungen in Verwaltungsverfahren durch isolierte Anfechtung vorbereitender Verfahrensschritte blockiert werden¹⁶, kommt es nicht darauf an, welche Rechtsform eine vorbereitende Verfahrenshandlung hat. Auch vorbereitende Handlungen durch Verwaltungsakt (z.B. die Setzung einer behördlichen Frist) können deshalb unter § 44a VwGO fallen¹⁷.

Handelt es sich dabei allerdings um belastende Verwaltungsakte – was bei der Ersetzung des Einvernehmens wegen ihrer Wirkung zulasten der gemeindlichen Planungshoheit der Fall ist –, verbieten es Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und das Rechtsstaatsprinzip, § 44a VwGO so auszulegen, dass er Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen ausschließt, deren negative Rechtswirkung sich durch Überprüfung der Sachentscheidung nicht mehr (vollständig) beseitigen lässt¹⁸. Für die Anwendung des § 44a VwGO auf Verfahrenshandlungen in Gestalt belastender Verwaltungsakte folgt daraus: Entweder ist anzunehmen, dass sie wegen des Eingreifens von § 44a S. 1 VwGO nicht bestandskräftig werden, so dass ihre Rechtmäßigkeit bei Überprüfung der Sachentscheidung – entgegen den allgemeinen Regeln über die „Tatbestandswirkung“ nicht angegriffener Verwaltungsakte¹⁹ – inzident geklärt und ihre Rechtswirkung, sofern sie sich als rechtswidrig herausstellen, mitbeseitigt werden kann²⁰, oder man entnimmt § 44a S. 1 VwGO als Rechtsfolge (entgegen der h.M.) nicht einen Anfechtungsausschluss, sondern nur das Gebot der gemeinsamen Anfechtung (sei es, indem man beide Verwaltungsakte als einheitlichen Klagegegenstand wertet²¹, oder indem man zwar von zwei Klagegegenständen ausgeht, über die jedoch zwingend in objektiver Klagehäufung gem. § 44 VwGO gemeinsam entschieden werden muss). Da Letzteres schon der Wortlaut des § 44a S. 1 VwGO nahelegt, und Ersteres von

den allgemeinen, in Art. 43 Abs. 1, Abs. 2 BayVwVfG verankerten Grundsätzen des Verwaltungsrechts abweicht, ist der zweiten Alternative der Vorzug zu geben²².

(Falls angenommen wird, dass § 44a S. 1 einer Klage gegen die Einvernehmensersetzung grds. entgegensteht, ist weiterzuprüfen, ob S. 2 dies ausschließt: Dabei ist § 44a S. 2 Alt. 1 VwGO nicht einschlägig, denn die Ersetzung des Einvernehmens bzw. „Ersatzvornahme“ [Art. 67 Abs. 3 BayBO] ist bereits eine Vollstreckungsmaßnahme; es droht keine weitergehende Vollstreckung mehr. Auch § 44a S. 2 Alt. 2 VwGO ist i.E. weder direkt noch analog anwendbar: Zwar könnte die Gemeinde „Nichtbeteiligte“ i.S.v. § 44a S. 2 Alt. 2 VwGO sein²³. Selbst wenn sie dies wäre, könnte sie aber wie ein Beteiligter die Verletzung ihrer Planungshoheit mit einem Rechtsbehelf gegen die Baugenehmigung geltend machen, weil die wirksame Einvernehmensersetzung ein Verfahrensschritt i.R.d. Erteilung der Baugenehmigung ist und die ordnungsgemäße Handhabung von § 36 BauGB gem. Art. 68 Abs. 1 i.V.m. Art. 59 oder 60 BayBO²⁴ zu den materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der Baugenehmigung gehört. Die Gemeinde ist daher nicht i.S.v. § 44a S. 2 VwGO schutzbedürftig [a.A. vertretbar].)

Daraus folgt, dass die Gemeinde G hier sowohl gegen die Baugenehmigung als auch gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens vorgehen muss.

Hinweis: Dieses Ergebnis ist sehr umstritten; die Auffassung, dass nur eine Klage gegen die Baugenehmigung statthaft ist, bei der inzident die Rechtmäßigkeit der Verfahrenshandlung „Einvernehmensersetzung“ mitzuprüfen ist, ist ebenfalls gut vertretbar.

II. Klagebefugnis § 42 Abs. 2 VwGO

Die Gemeinde G muss geltend machen können, durch die Ersetzung ihres Einvernehmens und den Erlass der Baugenehmigung in ihren subjektiven Rechten verletzt zu sein. Vorliegend könnten Art. 67 BayBO²⁵ und § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB verletzt sein, die Näheres über die Zulässigkeit der Ersetzung

¹⁵ Vgl. *Ziekow* (Fn. 14), § 44a Rn. 41: „Wesentlich für die Verfahrenshandlung ist [...] ihr im Verhältnis zur Sachentscheidung vorbereitender Charakter“.

¹⁶ BVerwG NVwZ 2017, 489 Rn. 17; *Hoppe*, in: *Eyermann, VwGO*, 15. Aufl. 2019, § 44a Rn. 1; *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 10. Aufl. 2019, § 23 Rn. 20.

¹⁷ BVerwG NVwZ 2017, 489 Rn. 19; *Hoppe* (Fn. 16), § 44a Rn. 7; *Ziekow* (Fn. 14), § 44a Rn. 39; *Stelkens/Schenk*, in: *Schoch/Schneider/Bier, VwGO* 34. Lfg., Stand: Mai 2018, § 44a VwGO Rn. 15 ff. m.w.N. zum Meinungsstand; str.

¹⁸ BVerwG NVwZ 2017, 489 Rn. 25 m.w.N.

¹⁹ Zur „Tatbestandswirkung“ nicht angegriffener Verwaltungsakte siehe Fn. 10.

²⁰ Dafür z.B. *Hoppe* (Fn. 16), § 44a Rn. 7; *Ziekow* (Fn. 14), § 44a Rn. 39; dagegen *Stelkens/Schenk* (Fn. 17), § 44a VwGO Rn. 22 f.

²¹ Dafür *Stelkens/Schenk* (Fn. 17), § 44a VwGO Rn. 23.

²² Vgl. *Stelkens/Schenk* (Fn. 17), § 44a VwGO Rn. 22 f. A.A. *Kopp/Schenke, VwGO*, 24. Aufl. 2018, § 44a Rn. 6; *Seidel/Reimer/Möstl, Besonderes Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 2009, S. 16 ff.; *Möstl, BayVBl.* 2003, S. 225; *ders.*, *BayVBl.* 2007, 129 (130 f.).

²³ Ob sie dies ist, ist fraglich. In Betracht kommt, die Gemeinde als „Antragsgegner“ gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BayVwVfG einzuordnen und sie damit als „Beteiligte“ anzusehen, näher siehe unten E. II. 2. b) bb) (1).

²⁴ Zur übereinstimmenden Rechtslage der übrigen Bundesländer siehe Fn. 7.

²⁵ Vergleichbare Regelungen in anderen Landesbauordnungen: § 54 LBauO BW; § 71 BbgBauO; § 71 LBauO M-V; § 73 BauO NRW; § 71 BauO RhPf; § 72 LBauO Saarl; § 71 SächsBauO; § 70 BauO LSA; § 70 ThürBauO. Im Übrigen kann allgemeines Kommunalaufsichtsrecht maßgeblich sein.

des gemeindlichen Einvernehmens und gleichzeitig Voraussetzungen für den Erlass der Baugenehmigung regeln. Weil die Erforderlichkeit des gemeindlichen Einvernehmens dazu dient, die durch § 2 Abs. 1 S. 1 BauGB, Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV den Gemeinden als eigenes Recht zugewiesene Planungshoheit zu sichern²⁶, konkretisieren auch die Grenzen der Ersetzbarkeit des Einvernehmens die subjektive Rechtsstellung der Gemeinde. Mit der Möglichkeit der Verletzung von Art. 67 BayBO und § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB sowohl durch die Einvernehmensersetzung als auch durch die Baugenehmigung besteht damit gleichzeitig die Möglichkeit der Verletzung der G in eigenen Rechten. Sie ist damit gegen beide klagebefugt.

III. Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 AGVwGO nicht statthaft und daher nicht Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Klage.

IV. Klagefrist

Da kein Widerspruchsverfahren erforderlich ist, muss eine Klage gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Verwaltungsakte erhoben werden.

1. Bekanntgabe

Dabei ist zuerst zu klären, wann die Bekanntgabe erfolgte. Der Bescheid wurde am 6.2.2019 als „Übergabeinschreiben“ zur Post gegeben und traf bei der Gemeinde am 7.2.2019 ein; damit ist Art. 41 Abs. 5 BayVwVfG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 S. 2 BayVwZVG einschlägig, demzufolge die Bekanntgabe am dritten Tag nach dem Aufgabetag, also am 9.2.2019, als erfolgt gilt. Da es sich dabei um einen Samstag/Sonnabend handelt, stellt sich die Frage, ob der Drei-Tages-Zeitraum eine „Frist“ ist und sich deshalb gem. Art. 31 Abs. 3 BayVwVfG auf den 11.2.2019 verlängert; nach der verwaltungsgerichtlichen Rspr. ist dies nicht der Fall, weil der Drei-Tages-Zeitraum der Terminbestimmung dient und nicht maßgeblich die Funktionen einer Frist (Bereitstellung eines Zeitraums, in dem Handlungen vorgenommen werden können) erfüllt²⁷.

2. Fristbeginn

Folgt man der Argumentation der Verwaltungsgerichtsbarkeit, beginnt die Klagefrist gem. § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, 187 Abs. 1 BGB am 10.2.2019, d.h. an dem auf den Bekanntgabetag folgenden Tag²⁸.

²⁶ BVerwGE 22, 342 (346); *Dirnberger* (Fn. 8), Art. 67 Rn. 2.

²⁷ BayVGH NJW 1991, 1250. Die Finanzgerichtsbarkeit vertritt die a.A., siehe BFH ZfZ 2003, 430. Weitere Nachweise bei *Engelhardt/App/Schlatmann*, VwVG – VwZG, Kommentar, 11. Aufl. 2017, § 4 VwZG, Rn. 6, 7.

²⁸ Nach Auffassung der Finanzgerichtsbarkeit beginnt die Frist am 12.2.2019.

3. Fristende

Die Frist endet damit gem. § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1, Abs. 2 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB am 11.3.2019, da der 9.3.2019, an dem die Frist gem. § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB regulär enden würde, ein Samstag/Sonnabend ist. Sieht man den Drei-Tages-Zeitraum als „Frist“ an, fällt das Fristende gem. § 57 Abs. 2, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 1 BGB ebenfalls auf den 11.3.2019, so dass die Entscheidung zwischen beiden Auffassungen hier dahinstehen kann.

4. Zwischenergebnis

Die Gemeinde G muss bis spätestens 11.3.2019 Klage erheben.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Gemeinde G ist als juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligtenfähig gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO; sie ist selbst nicht prozessfähig und wird daher im Prozess gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 38 Abs. 1 GO durch den ersten Bürgermeister vertreten.

Der Freistaat Bayern (als richtiger Beklagter gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO²⁹) ist ebenfalls juristische Person des öffentlichen Rechts und als solche gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig; er wird im Prozess gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 16 AGVwGO, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 LABV durch das Landratsamt als Ausgangsbehörde vertreten.

VI. Zwischenergebnis

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor.

C. Objektive Klagehäufung § 44 VwGO

Geht man davon aus, dass § 44a VwGO eine Anfechtung der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht hindert (s.o. B. I.), sind die Voraussetzungen einer objektiven Klagehäufung nach § 44 VwGO zu prüfen. Diese liegen zweifelsfrei vor. Beide Klagebegehren der G werden daher mit einer Klage verfolgt.

D. Beiladung

Gem. § 65 Abs. 2 VwGO ist E notwendig beizuladen.

E. Begründetheit

Die Klagebegehren sind begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richten, die Erteilung der Baugenehmigung und die Ersetzung des Einvernehmens rechtswidrig sind

²⁹ § 78 VwGO, der auch als Regelung der passiven Prozessführungsbefugnis verstanden werden und in der Zulässigkeit geprüft werden kann, wird von einem Teil der Lit. und in der verwaltungsgerichtlichen Praxis in Bayern als Regelung des „Anspruchsgegners“ bzw. der „Passivlegitimation“ angesehen und daher als erster Punkt der „Begründetheit“ geprüft (näher *Schenke* [Fn. 1], Rn. 543 ff.). Mit Blick auf die in Bayern herrschende Praxis folgt dem auch diese Lösungsskizze.

und die Gemeinde G durch sie in subjektiven Rechten verletzt ist, §§ 78 Abs. 1 Nr. 1, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

I. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Bei Ersetzung des Einvernehmens und Erlass der Baugenehmigung hat das Landratsamt als untere Bauaufsichtsbehörde und damit als Staatsbehörde gehandelt, s. Art. 53 Abs. 1 S. 1, 54 Abs. 1 BayBO i.V.m. Art. 37 Abs. 1 S. 2 LKrO³⁰. Deshalb ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der Freistaat Bayern richtiger Beklagter.

II. Rechtmäßigkeit der Erteilung der Baugenehmigung

1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Erteilung einer Baugenehmigung ist Art. 68 BayBO³¹.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Da das Grundstück des E im Gebiet einer kreisangehörigen Gemeinde liegt, war gem. Art. 53 Abs. 1, 54 Abs. 1 BayBO i.V.m. Art. 37 Abs. 1 S. 2 LKrO das Landratsamt für die Erteilung der Baugenehmigung sachlich zuständig³². Auch die örtliche Zuständigkeit ist laut SV gegeben.

b) Verfahren

aa) Verfahrensfehler

Hier könnte ein Verstoß gegen Art. 67 Abs. 4 S. 1 BayBO³³ vorliegen: Ihm zufolge ist die Gemeinde bei Verweigerung

ihres Einvernehmens vor Erteilung der Genehmigung (die als Ersatzvornahme gilt, Art. 67 Abs. 3 S. 1 BayBO) anzuhören und ihr Gelegenheit zu geben, binnen angemessener Frist erneut über ihr Einvernehmen zu entscheiden. Dies ist nicht geschehen: Das LRA hat die Genehmigung erteilt, ohne sich vorher mit der Gemeinde in Verbindung zu setzen. Damit wurde gegen Art. 67 Abs. 4 BayBO verstoßen³⁴.

bb) Heilung, Art. 45 BayVwVfG

Zu klären ist daher, ob der Verfahrensfehler gem. Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG durch Nachholung der Anhörung unbeachtlich werden kann³⁵.

(1) Anwendbarkeit von Art. 45 BayVwVfG

Dies setzt voraus, dass Art. 45 Abs. 1 Nr. 3 BayVwVfG in dieser Konstellation anwendbar ist. Dazu müsste die Gemeinde „Beteiligte“ am Verfahren des Erlasses der Baugenehmigung gem. Art. 13 BayVwVfG sein: Da sie weder „Antragsteller“ (Abs. 1 Nr. 1), noch der Verwaltungsakt „Baugenehmigung“ an sie gerichtet ist (Abs. 1 Nr. 2), und auch Abs. 1 Nr. 3 nicht einschlägig ist, könnte sie nur als „Antragsgegner“ (Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2) oder aufgrund einer „Hinzuziehung zum Verfahren“ (Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2) „Beteiligte“ sein. Die Auslegung des Begriffes „Antragsgegner“ bereitet Schwierigkeiten, weil Verwaltungsverfahren i.d.R. nicht kontradiktorisch sind, d.h. z.B. Anträge auf Erlass eines Verwaltungsaktes neben der Behörde kein förmliches Gegenüber haben. Als „Antragsgegner“ kommt deshalb nur eine Person in Betracht, deren Rechte der beantragte Verwaltungsakt gestalten oder feststellen soll³⁶. Darunter können allerdings nicht auch Personen subsumiert werden, denen gegenüber der Verwaltungsakt nur „Drittwirkung“ entfaltet³⁷. Denn würde man den Begriff so weit auslegen, entstünde ein Wertungswiderspruch zur Situation des Erlasses eines Verwaltungsaktes von Amts wegen, wo „Beteiligter“ nur der ist, an den die Behörde den Verwaltungsakt richten will oder gerichtet hat, oder der gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 BayVwVfG förmlich zum Verfahren hinzu-

in einem Land anderweitig, z.B. über das allgemeine Kommunalaufsichtsrecht, sicherstellt, ist die Bestimmung maßgeblich, die in diesem Zusammenhang die Erforderlichkeit einer Anhörung regelt.

³⁴ Dazu, dass bereits ein Verstoß gegen Art. 67 Abs. 4 BayBO die Baugenehmigung rechtswidrig macht VG Augsburg, Urt. v. 14.9.2011 – Au 4 K 11.558 = BeckRS 2012, 51318.

³⁵ Frage auch aufgeworfen bei *Jäde*, KommJur 2005, 368 (372).

³⁶ *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 19. Aufl. 2018, § 13 Rn. 19; *Ziekow*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 13. Aufl. 2013, § 13 Rn. 7; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 8), § 13 Rn. 19, 20. Die Genannten verlangen darüber hinaus, dass ihm die Behörde mitgeteilt hat, dass ein Verwaltungsverfahren im Gang ist. Gegen diese zusätzliche Voraussetzung zu Recht *Sennekamp*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 1. Aufl. 2014, § 13 Rn. 14.

³⁷ So wohl auch die Fn. 36 Genannten (auch wenn dies dort nicht ausdrücklich klargestellt wird).

³⁰ Wer untere Baurechtsbehörde ist, ist in den Ländern unterschiedlich geregelt (einschlägige Normen siehe Fn. 32). Z.T. handeln sie nicht, wie das Landratsamt in Bayern, als Staatsbehörde für das Land, sondern als Behörde des Landkreises für den Landkreis, vgl. z.B. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ThürBauO; § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BauO NRW, § 57 Abs. 1, 3 BauO Nds. Gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist in diesen Fällen der Landkreis richtiger Beklagter (sofern nicht § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO einschlägig ist).

³¹ § 58 LBauO BW; § 71 BauO Bln; § 72 BbgBauO; § 72 BremBauO; § 72 BauO Hmb; § 74 HessBauO; § 72 LBauO M-V; § 70 BauO Nds; § 74 BauO NRW; § 70 BauO RhPf; § 73 LBauO Saarl; § 72 SächsBauO; § 71 BauO LSA; § 73 LBauO SH; § 71 ThürBauO.

³² Parallelbestimmungen zur Ermittlung der zuständigen Bauaufsichtsbehörde: § 46, 48 LBauO BW; §§ 57, 58 Abs. 1 BbgBauO; § 57 Abs. 1 BremBauO; § 60 HessBauO; § 57 LBauO M-V; §§ 57, 58 Abs. 2 BauO Nds; § 57 BauO NRW; §§ 58, 60 BauO RhPf; §§ 58, 59 LBauO Saarl; § 57 Abs. 1 SächsBauO; § 56 Abs. 1 BauO LSA; § 58 Abs. 1, 61 Abs. 1 LBauO SH; § 57 Abs. 1, 2 ThürBauO.

³³ Parallelbestimmungen in den Bauordnungen anderer Länder: § 54 Abs. 4 S. 6, 7 LBauO BW; § 71 Abs. 2 BbgBauO; § 71 Abs. 4 LBauO M-V; § 73 Abs. 4 S. 3 BauO NRW; § 71 Abs. 3 S. 2 BauO RhPf; § 72 Abs. 3 S. 3, 4 LBauO Saarl; § 71 Abs. 4 SächsBauO; § 70 Abs. 4 BauO LSA; § 70 Abs. 3 ThürBauO; ist die Ausführung von § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB

gezogen wurde. Es ist keine Begründung ersichtlich, warum in Antragsverfahren „Drittbetroffene“ ohne förmliche Hinzuziehung „Beteiligte“ sind, in Verfahren von Amts wegen dagegen nicht. Daher ist „Antragsgegner“ nur der unmittelbare Adressat der Rechtswirkung des beantragten Verwaltungsakts (der ohne dazwischentretende Behördenentscheidung eindeutig identifizierbar ist). Die Gemeinde ist damit hinsichtlich der Erteilung der Baugenehmigung nicht kraft Gesetzes „Beteiligte“. Dass sie gem. Art. 67 Abs. 4 BayBO anzuhören ist, ändert daran nichts, siehe Art. 13 Abs. 3 BayVwVfG. Damit ist Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG nicht unmittelbar anwendbar³⁸.

(2) *Analoge Anwendung von Art. 45 BayVwVfG*

Allerdings könnte in einer Situation wie hier, in der ein Dritter vor Erlass eines Verwaltungsakts, der seine Rechtsstellung mittelbar tangiert, anzuhören ist, Art. 45 BayVwVfG analog anwendbar sein. Dagegen spricht jedoch, dass die Interessenlage in beiden Konstellationen nicht vergleichbar ist: Zweck der in Art. 67 Abs. 4 BayBO vorgesehenen Anhörung mit Nachfristsetzung ist es, der Gemeinde Gelegenheit zu geben, ihre Planungshoheit zu wahren, indem sie einer ursprünglich ggf. rechtswidrigen Einvernehmensverweigerung nachträglich die nötigen rechtlichen Grundlagen verschafft (z.B. durch Einleitung eines neuen Bauleitplanungsverfahrens i.V.m. mit einer Veränderungssperre oder einem Antrag auf Zurückstellung des Baugesuchs)³⁹. Dieser Zweck kann nach Erlass der Genehmigung nicht mehr erreicht werden. Eine analoge Anwendbarkeit von Art. 45 BayVwVfG ist deshalb abzulehnen.

Damit liegt ein beachtlicher Verfahrensfehler vor.

cc) *Ausschluss der Aufhebbarkeit, Art. 46 BayVwVfG*

Allerdings könnte Art. 46 BayVwVfG die Aufhebung wegen dieses Fehlers ausschließen⁴⁰. Dazu müsste offensichtlich sein, dass der Fehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Dies setzt voraus, dass es keinen vernünftigen Zweifel gibt, dass es ohne den Fehler zur selben Sach-

entscheidung gekommen wäre⁴¹. Hier ist denkbar, dass die Gemeinde die Genehmigung bei einem Aufschub weiter erschweren hätte können (z.B. durch Unterfütterung ihrer Argumentation, notfalls durch Einleitung eines neuen Bauleitplanungsverfahrens in Kombination mit einer Veränderungssperre oder einem Antrag auf Zurückstellung des Baugesuchs). Bei Anlegung des zur Wahrung der Funktion des Verfahrensrechts gebotenen strengen Maßstabs⁴² ist daher nicht von der offensichtlichen Entscheidungsirrelevanz des Fehlers auszugehen.

c) *Form*

Die Baugenehmigung muss schriftlich erteilt werden, Art. 68 Art. 2 Abs. 1 BayBO. Dies ist geschehen. Außerdem ist gem. Art. 67 Abs. 3 S. 1 2. Hs. BayBO insoweit eine Begründung beizufügen, als die Genehmigung als Ersatzvornahme gilt. Eine darüber hinausgehende Begründung ist gem. Art. 68 Abs. 2 S. 2 BayBO nur erforderlich, wenn ohne Zustimmung des Nachbarn von nachbarschützenden Vorschriften abgewichen wird oder der Nachbar schriftlich Einwendungen erhoben hat. Mit dem Verweis auf die angespannte Wohnsituation wurde begründet, warum das Einvernehmen der Gemeinde zu ersetzen ist. Diese Begründung rechtfertigt zugleich den Erlass der Baugenehmigung als solcher (in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG). Daher wäre auch Art. 68 Abs. 2 S. 2 BayBO Rechnung getragen, sofern dessen Alt. 1 einschlägig ist.

d) *Zwischenergebnis*

Die Baugenehmigung ist formell rechtswidrig. Der Fehler ist nicht heilbar. Art. 46 BayVwVfG schließt die Aufhebung wegen dieses Fehlers nicht aus.

3. *Materielle Rechtmäßigkeit*

Die Baugenehmigung ist rechtmäßig, wenn das Vorhaben genehmigungsbedürftig und genehmigungsfähig (Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BayBO) ist und auch Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BayBO⁴³ nicht rechtsfehlerhaft gehandhabt wurde⁴⁴.

³⁸ A.A. gut vertretbar; dann muss geprüft werden, ob eine Heilung des Fehlers nach Art. 45 Abs. 1, 2 BayVwVfG aus anderen Gründen scheidet, z.B. weil der Zweck der in Art. 67 Abs. 4 BayBO vorgesehenen Anhörung nachträglich nicht mehr erreicht werden kann, siehe dazu sogleich unter (2). Richtig dürfte sein, dass – sofern man Art. 45 BayVwVfG für anwendbar ansieht – zwar eine Heilung des Anhörungsmangels möglich ist, dies aber den Verfahrensverstöß aber nicht vollständig beseitigt, weil Art. 67 Abs. 4 BayVwVfG nicht nur eine Anhörung der Gemeinde vorschreibt, sondern auch die Setzung einer Frist zur erneuten Entscheidung, siehe S. 2; die Heilbarkeit des Unterbleibens der Nachfristsetzung ergibt sich aus Art. 45 BayVwVfG allerdings nicht.

³⁹ Siehe nur *Jäde*, KommJur 2005, 368 (372).

⁴⁰ Dafür, dass Art. 46 BayVwVfG nicht zu prüfen ist, weil das in Art. 67 Abs. 4 BayBO geregelte Beteiligungsrecht ein sog. „absolutes Verfahrensrecht“ sei, siehe *Greim-Diroll*, BeckOK Bauordnungsrecht Bayern, 12. Ed., Stand: 1.9.2019, Art. 67 Rn. 24.

⁴¹ Siehe nur *Ramsauer* (Fn. 36), § 46 Rn. 37.

⁴² Vgl. nur *Ramsauer* (Fn. 36), § 46 Rn. 37.

⁴³ Nur in einzelnen Ländern existieren Parallelbestimmungen zu Art. 68 Abs. 1 S. 1 2. HS BayBO, die bei Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Normen, die nicht zum Prüfungsmaßstab im Baugenehmigungsverfahren gehören, ein „Versagungsrecht“ einräumen: siehe § 71 Abs. 1 S. 3 BauO Bln; § 74 Abs. 1 HessBauO; § 73 Abs. 1 S. 1 LBauO Saarl; § 73 Abs. 1 S. 1 LBauO SH; § 71 Abs. 1 S. 1 ThürBauO.

⁴⁴ Diesem Obersatz liegt das Verständnis zugrunde, dass Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BayBO die „Genehmigungsfähigkeit“ regelt, die Genehmigung aber trotz „Genehmigungsfähigkeit“ (in diesem Sinne) rechtswidrig sein kann, weil Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BayBO fehlerhaft gehandhabt wurde. Ein Beispiel dafür wäre, wenn trotz eklatanten, offensichtlichen Verstoßes gegen andere öffentlich-rechtliche Vorschriften aus sachwidrigen Gründen – z.B. persönlicher Verbundenheit oder Bestechung – die Genehmigung erteilt und

a) Genehmigungsbedürftigkeit

Gem. Art. 55 Abs. 1 BayBO⁴⁵ ist die Errichtung einer Anlage genehmigungsbedürftig, wenn sich nicht aus Art. 56–58, 72 und 73 BayBO etwas anderes ergibt.

Ein fünfstöckiges Wohnhaus ist eine bauliche Anlage gem. Art. 2 Abs. 1 S. 1 BayBO und damit gem. Art. 2 Abs. 1 S. 4 BayBO zugleich eine Anlage.

Für seine Errichtung ist gem. Art. 56 BayBO kein anderes Gestattungsverfahren einschlägig. Da keiner der Tatbestände des Art. 57 BayBO einschlägig ist, ist sie nicht verfahrensfrei. Das Freistellungsverfahren nach Art. 58 BayBO ist schon deshalb nicht einschlägig, weil das Vorhaben nicht im Gebiet eines Bebauungsplans nach § 30 Abs. 1 oder Abs. 2 BauGB, sondern im Geltungsbereich eines einfachen Bebauungsplans gem. § 30 Abs. 3 BauGB liegt, weil der vorliegende Bebauungsplan lediglich Festsetzungen über Art und Maß der baulichen Nutzung, aber nicht über die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält.

Da sich auch aus Art. 72 und 73 BayBO nichts Abweichendes ergibt, ist die Errichtung des Wohnhauses genehmigungsbedürftig.

b) Genehmigungsfähigkeit

Ein Vorhaben ist genehmigungsfähig, wenn es mit den im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden Vorschriften übereinstimmt, Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BayBO.

aa) Prüfungsmaßstab

Welche Vorschriften zu prüfen sind, hängt davon ab, ob das vereinfachte (Art. 59 BayBO) oder das umfassendere Baugenehmigungsverfahren (Art. 60 BayBO) durchzuführen ist⁴⁶.

Das Verfahren nach Art. 60 BayBO ist nur bei Sonderbauten durchzuführen. Da das fünfstöckige Wohnhaus keinen der Tatbestände aus Art. 2 Abs. 4 BayBO verwirklicht (das Haus von 18 m Höhe insbes. kein Hochhaus gem. Art. 2 Abs. 4 Nr. 1 BayBO ist), ist es kein Sonderbau und somit das vereinfachte Genehmigungsverfahren einschlägig. Das Vor-

damit das in Hs. 2 nach richtigem Verständnis eingeräumte Ermessen (s. auch BayVGH BayVBl. 2019, 416 [416] = BeckRS 2018, 17210 Rn. 16) nicht ordnungsgemäß (Art. 40 BayVwVfG) ausgeübt würde.

⁴⁵ Parallelbestimmungen zur Definition der Genehmigungsbedürftigkeit: § 49 LBauO BW; § 59 BauO Bln; § 59 Bbg-BauO; § 59 BremBauO; § 59 BauO Hmb; § 62 HessBauO; § 59 LBauO M-V; § 59 BauO Nds; § 60 BauO NRW; § 61 BauO RhPf; § 60 LBauO Saarl; § 59 SächsBauO; § 58 BauO LSA; § 62 LBauO SH; § 59 ThürBauO.

⁴⁶ Auch die übrigen Landesbauordnungen sehen für einfache Bauvorhaben ein „vereinfachtes Verfahren“ mit reduziertem Prüfungsmaßstab (siehe § 52 LBauO BW; §§ 63, 63a BauO Bln; § 63 BbgBauO; § 63 BremBauO; § 61 BauO Hmb; § 65 HessBauO; § 63 LBauO M-V; § 63 BauO Nds; § 64 BauO NRW; § 66 LBauO RhPf; § 64 LBauO Saarl; § 63 SächsBauO; § 62 BauO LSA; § 69 LBauO SH; § 62 ThürBauO) neben dem umfassenderen Baugenehmigungsverfahren für komplexere Vorhaben vor.

haben muss daher mit den in Art. 59 BayBO aufgeführten Vorschriften übereinstimmen:

*bb) Übereinstimmung mit §§ 29 bis 38 BauGB (gem. Art. 59 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BayBO)**(1) Anwendungsbereich, § 29 BauGB*

Die Übereinstimmung mit den §§ 30 ff. BauGB ist nur zu prüfen, wenn deren Anwendungsbereich eröffnet ist. Dies ist gem. § 29 Abs. 1 BauGB u.a. der Fall, wenn eine „bauliche Anlage“ errichtet wird. Bauliche Anlagen im Sinne des BauGB müssen „erbaut“, d.h. künstlich hergestellt und mit dem Boden verbunden sein, und müssen „bodenrechtliche Relevanz“ haben⁴⁷. Das Merkmal der „bodenrechtlichen Relevanz“ stellt sicher, dass an den §§ 30 ff. BauGB nur Vorhaben gemessen werden, die die in § 1 Abs. 6, Abs. 7 BauGB normierten Belange berühren, deren Ausgleich das Bauplanungsrecht bezweckt. Das Wohnhaus ist eine künstlich hergestellte, mit dem Boden fest verbundene Einrichtung, das für die Deckung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung (§ 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB) relevant ist. Es ist damit eine bauliche Anlage i.S.v. § 29 Abs. 1 BauGB.

(2) Einschlägiger Gebietsbereich

Das Vorhaben liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplans. Da dieser allerdings nur Festsetzungen über Art und Maß der baulichen Nutzung enthält, also keinen qualifizierten Bebauungsplan i.S.v. § 30 Abs. 1 BauGB darstellt, bestimmt sich die Zulässigkeit des Vorhabens zwar vorrangig nach dem Bebauungsplan, im Übrigen aber nach §§ 34 oder 35 BauGB (siehe § 30 Abs. 3 BauGB).

Laut Sachverhalt liegt das Grundstück des E im Ortsgebiet des Dorfes D und sind alle umliegenden Grundstücke bebaut. Es ist deshalb davon auszugehen, dass es in einem „im Zusammenhang bebauten Ortsteil“ liegt. Daher ist neben den Festsetzungen des Bebauungsplans § 34 BauGB Prüfungsmaßstab.

*(3) Übereinstimmung mit den Festsetzungen des Bebauungsplans**(a) Art der baulichen Nutzung**(aa) Generelle Zulässigkeit*

Das Vorhaben stimmt mit den Festsetzungen des Bebauungsplans über die Art der baulichen Nutzung überein: Ein Wohnhaus ist in einem Allgemeinen Wohngebiet gem. § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO allgemein zulässig.

(bb) Unzulässigkeit im Einzelfall, § 15 Abs. 1 BauNVO

Es könnte jedoch im Einzelfall wegen seines „Umfangs“ der Eigenart des Baugebiets widersprechen, § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO. Bei der Anwendung von § 15 Abs. 1 BauNVO ist zu berücksichtigen, dass er trotz Bezugnahme auf den „Um-

⁴⁷ Siehe nur *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. Lfg., Stand: Februar 2017, § 29 Rn. 24; *Ferner*, in: Ferner/Kröniger/Aschke, Baugesetzbuch mit Baunutzungsverordnung, 3. Aufl. 2013, § 29 Rn. 4.

fang“ eines Vorhabens seiner systematischen Stellung nach nur für im Einzelfall bestehende Widersprüche zur vorgesehenen Art der baulichen Nutzung gilt: Die Vorgaben über das zulässige Maß der Nutzung konkretisiert oder derogiert er nicht⁴⁸. Wenn er gleichwohl von einem Widerspruch aufgrund des „Umfangs“ spricht, können darunter deshalb nur Fallkonstellationen zu verstehen sein, in denen im Einzelfall „Quantität in Qualität“ umschlägt, wo also die Größe einer baulichen Anlage ausnahmsweise zugleich die Art der baulichen Nutzung tangiert⁴⁹. In der Rechtsprechung wurde in der Tat bereits angenommen, dass der Übergang von der Nutzung eines Gebiets durch Ein- und Zweifamilienhäuser zu einer Nutzung durch Mehrfamilienhäuser den Gebietscharakter tangiert und den Gebietserhaltungsanspruch auslöst, weil dabei eine andere „Wohnform“ vorläge⁵⁰. Andere Entscheidungen halten dem entgegen, dass jedenfalls bei einem Übergang von 1–2-Parteienhäusern auf 5-Parteienhäusern nur eine höhere Intensität ein und derselben Nutzung gegeben sei, die den Gebietscharakter nicht verändert⁵¹. Tatsächlich unterscheidet sich in einem solchen Fall vorrangig das Maß der baulichen Nutzung, nicht deren Art von der bisherigen Bebauung. Deshalb ist ein Ausbrechen des Vorhabens aus der vorgegebenen Art der Nutzung i.S.v. § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO zu verneinen (a.A. vertretbar).

(b) Maß der baulichen Nutzung

Allerdings entspricht das Vorhaben nicht dem festgesetzten Maß der baulichen Nutzung:

Die vorgegebene Zahl von max. zwei Vollgeschossen wird deutlich überschritten: E plant fünf Vollgeschosse, also mehr als die doppelte Höhe. Auch die Grundflächenzahl von 0,3 wird deutlich überschritten: die geplante Bebauung von $\frac{3}{4}$ des Grundstücks entspricht einer Grundflächenzahl von 0,75.

(c) Rechtmäßigkeit einer Befreiung von den Maßfestsetzungen

Damit muss geklärt werden, ob die Befreiung, die das Landratsamt hiervon erteilt hat, gem. § 31 Abs. 2 BauGB zulässig ist:

(aa) Allgemeine Erwägungen

Bei der Auslegung von § 31 Abs. 2 BauGB ist zu beachten, dass er eine Durchbrechung der Regel erlaubt, dass ein Bebauungsplan verbindlich darüber entscheidet, welche Vorhaben an einem bestimmten Standort zulässig sind: Im Anwendungsbereich von § 31 Abs. 2 BauGB wird die Entscheidung eines Bebauungsplans unbeachtlich. Entsprechend restriktiv muss er gehandhabt werden⁵²: Seine offen formulierten Tat-

bestandsmerkmale dürfen nicht so ausgelegt werden, dass die Genehmigungsbehörde in einer Vielzahl von Fällen Festsetzungen eines Bebauungsplans unbeachtet lassen und so die planerische Entscheidung der Gemeinde faktisch aus den Angeln heben kann. Eine Befreiung darf – jedenfalls wenn sie Festsetzungen betrifft, die für die Planung tragend sind – nicht auf Gründe gestützt werden, die in einer Vielzahl von Fällen oder sogar für (nahezu) alle Grundstücke im Plangebiet angeführt werden könnten⁵³.

(bb) Wahrung der Grundzüge der Planung

Gem. § 31 Abs. 2 BauGB kommt eine Befreiung nur in Betracht, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt werden.

Welche Festsetzungen zu den Grundzügen der Planung gehören, lässt sich nicht abstrakt beantworten, sondern muss von Fall zu Fall anhand des im Bebauungsplan zum Ausdruck kommenden Willens des Plangebers ermittelt werden⁵⁴. „Grundzüge der Planung“ meint dabei die im Bebauungsplan zum Ausdruck kommende planerische Grundkonzeption⁵⁵, oder – anders formuliert – die für die konkrete Planung zentralen Abwägungsentscheidungen.

Die Rechtsprechung hat außerdem herausgearbeitet, dass der Schluss auf eine Berührung der Grundzüge der Planung – bzw. auf eine Änderung der Plankonzeption, die nur im Wege der gemeindlichen Umplanung erfolgen kann –, umso näher liegt, je tiefer eine Befreiung in das Interessengeflecht der Planung eingreift⁵⁶.

Nach der Planbegründung ging es der Gemeinde G bei der Aufstellung des Bebauungsplans maßgeblich darum, den naturnahen Charakter der Umgebung des Friedberger Weihers zu erhalten. Um dieses Planungsziel zuverlässig zu verwirklichen, stimmte sie sich mit der Nachbargemeinde N ab, die wie sie erheblich von der Nutzung des Friedberger Weihers als Naherholungsgebiet profitiert. Die Erhaltung des naturnahen Charakters des Gebiets hat damit für die konkrete Planung zentrale Bedeutung.

Erreicht werden soll dieses Planungsziel durch die Maßfestsetzungen, die von der Befreiung betroffen sind.

Da deren Vorgaben nicht nur geringfügig, sondern gravierend überschritten werden, ist davon auszugehen, dass die Befreiung die Grundzüge der Planung berührt:

Wird erlaubt, Vorgaben des Bebauungsplans, die zentrale Planungsentscheidungen darstellen, in zweierlei Hinsicht um mehr als das Doppelte zu überschreiten, liegt ein tiefer Eingriff in das Interessengeflecht der Planung vor. Würde selbst in einem solchen Fall eine Berührung der Grundzüge der Planung verneint, liefe die „Wahrung der Grundzüge der Planung“ als Schranke für Befreiungen weitestgehend leer:

⁴⁸ BVerwG NVwZ 1995, 899; OVG Münster, Beschl. v. 17.2.2011 – 7 B 1803/10, Rn. 21 ff. (juris).

⁴⁹ BVerwG NVwZ 1995, 899 (900).

⁵⁰ OVG Hamburg, Beschl. v. 5.6.2009 – 2 Bs 26/09 = BauR 2009, 1556.

⁵¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.5.2014 – 1 ME 47/14 = NVwZ-RR 2014.

⁵² Siehe nur *Erbguth/Schubert*, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2014, § 8 Rn. 23.

⁵³ BVerwG NVwZ 1999, 1110; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 133. Lfg., Stand: Mai 2019, § 31 Rn. 36.

⁵⁴ *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 31 Rn. 21.

⁵⁵ Vgl. nur BVerwG NVwZ 2018, 1808.

⁵⁶ BVerwG NVwZ 2018, 1808; BVerwGE 138, 166 = NVwZ 2011, 748 (752); BVerwG NVwZ 1999, 1110; *Erbguth/Schubert* (Fn. 52), § 8 Rn. 23.

Ihr Zweck, die planerischen Entscheidungen der Gemeinden zumindest in ihrem Kern vor einer Aushöhlung durch Befreiungen im Einzelfall zu schützen, könnte nicht erreicht werden – zumal sich die Befreiung hier auf ein Argument (das Fehlen von Wohnraum) stützt, das für alle Grundstücke im Plangebiet eine Befreiung rechtfertigen würde⁵⁷.

Eine Befreiung von den Maßfestsetzungen ist unzulässig.

Hinweis: Art. 59 S. 1 Nr. 1 lit. a BayBO, der auch auf § 36 BauGB verweist, kann so verstanden werden, dass er die Anforderungen aus § 36 BauGB insgesamt in den materiellen Prüfungsmaßstab der Baugenehmigung einbezieht (einschließlich der in § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB genannten Anforderung, dass nur ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen ersetzt werden darf). Damit muss innerhalb der materiellen Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung grds. auch geprüft werden, ob ein verweigertes gemeindliches Einvernehmen zulässigerweise ersetzt wurde. Da nach der hier vorgeschlagenen Lösung die Ersetzung des Einvernehmens separater Klagegegenstand ist, deren Rechtmäßigkeit deshalb in einem eigenen Gliederungspunkt zu prüfen ist, kann das Gutachten hier abrechnen, ohne dass aufgeworfene Rechtsfragen unbeantwortet bleiben.

cc) *Zwischenergebnis zu b)*

Das Vorhaben ist nicht genehmigungsfähig.

4. *Zwischenergebnis zu II.*

Die Baugenehmigung ist formell und materiell rechtswidrig.

III. Verletzung der G in eigenen Rechten

Gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO wird der Verwaltungsakt nur aufgehoben, wenn er den Kläger in seinen Rechten verletzt.

Art. 67 Abs. 4 BayBO dient dazu, der Gemeinde Gelegenheit zu geben, eine unerwünschte Baugenehmigung, ggf. durch Einleitung einer Neuplanung, abzuwenden (s.o.). Er dient damit dem Schutz der kommunalen Planungshoheit, die den Gemeinden gem. Art. 11 Abs. 2 BV und Art. 28 Abs. 2 GG als subjektives Recht verbürgt ist.

Dasselbe gilt für § 31 Abs. 2 BauGB, der die Planungen der Gemeinde vor zu weitgehender Aushöhlung durch Befreiungen schützt⁵⁸.

Der Verstoß gegen diese beiden Normen verletzt damit die Gemeinde in eigenen Rechten.

Das Klagebegehren der Gemeinde G gegen die Baugenehmigung hat Aussicht auf Erfolg.

IV. Rechtmäßigkeit der Ersetzung des Einvernehmens

Hinweis: Wer in der Zulässigkeit, wie hier, von der Erforderlichkeit des Vorgehens gegen 2 Klagegegenstände ausgeht, muss in der Begründetheitsprüfung neben der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung auch die Rechtmäßigkeit der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens überprüfen.

1. Rechtsgrundlage

Gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, Art. 67 BayBO kann ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen ersetzt werden.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB i.V.m. Art. 67 Abs. 1, 3 S. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 BayBO ist das für die Genehmigung zuständige LRA auch für die Ersetzung des Einvernehmens zuständig, die mit der Erteilung der Genehmigung fingiert wird, Art. 67 Abs. 3 S. 1 BayBO.

b) Verfahren

Gem. Art. 67 Abs. 4 S. 1 BayBO setzt die Ersetzung des Einvernehmens (in Gestalt der Erteilung der Genehmigung) die vorherige Anhörung der Gemeinde mit Nachfristsetzung voraus. Da sie unterblieben ist, ist die Ersetzung des Einvernehmens rechtswidrig.

Dieser Fehler ist weder heilbar, noch gem. Art. 46 BayVwVfG unbeachtlich (i.E. wie oben, auch wenn die Gemeinde diesbezüglich „Beteiligte“ i.S.v. Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 BayVwVfG und Art. 45 Abs. 1 Nr. 3 BayVwVfG deshalb anwendbar ist).

c) Form

Die gem. Art. 67 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 BayBO erforderliche Begründung war beigefügt (siehe oben).

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Rechtmäßigkeit der Ersetzung des Einvernehmens setzt gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, Art. 67 Abs. 1 BayBO voraus, dass die Gemeinde ihr Einvernehmen rechtswidrig verweigert hat.

Gem. § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB darf die Gemeinde ihr Einvernehmen nur aus den sich aus §§ 31, 33, 34 BauGB ergebenden Gründen versagen. Im Anwendungsbereich von § 31 Abs. 1, 2 BauGB stellt sich dabei die Frage, ob die Einvernehmensversagung nur darauf gestützt werden darf, dass die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Ausnahme oder Befreiung nicht vorliegen, oder die Gemeinde darüber hinaus ein vorrangiges Recht auf Ermessensausübung hat. Der Zweck des Einvernehmensefordernisses, die Gemeinde in ihrer Planungshoheit zu schützen⁵⁹, spricht für Letzteres. Allerdings kann die Entscheidung dieser Frage hier dahinstehen: Denn wie unter E. II. 3. b) bb) (3) (c) geklärt wurde, lagen die in

⁵⁷ Da die anderen Eigentümer gestützt auf Art. 3 GG Gleichbehandlung verlangen könnten, würde die Entscheidung der Gemeinde, das Maß der baulichen Nutzung restriktiv zu begrenzen, faktisch ausgehebelt.

⁵⁸ Vgl. nur BVerwGE 138, 166 = NVwZ 2011, 748 (752); BVerwG NVwZ 1999, 1110.

⁵⁹ Vgl. nur BVerwGE 122, 13 = NVwZ 2005, 213.

§ 31 Abs. 2 BauGB normierten Voraussetzungen für eine Befreiung nicht vor. Die Gemeinde hat ihr Einvernehmen also rechtmäßig verweigert.

Die Einvernehmensersetzung ist auch materiell rechtswidrig.

V. Verletzung der Gemeinde G in eigenen Rechten

Sowohl Art. 67 Abs. 4 BayBO als auch die Einschränkung der Zulässigkeit der Einvernehmensersetzung auf Fälle der rechtswidrigen Einvernehmensverweigerung dienen dem Schutz der Planungshoheit der Gemeinde⁶⁰. Die Missachtung dieser Normen verletzt die Gemeinde daher in subjektiven Rechten.

VI. Gesamtergebnis

Eine Klage der Gemeinde G gegen den Bescheid des LRA hat umfassend Erfolg.

⁶⁰ Zu § 36 BauGB siehe nur BVerwGE 122, 13 = NVwZ 2005, 213.

Schwerpunktbereichsklausur: Zuständig? Selbständig? Irrig?

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Scarlett Jansen**, Bonn

Die Klausur wurde im Wintersemester 2017/2018 im Rahmen des Schwerpunktbereichs Kriminallwissenschaften zur Vorlesung Wirtschaftsstrafrecht von der Autorin gestellt. Sie richtet sich an Studierende in fortgeschrittenen Semestern (5.–9. Semester). Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. Die Fallbearbeitung greift aktuelle Probleme des Wirtschaftsstrafrechts auf. Dieses zeichnet sich nicht nur durch besondere Straftatbestände, sondern auch durch spezielle Problemstellungen im Bereich des Allgemeinen Teils aus.

Sachverhalt

A ist als Geschäftsführerin der Y-GmbH, die ein Callcenter betreibt, bestellt und erhält einen entsprechenden Anstellungsvertrag. Sie selbst hält sich jedoch wie geplant weitgehend aus der Geschäftsführung heraus. Sie vereinbart mit ihrem Mann B, dass er den Betrieb leiten soll. B tritt daraufhin nach außen für die Y-GmbH auf und leitet die Geschäfte. Dies dulden die Gesellschafter der Y-GmbH. Die Gesellschaft beschäftigt Telefonistinnen, die von Zuhause aus arbeiten können, aber über keine eigenen Betriebsmittel verfügen, ihre Arbeit nicht delegieren dürfen, sich bei Krankheit abmelden sowie Dienstpläne einhalten müssen. In ihren Verträgen sind sie als Selbständige ausgewiesen. Weder A noch B veranlassen eine sozialversicherungsrechtliche Anmeldung und eine Zahlung der Beiträge zur Sozialversicherung, obwohl solche fällig geworden sind. Bei einer Durchsicht der Unterlagen fiel A dies auf, sie ging aber davon aus, dass es sich bei den Telefonistinnen um Selbständige handelt. Ein befreundeter Anwalt hatte ihr eine entsprechende Auskunft erteilt, als sie sich beim Abholen der Kinder an der Schule zufällig traf.

Aufgabe

Wie haben sich A und B nach § 266a StGB strafbar gemacht? Prüfen Sie ggf. hilfsgutachterlich.

Auszug aus dem Sozialgesetzbuch (SGB) Viertes Buch (IV)

§ 7 Beschäftigung

(1) Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. [...]

§ 28a Meldepflicht

(1) ¹Der Arbeitgeber oder ein anderer Meldepflichtiger hat der Einzugsstelle für jeden in der Kranken-, Pflege-, Rentenversicherung oder nach dem Recht der Arbeitsförderung kraft Gesetzes Versicherten

1. bei Beginn der versicherungspflichtigen Beschäftigung, [...]
eine Meldung zu erstatten.
[...]

§ 28e Zahlungspflicht, Vorschuss

(1) ¹Den Gesamtsozialversicherungsbeitrag hat der Arbeitgeber [...] zu zahlen. [...]

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit der A

I. § 266a Abs. 1 StGB

A könnte sich gem. § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung nicht abgeführt hat.

1. Tatbestand

a) Tauglicher Täter

Dazu müsste A tauglicher Täter sein. § 266a StGB ist ein Sonderdelikt,¹ das nur Arbeitgeber erfasst.

aa) GmbH als Arbeitgeber

Arbeitgeber ist, wer nach §§ 611 ff. BGB dienstberechtigt ist, d.h. für den der Arbeitnehmer nicht selbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis besteht, das sich insbesondere anhand eines Weisungsrechts und der Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers äußert.² A selbst ist keinesfalls Arbeitgeber. Die GmbH könnte jedoch Arbeitgeber sein und diese Arbeitgeberbereitschaft ein besonderes persönliches Merkmal nach § 14 StGB, so dass auch A taugliche Täterin sein könnte.

Ob die Y-GmbH Arbeitgeber i.S.v. § 266a StGB ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht (§ 7 Abs. 1 SGB IV), das auf das Arbeitsrecht Bezug nimmt.³ Dabei spreche für eine Arbeitgeberstellung, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und bezüglich Zeit, Ort und Art der Ausführung dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.⁴ Andererseits sei eine selbständige Tätigkeit geprägt durch ei-

¹ Nestler/Lehner, Jura 2017, 403 (408), vgl. dort auch allgemein zu Sonderdelikten und Abgrenzungsfragen; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 42. Aufl. 2019, Rn. 788; Tsambikakis/Rübenstahl, in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2015, Kap. 15 Rn. 5.

² BGH NStZ 2013, 587 (588); Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 266a Rn. 3; Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 266a Rn. 12; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 22 Rn. 9.

³ BGH NStZ 2013, 587 (588); Bürger, wistra 2016, 169 (170 ff.), vgl. dort auch zusammenfassend zu den Unterschieden in der Bestimmung durch BAG und BSG, S. 171; Heger (Fn. 2), § 266a Rn. 3; Radtke (Fn. 2), § 266a Rn. 12; Tag, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 266a Rn. 19.

⁴ Radtke (Fn. 2), § 266a Rn. 14; Zieglmeier, in: Kasseler, Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 104. EL, Stand: Juni 2019, § 7 SGB IV Rn. 70 ff.

genes unternehmerisches Risiko und die Möglichkeit über die eigene Arbeitskraft zu verfügen und seine Tätigkeit und Arbeitszeit frei zu gestalten.⁵ Die Telefonistinnen sind laut ihrem Vertrag selbständig. Hierbei handelt es sich jedoch um eine Scheinselbständigkeit,⁶ da die vertragliche Gestaltung dem tatsächlich praktizierten Verhältnis widerspricht. Für eine Selbständigkeit spricht zwar, dass sie auch von Zuhause aus arbeiten können. Ein Home-Office allein lässt jedoch nicht auf eine Selbständigkeit schließen. Sie verfügen über keine eigenen Betriebsmittel und dürfen ihre Arbeit nicht delegieren. Dass sie sich bei Krankheit abmelden müssen und Dienstpläne einhalten müssen, spricht gegen die Möglichkeit über die Zeit ihrer Tätigkeit frei verfügen zu können.⁷ Folglich sind die Telefonistinnen als Arbeitnehmer und die Y-GmbH als deren Arbeitgeber einzuordnen.

bb) A als vertretungsberechtigtes Organ, § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Fraglich ist, ob § 14 StGB anwendbar ist. Die Arbeitgeber-eigenschaft ist ein besonderes persönliches Merkmal nach § 14 StGB, da es eine übertragbare Sonderpflicht begründet.⁸ Dieses Merkmal liegt bei der Y-GmbH und nicht bei A vor und begründet die Strafbarkeit nach § 266a StGB.

A könnte vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person sein. Sie ist als Geschäftsführerin der GmbH bestellt und damit nach § 35 GmbHG vertretungsberechtigt.⁹ Dafür, dass diese Bestellung als Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB unwirksam ist, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, denn die Tatsache, dass tatsächlich eine andere Person die Geschäfte führt, reicht für die Annahme eines Scheingeschäfts noch nicht aus.

Dem könnte entgegenstehen, dass A nur formell als Organ bestellt wurde, die Geschäfte aber tatsächlich von B geführt wurden. A ist hier nur ein „Strohmann“ (bzw. eine „Strohfrau“),¹⁰ der im Innenverhältnis keine bedeutsamen Kompetenzen übertragen wurden. Daraus könnte man herlei-

ten, dass sie nur mit einem Rechtsschein ausgestattet sei.¹¹ Durch § 14 StGB wird eine strafrechtliche Verantwortlichkeit mitbegründet. Hierfür muss es dem formell bestellten Geschäftsführer möglich sein, für die Gesellschaft tatsächlich tätig zu sein.¹² Eine tatsächliche Herrschaftsposition fehle bei Strohpersonen und könne durch die Eintragung ins Handelsregister nicht ersetzt werden.¹³ Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass A durch ihre Bestellung nach § 35 GmbHG alle Rechte und Handlungsmöglichkeiten hat.¹⁴ Sie ist dadurch befugt, die Gesellschaft zu vertreten. Dafür spricht auch, dass § 14 StGB die Verantwortlichkeit an die Organstellung anknüpft und nicht an das dienstvertragliche Anstellungsverhältnis.¹⁵ Folglich ist A auch als nur formell bestellte Geschäftsführerin taugliche Täterin nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Sie handelte außerdem auch als Organ in der entsprechenden Funktion.

b) Möglichkeit der Abführung der Sozialbeiträge

Die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge müsste A möglich sein. Auch hier könnten die fehlenden Kompetenzen der A im Innenverhältnis gegen eine Möglichkeit sprechen. So wird angenommen, der lediglich formell bestellte Geschäftsführer habe keine tatsächliche Möglichkeit, den Verpflichtungen nachzukommen, weil er nur mit einem Rechtsschein ausgestattet sei. Die Eintragung ins Handelsregister führe noch nicht zu einer tatsächlich ausübenden Herrschaftsfunktion.¹⁶ Dies führe zu einer Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens, die die Tatbestandsmäßigkeit entfallen ließe.¹⁷ Dem entgegen hält die neueste Rechtsprechung, dass es dem nur formell bestellten Geschäftsführer nicht unmöglich ist, die Sozialversicherungsbeiträge abzuführen.¹⁸ Wer sich von der tatsächlichen Führung der Geschäfte fernhält, obwohl er formell als Geschäftsführer bestellt ist, handelt seiner formell begründeten Pflicht entgegen und dies auf eigenes strafrechtliches Risiko.¹⁹ Die Herrschaftsmacht des förmlich bestellten

⁵ BSGE 45, 199 (200); BSG NZS 2007, 648 (650); *Radtke* (Fn. 2), § 266a Rn. 14.

⁶ Vgl. *Vogelsang*, in: Schaub (Hrsg.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, 17. Aufl. 2017, § 8 Rn. 54 f.

⁷ Vgl. auch zusammenfassend: OLG Celle, Urt. v. 10.5.2017 – 9 U 3/17 = BeckRS 2017, 110011.

⁸ *Kindhäuser/Böse*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 10. Aufl. 2019, § 35 Rn. 3; *Nestler/Lehner*, *Jura* 2017, 403 (408); *Valerius*, *Jura* 2013, 15 (16); vgl. *Kindhäuser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 3; *Wittig* (Fn. 2), § 22 Rn. 8, 12 ff.

⁹ *Grunewald*, *Gesellschaftsrecht*, 10. Aufl. 2017, § 13 Rn. 58; vgl. allgemein zur Geschäftsführung und Vertretung: *Koch*, *Gesellschaftsrecht*, 11. Aufl. 2019, § 34 Rn. 6 ff.

¹⁰ Vgl. hierzu etwa in Bezug auf § 266 StGB: *Sahan/Altenburg*, *NZWiSt* 2018, 161 (162 ff.), die für eine Enthaltung eintreten; dagegen jedoch: *Momsen/Laudien*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar, Strafrechtsgesetz*, 42. Ed., Stand: 1.5.2019, § 14 Rn. 68a.

¹¹ OLG Hamm *NStZ-RR* 2001, 173 (174); KG *wistra* 2002, 313 (314); *Krumm*, *NZWiSt* 2015, 102 (103); *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 14 Rn. 75; dagegen: *BGH NStZ* 2017, 149.

¹² OLG Hamm *NStZ-RR* 2001, 173 (174).

¹³ *Tag* (Fn. 3), § 266a Rn. 30.

¹⁴ *BGH NStZ* 2017, 149; *Böse*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 14 Rn. 31; *Weiler*, *NJOZ* 2017, 1066 (1067); *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 789; zusammenfassend: *Köllner/Cyrus*, *NZI* 2017, 15 (16).

¹⁵ *BGH NStZ* 2017, 149; vgl. *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 14 Rn. 16/17.

¹⁶ OLG Hamm *NStZ-RR* 2001, 173 (174); *Krumm*, *wistra* 2012, 211 (212); vgl. KG *wistra* 2002, 313 (314 f.); *Sahan/Altenburg*, *NZWiSt* 2018, 161 (167 f.).

¹⁷ OLG Hamm *NStZ-RR* 2001, 173; *Perron* (Fn. 15), § 14 Rn. 16, 17; *Radtke* (Fn. 2), § 266a Rn. 36.

¹⁸ *BGH NStZ* 2017, 149.

¹⁹ *Rönnau*, *NStZ* 2003, 525 (527); vgl. auch *Fischer*, *FD-SozVR* 2017, 393608.

Organs ist vom unmittelbaren Normadressaten abgeleitet, was eine mögliche Täterschaft legitimiert.²⁰ Sollte der Geschäftsführer faktisch gehindert sein, das Geschäft zu führen, müsse er nötigenfalls gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen, um seinen Einfluss geltend zu machen.²¹ Andernfalls sei er gehalten, sein Amt niederzulegen.²² Auf ein solches Vorverhalten muss im vorliegenden Fall nicht abgestellt werden, denn A hat einen entsprechenden Anstellungsvertrag als Geschäftsführerin. Es ist ihr dadurch möglich, auf die Geschäfte einzuwirken. Folglich war ihr die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge möglich. Auch eine etwaige Delegation von Pflichten an B (vgl. dazu noch unter B. I.) kann die A insofern nicht entlasten, da sie als Geschäftsführerin weiterhin zur Überwachung und Kontrolle verpflichtet ist.²³

c) Unterlassen

Diese hat sie unterlassen.

d) Vorsatz

Sie müsste vorsätzlich, d.h. mit Wissen und Willen um die Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben. A könnte einem Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB unterliegen, weil sie glaubte, dass es sich bei den Telefonistinnen um Selbständige handelt. Sie unterlag dadurch einer Fehlvorstellung darüber, inwiefern es sich bei der Y-GmbH um eine Arbeitgeberin handelt, deren Pflichten nach § 14 Abs. 1 StGB auch sie betreffen. Der Tatbestandsirrtum erfasst Fehlvorstellungen über tatsächliche Umstände, die die Pflichtenstellung begründen. A irrt jedoch nicht über die tatsächlichen Umstände, wie etwa darüber, welche Beschäftigungsbedingungen für die Telefonistinnen gelten, ob diese etwa nur zu bestimmten Zeiten arbeiten dürfen. Sie irrt über die Einordnung als Arbeitgeberin. Insofern ist umstritten, ob es sich um einen Tatbestandsirrtum handelt.

aa) Nach einer Ansicht muss der Vorsatz auch das Bestehen der Abführungspflicht selbst umfassen, da diese Pflicht ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal darstelle.²⁴ Der Irrtum über die Selbständigkeit der Arbeitnehmer sei daher ein Tatbestandsirrtum.²⁵ Demnach entfiele der Vorsatz.

bb) Nach anderer Ansicht handelt es sich bei einem solchen Irrtum um einen Gebotsirrtum in Form eines Subsumtionsirrtums.²⁶ Wird der rechtlich-soziale Bedeutungsgehalt richtig erfasst, aber glaubt der Täter dennoch kein Arbeit-

geber und daher nicht verpflichtet zu sein, die Beiträge abführen zu müssen, liege ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB vor.²⁷ Der Vorsatz bliebe unberührt.

cc) Nach einer differenzierenden Ansicht kommt es maßgeblich darauf an, ob aufgrund sich widersprechender Indizien eine Gesamtabwägung notwendig ist. Bei dem besonders komplexen normativen Tatbestandsmerkmal des Arbeitgebers gelange man zu einem Vorsatzausschluss, wenn der Täter nach einer vertretbaren laienhaften Bewertung zum Ergebnis gelangt, dass er nicht Arbeitgeber sei.²⁸ Der Täter handelt danach unvorsätzlich, wenn der Fehler in der Anwendung der vorstrafrechtlichen Wertungen nicht darin liegt, dass er die zentralen Wertungen grundsätzlich verkennt.²⁹ Der BGH zieht nunmehr in Erwägung den Irrtum über die Arbeitgeber-eigenschaft in § 266a StGB ebenso als Tatbestandsirrtum zu behandeln wie im Steuerstrafrecht.³⁰ Die Interpretation dieses Urteils geht mehrheitlich dahin, dass von dem zu fördernden *dolus eventualis* dann auszugehen sei, wenn die Indizien für eine abhängige Beschäftigung überwiegen und die Arbeitgeber-eigenschaft daher offensichtlich sei; wenn hingegen auch gewichtige Indizien dagegen sprächen und eine vertretbare Fehleinordnung getroffen worden sei, liege ein Tatbestandsirrtum vor.³¹ Vorliegend sprechen die vertragliche Ausgestaltung und die Möglichkeit von Zuhause aus zu arbeiten gegen eine Arbeitgeberstellung. Trotz der sonstigen deutlichen Anzeichen erscheint es möglich, dass hier eine vertretbare Bewertung vorliegt. Danach entfiele der Vorsatz.

dd) Bei dem Begriff des Arbeitgebers handelt es sich um ein normatives Tatbestandsmerkmal.³² Das Vorliegen von normativen Tatbestandsmerkmalen in Abgrenzung zu deskriptiven Tatbestandsmerkmalen kann nur durch eine rechtliche Wertung ermittelt werden.³³ Die Gegenansicht stellt das normative Tatbestandsmerkmal des Arbeitgebers hingegen einer Blankettausfüllungsnorm in Irrtumsfragen gleich,³⁴ indem es auf einen Verbotsirrtum abstellt. Gegen einen Blanketttatbestand spricht jedoch, dass der Unrechtsgehalt der Norm aus

²⁰ Böse (Fn. 14), § 14 Rn. 31.

²¹ BGH NStZ 2017, 149; Böse (Fn. 14), § 14 Rn. 31; Maurer, wistra 2003, 174 (176); Rönnau, NStZ 2003, 525 (527); Weiler, NJOZ 2017, 1066 (1067).

²² BGH NStZ 2017, 149.

²³ Maurer, wistra 2003, 174 (175).

²⁴ Heger (Fn. 2), § 266a Rn. 16; Perron (Fn. 15), § 266a Rn. 17.

²⁵ Heger (Fn. 2) § 266a Rn. 16.

²⁶ BGH NStZ 2010, 337; BGH NStZ 2014, 321 (323); BGH NStZ 2016, 460; Schulz, NJW 2006, 183 (186); vgl. Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2018, § 266a Rn. 54.

²⁷ Radtke (Fn. 2), § 266a Rn. 91; Tag (Fn. 3), § 266a Rn. 81; vgl. auch OLG Celle, Urt. v. 10.5.2017 – 9 U 3/17 = BeckRS 2017, 110011.

²⁸ Bürger, wistra 2016, 169 (172 f.); ähnlich auch: Weidemann, wistra 2010, 463 (465).

²⁹ Kudlich, ZIS 2011, 483 (489).

³⁰ BGH NStZ-RR 2018, 180 (181 f.) mit jew. zust. Anm. Beyer, NZWiSt 2018, 341 (343); Floeth, NStZ-RR 2018, 182 (183); Theile, ZJS 2018, 482 (484); kritisch: Bollacher, NZWiSt 2019, 59 ff.

³¹ Floeth, NStZ-RR 2018, 182 (183 f.); dem zustimmend: Reiserer, DStR 2018, 1624 (1625 f.) sowie Theile, ZJS 2018, 482 (484).

³² Bürger, wistra 2016, 169 (172); Feigen/Livonius, in: Lüderssen/Volk/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014, 2014, S. 147 (148 ff., 156); Kudlich, ZIS 2011, 483 (488); Reichling, wistra 2016, 306 (308).

³³ LG Karlsruhe StV 2010, 309 (310).

³⁴ Schulz, ZIS 2014, 572 (575).

sich heraus verständlich ist.³⁵ Bei einem solchen normativen Tatbestandsmerkmal ist erforderlich, dass der Täter nicht nur die tatsächlichen Umstände erkennt, sondern darüber hinaus die außerstrafrechtlichen Wertungen nach Art einer Parallelwertung in der Laiensphäre nachvollzieht. Eine solche Parallelwertung in der Laiensphäre verlangt, dass auch die Kenntnis des entsprechenden Bedeutungsgehalts erfasst wird.³⁶ Es muss danach darauf ankommen, ob das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nach Laienart in seiner prägenden Bedeutung erfasst wird.³⁷ Wenn die erste Ansicht die Bedeutungskenntnis für nicht erforderlich hält, verkennen sie die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung bei komplexen normativen Tatbestandsmerkmalen. Ihr Vorliegen ist nicht durch eine einfache laienhafte Kenntnis der rechtlichen Voraussetzungen zu bejahen oder nicht.³⁸ Ist eine Einordnung als Arbeitgeber nach einer Abwägung verschiedener Indizien nicht unvertretbar bzw. ist die Einordnung durch den Laien zumindest plausibel, können Zweifel hinsichtlich vorsätzlichen Handelns nicht ausgeräumt werden.³⁹ Angesichts der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO ist die Gefahr eines Dammbrochs von Schutzbehauptungen bei dieser Auslegung nicht zu befürchten.⁴⁰ Mithin handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB. A handelt demnach nicht vorsätzlich.⁴¹

2. Ergebnis

Folglich hat A sich nicht nach § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hilfsgutachten: Wäre der Prüfling hier der anderen Ansicht gefolgt, hätte A vorsätzlich gehandelt und es wäre wie folgt zu prüfen:

3. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

4. Schuld

A müsste schuldhaft gehandelt haben. A könnte einem die Schuld ausschließenden Verbotsirrtum nach § 17 S. 1 StGB unterliegen. A unterlag einem Subsumtionsirrtum, indem sie sich über ihre Arbeitgeberbereiung irrt (s.o. zur Ansicht d) bb). Fraglich ist, ob dieser Irrtum vermeidbar war. Ein

Irrtum ist unvermeidbar, wenn der Täter trotz Anspannung seines Gewissens die Einsicht in das Unrecht des Handelns nicht gewinnen konnte.⁴² Dazu ist erforderlich, dass der Handelnde sich nötigenfalls auch Rechtsrat einholt. A hat einen befreundeten Rechtsanwalt um Rat gefragt, als sie ihn beim Abholen der Kinder an der Schule getroffen hat. Nicht jeder Rechtsrat kann jedoch eine Unvermeidbarkeit begründen. Nicht ausreichend ist es, wenn die Auskunft erkennbar vordergründig und mangelhaft oder nach dem Willen des Anfragenden nur eine „Feigenblattfunktion“ erfüllen soll.⁴³ Ein spontan erteilter Rat ohne Durchsicht von Unterlagen und im privaten Bereich kann demnach nicht die Anforderungen erfüllen. Hinzu kommt, dass ein solcher Irrtum über die Arbeitgeberbereiung regelmäßig dann vermeidbar ist, wenn die Einleitung eines Statusverfahrens nach § 7a I S. 1 SGB IV möglich ist.⁴⁴ Mithin handelt es sich um einen vermeidbaren Verbotsirrtum. A handelte schuldhaft.

5. Ergebnis

Folglich hat sie sich nach § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Strafe kann nach § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden.

II. § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB

A könnte sich darüber hinaus nach § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die Anmeldung zur Sozialversicherung nicht vornahm und die Beiträge des Arbeitgebers nicht abführte.

1. Tatbestand

a) Taugliche Täterin

A ist nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB taugliche Täterin.

b) Abführung der Arbeitgeberbeiträge

Sie hat die nach § 28a SGB IV erforderliche Meldung unterlassen und dadurch keine Arbeitgeberbeiträge gezahlt.

c) Vorsatz

Sie handelte vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sie handelte rechtswidrig und schuldhaft.

³⁵ Kudlich, ZIS 2011, 483 (488); vgl. Schulz, ZIS 2014, 572 (575).

³⁶ Mayer, NZWiSt 2015, 169 (170 f.); Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 409; Wittig (Fn. 2), § 6 Rn. 169.

³⁷ LG Ravensburg StV 2007, 412 (413); AG Schwetzingen, Urt. v. 6.4.2010 – 1 Cs 610 Js 28883/08 = BeckRS 2010, 143910; LG Karlsruhe StV 2010, 309 (310 f.); Floeth, NSTZ-RR 2018, 182 (183); Mayer, NZWiSt 2015, 169 (170 f.).

³⁸ Bürger, wistra 2016, 169 (173).

³⁹ AG Schwetzingen, Urt. v. 6.4.2010 – 1 Cs 610 Js 28883/08 = BeckRS 2010, 143910; LG Ravensburg StV 2007, 412; vgl. Floeth, NSTZ-RR 2018, 182 (184).

⁴⁰ Bürger, wistra 2016, 169 (173); Schulz, ZIS 2014, 572 (575).

⁴¹ Hinweis: A.A. vertretbar.

⁴² BGH NSTZ 2000, 307 (309); BGH NJW 2017, 1487 (1489); BGH, Urt. v. 22.2.2017 – 2 StR 573/15 = BeckRS 2017, 109719 = NSTZ 2018, 215; Kindhäuser (Fn. 8), § 28 Rn. 14 ff.

⁴³ BGH NSTZ 2000, 307 (309); BGH NSTZ 2013, 461; BGH NJW 2017, 1487 (1489); BGH wistra 2017, 318 (320); vgl. zusammenfassend und kritisch zur Rechtsprechung in Hinblick auf die Ausschöpfung anderer Erkundigungsmöglichkeiten: Nestler, Jura 2015, 562 (567, 569).

⁴⁴ BGH NSTZ 2010, 337 (338); Radtke (Fn. 2), § 266a Rn. 91.

3. Konkurrenzen

Bei gleichzeitigem Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen und Arbeitnehmerbeiträgen nach § 266a Abs. 1 und 2 Nr. 2 StGB liegt eine einheitliche Tat vor.⁴⁵

– Ende des Hilfsgutachtens –

B. Strafbarkeit des B

I. § 266a Abs. 1 StGB

B könnte sich gemäß § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Sozialversicherungsbeiträge nicht abführte.

1. Tatbestand

a) Tauglicher Täter

Fraglich ist, ob B tauglicher Täter des § 266a StGB ist.

aa) Y-GmbH als Arbeitgeberin

Die Y-GmbH ist Arbeitgeberin.

bb) B als vertretungsberechtigtes Organ, § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB

B ist als Geschäftsführer nicht bestellt, führt die Geschäfte aber tatsächlich. Insofern könnte er als faktischer Geschäftsführer⁴⁶ dennoch nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB tauglicher Täter sein.

(1) Nach einer Ansicht ist auch ein faktischer Geschäftsführer strafrechtlich verantwortlich und nach § 14 Abs. 1 StGB tauglicher Täter.⁴⁷ Dem stünde nicht entgegen, wenn auch der formell bestellte Geschäftsführer Aufgaben wahrnehme.⁴⁸ Ausreichend sei, dass er eine überragende Stellung einnehme, d.h. wenn er zumindest sechs der acht klassischen, den Kernbereich der Geschäftsführung bestimmenden Merkmale erfülle.⁴⁹ Teilweise wird hierbei ein Einverständnis der Gesellschafter gefordert und eine reine Usurpation nicht als ausreichend angesehen.⁵⁰ B leitet die Geschäfte und nimmt damit eine überragende Stellung ein. Die Gesellschafter dulden dies, so dass von ihrem Einverständnis auszugehen ist. Damit wäre B nach § 14 Abs. 1 StGB tauglicher Täter.

(2) Nach anderer Ansicht verstößt die Figur des faktischen Geschäftsführers wegen des Wortlauts des § 14 Abs. 1,

Abs. 3 StGB gegen das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG.⁵¹ Danach wäre § 14 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

(3) Für die erste Ansicht spricht, dass aus Wertungsgesichtspunkten derjenige, der die Führung der Geschäfte bestimmt, auch die Pflichten erfüllen muss und dementsprechend auch die bei der Verletzung dieser Pflichten folgenden strafrechtlichen Folgen zu tragen hätte.⁵² Dagegen ist aber der Wortlaut des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuführen: Dieser setzt einen wirksamen Bestellungsakt voraus, indem er auf ein vertretungsberechtigtes Organ abstellt.⁵³ Darüber hinaus spricht gegen die Auslegung der Rechtsprechung, dass § 14 Abs. 3 StGB, nach dem eine Vertreterhaftung auch bei einem unwirksamen Bestellungsakt möglich ist, dennoch einen Bestellungsakt voraussetzt⁵⁴ und damit eine Duldung nicht genügen lässt. Insofern kann man von einer Sperrwirkung des § 14 Abs. 3 StGB ausgehen.⁵⁵ Eine Duldung ist auch nicht als konkludenter Bestellungsakt anzusehen.⁵⁶ Folglich ist B nicht Organ i.S.v. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Hinweis: A.A. vertretbar.

cc) Beauftragung nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB

B könnte jedoch nach § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB beauftragt sein.⁵⁷ Die Duldung durch die Gesellschafter könnte eine konkludente Beauftragung beinhalten. Die Gesellschafter sind jedoch allein zur Organbestellung und nicht zur Delegation von Aufgaben befugt, so dass hierin keine Beauftragung gesehen werden kann.⁵⁸ Das Auftragsverhältnis selbst muss zwar nach § 14 Abs. 3 StGB nicht wirksam sein, aber nach dem klaren Wortlaut die Befugnis der Erteilung.⁵⁹

Ein Auftrag könnte durch A erteilt sein, die wirksam bestelltes Organ ist. Sie kann damit einen Auftrag erteilen.⁶⁰ Dieser Auftrag umfasst die Leitung des Betriebs, wenn die

⁴⁵ BGH NStZ 2015, 648 (649).

⁴⁶ Vgl. zur zivilrechtlichen Haftung des faktischen Geschäftsführers: *Grunewald* (Fn. 9), § 13 Rn. 63.

⁴⁷ BGH NJW 2002, 2480 (2482); BGHSt 21, 101 (103); *Krumm*, NZWiSt 2015, 102 (103); *Tiedemann* (Fn. 34), Rn. 273 ff.; dafür auch: *Otto*, Jura 1988, 328 (330); vgl. zusammenfassend, aber ablehnend: *Lindemann*, Jura 2005, 305 (306 ff.).

⁴⁸ BGHSt 31, 118 (120).

⁴⁹ BayObLG NJW 1997, 1936 (1937); *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (156).

⁵⁰ BGHSt 21, 101 (104); *Tiedemann* (Fn. 34), Rn. 281; hingegen ohne das Erfordernis eines Einverständnisses: BGH *wistra* 2013, 272 (273).

⁵¹ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 26; *Biletzki*, NStZ 1999, 537 (538); *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, 2012, S. 267; *Lindemann*, Jura 2005, 305 (312); *Radtke* (Fn. 2), § 266a Rn. 124; *Popp*, Jura 2012, 618 (621); *Rönnau*, NStZ 2003, 525 (526); wohl auch in diese Richtung: *Wittig* (Fn. 2), § 6 Rn. 99.

⁵² BGHSt 31, 118 (122).

⁵³ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 26; *Lindemann*, Jura 2005, 305 (312); *Perron* (Fn. 15), § 14 Rn. 42, 43.

⁵⁴ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 26; *Ceffinato* (Fn. 49), S. 264.

⁵⁵ *Biletzki*, NStZ 1999, 537 (538); *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 26; für eine entsprechende Klarstellung in § 14 Abs. 3 StGB: *Tiedemann*, NJW 1986, 1842 (1845).

⁵⁶ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 27.

⁵⁷ Vgl. auch zu einem Fall, in dem trotz wirksamer Beauftragung von einer faktischen Organstellung ausgegangen wurde: BGHSt 34, 221 (222); kritisch dazu: *Achenbach*, NStZ 1989, 497 (498); vgl. zu einer ähnlichen Konstellation auch: *Wittig* (Fn. 2), § 6 Rn. 97, 99.

⁵⁸ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 28; *Ceffinato* (Fn. 49), S. 265.

⁵⁹ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 45; *Hoyer* (Fn. 26), § 14 Rn. 62; a.A.: *Perron* (Fn. 15), § 14 Rn. 38.

⁶⁰ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 28; *Maurer*, *wistra* 2003, 174 (175).

Verantwortung nach innen und nach außen übertragen wird.⁶¹ Sie vereinbarte mit B, dass er den Betrieb leiten soll. Dies bedeutet eine selbständige Aufgabenwahrnehmung. Folglich hat A den B mit der Leitung des Betriebs beauftragt. B ist tauglicher Täter nach § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB.

b) Unterlassen der Möglichkeit der Abführung von Sozialbeiträgen

Er hat die ihm mögliche und gebotene Handlung, die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen, unterlassen.

c) Vorsatz

Er handelte vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Er handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

Mithin hat B sich nach § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB

Darüber hinaus hat B sich nach § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht, indem er die nach § 28a SGB IV erforderliche Meldung nicht vorgenommen und die Arbeitgeberbeiträge nicht gezahlt hat. Es handelt sich um eine einheitliche Tat.

⁶¹ Böse (Fn. 14), § 14 Rn. 38.

Fortgeschrittenenklausur: Ein Einhorn auf Abwegen

Von Wiss. Mitarbeiter **Leon Böhm**, LL.B., M.A., Mainz, Wiss. Mitarbeiter **Christoph Hautkappe**, LL.B., M.A., Wiesbaden*

Der Fall wurde leicht modifiziert im Sommersemester 2019 im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als dreistündige Klausur gestellt. Von 239 Bearbeiterinnen und Bearbeitern fielen 39 % durch. Der Notendurchschnitt lag bei 4,41 Punkten.

Der erste Tatkomplex ist angelehnt an die Entscheidung des BGH in NJW 2018, 245 und erfordert schwerpunktmäßig die Erörterung der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache im Rahmen der Prüfung des § 249 Abs. 1 StGB sowie des Erfordernisses einer Vermögensverfügung als Tatbestandsmerkmal der §§ 253 Abs. 1, 255 StGB. Der Sachverhalt des zweiten Tatkomplexes ähnelt demjenigen, der der Entscheidung des OLG Stuttgart in NJW 2018, 1110 zugrunde lag. Dieser verlangt von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern im Wesentlichen die Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Verdächtigung einer nicht existierenden Person den Tatbestand des § 164 Abs. 2 StGB erfüllt. Daneben gilt es zu problematisieren, ob der staatliche Bußgeldanspruch unter das von § 263 Abs. 1 StGB geschützte Vermögen fällt.

Sachverhalt

Nach einer durchzechten Freitagnacht, die sie auf einer Kostümparty verbracht hat, schlendert Tami (T) in ihrem Einhornkostüm nach Hause. Dabei erkennt sie schon aus der Ferne Erika (E), die an einem Bankautomaten der Bank (B) steht und im Begriff ist, Geld für den alljährlichen Urlaub mit ihrem Mann in St. Tropez abzuheben. Daraufhin kommt T spontan auf die Idee, ihre finanzielle Lage etwas aufzubessern. Zu diesem Zweck nähert sie sich langsam der am Bankautomaten stehenden E. Als T erkennt, dass E ihre Bankkarte bereits eingeschoben und ihre Geheimnummer (PIN) schon eingegeben hat, stößt sie E beherzt weg, sodass E – wie von T geplant – zu Boden stürzt. Sofort und blitzschnell wählt T einen Auszahlungsbetrag in Höhe von 500 € aus und entnimmt das vom Bankautomaten ausgegebene Bargeld sodann dem Auszahlungsschacht. E ist infolge des Stoßes so perplex, dass sie bloß hinterherschauen kann, wie T – wegen der Kostümierung unerkannt – mit dem Bargeld hinter der nächsten Hausecke verschwindet.

Hoch erfreut über das erlangte „Taschengeld“ schwingt sich T am Abend voller Tatendrang in ihr Auto, um sich gemeinsam mit einigen Freunden einen schönen Abend zu machen. Voller Euphorie überschreitet sie bei der Fahrt in die Stadt die zulässige Höchstgeschwindigkeit um 60 km/h und

wird geblitzt. Einige Wochen später erhält sie deshalb vom Landratsamt als zuständige Behörde ein Anhörungsschreiben wegen der Geschwindigkeitsüberschreitung. Dabei wird sie auf ihr „sattes Punktekonto“ bei dem vom Kraftfahrt-Bundesamt geführten Fahreignungsregister aufmerksam. Angesichts des drohenden Führerscheinentzugs einschließlich der Auferlegung eines Bußgelds sucht T fieberhaft nach Lösungsmöglichkeiten für ihr Problem und stößt im Internet auf das Angebot: „Ich übernehme höchstpersönlich Ihr Bußgeld, Ihre Punkte und Ihr Fahrverbot für Sie“. Erleichtert nimmt T sofort Kontakt zu Anbieter Alan (A) auf, übersendet nach Erörterung des Vorgehens durch A absprachegemäß den Anhörungsbogen und zahlt 500 € auf ein ihr benanntes Bankkonto, um schnellstmöglich jeglichen Konsequenzen entgegen zu können. Nach Erhalt des Geldes übersendet A dem Landratsamt einen handschriftlich ausgefüllten Anhörungsbogen unter dem Namen des – tatsächlich nicht existierenden – Xavier (X). Darin gibt A (als X) den Verstoß zu und erklärt, er – X – sei der zur Tatzeit verantwortliche Fahrzeugführer gewesen. Daraufhin erlässt das Landratsamt einen Bußgeldbescheid gegen X und stellt zudem das gegen T betriebene Verfahren ein. Als das Landratsamt Monate später erfährt, dass eine Person X gar nicht existiert, ist die von T begangene Ordnungswidrigkeit bereits verjährt.

Wie haben sich T im ersten Tatkomplex und A im zweiten Tatkomplex nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitervermerk

Nicht zu prüfen sind die §§ 223–231, 263a StGB.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: „Der Bankautomat“

I. § 249 Abs. 1 StGB durch das Wegstoßen der E und die Entnahme des Bargeldes

Durch das Wegstoßen der E und die Entnahme des Bargeldes aus dem Auszahlungsschacht könnte sich T nach § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Qualifiziertes Nötigungsmittel

T müsste Gewalt angewendet oder die E mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bedroht haben. Gewalt ist die Ausübung körperlich wirkenden Zwangs durch unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf einen anderen, die nach der Vorstellung des Täters dazu bestimmt und geeignet ist, einen tatsächlich geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder unmöglich zu machen.¹ Indem T die E wegstieß wirkte sie unmittelbar auf den Körper der E ein, um an den

* Der Verf. *Böhm* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Prof. Dr. Jörg Scheinfeld). Der Verf. *Hautkappe* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht und Rechtstheorie an der EBS Universität Wiesbaden (Prof. Dr. Daniel Klocke, LL.M. oec.).

¹ *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 42. Aufl. 2019, Rn. 347; *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018, Rn. 298 f.

Geldautomaten zu gelangen. Sie wendete mithin Gewalt gegen eine Person an.

b) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Darüber hinaus müsste T eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

aa) Fremde bewegliche Sache

Die Geldscheine als bewegliche Sachen müssten für sie fremd gewesen sein. Ursprünglich standen sie im Eigentum der den Bankautomaten betreibenden Bank B. Durch die Ausgabe der Scheine könnten diese jedoch gem. § 929 S. 1 BGB an T übereignet worden sein. Fraglich ist aber, ob in der Ausgabe der Scheine ein konkludentes Übereignungsangebot der B an T liegt. Bei der Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärung müssen die Interessen und Zwecke, die mit der dinglichen Einigung verfolgt werden, berücksichtigt werden.² Es ist kein Interesse der Bank ersichtlich, einem Nichtberechtigten gegenüber ein Einigungsangebot abzugeben.³ Vielmehr ergibt sich aus den vertragsrechtlichen Regelungen, dass ein Übereignungsinteresse nur bzgl. des Berechtigten besteht, da die Bank nur im Falle einer wirksamen Autorisierung durch den Berechtigten zu einer Belastung des entsprechenden Kontos berechtigt ist. Adressat der mit dem Ausgabevorgang verbundenen Einigungserklärung ist daher nur der berechtigte Kontoinhaber und nicht ein unberechtigter Dritter.

Hinweis: Teilweise wird vertreten, dass sich das Übereignungsangebot der Bank an denjenigen richtet, der den Geldautomaten technisch ordnungsgemäß benutzt, sich also durch Benutzung der Bankkarte und Kenntnis der Geheimzahl förmlich legitimiert, selbst wenn es sich dabei nicht um den berechtigten Kontoinhaber handelt.⁴ Allerdings hatte sich im hiesigen Fall nur die E durch das Einstecken der Bankkarte und die Eingabe der Geheimzahl förmlich legitimiert. Das Übereignungsangebot war also auch nach dieser Ansicht lediglich an E gerichtet.⁵ Dass letztlich T den konkreten Auszahlungsbetrag auswählt und die Scheine aus dem Auszahlungsschacht entnimmt, ändert hieran nichts. T hat durch ihr „Dazwischentreten“ lediglich verhindert, dass E das Angebot der B konkludent annehmen konnte.⁶

² BGH NJW 1988, 979 (980 f.); BGH NJW 2018, 245.

³ BGH NJW 1988, 979 (981); *Kindl*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 51. Ed., Stand: 1.8.2019, § 929 Rn. 19.

⁴ *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r (Fn. 1), Rn. 184; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2018, § 242 Rn. 56, 58.

⁵ So auch überzeugend *Jäger*, JA 2018, 309 (310 in Fn. 2).

⁶ Mit dieser Argumentation im Rahmen des Einverständnisses in den Gewahrsamswechsel *El-Ghazi*, jurisPR-StraR 6/2018 Anm. 1.

bb) Wegnahme

Zweifelhaft ist jedoch, ob T die Scheine weggenommen hat. Eine Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams.⁷

(1) Gewahrsam der Bank gebrochen?

T könnte durch die Entnahme der Geldscheine aus dem Auszahlungsschacht den Gewahrsam der Bank B gebrochen und eigenen Gewahrsam begründet haben. Der Bruch fremden Gewahrsams setzt jedoch voraus, dass die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers gegen seinen Willen oder zumindest ohne sein Einverständnis aufgehoben wird.⁸ Bei einer technisch ordnungsgemäßen Bedienung des Automaten erfolgt die Geldausgabe allerdings mit dem Einverständnis der Bank, unabhängig davon ob diese durch den berechtigten Kontoinhaber erfolgt und eine wirksame Übereignung stattfindet.⁹ Ein etwaiger Vorbehalt, den Gewahrsam nur an einen Berechtigten zu übertragen, manifestiert sich in objektiver Hinsicht nicht, weshalb dies als Bedingung eines Einverständnisses nicht taugt.¹⁰ T hat mithin nicht den Gewahrsam der B gebrochen.¹¹

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier vertretbar. So geht der 3. Strafsenat des BGH in seinem Vorlagebeschluss vom 21.3.2019 davon aus, dass derjenige den Gewahrsam an den im Auszahlungsschacht zur Entnahme bereitliegenden Geldscheinen der den Geldautomaten betreibenden Bank bricht, der die Geldscheine unberechtigt an sich nimmt, nachdem zuvor der Berechtigte den Auszahlungsvorgang ordnungsgemäß in Gang gesetzt hatte.¹² Dies wird damit begründet, dass das Einverständnis der Bank sich in personeller Hinsicht auf denjenigen beschränke, der sich durch Eingabe von Bankkarte und zugehöriger PIN legitimiere und den Auszahlungsvorgang dementspre-

⁷ *Küper/Zopfs* (Fn. 1), Rn. 769; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r (Fn. 1), Rn. 82.

⁸ *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r (Fn. 1), Rn. 115.

⁹ BGH NJW 1988, 979 (980); BGH NJW 2018, 245; *Brand*, NJW 2018, 245 (246); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 21. Aufl. 2019, § 2 Rn. 70; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 104; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 51 m.w.N.

¹⁰ *Kindhäuser* (Fn. 9), § 242 Rn. 51; damit eine klare Grenze zwischen Wegnahme durch Nichterfüllung einer Bedingung des Einverständnisses und Täuschung nach § 263 StGB gezogen werden kann, darf sich die Bedingung des Einverständnisses nicht auf rein innere Vorgänge und Vorbehalte beziehen, vgl. hierzu *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 36a; *Rengier* (Fn. 9), § 2 Rn. 70.

¹¹ Kritisch bezogen auf die diesem Fall zugrunde liegende Entscheidung *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r (Fn. 1), Rn. 184.

¹² BGH BeckRS 2019, 17416.

chend ordnungsgemäß in Gang setze.¹³ Allein die Auswahl eines Auszahlungsbetrags führe hingegen nicht zur Legitimation desjenigen, der den Automaten bediene.¹⁴

(2) Ein auf E durch PIN-Eingabe übertragener Gewahrsam gebrochen?

Möglicherweise könnte T jedoch einen Gewahrsam der E gebrochen haben. Dies würde voraussetzen, dass E überhaupt schon dadurch Gewahrsam an den Geldscheinen im Automaten erlangt hat, dass sie bloß ihre PIN in den Geldautomaten eingegeben hat. Unter Gewahrsam ist nach überwiegender Ansicht die nach der Verkehrsanschauung zu beurteilende tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache zu verstehen, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird.¹⁵ Man könnte insoweit daran denken, dass E bereits mit Eingabe der PIN nach der Verkehrsanschauung gelockerten Gewahrsam erlangt hat, indem es nur noch der Auswahl des entsprechenden Auszahlungsbetrages bedurfte und E schon einen auf die Geldscheine bezogenen generellen Herrschaftswillen besaß.¹⁶ Dies ist letztlich jedoch abzulehnen.¹⁷ E hatte auch trotz Eingabe der PIN zu keinem Zeitpunkt einen tatsächlichen Zugriff auf die Geldscheine. Vielmehr ist das Geld in einem Geldautomaten vor Auszahlung alleine der Herrschaftssphäre der betreibenden Bank zuzuweisen.¹⁸ Somit hat E bereits keinen Gewahrsam erlangt, den T hätte brechen können. T hat die Geldscheine mithin nicht weggenommen.

Hinweis: Eher fernliegend erscheint es einen (Mit-)Gewahrsam der E an den ausgegebenen Scheinen anzunehmen.¹⁹

2. Ergebnis

T hat sich nicht nach § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB durch das Wegstoßen der E und die Entnahme des Bargeldes

Durch das Wegstoßen der E und die Entnahme des Bargeldes aus dem Auszahlungsschacht könnte sich T nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB strafbar gemacht haben.

¹³ BGH BeckRS 2019, 17416; vgl. auch *El-Ghazi*, jurisPR-StraR 6/2018 Anm. 1.

¹⁴ BGH BeckRS 2019, 17416.

¹⁵ *Rengier* (Fn. 9), § 2 Rn. 23; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 82 m.w.N.

¹⁶ Mit diesem Gedanken *Jäger*, JA 2018, 309 (310).

¹⁷ Dies gilt unabhängig davon, ob man den Gewahrsamsbegriff wie die wohl herrschende Meinung primär faktisch versteht, oder wie eine andere Ansicht auf sozial-normative Kriterien abstellt, zum Ganzen *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 82 m.w.N.

¹⁸ Überzeugend *Jäger*, JA 2018, 309 (310). Allgemein zur Herrschaftssphäre *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 82 m.w.N.

¹⁹ Vgl. auch BGH BeckRS 2019, 17416.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Nötigungshandlung

Indem T die E weggestoßen hat, hat sie Gewalt gegen eine Person angewendet (siehe oben).

b) Nötigungserfolg

Durch die Gewaltanwendung hat T die E dazu genötigt, das Eingeben des Auszahlungsbetrags und das Entnehmen der Geldscheine aus dem Auszahlungsschacht zu dulden. Umstritten ist, ob dieses abgenötigte Verhalten für die Tatbestandsmäßigkeit nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB die Voraussetzungen einer Vermögensverfügung erfüllen muss.

Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur setzt eine räuberische Erpressung keine Vermögensverfügung voraus, sondern lässt als tatbestandlichen Nötigungserfolg jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen ausreichen.²⁰ Danach stellt auch das mit vis absoluta erzwungene Dulden der Eingabe des Auszahlungsbetrags und der Geldentnahme einen tatbestandlichen Nötigungserfolg dar.

Für die herrschende Ansicht in der Literatur muss der Nötigungserfolg hingegen gerade eine Vermögensverfügung des Genötigten darstellen.²¹ Dies hängt damit zusammen, dass die (räuberische) Erpressung strukturparallel zum Betrug als Selbstschädigungsdelikt verstanden wird und dementsprechend ein mit vis absoluta abgenötigtes passives Dulden nicht tatbestandsmäßig sein könne.²² Indem das bloße Dulden der Eingabe des Auszahlungsbetrags und der Geldentnahme kein

²⁰ BGHSt 7, 252; 14, 386; 25, 224; 32, 88; 41, 123; 42, 196; *Geilen*, Jura 1980, 43 (50 f.); *Schünemann*, JA 1980, 486; *Erb*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 712; *Böse/Keiser*, JuS 2005, 440 (443 f.); *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2018, § 17 Rn. 20 ff.; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 17. Aufl. 2015, Rn. 430 ff.; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, S. 599 ff.; *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, Vor § 249 Rn. 7 f.; *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 253 Rn. 13; *Kindhäuser* (Fn. 9), Vor § 249 Rn. 44 ff., § 253 Rn. 17; *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 12. Aufl. 2018, § 255 Rn. 5 f.; einschränkend *Sinn*, in: Wolter (Fn. 4), § 253 Rn. 16, Vor § 249 Rn. 8 ff.

²¹ *Tenckhoff*, JR 1974, 489; *Rengier*, JuS 1981, 654; *Gepfert/Kubitza*, Jura 1985, 276; *Biletzki*, Jura 1995, 635 (637); *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 712 ff.; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 4. Aufl. 2017, Rn. 760 ff.; *Rengier* (Fn. 9), § 11 Rn. 25 ff.; *Bosch* (Fn. 10), § 253 Rn. 8; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 253 Rn. 3; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 253 Rn. 14; *Sander*, in: Joecks/Miebach (Fn. 9), § 253 Rn. 13 ff.

²² Als taugliches Nötigungsmittel verbleibt nach dieser Ansicht demnach nur die Anwendung von vis compulsiva.

willentliches Verhalten der E ist, durch das sie bewusst ihr Vermögen unmittelbar vermindert²³, also jedenfalls keine Vermögensverfügung darstellt, liegt nach dieser Ansicht kein tatbestandsmäßiger Nötigungserfolg vor.

Gegen das Erfordernis einer Vermögensverfügung spricht zunächst, dass nach dem Wortlaut der §§ 253 Abs. 1, 255 StGB keine Vermögensverfügung vorausgesetzt wird.²⁴ Vielmehr stimmt die Gesetzesformulierung mit der des § 240 StGB überein, bei dem vis absoluta mit in den Tatbestand einbezogen wird.²⁵ Dem lässt sich zwar entgegenhalten, dass auch im Betrugstatbestand das ungeschriebene Erfordernis einer Vermögensverfügung ohne Bedenken mit hineininterpretiert wird.²⁶ Bei diesem stellt das Merkmal der Vermögensverfügung jedoch anders als bei §§ 253 Abs. 1, 255 StGB nicht nur ein mögliches, sondern ein strukturell notwendiges Bindeglied zwischen Opferverhalten und Vermögensschaden dar.²⁷

In systematischer Hinsicht gilt es zu berücksichtigen, dass die §§ 253 Abs. 1, 255 StGB zwar wie der Raub im 20. Abschnitt und nicht wie der Betrug im 21. Abschnitt angesiedelt sind, eine dogmatisch saubere Gesetzssystematik möglicherweise jedoch nur dadurch erhalten werden könnte, dass man Diebstahl und Raub als durch Wegnahme geprägte Fremdschädigungsdelikte, Erpressung und Betrug hingegen als durch eine Vermögensverfügung charakterisierte Selbstschädigung definiert.²⁸ Letztlich schiene der am Anfang des 20. Abschnitts stehende § 249 StGB auch überflüssig, wenn (nahezu) jede räuberische Erpressung den Raub erfassen würde.²⁹ Allerdings betreffen diese von der „Verfügungstheorie“ vorgebrachten systematischen Erwägungen letzten Endes nur die „Ästhetik, die dieses System durch ein paralleles dogmatisches Konzept der Delikte zu gewinnen scheint“³⁰. Die systematische Ungereimtheit des weitgehend „überflüssigen“ § 249 StGB wird dadurch relativiert, dass diese das Verhältnis der einfachen Eigentums- und Vermögensdelikte § 242 StGB und § 253 StGB nicht betrifft. Deren weite Anwendungsbereiche überschneiden sich nur dort, wo Gewahrsamsbruch und vermögensschädigende Nötigung ausnahmsweise kombiniert werden.³¹

In teleologischer Hinsicht spricht für die Ansicht der Rechtsprechung, dass ein lückenloser Rechtsschutz gegen alle mit oder ohne Bereicherungsabsicht herbeigeführten Vermögensschädigungen nur mit dem Verzicht auf das Merkmal der Vermögensverfügung erreicht wird.³² Zwar ist es nicht zwangsläufig so, dass der mit vis absoluta vorgehende Täter stets der brutalere ist,³³ dennoch ist anzuerkennen, dass es in verschiedenen Fallgestaltungen wertungswidersprüchlich anmutet, dass der mit vis absoluta vorgehende Täter den Tatbestand der (räuberischen) Erpressung gar nicht erfüllen kann, sondern diesen privilegierend lediglich der insoweit wortlautgleiche § 240 Abs. 1 StGB in Betracht kommt.³⁴ Letztlich vermag aber auch das von der Verfügungstheorie vorgebrachte Argument nicht zu überzeugen, die Erpressung würde ohne das Erfordernis einer Vermögensverfügung zum Auffangtatbestand aller Vermögensdelikte gemacht und die gesetzgeberische Wertung, mit verschiedenen Strafrahmen bestimmte Wertungsstufen zu bilden, weitgehend unterlaufen.³⁵ So wird zwar etwa vorgetragen, man kreierte den eigentlich vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen sog. „kleinen Raub“, wenn man für § 253 Abs. 1 StGB ausreichen lässt, dass eine einfache Nötigung zur Duldung einer Wegnahme erfolgt.³⁶ Das Verhalten des Täters in seiner Eigenschaft als vermögensschädigende (qualifizierte) Nötigung wird aber unabhängig von §§ 242, 249 StGB unter §§ 253, 255 StGB subsumiert, womit es stets um die originäre Begründung einer anderweitigen Strafbarkeit geht, die so vom Gesetzgeber in §§ 253 Abs. 1, 255 StGB vorgesehen ist.³⁷ In der Regel weisen die einschlägigen Konstellationen auch keinen geringeren Unrechtsgehalt auf, als andere Varianten vermögensschädigender (qualifizierter) Nötigungen.³⁸

Demnach setzen §§ 253 Abs. 1, 255 StGB nicht das Vorliegen einer Vermögensverfügung voraus. Im Verhalten der E liegt mithin ein tatbestandlicher Nötigungserfolg.

Hinweis: Eine derart ausführliche Auseinandersetzung mit dem Meinungsstreit kann von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern in einer Klausur nicht erwartet werden. Die hiesige Darstellung soll lediglich verschiedene Argumentationsmöglichkeiten aufzeigen. Die Gegenansicht ist selbstverständlich vertretbar. Danach ist eine Strafbarkeit nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB abzulehnen und es ver-

²³ Vgl. zu dieser Definition der Vermögensverfügung *Rengier* (Fn. 9), § 11 Rn. 13.

²⁴ *Sinn* (Fn. 20), Vor § 249 Rn. 11.

²⁵ *Geilen*, Jura 1980, 43 (50 f.); *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 20), Rn. 433. Daraus leitet *Erb* überzeugend ab, dass angesichts der Behauptung eines nicht im Wortlaut angelegten Tatbestandsmerkmals die Last einer solchen Begründung den Vertretern der Verfügungstheorie obliegt und nicht denjenigen, die eine Verfügung für entbehrlich halten, *Erb* (Fn. 20), S. 711 (716).

²⁶ *Tenckhoff*, JR 1974, 489 (490); *Biletzki*, Jura 1995, 635 (636).

²⁷ Ausführlich hierzu *Erb* (Fn. 20) S. 711 (713 f.).

²⁸ *Rengier*, JuS 1981, 654 (659).

²⁹ *Tenckhoff*, JR 1974, 489 (490); *Rengier* (Fn. 9), § 11 Rn. 25.

³⁰ *Erb* (Fn. 20), S. 711 (716).

³¹ Überzeugend *Erb* (Fn. 20), S. 711 (720).

³² *Geppert/Kubitzka*, Jura 1985, 276 (278). Mit konkreten Beispielen *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 20), Rn. 433.

³³ *Rengier* (Fn. 9), § 11 Rn. 23; *Eisele* (Fn. 21), Rn. 769.

³⁴ *Geilen*, Jura 1980, 43 (51); *Schünemann*, JA 1980, 486 (488). Ausführlich zu einer mit dem Gesamtsystem des StGB nicht zu vereinbarenden Ungleichbehandlung bei Zugrundelegung der Konzeption der herrschenden Literatur, *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 20), Rn. 433.

³⁵ Zu diesem Einwand der Verfügungstheorie in verschiedener Form: *Rengier*, JuS 1981, 654, (659); *ders.* (Fn. 9), § 11 Rn. 26 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 712.

³⁶ *Sander* (Fn. 21), § 253 Rn. 19.

³⁷ *Erb* (Fn. 20), S. 711 (715); vgl. auch *Vogel* (Fn. 20), Vor §§ 249 ff. Rn. 60.

³⁸ *Erb* (Fn. 20), S. 711 (715); vgl. auch *Mitsch* (Fn. 20), S. 603.

bleibt lediglich die Möglichkeit einer Bestrafung nach § 240 Abs. 1 StGB und § 246 Abs. 1 StGB.

c) Vermögensnachteil

E müsste einen Vermögensnachteil erlitten haben, ihre Vermögenslage müsste sich also bei einer Gesamtsaldierung nach der Tat ungünstiger darstellen, als vor der Tat.³⁹ Fraglich ist, ob ein Vermögensnachteil deswegen anzunehmen ist, dass einerseits das Konto der E durch die Auszahlung belastet wurde, sie aber andererseits die von der Bank zur Übereignung angebotenen Geldscheine nicht erhalten hat.⁴⁰ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Bank zur Belastung des Kontos nur dann berechtigt gewesen wäre, wenn E die Auszahlung wirksam autorisiert hätte (vgl. § 675j Abs. 1 S. 1 BGB). Die Autorisierung von Barabhebungen an Geldautomaten besteht in der Zustimmung des Karteninhabers zu Auszahlung und Buchung. Karteninhaber und Bank haben nach § 675j Abs. 1 S. 3, S. 4 BGB regelmäßig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart, dass die Zustimmung ausschließlich mittels des Zahlungsauthentifizierungsinstruments Bankkarte in Kombination mit der PIN erteilt werden kann.⁴¹ Mithin ließe sich auf den ersten Blick vertreten, eine Autorisierung durch E sei erfolgt. Indem aber letztlich T den Auszahlungsbetrag ausgewählt hat und damit unmittelbar die in Rede stehende Auszahlung veranlasst hat, liegt – bei wertender Betrachtung unter Berücksichtigung der Risikosphären von Karteninhaber und Bank – keine Autorisierung der E vor.⁴² Andernfalls würde die Auswahl des konkreten Auszahlungsbetrags als essentielle des Zahlungsvorgangs gänzlich unberücksichtigt bleiben, zumal die Abhebung letztlich ohne den Willen des Karteninhabers erfolgt.⁴³ Die auszahlende Bank hat somit gegenüber dem Kontoinhaber, auf dessen Konto ohne seinen Auftrag oder sonstigen Rechtsgrund Belastungsbuchungen vorgenommen werden, keinen Aufwandsersatzanspruch nach den §§ 670, 675 Abs. 1 BGB (vgl. § 675u S. 1 BGB).⁴⁴ Verfügt eine Bank über das Bankguthaben eines Kunden ohne wirksame Autorisierung, steht diesem ein Anspruch gegen die Bank auf Rückbuchung des entsprechenden Betrags zu (vgl. § 675u S. 2 BGB).⁴⁵ Ein Vermögensnachteil der E könnte allenfalls dadurch zu begründen sein, dass sie gegenüber der Bank einer nur ungünstigen Beweislage hinsichtlich der fehlenden Autorisierung gegenübersteht.⁴⁶ Allerdings sprechen die maßgeblichen Beweislastregeln gegen die

Annahme einer solchen ungünstigen Beweislage (vgl. § 675w BGB).⁴⁷ Ein Vermögensnachteil ist mithin nicht bei E, sondern lediglich bei der den Automaten betreibenden B in Form des Besitzverlustes eingetreten (sog. Dreieckerpressung).

Genötigter und Geschädigter müssen zwar nicht identisch sein, nach vorzugswürdiger herrschender Ansicht setzt eine tatbestandliche Dreieckerpressung aber zumindest voraus, dass der Genötigte in einem sog. Näheverhältnis zum geschädigten Vermögen steht.⁴⁸ Gerade in der mit Nötigungsmitteln aufgehobenen Schutzfunktion des Genötigten für das Vermögen des Geschädigten liegt der Unrechtsgehalt der Dreieckerpressung.⁴⁹ Danach ist zwar weder eine rechtliche Verfügungsmacht noch eine tatsächliche Herrschaftsgewalt des Genötigten über die fremden Vermögensgegenstände im Sinne einer Gewahrsamsdienerschaft vorauszusetzen, das Näheverhältnis muss aber dergestalt bestehen, dass das Nötigungsoffer im Zeitpunkt der Tatbegehung auf der Seite des Vermögensinhabers steht.⁵⁰ Zwischen der E und B bestand lediglich eine vertragliche Beziehung. Eine solche führt aber nicht schon dazu, dass der Kunde eine Schutzfunktion hinsichtlich des Vermögens der Bank innehat.⁵¹ Mithin liegen die Voraussetzungen einer Dreieckerpressung nicht vor.⁵²

Hinweis: Teilweise wird die Voraussetzung eines Näheverhältnisses bei einer Dreieckerpressung abgelehnt.⁵³ Es ist deshalb vertretbar, mit entsprechender Argumentation einen tatbestandlichen Vermögensnachteil zu bejahen. Vertretbar erscheint es auch, als Näheverhältnis die Vertragsbeziehung zwischen E und B ausreichen zu lassen.⁵⁴ Insgesamt wären §§ 253 Abs. 1, 255 StGB dann zu bejahen.

⁴⁷ Gem. § 675w S. 1 BGB hat der Zahlungsdienstleister nachzuweisen, dass eine Authentifizierung erfolgt ist und der Zahlungsvorgang ordnungsgemäß aufgezeichnet, verbucht sowie nicht durch eine Störung beeinträchtigt wurde. Nach S. 3 reicht die Aufzeichnung der Nutzung des Zahlungsauthentifizierungsinstruments einschließlich der Authentifizierung durch den Zahlungsdienstleister allein nicht notwendigerweise aus, um nachzuweisen, dass der Zahler den Zahlungsvorgang autorisiert hat.

⁴⁸ BGHSt 41, 123 = NJW 1995, 2799 (2780); *Vogel* (Fn. 20), § 253 Rn. 20; *Sinn* (Fn. 20), § 253 Rn. 18; *Fischer* (Fn. 21), § 253 Rn. 11a; *Schünemann*, JA 1980, 486 (489 f.); Für die Vertreter der Verfügungstheorie liegt es nahe, sich hinsichtlich eines derartigen Erfordernisses an den Überlegungen zum Dreiecksbetrug zu orientieren, vgl. hierzu *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 715 m.w.N.

⁴⁹ BGH NJW 1995, 2799 (2780).

⁵⁰ BGH NJW 1995, 2799 (2780).

⁵¹ So auch *Jäger*, JA 2018, 309 (312).

⁵² Vgl. für die diesem Fall zugrunde liegende Entscheidung auch *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 736.

⁵³ *Ebel*, Jura 2007, 897 (898 ff.); *ders.*, Jura 2008, 256 (257 ff.); kritisch auch *Kudlich* (Fn. 20), § 253 Rn. 21.

⁵⁴ Vgl. *El-Ghazi*, jurisPR-StraR 6/2018 Anm. 1.

³⁹ *Sander* (Fn. 21), § 253 Rn. 24; *Bosch* (Fn. 10), § 253 Rn. 9.

⁴⁰ So der BGH in der diesem Fall zugrunde liegenden Entscheidung, BGH NJW 2018, 245.

⁴¹ *Maihold*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 54 Rn. 40.

⁴² So für die zugrunde liegende Entscheidung auch *Jäger*, JA 2018, 309 (311).

⁴³ Nach *Maihold* (Fn. 41), § 54 Rn. 40 ist es unerheblich ob dabei eine Kopie oder das entwendete Original der Karte Verwendung gefunden hat und auf welche Weise der unberechtigte Nutzer Kenntnis von der PIN erlangt hat.

⁴⁴ BGH NStZ 2008, 396 (397).

⁴⁵ *El-Ghazi*, jurisPR-StraR 6/2018 Anm. 1.

⁴⁶ *Jäger*, JA 2018, 309 (311).

2. Ergebnis

T hat sich nicht nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB strafbar gemacht.

III. § 240 Abs. 1 StGB durch das Wegstoßen

Indem T die E wegstieß hat sie sie vorsätzlich mit Gewalt zur Duldung der Eingabe des Auszahlungsbetrags und der Entnahme der Geldscheine genötigt (siehe oben). Dies geschah auch rechtswidrig, insbesondere verwerflich im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB und schuldhaft. Mithin hat sie sich nach § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Wurde bereits eine Strafbarkeit des T nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB bejaht, tritt § 240 Abs. 1 StGB aufgrund von Spezialität zurück.

IV. § 246 Abs. 1 StGB durch das Verschwinden mit den entnommenen Geldscheinen

Indem sich T die Geldscheine vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft zugeignet hat, hat sie sich nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht

Hinweis: Wenn mit dem BGH eine Strafbarkeit nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB angenommen wird, tritt § 246 Abs. 1 StGB wegen formeller Subsidiarität zurück.

Hinweis: Freilich wäre im ersten Tatkomplex noch eine Strafbarkeit nach § 263a Abs. 1 StGB in Betracht gekommen, deren Prüfung durch den Bearbeitervermerk für die Bearbeiterinnen und Bearbeiter allerdings ausgeschlossen war. Hierzu sei noch Folgendes ergänzt: Indem T den Auszahlungsbetrag am Geldautomaten ausgewählt hat, könnte sie das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch unbefugte Verwendung von Daten beeinflussen haben. Dies würde jedoch nach herrschendem Verständnis voraussetzen, dass T Daten in einen Datenverarbeitungsvorgang eingebracht hat.⁵⁵ Zwar handelt es sich bei den auf der Bankkarte gespeicherten Informationen sowie der PIN grundsätzlich um Daten. Diese hat aber nicht T in den Datenverarbeitungsvorgang eingeführt und mithin nicht verwendet.⁵⁶ Allerdings könnte T durch die Auswahl des Auszahlungsbetrages Daten verwendet haben. Sie hat sie durch das bloße Auswählen des Auszahlungsbetrags jedoch nicht in den Datenverarbeitungsvorgang eingebracht. Die Auswahl einer von mehreren im System angelegten Alternativen stellt eine nachfolgende Inputhandlung in den laufenden Datenverarbeitungsvorgang dar und ist vielmehr als sonstige Einwirkung auf den

Ablauf nach Var. 4 zu qualifizieren.⁵⁷ Umstritten ist, ob das Merkmal „unbefugt“ wie nach herrschender Meinung⁵⁸ bei Var. 3 „betrugsspezifisch“ auszulegen ist. Das Vorliegen einer Täuschungsäquivalenz könnte vorliegend problematisch sein, da die Gewaltanwendung der T das Geschehen dominiert und sich ihr Verhalten deshalb gegenüber einer fiktiven Person wohl nicht als Täuschung über ihre Berechtigung zum Geldabheben darstellt.⁵⁹ Verzichtet man jedoch wie weite Teile in Literatur auf die Voraussetzung einer Täuschungsäquivalenz⁶⁰, wäre das Merkmal unbefugt zu bejahen. T hat durch die Auswahl des Auszahlungsbetrages auch das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst und das Vermögen der Bank B geschädigt (vgl. oben). Sie handelte darüber hinaus vorsätzlich und in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensnachteil zu verschaffen, sowie rechtswidrig und schuldhaft. Eine Strafbarkeit nach § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB wäre demnach zu bejahen gewesen.⁶¹

2. Tatkomplex: „Wohin mit den Punkten?“**I. Strafbarkeit nach § 153 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens**

Da es sich bei dem Landratsamt nicht um eine andere zur eidlichen Vernehmung zuständige Stelle im Sinne des § 153 StGB handelt, kommt eine Strafbarkeit des A nach § 153 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens an das Landratsamt nicht in Betracht.

II. Strafbarkeit nach § 164 Abs. 2 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens an das Landratsamt könnte sich A nach § 164 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Tatbestandsmäßigkeit**a) Aufstellen einer Behauptung*

Eine tatbestandliche Behauptung erfordert, dass gegenüber einer in § 164 Abs. 1 StGB bezeichneten Stelle oder öffentlich eine (sonstige) – objektive unwahre – Behauptung tatsächlicher Art aufgestellt wird, die geeignet ist, ein behördli-

⁵⁵ Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 263a Rn. 8; Kindhäuser (Fn. 9), § 263a Rn. 20; Mühlbauer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263a Rn. 35 m.w.N.

⁵⁶ So für die diesem Fall zugrunde liegende Entscheidung Jäger, JA 2018, 309 (312).

⁵⁷ Mühlbauer (Fn. 55), § 263a Rn. 89; a.A. wohl Brand, NJW 2018, 245 (246).

⁵⁸ Siehe zum Meinungsstand ausführlich Mühlbauer (Fn. 55), § 263a Rn. 43 ff.

⁵⁹ So Brand, NJW 2018, 245 (246).

⁶⁰ Fischer (Fn. 21), § 263a Rn. 18; Tiedemann/Valerius, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263a Rn. 62; Mühlbauer (Fn. 55), § 263a Rn. 89 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

⁶¹ So im Ergebnis bezogen auf die diesem Fall zugrunde liegende Entscheidung auch Jäger, JA 2018, 309 (312).

ches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen herbeizuführen oder fort dauern zu lassen.⁶²

Die im Anhörungsbogen der Bußgeldbehörde entgegen dem tatsächlichen Geschehen aufgestellte Behauptung, Führer des Kraftfahrzeugs zum Zeitpunkt der Begehung der Ordnungswidrigkeit sei X gewesen, erfolgte gegenüber dem Landratsamt als Behörde im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB und ist geeignet, eine behördliche Maßnahme, nämlich ein Bußgeldverfahren, auszulösen.⁶³

b) Personenbezug

Diese Behauptung müsste zugleich in Bezug auf eine andere Person aufgestellt worden sein („über einen anderen“). Zwar ist nicht erforderlich, dass der Handelnde den vermeintlichen Täter exakt bezeichnet. Die Behörde muss jedoch unschwer ermitteln können, gegen wen sich der Verdacht nach dem Willen des Handelnden richten soll.⁶⁴ Dies erfordert, dass die Behauptung sich gegen eine bestimmte oder wenigstens bestimmbare Person richtet, d.h. der vermeintliche Täter hinreichend individualisierbar ist.⁶⁵ Zweifelhaft ist mithin, ob auch die Benennung einer fiktiven Person tatbestandsmäßig ist.

Eine isolierte Betrachtung des Wortlauts „über einen anderen“ führt zu keinem zwingenden Ergebnis.⁶⁶ Anderes könnte in Bezug auf die Normüberschrift „Falsche Verdächtigung“ gelten, die selbst zwar keinen Teil des gesetzlichen Straftatbestands darstellt, aber im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden kann. Der Begriff der „Verdächtigung“ bezieht sich nach seinem Wortsinn stets auf eine konkret existierende Person, was dafür spricht, dass sich die Behauptung ebenfalls auf eine in Wirklichkeit existierende Person beziehen muss.⁶⁷

Aus einem systematischen Vergleich mit § 189 StGB folgt keine andere Lesart. Der Tatbestand der Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener zielt zwar auf den postmortalen

Schutz der Ehre des „Verstorbenen“ ab, der systematische Rückschluss, dem Gesetzgeber sei mit der dort verwendeten Formulierung der Unterschied zwischen existierenden und nicht existierenden Personen bekannt, ist aber im Rahmen des § 164 Abs. 2 StGB nicht zwingend.⁶⁸ Eine nunmehr nicht existierende, da verstorbene Person existierte zuvor in der Wirklichkeit, während eine fiktive Person nie zuvor in der Wirklichkeit existierte. Systematisch liegt stattdessen ein Vergleich mit § 187 StGB näher. Die Norm spricht nicht nur – wie § 164 Abs. 2 StGB – von „einem anderen“, sondern bezweckt damit ebenfalls den Schutz des Einzelnen. Da eine Herabwürdigung einer fiktiven Person in der öffentlichen Meinung nicht möglich erscheint, ließe sich angesichts des beschriebenen Gleichlaufs dieses Ergebnis auf § 164 Abs. 2 StGB übertragen.⁶⁹ Letztlich spricht aber vor allem die Vorschrift des § 165 StGB dafür, dass sich die Behauptung gegen eine existierende Person richten muss. Die Norm gesteht dem Verletzten unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf öffentliche Bekanntgabe der Verurteilung zu. Notwendigerweise setzt § 165 StGB somit bei einer Tat gem. § 164 StGB einen Verletzten, d.h. eine existierende Person voraus.⁷⁰ Zudem enthält das Gesetz mit § 145d StGB einen Tatbestand, der das Vortäuschen einer Straftat erfasst ohne einen Individualbezug aufzuweisen und außerdem einen geringeren Strafrahmen als § 164 StGB vorsieht. Diese Wertung darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass Sachverhalte ohne Individualbezug ebenfalls unter § 164 StGB gefasst werden.

In teleologischer Hinsicht gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass § 164 StGB nach herrschender Meinung sowohl den Schutz der Funktionsfähigkeit der innerstaatlichen Rechtspflege vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme durch Irreführung bezweckt als auch den Schutz des Einzelnen, Opfer ungerechtfertigter wie irreführter staatlicher Maßnahmen zu werden. Zwar ist der Individualschutz nicht berührt, wenn bloß eine nichtexistierende Person verdächtigt wird. Sieht man aber bereits die Beeinträchtigung eines der beiden Rechtsgüter als zur Annahme strafwürdigen Verhaltens ausreichend an,⁷¹ könnte in Anbetracht der zumindest erfolgten Irreführung der innerstaatlichen Rechtspflege, eine nicht fiktive Person als „anderer“ im Sinne des § 164 Abs. 2 StGB angesehen werden.⁷² Dieses Verständnis würde auch das Entstehen einer Strafbarkeitslücke verhindern und damit zugleich der nicht unerheblichen Beeinträchtigung des Schutzgutes der innerstaatlichen Rechtspflege gerecht werden.

⁶² Zu der Unwahrheit der Verdächtigung *Zopfs*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 164 Rn. 33 ff.

⁶³ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111); *Zopfs* (Fn. 62), § 164 Rn. 38 f.

⁶⁴ *Ruß*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 164 Rn. 20.

⁶⁵ Zum Ganzen *Ruß* (Fn. 64), § 164 Rn. 20; *Zopfs* (Fn. 62), § 164 Rn. 16; *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 41. Ed. Stand: 1.2.2019, § 164 Rn. 13; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 164 Rn. 22; *Fischer* (Fn. 21), § 164 Rn. 7. In diesem Zusammenhang hat der BGH bereits entschieden, dass eine falsche Verdächtigung gegenüber einem Verstorbenen nicht vorliegen kann, BGH NJW 1959, 2172 (2172). Bereits das Reichsgericht hatte entschieden, dass eine falsche Anschuldigung nicht vorliege, wenn diese sich nicht gegen „eine bestimmte, vorhandene und erkennbare, also verfolgbare Person“ richtet, RGSt 46, 85 (87).

⁶⁶ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111); *Greiner*, NZV 2017, 314 (315) „insofern erst einmal offen“.

⁶⁷ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111).

⁶⁸ A.A. *Greiner*, NZV 2017, 314 (315).

⁶⁹ *Mitsch*, NJW 2018, 1112 (1113).

⁷⁰ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111); kritisch *Mitsch*, NJW 2018, 1112 (1113).

⁷¹ BGH NJW 1960, 1678 (1679); *Bosch/Schittenhelm* (Fn. 65), § 164 Rn. 1a; *Ruß* (Fn. 64), § 164 Rn. 3; *Kühl* (Fn. 21), § 164 Rn. 1; *Fischer* (Fn. 21), § 164 Rn. 2 m.w.N.; dafür auch *Greiner*, NZV 2017, 314 (315); zu Recht kritisch *Zopfs* (Fn. 62), § 164 Rn. 2; *Rogall/Rudolphi*, in: Wolter (Fn. 4), § 164 Rn. 1 ff.; *Vormbaum*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 9), § 164 Rn. 7 m.w.N.

⁷² OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111 f.).

Letztlich gebietet eine verfassungskonforme Auslegung, dass sich die Behauptung im Sinne des § 164 Abs. 2 StGB auf eine existierende Person bezieht. Art. 103 Abs. 2 GG statuiert die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Voraussetzungen eines Straftatbestands so konkret zu umschreiben, dass dessen „Tragweite und Anwendungsbereich sowie Rechtsfolgen eines Verstoßes zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen“⁷³. Die Auslegung eines Straftatbestandes findet daher – in Abgrenzung zur unzulässigen Analogie – ihre äußerste Grenze in dem noch möglichen Wortsinn.⁷⁴ In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass das Normverständnis – neben dem offenen Wortlaut (siehe oben) – durch die gesetzlichen Norm- und Abschnittsüberschriften, in denen jeweils von „Verdächtigung“ die Rede ist, geprägt wird. Dieses auf dem Wortsinn aufbauende Argument führt zusammen mit dem Ergebnis der systematischen Auslegung zu einer Verengung des möglichen Wortlautverständnisses. Ein gegenteiliges Ergebnis hat aus Sicht des Bürgers im Gesetz keinen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden, weshalb die Einbeziehung nichtexistenter Personen einer verfassungswidrigen, da täterbelastenden Analogie nahekommen würde.⁷⁵ Darüber hinaus wird die Alternativitätstheorie von Teilen der Literatur mangels gesetzlicher Stütze, systematischer Stellung der Norm sowie Schutz des Individuums durch §§ 185 ff. StGB nicht als zwingend erachtet.⁷⁶ Das Ergebnis der entgegenstehenden teleologischen Auslegung ist insofern nicht unangefochten.

Die Verdächtigung einer nichtexistenten Person genügt im Rahmen des § 164 Abs. 2 StGB im Ergebnis nicht.⁷⁷ A hat demnach keine auf eine andere Person bezogene Behauptung aufgestellt. Folglich wurde der objektive Tatbestand nicht verwirklicht.

Hinweis: Eine derart ausführliche gutachterliche Erörterung des in Rede stehenden Problems anhand des juristischen Auslegungskanonens kann von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern nicht erwartet werden. Sie soll lediglich dazu dienen, verschiedene Argumentationsansätze aufzuzeigen. Eine andere Meinung ist unter Hinweis auf den, isoliert betrachtet, offenen Wortlaut sowie den Schutzzweck der Norm vertretbar.

⁷³ BVerfGE 47, 109 = NJW 1978, 933 (934).

⁷⁴ Fischer (Fn. 21), § 1 Rn. 21; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 5 Rn. 5.

⁷⁵ Greiner, NZV 2017, 314 (315 f.); LG Tübingen BeckRS 2017, 142975. Ähnlich OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1112).

⁷⁶ Zopfs (Fn. 62), § 145d Rn. 2 f.; Rogall/Rudolphi (Fn. 71), § 164 Rn. 1 ff.; Vormbaum (Fn. 71), § 164 Rn. 7 m.w.N.

⁷⁷ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111 f.); LG Tübingen BeckRS 2017, 142975; Mitsch, NJW 2018, 1112 (1112 f.); Greiner, NZV 2017, 314 (315 f.); dies entspricht soweit ersichtlich zugleich der herrschenden Meinung in der Literatur, siehe Ruß (Fn. 64), § 164 Rn. 20; Zopfs (Fn. 62), § 164 Rn. 16; Valerius (Fn. 65), § 164 Rn. 13; Bosch/Schittenhelm (Fn. 65), § 164 Rn. 22; Fischer (Fn. 21), § 164 Rn. 7.

2. Ergebnis

A hat sich nicht nach § 164 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: In der diesem Teil des Falles zugrunde liegenden Entscheidung des OLG Stuttgart in NJW 2018, 1110 ging es um die Strafbarkeit desjenigen, der im Ausgangspunkt von dem Bußgeldverfahren betroffen war und dem Anbieter der Anzeige im Internet den Anhörungsbogen zukommen ließ (im vorliegenden Sachverhalt die T). Wenn nach einer Strafbarkeit der T gefragt wäre, müsste man sich insoweit – über die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit der Verdächtigung einer nicht existierenden Person hinaus – die Frage einer täterschaftlichen Zurechnung stellen. Das OLG Stuttgart deutet wohl eine mittelbare Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB an.⁷⁸ Allerdings dürfte im Falle der Tatbestandsmäßigkeit der Verdächtigung einer nicht existierenden Person wohl eher eine mittäterschaftliche Zurechnung des Ausfüllens und Übersendens des Anhörungsbogens gem. § 25 Abs. 2 StGB in Betracht kommen. Anders als in dem Fall, in dem sich der Dritte wahrheitswidrig selbst als verantwortlichen Fahrzeugführer angibt⁷⁹, liegt im Falle der Angabe einer nicht existierenden Person kein Mangel in der Person des Handelnden vor.⁸⁰ Ist der Sachverhalt so gelagert, dass der Anbieter der Punkteübernahme absprachewidrig nicht sich selbst, sondern eine nicht existierenden Person im Anhörungsbogen angibt, könnte man für den eigentlich vom Bußgeldverfahren Betroffenen – der davon ausgeht, der andere bezichtige sich selbst – an eine Strafbarkeit wegen versuchter mittelbarer Täterschaft denken. Der Versuch des § 164 Abs. 2 StGB ist aber nicht strafbar.

III. Strafbarkeit nach § 258 Abs. 1 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Da es sich bei einer Ordnungswidrigkeit nicht um eine rechtswidrige Tat im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB handelt und zudem der Erlass eines Bußgeldbescheids in Ansehung der Geschwindigkeitsüberschreitung keine Maßnahme im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB darstellt, kommt eine Strafbarkeit des A nach § 258 Abs. 1 StGB nicht in Betracht.

IV. Strafbarkeit nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Ebenso scheidet mangels rechtswidriger Tat im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB eine Strafbarkeit des A nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB.

⁷⁸ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1112).

⁷⁹ Siehe zu dieser Konstellation die Urteile des OLG Stuttgart NStZ 2016, 155 und NJW 2017, 1971.

⁸⁰ Vgl. auch Jahn, JuS 2018, 591 (592).

V. Strafbarkeit nach § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens an das Landratsamt könnte sich A nach § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

A könnte eine unechte Urkunde hergestellt haben. Bei dem handschriftlich ausgefüllten Anhörungsbogen handelt es sich um eine verkörperte menschliche Gedankenerklärung hinsichtlich der Begehung der in Rede stehenden Ordnungswidrigkeit, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt.⁸¹ Bei X als dem aus der Urkunde hervorgehenden Aussteller handelt es nicht um den tatsächlichen Aussteller. Tatsächlicher Aussteller ist vielmehr der A. Die Tatsache, dass der angebliche Aussteller X in Wirklichkeit nicht existiert, ist in Anbetracht der dennoch vorliegenden Identitätstäuschung unbeachtlich.⁸² A hat mithin eine unechte Urkunde hergestellt.

Indem A dem Landratsamt den Anhörungsbogen übersendete, hat er zudem eine unechte Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB gebraucht.

A handelte vorsätzlich sowie zur Täuschung im Rechtsverkehr und erfüllt damit den subjektiven Tatbestand.

Stellt ein Täter die unechte Urkunde selbst her und macht dann von dieser planmäßig Gebrauch, liegt eine tatbestandliche Handlungseinheit und mithin nur eine Tat vor.⁸³

2. Rechtswidrigkeit, Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

Er hat sich mithin nach § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Für die Annahme einer Gewerbsmäßigkeit des A im Sinne des § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB bestehen im Sachverhalt keine näheren Anhaltspunkte. Eine gegenteilige Sachverhaltsauslegung in Bezug auf das Angebot des A im Internet ist noch vertretbar.

VI. Strafbarkeit nach §§ 271 Abs. 1, Abs. 4, 22 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens an das Landratsamt könnte sich A nach §§ 271 Abs. 1, Abs. 4, 22 StGB strafbar gemacht haben.

Zwar wollte er in Hinblick auf die Eintragung der aus der Ordnungswidrigkeit resultierenden Punkte bei einer anderen Person als dem tatsächlichen Täter eine falsche Eintragung

der Ordnungswidrigkeit im Fahreignungsregister herbeiführen. Bei dem vom Kraftfahrt-Bundesamt geführte Fahreignungsregister müsste es sich jedoch um ein öffentliches Register i.S.v. § 271 Abs. 1 StGB handeln. Ein öffentliches Register stellt eine Sonderform der öffentlichen Urkunde dar.⁸⁴ Eine öffentliche Urkunde muss unter anderem Beweiskraft für und gegen jedermann entfalten.⁸⁵ Allerdings können nur Gerichte und Behörde sowie jedermann bezüglich der ihn selbst betreffenden Eintragungen Einsicht in das Fahreignungsregister nehmen. Indem die Beweiskraft somit nicht für und gegen jedermann beurkundet wird, handelt es sich bei dem Fahreignungsregister nur um ein innerdienstliches, nicht aber ein öffentliches Register.⁸⁶

Eine Strafbarkeit des A nach §§ 271 Abs. 1, Abs. 4, 22 StGB scheidet damit aus.

VII. Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens an das Landratsamt könnte sich A nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Täuschung über Tatsachen

Durch die unwahre Behauptung im Fragebogen, er – X – sei zur Tatzeit der verantwortliche Fahrzeugführer gewesen, wirkte A intellektuell auf das Vorstellungsbild eines anderen ein und spiegelte damit eine falsche Tatsache vor.

b) Irrtum

Da das Verfahren gegen T infolgedessen eingestellt wurde, unterlag der behördliche Sachbearbeiter hierdurch einer entsprechenden Fehlvorstellung, mithin einem Irrtum.

c) Vermögensverfügung

Der behördliche Sachbearbeiter müsste eine Vermögensverfügung vorgenommen haben. Dies ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.⁸⁷ Eine Vermögensminderung könnte hier in dem Unterlassen der Fortsetzung des gegen T gerichteten Bußgeldverfahrens, also dem Unterlassen des Erlasses eines Bußgeldbescheids, zu sehen sein. Dabei würde es sich jedoch nur dann um eine Vermögensminderung handeln, wenn staatliche Sanktionen, denen ein Geldwert beigemessen werden kann, dem von § 263 StGB geschützten Vermögen unterfallen.

Dagegen spricht, dass staatliche Strafansprüche primär die Funktion eines repressiven Ahnungsinstruments haben, die die monetäre Funktion und den vermögensrechtlichen

⁸¹ Zum Urkundenbegriff *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2017, § 32 Rn. 1 ff.

⁸² BGH NJW 1954, 320; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 267 Rn. 49; *Fischer* (Fn. 21), § 267 Rn. 30.

⁸³ St. Rspr., vgl. zuletzt BGH NStZ 2018, 205; BGH NStZ 2018, 468.

⁸⁴ *Freund*, in: Joecks/Miebach (Fn. 55), § 271 Rn. 11.

⁸⁵ St. Rspr., vgl. zuletzt BGH NStZ 2018, 406 (407).

⁸⁶ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1112); *Zieschang*, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2012, § 271 Rn. 67.

⁸⁷ *Rengier* (Fn. 9), § 13 Rn. 63.

Charakter in den Hintergrund treten lässt.⁸⁸ Dies wird bestätigt von dem Umstand, dass derartige Sanktionsansprüche nicht wie andere Vermögenswerte frei im wirtschaftlichen Verkehr austauschbar sind.⁸⁹ Zudem ist, systematisch betrachtet, mit § 258 Abs. 1 StGB auch bereits eine Norm gegeben, die den Strafwürdigkeitsgehalt einer Sanktionsvereitelung abschließend erfasst und spezielle Wertungen, wie das Selbstbegünstigungsprivileg gem. § 258 Abs. 5 StGB enthält, die dadurch unterlaufen werden können, dass Sanktionsansprüche in den Schutzbereich des § 263 Abs. 1 StGB einbezogen werden.⁹⁰ Mithin ist es vorzugswürdig, staatliche Sanktionsansprüche aus dem von § 263 Abs. 1 StGB geschützten Vermögen auszunehmen. Das Unterlassen der Fortsetzung des Bußgeldverfahrens gegen T stellt daher mangels Vermögensbezugs keine Vermögensverfügung dar.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Betrugs gegenüber dem behördlichen Sachbearbeiter und zu Lasten des Fiskus gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist gut vertretbar. So wird eine Vermögensverfügung teilweise mit der Begründung bejaht, auch staatliche Strafansprüche würden von der Rechtsordnung anerkannte Ansprüche mit Vermögenswert darstellen.⁹¹ Dafür könnte etwa vorgebracht werden, dass insbesondere Verwarnungsgelder zunehmend als feste Größe bei der Bestimmung des jährlichen Haushaltes einbezogen und kalkuliert würden.⁹² Wer eine Vermögensverfügung bejaht, kommt auch zum Vorliegen eines Vermögensschadens. Im subjektiven Tatbestand wäre dann insbesondere die Bereicherungsabsicht zu thematisieren. Eine Eigenbereicherungsabsicht kommt insofern nicht in Betracht, da A die 500 € von T bereits erhalten hat und diese Bereicherung jedenfalls nicht stoffgleich wäre. Zu erörtern wäre eine Drittbereicherungsabsicht zugunsten der T. Dem A müsste es also auf eine Bereicherung der T

angekommen sein. Zwar wird hier als ausreichend erachtet, dass der Vorteil als notwendiges Mittel für einen dahinter liegenden weiteren (End-)Zweck erstrebt wird,⁹³ vorliegend hat A die Bezahlung von T jedoch bereits erhalten, sodass diese nicht als dahinter liegender Zweck angesehen werden kann.⁹⁴ Allenfalls könnte man die Bereicherung der T als notwendiges und mithin (mit-)beabsichtigtes Zwischenziel damit begründen, dass es A gerade darauf ankam, sich durch die Bereicherung der T einer weiteren Rechtfertigung des dauerhaften Erhalts der 500 € gegenüber T zu entziehen.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

T hat sich im ersten Tatkomplex wegen Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB und Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Da das Wegstoßen und das Entnehmen des Bargeldes eine natürliche Handlungseinheit bilden, stehen die Taten zueinander in Tateinheit gem. § 52 StGB.

A hat sich im zweiten Tatkomplex nach § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁸⁸ OLG Köln NJW 2002, 527 (528); *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Fn. 55), § 263 Rn. 497 f.; *Fischer* (Fn. 21), § 263 Rn. 99; *Perron* (Fn. 55), § 263 Rn. 78a; *Hoyer* (Fn. 4), § 263 Rn. 129; *Kühl* (Fn. 21), § 263 Rn. 45; *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 60), § 263 Rn. 145; *Beuckelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 42. Ed., Stand: 1.5.2019, § 263 Rn. 41; *Rengier* (Fn. 9), § 13 Rn. 127.

⁸⁹ *Hefendehl* (Fn. 88), § 263 Rn. 498; *Hoyer* (Fn. 4), § 263 Rn. 129; vgl. auch BGH NJW 1993, 273 (275).

⁹⁰ *Fischer* (Fn. 21), § 263 Rn. 99; *Rengier* (Fn. 9), § 13 Rn. 127.

⁹¹ *Fahl*, NStZ 2017, 65; diese Ansicht als durchaus plausibel bezeichnend *Kindhäuser* (Fn. 9), § 263 Rn. 247; vgl. auch *Graul*, JR 1991, 435, die jedoch § 258 Abs. 5 StGB analog anwenden will; mit weitergehenden Argumenten *Mitsch*, NStZ 2016, 564 (565 f.), der aber kritisch zur Unmittelbarkeit der Vermögensminderung in einem der hiesigen Konstellation vergleichbaren Fall steht.

⁹² *Kindhäuser* (Fn. 9), § 263 Rn. 247.

⁹³ *Rengier* (Fn. 9), § 13 Rn. 238; *Perron* (Fn. 55), § 263 Rn. 176 m.w.N.

⁹⁴ Darin unterscheidet sich die hiesige Konstellation von dem gängigen Beispiel, in dem es einem Provisionsvertreter, der einen Kunden zum Abschluss eines nachteiligen Vertrages veranlasst, gerade darum geht seinen Unternehmer zu bereichern, da dessen Bereicherung als notwendiges Mittel zur Erlangung der letztlich erstrebten Provision angesehen wird, vgl. hierzu *Perron* (Fn. 55), § 263 Rn. 176 m.w.N.

Entscheidungsanmerkung

Zur Unwirksamkeit von AGB-Klauseln in Reiseverträgen über die automatische Buchung von Trinkgeld auf dem Bordkonto des Passagiers

1. Eine vorformulierte „Trinkgeldempfehlung“ in Reisekatalogen eines Kreuzfahrt-Veranstalters stellt eine AGB dar und benachteiligt den Verbraucher unangemessen, wenn dieser der Klausel nicht ausdrücklich zugestimmt hat.

2. Die Ausdrücklichkeit der Zustimmung stimmt nicht mit der im Rahmen der Einbeziehung von AGB geforderten Ausdrücklichkeit überein.

(Leitsätze des Verf.)

BGB §§ 305 Abs. 1 S. 1, 307 Abs. 1, 307 Abs. 2 Nr. 1, 312a Abs. 3 S. 1

OLG Koblenz, Beschl. v. 14.6.2019 – 2 U 1260/17 (LG Koblenz)¹

I. Einleitung²

Die Thematisierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ist ein fester Bestandteil zivilrechtlicher Vorlesungen sowie juristischer Klausuren. Die hohe Praxisrelevanz steht außer Frage und ergibt sich allein schon aus der ständigen Befassung der Gerichte mit AGB-rechtlichen Problemen. Die vorliegende Entscheidung behandelt schwerpunktmäßig das Vorliegen von AGB nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB und das Ausdrücklichkeitserfordernis des § 312a Abs. 3 S. 1 BGB. Dabei werden einige Probleme behandelt, die sich auch ohne weiteres in eine Klausur einbauen lassen.

II. Sachverhalt (leicht verkürzt) und Verfahrensgang

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Bei der Beklagten handelt es sich um eine Reiseveranstalterin, die ihre Reisen mit verschiedenen Werbemitteln wie Katalogen, Flyern, besonderen Anzeigen und durch einen Internetauftritt vermarktet. Außerdem vertreibt sie im Rahmen von Kooperationen mit Vertriebspartnern Reisen. Hierbei bieten die Vertriebspartner im regelmäßigen Rhythmus eine beschränkte Anzahl von Reiseangeboten an mögliche Reisekunden an. Dabei weisen die Vertriebspartner ausdrücklich darauf hin, dass die Beklagte die Reiseveranstalterin ist. Für die Interessenten besteht die Möglichkeit, über die Internetseite der Beklagten, über eine speziell eingerichtete Telefonnummer oder per Post, Telefax, E-Mail sowie persönlich in den Geschäftsräumen der Beklagten eine Reise zu buchen.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://www.landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/7qe/page/bsrlpprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&doc.id=KORE220682019&doc.part=L> (11.11.2019) und abgedruckt in NJW-RR 2019, 1140 ff.

² Der Autor dankt Julia Thiesen für die anregenden Diskussionen zur Erstellung der Anmerkung.

In einem ihrer Reiseprospekte warb die Beklagte für eine Schiffsreise und verwendete hierbei unter der Rubrik „Inklusivleistungen und Wunschleistungen pro Person“ folgende Textpassage: „Trinkgeldempfehlung: Sie sind sicher gerne bereit, die Leistung der Servicecrew durch ein Trinkgeld zu honorieren. Hierfür wird auf Ihrem Bordkonto ein Betrag in Höhe von 10 € pro Person/Nacht an Bord gebucht, den Sie an der Rezeption kürzen, streichen oder erhöhen können.“

Bei Beginn der gebuchten Schiffsreise wird für jeden Passagier ein eigenes Bordkonto angelegt, worüber sämtliche auf dem Schiff getätigten Ausgaben abgewickelt werden. Dies können z.B. Ausgaben für Getränke und Ausflüge sein. Der Passagier kann entsprechend den Ausführungen in der als „Trinkgeldempfehlung“ bezeichneten Textpassage in dem Werbeprospekt, angeben, dass er kein Trinkgeld geben will. Aus buchhalterischen Gründen kann es vorkommen, dass die Einbuchung zunächst vorgenommen wird, jedoch spätestens mit der Endabrechnung storniert wird, oder dass ein entsprechender Buchungsvorgang von vorneherein unterbleibt.

Die Klägerin, welche eine eingetragene qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG ist, mahnte die jetzige Beklagte mit Schreiben vom 20.12.2016 zunächst dahingehend ab, dass sie die Ausführungen in den Werbeprospekten zu der „Trinkgeldempfehlung“ als einen Verstoß gegen § 307 BGB betrachte. Die Klägerin fügte eine vorformulierte Unterlassungserklärung bei. Die Beklagte hingegen lies mit anwaltlichem Schreiben vom 11.1.2017 die Forderung der Klägerin zurückweisen und weigerte sich dementsprechend, die Unterlassungserklärung abzugeben.

Das Landgericht Koblenz³ hat die Beklagte erstinstanzlich verurteilt, es zu unterlassen, in Reiseverträgen, die mit Verbrauchern geschlossen werden, die streitige Klausel zu verwenden, oder sich bei der Abwicklung von solchen geschlossenen Reiseverträgen auf diese Klausel zu berufen.

III. Die Entscheidung des OLG Koblenz

Gegen die erstinstanzliche Entscheidung des LG Koblenz hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie weiterhin die Abweisung der Klage beantragt und nun erstmals hilfsweise eine Frist zur Verwendung der bereits gedruckten Werbeprospekte, die die streitgegenständliche Klausel noch enthalten, beantragt.

Das OLG Koblenz hat als zuständiges Berufungsgericht mit einstimmigem Beschluss vom 16.6.2019 entschieden, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. Nach Ansicht des Gerichts hat das Rechtsmittel der Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Der Rechtssache kommt auch keine grundsätzliche Bedeutung zu und eine Entscheidung des Berufungsgerichts ist weder für die Fortbildung des Rechts noch für die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Im Folgenden werden die Kernaussagen besprochen, die das Gericht in seinem Beschluss, sowie in dem bereits zuvor am 5.2.2019 ergangenen Hinweisbeschluss⁴ getätigt hat.

³ LG Koblenz BeckRS 2017, 143913.

⁴ OLG Koblenz BeckRS 2019, 14378.

1. Katalogangaben sind als AGB zu werten

Die von der Beklagten verwendete Klausel stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Dabei ist es unerheblich, dass, wie die Berufungsführerin vorgetragen hat, ein Katalog noch kein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrages darstellt, sondern lediglich eine *invitatio ad offerendum*⁵ ist. Der Vertrag kommt nämlich erst in dem Moment zustande, indem der Kunde auf der Grundlage des Katalogs ein Angebot zum Erwerb von Waren oder Dienstleistungen abgibt und dieses Angebot von der anderen Vertragspartei angenommen wird.

2. Die „Trinkgeldempfehlung“ stellt eine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung dar

Die entscheidungsrelevante Rechtsvorschrift, von der eine Abweichung in Betracht gekommen ist, ist hier dem Gericht zufolge § 312a Abs. 3 S. 1 BGB. Demnach ist eine Vereinbarung, die auf eine über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung des Verbrauchers gerichtet ist, nur möglich, wenn bei Verbraucherverträgen der Verbraucher ausdrücklich zustimmt.

Das Gericht hat hier mit der „Trinkgeldempfehlung“ sowohl eine über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung gesehen, als auch die ausdrückliche Vereinbarung als fehlend betrachtet. Da die Trinkgeldempfehlung somit von einer Rechtsvorschrift abweicht, war die Inhaltskontrolle der AGB möglich.

3. Verstoß gegen §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 307 Abs. 1 S. 1 BGB

Der in der Folge durchzuführenden Inhaltskontrolle kann die Klausel der Kammer zufolge nicht standhalten, da diese mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, des § 312a Abs. 3 S. 1 BGB von der sie abweicht, nicht zu vereinbaren ist und deswegen eine unangemessene Benachteiligung der Kunden im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt. Laut Gericht hätte eine ausdrückliche Vereinbarung über das Trinkgeld erfolgen müssen. Das Gericht sieht hierbei einen Unterschied zwischen der Ausdrücklichkeit, welche schon grundsätzlich zur Einbeziehung der AGB notwendig ist und der Ausdrücklichkeit im Rahmen des § 312a Abs. 3 S. 1 BGB. Begründet wird dies damit, dass andernfalls die ausdrückliche Zustimmung zu einem zusätzlichen Entgelt mit der normalen Vertragserklärung des Verbrauchers zusammenfallen würde.

4. Gewährung einer Aufbrauchsfrist

In ihrem Berufungsantrag machte die Beklagte hilfsweise die Gewährung einer Frist von 6 Monaten für den Verbrauch der zum Zeitpunkt der Rechtskraft noch vorhandenen Reisekataloge in Printform geltend („Aufbrauchsfrist“). Diesen Hilfsantrag hat der Senat abgelehnt. Begründet wurde dies damit, dass die Klägerin die Beklagte bereits vor geraumer Zeit über die rechtliche Problematik der streitgegenständlichen Klausel informiert hat und die Beklagte schon in erster Instanz zur

Unterlassung verurteilt wurde. Die Beklagte hatte demzufolge ausreichend Zeit, sich auf ihre Unterlassungspflicht einzustellen und war damit unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht schutzwürdig.

IV. Würdigung

Durch die Entscheidung des OLG Koblenz wird die Reise von Kreuzfahrtpassagieren deutlich angenehmer. Bisher waren diese vor die Entscheidung gestellt, entweder den „Trinkgeldvorschlag“, der von den meisten Veranstaltern verwendet wurde, zu akzeptieren oder an der Rezeption des Schiffes die Streichung zu verlangen. Der Beschluss verbessert insoweit die Position der Passagiere. Allerdings stellt er Reiseveranstalter vor die Problematik, die durch die Trinkgeldzahlung bisher erlangten Gelder zukünftig nicht mehr in ihre Kalkulation einstellen zu können.

Aus rechtlicher Sicht ist es überzeugend, die Regelungen in dem Reisekatalog als AGB gem. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB zu qualifizieren. Diese Frage musste das Gericht beantworten, da nur beim Vorliegen von AGB der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle gegeben ist. Wie sich der gesetzlichen Grundlage des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB entnehmen lässt, sind AGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrags stellt. Problematisch war insbesondere das Vorliegen von Vertragsbedingungen. Dabei hat der BGH⁶ entschieden – und auf diese Entscheidung bezieht sich auch das OLG Koblenz – dass es ausreichend ist, wenn bei dem Kunden der Eindruck entsteht, dass mit der Bestimmung, der Inhalt eines vertraglichen oder vorvertraglichen Rechtsverhältnisses geregelt werden soll. Vorliegend musste der Kunde davon ausgehen, dass dies der Fall ist und außerdem der Vertrag nur unter der Bedingung zustande kommt, dass die Regelung zum Trinkgeld akzeptiert wird.⁷ Solch einseitige Erklärungen des Kunden sind deshalb überzeugenderweise ausreichend für die Bejahung von Vertragsbedingungen. In der Vergangenheit hatte sich die Rechtsprechung bereits mehrmals mit der Frage zu beschäftigen, welche einseitigen Erklärungen des Kunden Vertragsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind.⁸ Die Rechtsprechung vertritt in Fällen, in denen einseitige Erklärungen des Kunden vorliegen, die aber auf einer Vorformulierung des Verwenders beruhen, die Ansicht, dass diese dennoch AGB darstellen. Vergleichbare inhaltliche Probleme wie vorliegend hatte der BGH in einer Entscheidung zu behandeln, die sich mit dem Setzen eines Häkchens in einem

⁶ BGH MMR 2014, 525 (527).

⁷ Dem Erklärenden muss nicht zwingend der Eindruck entstehen, dass nur bei Akzeptierung der Bedingungen der Vertrag abgeschlossen werden kann, vgl. BGH GRUR 2013, 531 (532); a.A. noch KG NJW 2011, 466 ff. Ist dieser Zwang aber gegeben, ist der Verbraucher gerade nicht in der Vertragsgestaltung frei, sondern muss die Vorgaben des Verwenders akzeptieren, sodass Vertragsbedingungen vorliegen.

⁸ Siehe z.B. BGH NJW 2013, 2683 ff.; BGH NJW 2008, 3055 ff.; BGH NJW-RR 2013, 457 ff.

⁵ Hierzu weiterführend: *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 145 Rn. 11 ff.

Internetbestellformular auseinandersetze.⁹ In diesem Fall konnte der Vertrag nur abgeschlossen werden, wenn durch Anklicken des Kästchens, der Empfang bestimmter Unterlagen bestätigt wurde. Nicht anders verhält es sich im Ergebnis im vorliegenden Fall. Nur wenn der Kunde die „Trinkgeldempfehlung“ akzeptiert, kann er einen Vertrag über eine Kreuzfahrt abschließen. Würde man in einem solchen Fall das Vorliegen von Vertragsbedingungen ablehnen, könnte die stärkere Partei durch die Vorgabe von Formulierungen, die der Kunde dann vermeintlich freiwillig akzeptiert, die AGB-Kontrolle leicht umgehen. Die Bejahung von AGB ist somit im Sinne eines effektiven Schutzes der schwächeren Partei, welche im Regelfall der Verbraucher ist, unumgänglich.

Sodann hatte das Gericht zu der Frage nach dem Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB Stellung zu nehmen. Abgestellt wurde hier auf einen Fall des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Wesentlicher Grundgedanke des § 312a Abs. 3 S. 1 BGB, von dem hier abgewichen wurde, ist, dass der Kunde über das vereinbarte Entgelt hinausgehenden Zahlungen ausdrücklich zustimmen muss. Der Hauptzweck der Norm ist es, den Verbraucher vor späteren unerwarteten Zahlungen zu schützen.¹⁰ Betrachtet man allein diesen Schutz vor Überraschungen, so könnte man hier durchaus dahingehend argumentieren, dass der Kunde durch das Werbeprospekt erkennen konnte, was ihn erwartet, nämlich ein zusätzliches Entgelt in Höhe von 10 € pro Person und Nacht während der Kreuzfahrt. Zusätzlich muss aber auch beachtet werden, dass der Durchschnittskunde die Werbeanzeige häufig nicht in allen Details lesen wird und selbst für den Fall, dass er dies tut, in vielen Fällen nicht unbedingt erkennbar ist, welche Verpflichtungen bei Vertragsabschluss eingegangen werden.¹¹ Muss der Kunde dann aber einer Extrazahlung nicht ausdrücklich zustimmen, kann eine Überrumpelung spätestens mit Ende der Reise trotzdem gegeben sein. Zu diesem Zeitpunkt fällt nämlich eine wirksame Zahlungsverpflichtung hinsichtlich des zusätzlichen Entgeltes an. Somit ist es überzeugend, besonders auf die Ausdrücklichkeit der Vereinbarung über das zusätzliche Entgelt zu achten, sowie es durch das OLG Koblenz auch erfolgt ist.

Welche Anforderungen konkret an die Ausdrücklichkeit zu stellen sind, ist aber durchaus umstritten und bedurfte auch in der vorliegenden Streitsache einer Entscheidung. Einer Ansicht zufolge reicht bereits die Ausdrücklichkeit, die ohnehin im Rahmen der Einbeziehung von AGB erforderlich ist, aus.¹² Einer anderen Ansicht zufolge muss der Verbraucher auf jede einzelne Zusatzzahlung ausdrücklich hingewie-

sen werden und dieser dann auch einzeln zustimmen.¹³ Betrachtet man den Schutzzweck des auf Art. 22 Verbraucherrechte-Richtlinie basierenden § 312a Abs. 3 S. 1 BGB, so kann ein effektiver Verbraucherschutz nach erstgenannter Ansicht nicht erreicht werden. Der von der Kammer verfolgten Ansicht ist deshalb zuzustimmen.

Zuletzt stellte sich die Frage nach einer Frist zum Verbrauch von bereits gedruckten Werbeprospekten, die noch die nicht zulässige Trinkgeldklausel enthielten. Die Gewährung einer solchen Aufbrauchsfrist kommt nach der Rechtsprechung immer dann in Betracht, wenn der unterlassungspflichtigen Partei bei sofortiger Wirkung des Untersagungsgebots unverhältnismäßige Nachteile entstünden und die befristete Fortsetzung des angegriffenen Verhaltens für den Verletzten keine unzumutbaren Beeinträchtigungen mit sich bringt.¹⁴ Maßgebliche Rechtsgrundlage ist hierbei die „Allzweckwaffe“ des § 242 BGB.¹⁵ Die vorliegend durch das Gericht erfolgte Betrachtung kann aber nur teilweise überzeugen. Zwar ist es richtig, dass die Beklagte bereits frühzeitig von der Klägerin abgemahnt wurde und von dieser über die – nach Ansicht der Klägerin – rechtswidrigen AGB-Klausel informiert wurde. Der Beklagten muss jedoch zugutegehalten werden, dass sie die Klausel nicht ohne jede Überprüfung angewendet hat, sondern diese vor der Verwendung mit anderen Verbraucherschutzverbänden abgesprochen hat und die Klausel auch von anderen Wettbewerbern verwendet wird. Diese hatten – zumindest nach dem Vortrag der Beklagten – gegen die Klausel keine Einwände. Somit wäre es überzeugender gewesen, für die Feststellung des Zeitpunktes, ab dem die Beklagte nicht mehr schutzwürdig ist, nicht bereits auf die Abmahnung, sondern erst auf das erstinstanzliche Urteil abzustellen. Mit diesem wäre es der Beklagten ohne weiteres möglich und auch zumutbar gewesen, zumindest vorläufig, bis zu einer endgültigen Entscheidung, auf die Verwendung der besagten Klausel zu verzichten.

V. Zusammenfassung

Die vorliegende Entscheidung ist sehr lesenswert und gibt Anlass, sich näher mit dem AGB-Recht zu beschäftigen. Die Entscheidung bietet einen kleinen Einblick in die Praxis der Durchsetzung von Verbraucherrechten durch Einrichtungen, wie etwa Verbraucherschutzverbände. Schlussendlich ist nicht nur die Behandlung des Vorliegens von AGB, sondern auch die unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB äußerst klausurrelevant und sollte jedem Studierenden bekannt sein.

Diplom-Jurist (Univ.) Tino Haupt, Würzburg

⁹ BGH NJW 2014, 2857 (2859).

¹⁰ *Martens*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 50. Ed., Stand: 1.5.2019, § 312a Rn. 18.

¹¹ *Schulte-Nölke*, in: Handkommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 312a Rn. 4.

¹² BT-Drs. 17/12637, S. 53.

¹³ *Busch*, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 1.7.2019, BGB § 312a Rn. 19; *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 312a Rn. 62 f.

¹⁴ BGH GRUR 2016, 1031 (1035) m. Anm. *Gärtner*; zuvor bereits BGH GRUR 1982, 425 (431).

¹⁵ BGH GRUR 2016, 1031 (1035) m. Anm. *Gärtner*; zur Rechtsgrundlage und deren Entwicklung vgl. *Ehlers*, GRUR 1967, 77 ff.

Entscheidungsanmerkung

Missbrauch von Ausweispapieren

Der Gebrauch eines Ausweispapiers zur Täuschung im Rechtsverkehr i.S.d. § 281 Abs. 1 S. 1 StGB ist gegeben, wenn lediglich die Kopie eines Ausweises vorgelegt oder das Bild eines echten Ausweises elektronisch übermittelt wird.

(Leitsatz der Verf.)

GG Art. 103 Abs. 2
StGB §§ 281, 267 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 8.5.2019 – 5 StR 146/19¹

I. Sachverhalt

Der Entscheidung des BGH liegt ein Urteil des Landgerichts Berlin zugrunde. Nach den (hier gekürzt wiedergegebenen) Feststellungen mietete sich der mittel- und wohnungslose Täter (T) Anfang 2017 in einem Hamburger Luxushotel ein. Um seinen ausschweifenden Lebensstil zu finanzieren, beging er ab Januar 2017 etliche Straftaten.

So bot er u.a. Luxusuhren im oberen Preissegment über das Internet zum Kauf an, ohne allerdings die Erfüllung des Vertrages zu beabsichtigen. Zum Nachweis seiner Identität schickte T den potentiellen Käufern Bilder von echten Personalausweisen. Diese hatten andere Personen verloren oder dem T bei anderen Verkaufsgesprächen selber Fotos davon geschickt. In einem weiteren Fall verwendete T die Kopie einer echten rumänischen Identitätskarte, um bei einem Telefonanbieter mehrere Verträge abzuschließen.

Das Landgericht verurteilte T u.a. wegen Betrugs in Tateinheit mit Missbrauch von Ausweispapieren. Der 5. *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs beabsichtigt, die Revision des T, entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts, zumindest in den Teilen zu verwerfen, in denen T auch wegen Missbrauchs von Ausweisdokumenten verurteilt wurde. Er sieht sich hieran allerdings durch entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs² gehindert, weshalb er sowohl beim 4. *Strafsenat* anfragt, ob dieser daran festhalten wolle, als auch vorsorglich bei allen anderen *Senaten*, ob sie etwaig entgegenstehende Rechtsprechung aufgeben.

II. Didaktische Einordnung

Die in § 281 StGB geregelte Strafbarkeit des Missbrauchs von Ausweisdokumenten dient einerseits dem Wahrheitsschutz und schützt andererseits die Sicherheit des Rechtsverkehrs im Umgang mit echten Ausweisdokumenten.³ Angeknüpft wird

an die missbräuchliche Verwendung echter und für sich genommen inhaltlich richtiger Urkunden.⁴ Strafbar ist auch der Versuch (§ 281 Abs. 1 S. 2 StGB). Tateinheit ist immer mit solchen Delikten möglich, bei denen das Papier als Täuschungsmittel benutzt wird, so z.B. mit § 263 StGB oder § 21 StVG. Hinter §§ 267, 269, 271 Abs. 2, 277 StGB tritt § 281 StGB zurück.⁵

Wer § 281 Abs. 1 S. 1 StGB prüft, kann sich im Tatbestand⁶ an folgendem Schema orientieren:

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Ausweispapier⁷ (Abs. 1) oder ausweisgleiches Papier⁸ (Abs. 2)
 - b) Abs. 1 Var. 1: Gebrauchen eines Ausweispapiers (i.F.d. Abs. 2: eines ausweisgleichen Papiers), das für einen anderen ausgestellt ist
oder

Rn. 2; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2017, Rn. 953.

⁴ *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 281 Rn. 1.

⁵ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 281 Rn. 8.

⁶ Deliktsspezifische Besonderheiten bei den Prüfpunkten Rechtswidrigkeit und Schuld gibt es nicht. Hinweis: Das Fehlen von Ausführungen zur Rechtswidrigkeit und Schuld ist ohnehin nicht zu kritisieren, soweit dort keine Probleme angesiedelt sind. Schließlich prüft auch niemand ohne Anhaltspunkte die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts, obwohl dies die Grundvoraussetzung für jede strafrechtliche Prüfung ist, die aber bloß nicht so sehr im „klassischen“ Blickwinkel des Strafrechts liegt. Denn von der Anwendbarkeit nationalen Strafrechts, von Rechtswidrigkeit und von normativer Ansprechbarkeit geht das Recht grundsätzlich aus, während z.B. der Vorsatz, d.h. die innere Einstellung, jeweils deliktsbezogen auf die objektiven Tatbestandsmerkmale geprüft werden muss. Wer so in einer juristischen Klausur verfährt, darf nach bejahem Tatbestand, soweit weder Rechtfertigungs- noch Schuldtauschließungsgründe etc. ersichtlich sind, schon das Ergebnis zur Schuldigkeit oder Strafbarkeit folgen lassen (ausführlich dazu *Lagodny/Mansdörfer/H. Putzke*, ZJS 2014, 157 [159]).

⁷ Amtliche Ausweise sind Urkunden, die von einer tatsächlich existierenden Behörde oder sonstigen Stelle öffentlicher Verwaltung ausgestellt wurden, um zumindest auch die Identität einer Person nachzuweisen (*Weidemann* [Fn. 3], § 273 Rn. 3; *H. Putzke*, JuS 2019, 1094 [1100]). Darunter fallen zum Beispiel Reisepässe, Personalausweise, Führerscheine, Geburtsurkunden, Dienst-, Behinderten- und Studentenausweise wie auch Waffen-, Jagd- und Fischereischeine (vgl. *Weidemann* [Fn. 3], § 273 Rn. 3).

⁸ Dazu zählen z.B. Waffenbesitzkarten, Werksausweise, Geburtsurkunden, Taufscheine, Diplome oder Sozialversicherungsausweise. Zur Frage, ob ein Bibliotheksausweis ohne Lichtbild unter § 281 Abs. 2 StGB fällt: *H. Putzke*, JuS 2019, 1094 (1100).

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=98983&pos=0&anz=1> (2.12.2019) sowie zu finden unter BeckRS 2019, 19516 = BGH HRRS 2019 Nr. 1053.

² BGH, Urt. v. 4.10.1964 – 4 StR 324/64 = BGHSt 20, 17.

³ *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2019, § 281

Abs. 1 Var. 2: Überlassen⁹ eines Ausweispapiers (i.F.d. Abs. 2: eines ausweisgleichen Papiers) an einen anderen, das nicht für diesen ausgestellt ist.

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz
- b) Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr¹⁰

III. Problemstellung

Ob die Vorlage einer Kopie oder die elektronische Übersendung des Fotos eines echten Ausweises strafbar ist, entscheidet sich beim Tatbestandsmerkmal des „Gebrauchens“ und seiner Auslegung.

1. Bisherige Rechtsprechung

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat im Jahr 1964 den Standpunkt eingenommen, dass der Begriff des Gebrauchmachens in § 281 Abs. 1 S. 1 StGB anders auszulegen ist als in § 267 Abs. 1 StGB.¹¹ Es mache sich danach derjenige nicht wegen vollendeten Ausweispapiermissbrauchs strafbar, der eine Fotokopie eines Ausweisdokuments oder einer diesem gleichgestellten Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. Eine Strafbarkeit wegen Versuchs stehe nur dann im Raum, wenn der Täter bei Vorlage der Fotokopie bereit ist, auf Verlangen auch die Urschrift vorzuzeigen.

Der 4. Strafsenat hat sich darauf berufen, dass § 281 StGB jeweils nur den Missbrauch von Urschriften und gerade nicht denjenigen von Surrogaten unter Strafe stellt. Nur die Urschrift biete die Möglichkeit, die Urkunde in allen Einzelheiten und Besonderheiten vollständig wahrzunehmen und kritisch zu beurteilen. Bei einer bloßen Fotokopie könne dieser Zweck nicht erfüllt werden, weshalb der Rechtsverkehr insoweit auch keinen besonderen Schutz verdiene.

In der Literatur hat die Entscheidung des 4. Strafsenats überwiegend Zustimmung gefunden, wobei die Kritik sich auch auf die Sicht der Rechtsprechung zu § 267 Abs. 1 StGB bezieht.¹² Dort wird nämlich die Vorlage einer Fotokopie, die

eine unechte Urkunde zeigt, von der Rechtsprechung unter bestimmten Umständen als (mittelbares) Gebrauch einer unechten Urkunde für strafbar gehalten.¹³

2. Begründung des BGH und Bewertung

Der 5. Strafsenat wendet sich ab von der Rechtsprechung des 4. Strafsenats und stellt sich auf den Standpunkt, dass der Begriff des Gebrauchens in § 281 Abs. 1 S. 1 StGB wie in § 267 Abs. 1 StGB auszulegen sei.

a) Wortlaut

Dabei beruft der 5. Strafsenat sich zunächst auf den Wortlaut, der wegen des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) die Grenze der Auslegung bildet.¹⁴ Bezug nehmend auf die bei § 267 Abs. 1 StGB von der ständigen Rechtsprechung anerkannte Definition gebrauche eine Urkunde, wer dem zu täuschenden Gegenüber die sinnliche Wahrnehmung der Urkunde ermögliche.¹⁵ Voraussetzung sei gerade nicht, dass die Urkunde unmittelbar dem zu Täuschenden in die Hand gegeben werden muss.¹⁶ Vielmehr genüge es, ein Surrogat vorzulegen, wodurch die sinnliche Wahrnehmung des Inhalts des fotokopierten Objekts ermöglicht werde.¹⁷

Für Delikte, bei denen es auf den Aussageinhalt ankommt, ist diese Sicht richtig. Denn „gebrauchen“ bedeutet, ein „Mittel für etwas [zu] benutzen“¹⁸. Hier kommt es auf das Bezugsobjekt und seinen üblichen Verwendungszweck an. Dass niemand im Sinne von § 316c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB eine Schusswaffe „gebraucht“, wenn er mit einer Fotokopie der Waffe herumwedelt, liegt auf der Hand. Der Zweck einer Urkunde oder eines Ausweises liegt aber nicht in der Benutzung des Gegenstandes. Vielmehr ist entscheidend, was er

525 (535 f.); *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 42. Aufl. 2018, Rn. 936; a.A. *Weidemann* (Fn. 3), § 281 Rn. 6.2; wohl auch *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. 2019, S. 385.

¹³ Vgl. nur BGH, Beschl. v. 19.6.2018 – 4 StR 484/17 = BeckRS 2018, 16018; BGH, Urt. v. 23.9.2015 – 2 StR 434/14 = NSZ-RR 2016, 115; BGH, Urt. v. 30.11.1953 – 1 StR 318/53 = NJW 1954, 608.

¹⁴ Dazu *Schlehofer/H. Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2020, Kap. 2 E. II. 1. a).

¹⁵ BGH, Beschl. v. 8.5.2019 – 5 StR 146/19 = BeckRS 2019, 19516, Rn. 13 m.w.N.

¹⁶ BGH, Urt. v. 30.11.1953 – 1 StR 318/53 = BGHSt 5, 291 (292); BGH, Urt. v. 11.5.1971 – 1 StR 387/70 = BGHSt 24, 140 (142).

¹⁷ Allerdings ist zu differenzieren: Ein mittelbares Gebrauchmachen einer unechten oder verfälschten Urkunde durch Vorlage einer Kopie ist nämlich nur dann gegeben, wenn sich nachweisen lässt, dass es sich bei dem fotokopierten Objekt um eine unechte oder verfälschte echte Urkunde gehandelt hat, was nicht der Fall ist bei einer „Collage“ aus lose zusammengelegten Bestandteilen von zwei Urkunden (vgl. BGH, Beschl. v. 26.2.2003 – 2 StR 411/02 = NSZ 2003, 543).

¹⁸ Dudenredaktion (Hrsg.), *Der Duden in zwölf Bänden*, Bd. 10: Das Bedeutungswörterbuch, 5. Aufl. 2018, Stichwort: „gebrauchen“ (S. 424).

⁹ „Überlassen“ bedeutet die Übertragung der Verfügungsgewalt auf einen Dritten, sodass dieser das Papier gebrauchen kann (vgl. *Weidemann* [Fn. 3], § 281 Rn. 7).

¹⁰ Umstritten ist, ob für das subjektive Merkmal „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ *dolus eventualis* genügt (so etwa *Erb* [Fn. 4], § 281 Rn. 10; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 30. Aufl. 2019, § 281 Rn. 8; *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 281 Rn. 11) oder Absicht erforderlich ist (dahingehend etwa *Hecker*, GA 1997, 525 [527]; *Fischer* [Fn. 5], § 281 Rn. 4; *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann [Hrsg.], Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2005, § 281 Rn. 12).

¹¹ BGH, Urt. v. 4.10.1964 – 4 StR 324/64 = BGHSt 20, 17.

¹² Siehe nur *Wittig*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafrecht, 4. Aufl. 2019, § 281 Rn. 6; *Puppe/Schumann* (Fn. 10), § 281 Rn. 7; *Zieschang* (Fn. 10), § 281 Rn. 9; *Erb* (Fn. 4), § 281 Rn. 8; *Heine/Schuster* (Fn. 10), § 281 Rn. 5; *Preuß*, JA 2013, 433 (436); *Hecker*, GA 1997,

verkörpert. Das ist bei Urkunden, wozu auch Ausweispapiere zählen, der Inhalt. Wer ihn sinnlich wahrnehmbar, also zugänglich macht, gebraucht eine Urkunde. Vom allgemeinsprachlich noch möglichen Wortsinn ist diese Interpretation allemal umfasst.

b) *Gesetzsystematik*

Die gesetzliche Systematik stützt dieses Ergebnis: Zu Recht weist der 5. *Strafsenat* darauf hin, dass eine einheitliche Auslegung von zwei Begriffen naheliegt, die in zwei Strafnormen im selben Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs stehen.¹⁹ Schon der 4. *Strafsenat* hatte 1964 angemerkt, dass es „erwünscht“ sei, dieselben Begriffe auch übereinstimmend auszulegen.²⁰

Systematisch gibt es ein weiteres Argument, dass der BGH, methodisch unsauber, unter der Überschrift „Sinn und Zweck“ bringt. Bei Lichte betrachtet handelt es sich dabei um gar keine eigenständige Auslegungsmethode, denn teleologische Argumente entpuppen sich meist als grammatische, systematische oder historische (die allesamt zum Ziel haben, „Sinn und Zweck“ einer Norm zu ermitteln).²¹

So auch hier: Der 5. *Strafsenat* verweist nämlich darauf, dass der Gesetzgeber „auf die technisch veränderten Rahmenbedingungen reagiert und durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Identitätsnachweises vom 7. Juli 2017²² [...] in § 18 Abs. 3 PassG und § 20 Abs. 2 PAuswG das Ablichten von Pässen und Personalausweisen erstmals ausdrücklich erlaubt“ habe, wobei in der Gesetzesbegründung „auf das berechnete Interesse des behördlichen und privaten Rechtsverkehrs an der Verwendung von fotokopierten, fotografierten oder eingescannten Ausweisen verwiesen“ werde.²³ Das ist sowohl ein systematisches als auch ein historisches Argument.

c) *Wille des Gesetzgebers*

In historischer Hinsicht lässt sich noch mehr finden: Denn im Jahr 1941 hat der Gesetzgeber den Übertretungstatbestand des § 363 Abs. 2 RStGB a.F. durch § 281 StGB ersetzt und dabei „ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGSt 69, 228, 230) Bezug genommen, wonach auch der Gebrauch eines Lichtbildes ausreichend sei; es müsse nicht das Originalpapier verwendet werden (vgl. Pfundtner-Neubert, Band II Rechtspflege, Stand Oktober 1941,

S. 181 Nr. 8 zu § 281 StGB)²⁴. Das ist durchaus ein starkes weiteres Argument.

d) *„Sinn und Zweck“*

Schließlich stellt der 5. *Strafsenat* auf „Sinn und Zweck“ ab: „Die Strafvorschrift dient dem Schutz des Rechtsverkehrs durch Identitätsschutz. Wer ein für einen anderen ausgestelltes echtes Ausweispapier (oder ein diesem gleichgestelltes Papier) im Rechtsverkehr zur Täuschung über seine Identität nutzt, macht sich die besondere Beweiswirkung des Identitätspapiers zunutze. Der Rechtsverkehr vertraut aber besonders darauf, dass nur derjenige zum Identitätsnachweis ein amtliches (oder gleichgestelltes) Ausweispapier nutzt, der berechtigter Inhaber ist. Dieses besondere Vertrauen wird ebenfalls beeinträchtigt, wenn der Täter als angeblich berechtigter Inhaber das Ausweispapier eines anderen durch Übersendung oder Vorlage einer elektronischen Bilddatei oder einer Kopie nutzt und in dieser Weise über seine Identität täuscht.“²⁵

Dieser methodische Ansatz ist kritikwürdig, zum einen weil er nicht offenlegt, woher die Sinnerkenntnis stammt, zum andern weil sich mit dem Kriterium „Vertrauensenttäuschung“ nahezu beliebig Strafbarkeiten begründen lassen. Richtig ist, die Ermittlung von „Sinn und Zweck“ allein am Wortlaut, der Gesetzessystematik und dem Willen des Gesetzgebers zu orientieren. Wer die Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals danach bestimmt hat, kennt zugleich „Sinn und Zweck“ einer Norm. Darüber hinaus nach der „ratio legis“ zu fragen, endet meist in einem Zirkelschluss, nämlich dann, wenn irgendein Sinn einfach behauptet wird, ohne dass die Behauptung sich grammatisch, systematisch oder historisch untermauern ließe. Wenn „Sinn und Zweck des Gesetzes [...] das Ergebnis der Auslegung“ sind, „können sie [...] nicht gleichzeitig ihr Mittel sein“²⁶.

IV. Fazit

Aus den genannten Gründen sprechen die besseren Argumente dafür, die bisherige Sicht aufzugeben, die Tathandlung des Gebrauchs bei § 267 StGB und § 281 StGB unterschiedlich zu behandeln, und zu einer einheitlichen Auslegung der Tatbestandsmerkmale überzugehen. Im vorliegenden Fall hätte das zur Folge, dass auch durch Vorlage einer Kopie oder durch elektronische Übersendung des Fotos eines echten Ausweises eine Strafbarkeit nach § 281 Abs. 1 StGB zu bejahen ist.

Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M. (Krakau), Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. Katrin Prechtel, Passau

¹⁹ BGH, Beschl. v. 8.5.2019 – 5 StR 146/19 = BeckRS 2019, 19516, Rn. 21.

²⁰ BGH, Urt. v. 4.10.1964 – 4 StR 324/64 = BGHSt 20, 17 (20); siehe zur Notwendigkeit, gleichlautende Begriffe grundsätzlich auch einheitlich auszulegen, auch *Scheinfeld*, JuS 2002, 250 (254); ähnlich *Canaris*, ZIP 1986, 273 (278).

²¹ Ausführlich dazu *Herzberg*, NJW 1990, 2525 ff.

²² BGBl. I 2017, S. 2310.

²³ BGH, Beschl. v. 8.5.2019 – 5 StR 146/19 = BeckRS 2019, 19516, Rn. 26; vgl. auch BT-Drs. 18/11279, S. 27.

²⁴ BGH, Beschl. v. 8.5.2019 – 5 StR 146/19 = BeckRS 2019, 19516, Rn. 22; so auch schon BGH, Urt. v. 12.1.1965 – 1 StR 480/64 = NJW 1965, 642 (643).

²⁵ BGH, Beschl. v. 8.5.2019 – 5 StR 146/19 = BeckRS 2019, 19516, Rn. 24.

²⁶ *Schlehofer*, JuS 1992, 572 (576); ebenso *Herzberg*, JuS 2005, 1 (8); siehe auch *C. Putzke/H. Putzke*, JuS 2012, 500 (503 f.).

Entscheidungsanmerkung

Voraussetzungen des Heimtückemordes bei vermeintlicher Tötung zum Besten des Opfers

Einer heimtückischen Tötung kann die feindselige Willensrichtung nur dann fehlen, wenn sie dem ausdrücklichen Willen des Getöteten entspricht oder – aufgrund einer objektiv nachvollziehbaren und anzuerkennenden Wertung – mit dem mutmaßlichen Willen des zu einer autonomen Entscheidung nicht fähigen Opfers geschieht. Ansonsten hat ein Schuldspruch wegen Mordes zu erfolgen. Anschließend ist zu prüfen, ob aufgrund ganz besonderer schuld mindernder Gesichtspunkte in Anwendung der Grundsätze der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen (BGHSt 30, 105 = NJW 1981, 1965) ausnahmsweise eine Berücksichtigung des besonderen Tatmotivs auf der Rechtsfolgenseite geboten ist. (Amtlicher Leitsatz)

StGB § 211

BGH, Urt. v. 19.6.2019 – 5 StR 128/19¹

I. Einleitung

Der Mörder wird nach § 211 StGB mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. Die zwingend angeordnete Rechtsfolge führt gerade dann zu Problemen, wenn im Einzelfall eines der Mordmerkmale definitorisch vorliegt und die Tat im Schuldgehalt gleichwohl die eine solche Maximalsanktion tragende Höhenmarke nicht erreicht. Mit Blick auf die Heimtücke kommt hinzu, dass die Strafbewährung an die besonders gefährliche Art und Weise der Tatbegehung geknüpft ist, die dem Opfer keine oder nur beschränkte Möglichkeiten der Verteidigung gegen den Angriff des Täters bietet. Umgekehrt kann ein heimtückisches Vorgehen gerade die Waffe des Schwachen gegen den Starken sein, was in der Konstellation der Tötung des Familientyrannen besonders augenfällig wird. Vor diesem Hintergrund ist verständlich, wieso sich die Diskussion um eine Restriktion der teilweise zu weit geratenen Mordmerkmale insbesondere an der Heimtücke entzündet und in der Literatur auf die Notwendigkeit eines tückischen Vorgehens,² eines besonders verwerflichen Vertrauensbruchs³ oder einer negativen Typenkorrektur⁴ verwiesen wird. Setzen diese Restriktionen bereits auf der Ebene des Tatbestandes ein, suchte der BGH im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG zur lebenslangen Freiheitsstrafe⁵ seit BGHSt 30,

105 ff. aus Gründen der Bestimmtheit und Gleichmäßigkeit der Strafrechtsanwendung die Lösung auf der Rechtsfolgeebene: In bestimmten durch einen reduzierten Schuldgehalt geprägten Fällen (Vorliegen einer notstandsnahen, ausweglos erscheinenden Situation; große Verzweiflung; tiefes Mitleid; gerechter Zorn)⁶ kann nach den Ausführungen des Großen Senats für Strafsachen an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe ein nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB gemilderter Strafrahmen von drei bis fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe treten.⁷ Hierdurch wird einerseits eine lebenslange Freiheitsstrafe, andererseits der bei Verneinung des Mordmerkmals im Zweifel einschlägige reduzierte Strafrahmen des § 213 StGB (Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren) vermieden. Auf Tatbestandsebene hielt der BGH auch schon vor BGHSt 30, 105 ff. eine Restriktion der Heimtücke für möglich, wenn der Täter das Opfer nicht in feindlicher Willensrichtung, sondern zu dessen vermeintlich Bestem tötete.⁸ Zur Begründung wurde ausgeführt, dass bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch der Begriff der Heimtücke eine feindliche Willensrichtung des Täters gegenüber dem Opfer impliziere.⁹ Die aktuelle Entscheidung knüpft an diese tatbestandliche Restriktion an und nimmt eine Neujustierung insoweit vor, als deren Anwendungsbereich noch einmal deutlich beschnitten – man könnte auch sagen: auf nahezu Null reduziert – wird. Wie immer man im Allgemeinen zu diesem – durchaus kritikwürdigen – Restriktionsansatz steht, muss man sehen, dass sich die Rechtsprechung hierdurch einer Möglichkeit beschneidet, um in Grenzfällen die durch das Gesetz zwingend angeordnete lebenslange Freiheitsstrafe zu vermeiden. Anstelle einer Verabschiedung durch die Hintertür wäre es insgesamt ehrlicher gewesen, explizit auf das Erfordernis eines Handelns in feindlicher Willensrichtung zu verzichten.

II. Sachverhalt

Der Angeklagte hatte seine schlafende Ehefrau durch neun wuchtige Schläge mit einem etwa ein Kilogramm schweren Hammer getötet, nachdem diese sich schlafen gelegt und dabei – wovon auch der Angeklagte ausging – keinerlei Vorstellung von einer ihr drohenden Gefahr hatte. Ausgangspunkt für die Tat war die Überschuldung der Eheleute aufgrund der Spielsucht vor allem des Angeklagten. Seit Frühjahr 2018 hatte sich die Situation deutlich zugespitzt (Zahlungsrückstände bei der Miete; Nichtzahlung von Stromrechnungen; Ankündigung der Sperrung des Stromanschlusses für den Folgetag der Tat; Eingang diverser Mahnungen; fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses und Ankündigung einer Strafanzeige durch den Arbeitgeber, nachdem dieser zunächst noch gutwillig auf die von ihm entdeckte Unterschlagung von Einnahmen durch den Täter reagiert hatte). Obwohl die Ehefrau um die allgemeine und in den letzten Monaten noch einmal schlechter gewordene finanzielle Situation wusste, hatte sie keine genauen Kenntnisse von der Dramatik der

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in BGH NJW 2019, 2413 (2413 ff.) und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b87441b6c6481b9356e342e9b488dbfb&nr=97445&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

² Spendel, JR 1983, 269 (271).

³ Hassemer, JuS 1971, 626 (630).

⁴ Saliger, ZStW 109, 302 (329).

⁵ BVerfGE 45, 187 (187 ff.).

⁶ BGHSt 30, 105 (119).

⁷ BGHSt 30, 105 (119 ff.).

⁸ Siehe bereits BGHSt 9, 385 (389); anders aber BGHSt 3, 183 (186).

⁹ BGHSt 9, 385 (390).

Lage. Sie litt mit nunmehr nahezu 78 Jahren an erheblichen gesundheitlichen und sozialen Einschränkungen (Einbuße an Gehfähigkeit; Depressionen und Einnahme von Psychopharmaka; Inkontinenz; Fehlen von sozialen Kontakten) und ihr war durch die zuständige Behörde Pflegegrad 2 attestiert worden. Der 16 Jahre jüngere Angeklagte ging davon aus, dass seine Ehefrau eine Konfrontation mit der „harten Realität“ nicht verkraften würde und weihte sie daher nicht in die von ihm als hoffnungslos empfundene Situation ein. Das einzige Tatmotiv bestand für ihn darin, der Ehefrau ein Leben im finanziellen Ruin (vor allem: die für wahrscheinlich gehaltene Wohnungskündigung und sowie die Sperrung des Stromanschlusses) zu ersparen; daneben war für ihn ihr schlechter gesundheitlicher Zustand bestimmend. Nach der Tat versuchte der Angeklagte vergeblich, sich zunächst durch Einnahme von Blutdrucksenkungsmitteln und später von freiverkäuflichen Schlafmitteln zu töten. Über einen gemeinsamen Suizid hatte der Angeklagte zu keinem Zeitpunkt mit seiner Ehefrau gesprochen.

III. Rechtliche Würdigung

1. Arglos ist, wer sich im Zeitpunkt der Tat keines Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht.¹⁰ Dies gilt auch für Schlafende, die ihre Arglosigkeit gleichsam mit in den Schlaf nehmen, indem sie sich willentlich diesem Zustand des Unbewussten überliefern.¹¹ An der Arglosigkeit der Ehefrau im Tatzeitpunkt besteht kein Zweifel und sie war infolge ihrer Arglosigkeit auch wehrlos, weil sie sich gegenüber dem Angriff nicht zur Wehr setzen konnte.¹² Im Hinblick auf das für den Angeklagten maßgebliche Motiv, der Ehefrau ein Leben im finanziellen Ruin und einen durch Offenbarung der Wahrheit hervorgerufenen psychischen Zusammenbruch zu ersparen, werden auf tatbestandlicher Ebene jene bereits zitierten Restriktionen des Mordmerkmals vorgeschlagen (siehe I.), die letztlich über § 212 StGB zur Anwendung der Strafzumessungsvorschrift des § 213 StGB mit deutlich geringerem Strafrahmen führen, ihrerseits aber nicht unproblematisch sind: die Referenz auf ein tückisch-verschlagenes Vorgehen des Täters nähert das Mordmerkmal der Heimtücke dem hinterlistigen Überfall im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB an; die Bezugnahme auf Vertrauen lässt offen, welches Vertrauen schutzwürdig und welcher Vertrauensbruch verwerflich ist; eine (negative) Typenkorrektur unterliegt mit Blick auf den Charakter der Heimtücke als echtes Tatbestandsmerkmal Bedenken, zumal auch hier unklar ist, nach welchen Kriterien eine solche Korrektur konkret erfolgen soll.¹³

2. Der BGH hält jedoch auch in seiner aktuellen Entscheidung an der seit BGHSt 30, 105 ff. vertretenen Dogma-

tik fest und erläutert in Anlehnung an die damalige Begründung, außergewöhnlichen mildernden Umständen sei grundsätzlich nur auf Ebene der Rechtsfolgen durch eine Strafrahmenverschiebung Rechnung zu tragen.¹⁴ Die damalige Entscheidung wird dahin interpretiert, dass die Rechtsfolgenlösung an die Stelle der bis zu diesem Zeitpunkt auch seitens des BGH angestrebten Restriktionsversuche auf Tatbestandsebene getreten sei, nach denen insbesondere bei einem Handeln zum vermeintlich Besten des Opfers Heimtücke ausgeschlossen war; die Entscheidungen BGHSt 9, 385 ff. und BGHSt 11, 139 ff. werden ausdrücklich als „überholt“ bezeichnet.¹⁵ Allerdings dürfte es sich an diesem Punkt um eine Überinterpretation von BGHSt 30, 105 ff. handeln, da sich die maßgebliche Passage der Entscheidung allgemein auf die Berücksichtigung von Beweggründen als Restriktionskriterium für das Heimtückemerkmal auf Ebene des Tatbestandes bezog.¹⁶ Das Erfordernis eines Handelns in feindlicher Willensrichtung wurde insoweit nur als pars pro toto zitiert und die damaligen Ausführungen sind in der Weise zu lesen, dass nur jenseits dieser tatbestandlichen Restriktion künftig eine Lösung auf der Rechtsfolgenebene zu suchen sei.¹⁷ Dies gilt umso mehr, als die Vorlagefrage seinerzeit vor dem Hintergrund eines Sachverhalts gestellt worden war, bei dem der Täter in denkbar feindlicher Willensrichtung handelte, um sich an einem Onkel für die Vergewaltigung seiner sich daraufhin von ihm abwendenden Ehefrau zu rächen.¹⁸

3. Die Ausführungen in der aktuellen Entscheidung erscheinen im Übrigen deswegen ungereimt, weil der BGH im Anschluss an jene Entscheidung immer wieder auf das Erfordernis eines Handelns in feindlicher Willensrichtung abstellte, was immerhin zugestanden und erklärt wird, die höchstrichterliche Rechtsprechung sei niemals ausdrücklich aufgegeben oder eingeschränkt worden.¹⁹ Richtigerweise wird an diesem Punkt auf Konstellationen der (nicht einverständlichen) Euthanasie sowie des erweiterten Suizides verwiesen,²⁰ wobei der Sachverhalt der aktuellen Entscheidung Anklänge an beide Konstellationen aufweist, sich aber auch nicht vollends mit ihnen deckt: Obwohl für den Angeklagten auch bestimmend war, dass seine Ehefrau an nicht unerheblichen physischen Beeinträchtigungen litt, war ihr Zustand zum einen keineswegs dem eines Sterbenden oder Komapatienten gleichzusetzen, zum anderen stand im Vordergrund das Motiv, ihr ein Leben im finanziellen Ruin zu ersparen. Ebenso wenig wird man das Geschehen ohne Weiteres einem klassischen erweiterten Suizid zuordnen können, weil es dem Angeklagten trotz der – im Übrigen etwas „halbherzig“ aus-

¹⁴ BGH NJW 2019, 2413 (2414).

¹⁵ BGH NJW 2019, 2413 (2414 f.).

¹⁶ Vgl. insoweit BGHSt 30, 105 (119).

¹⁷ Treffend *Mitsch*, NJW 2019, 2413 (2416).

¹⁸ Treffend *Mitsch*, NJW 2019, 2413 (2416).

¹⁹ BGH NJW 2019, 2413 (2415); siehe etwa BGHSt 37, 376 (377); 42, 301 (304 f.); BGH NStZ 1995, 230 (231); BGH NStZ-RR 1997, 42 (43); BGH NStZ-RR 2000, 327 (327); BGH StV 2001, 666 (667); BGH NStZ 2006, 338 (339); BGH NStZ 2008, 93 (94).

²⁰ BGH NJW 2019, 2413 (2415).

¹⁰ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 20. Aufl. 2019, § 4 Rn. 24; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 42. Aufl. 2018, § 2 Rn. 128.

¹¹ *Rengier* (Fn. 10), § 4 Rn. 29; *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 10), § 2 Rn. 139.

¹² Vgl. *Rengier* (Fn. 10), § 4 Rn. 31.

¹³ Zur Kritik siehe *Rengier* (Fn. 10), § 4 Rn. 33; *Wessels/Hettinger/Engländer* (Fn. 10), § 2 Rn. 126.

fallenden – Suizidversuche scheinbar vor allem darum ging, seiner Frau den von ihm befürchteten psychischen Zusammenbruch durch Offenbarung der Wahrheit zu ersparen. Indes handelt es sich lediglich um durch die Rechtsprechung herausgebildete Fallgruppen, die eine eigenständige strafrechtliche Bewertung des jeweils zu beurteilenden Lebenssachverhaltes erleichtern, aber keineswegs durch bloße Zuordnung ersetzen sollen.

4. In der Folge entwickelt der BGH unter Bezugnahme auf die beiden Fallgruppen eine Art „verobjektiviertes Autonomieprinzip“, nach dem das Fehlen einer feindlichen Willensrichtung maßgeblich davon abhängen soll, ob und inwieweit die Tat dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Getöteten entspricht.²¹ Das „Tückische“ wird insoweit vor allem daran festgemacht, dass der Täter tötet, ohne dass das Opfer sich selbst einen Willen bilden und diesen äußern kann.²² „Weil jeder Mensch, insbesondere aus religiösen und weltanschaulichen Gründen, höchst unterschiedliche Vorstellungen vom Wert des Weiterlebens in schwierigen oder möglicherweise ausweglosen Situationen hat, darf sich kein Dritter anmaßen, hierüber bestimmen zu wollen, ohne den Betroffenen – soweit möglich – zuvor gefragt zu haben. Wird dies bewusst unterlassen, ist es unangebracht, das Motiv einer ungewollten Tötung zum vermeintlich Besten des Opfers besonders zu privilegieren und ein solches ‚einseitiges Absprechen des Lebensrechts‘ von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Heimtücke auszuschließen, ohne dass dies durch die Formulierung des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals erfordert wäre.“²³ In diesem Zusammenhang wird unterstrichen, dass das bloße Vorliegen eines altruistischen Motivs dem Handeln nicht den Charakter des Feindlichen nimmt, sondern auch normative Erwägungen eine Rolle spielen.²⁴ Sei das Opfer nicht in der Lage, einen autonomen Willen zu bilden, komme es darauf an, dass die Tat nach einer anerkenntenswerten und nachvollziehbaren Wertung in dessen „wohlverstandenen Interesse“ lag, wobei auch eine Rolle spielen soll, ob der Täter für die aus seiner Sicht ausweglose Situation verantwortlich war.²⁵

5. Allerdings muss man sehen, dass die Interpretation des BGH dazu führt, das Restriktionskriterium der Sache nach um jeden Anwendungsbereich zu bringen. In Konstellationen, in denen die Tötung des Opfers dessen tatsächlichem und geäußertem Willen entspricht, dürfte es regelmäßig nicht nur an der Arglosigkeit fehlen (daher: § 212 StGB anstelle

von § 211 StGB), sondern stattdessen werden entsprechende Sachverhalte von vornherein nach dem Privilegierungsstatbestand des § 216 StGB zu beurteilen sein.²⁶ Umgekehrt dürfte bei Fehlen eines tatsächlichen und geäußerten Willens im Regelfall eine Restriktion ausscheiden, da eine nicht im Einverständnis erfolgende Fremdtötung „objektiv“ kaum jemals als nachvollziehbar angesehen werden wird: ex post sind immer Alternativen zur nicht einverständlichen Fremdtötung benennbar. Dies gilt umso mehr, wenn die objektive Nachvollziehbarkeit maßgeblich davon abhängt, ob und inwieweit den Täter ein Vorverschulden in Bezug auf die später ausweglos erscheinende Situation trifft. Eine so verstandene Normativierung klingt nicht nur ein bisschen nach „Lebensführungsschuld“, sondern wird sich im Zweifel immer begründen lassen, wenn man in Rechnung stellt, dass gerade erweiterte Suizide rechtstatsächlich im Regelfall in sozialen Nahbeziehungen wie Ehe und Familie stattfinden und eine auch durch Verantwortungsanteile des Täters geprägte Vorgeschichte haben. Ohnehin mache man sich nichts vor: Auch eine Objektivierung läuft der Sache nach auf eine negative Typenkorrektur hinaus.²⁷ Insofern geht eine solche Normativierung gleichfalls mit Unbestimmtheiten und Ungleichmäßigkeiten in der Strafrechtsanwendung einher.

6. Fast hat es den Anschein, als sei dem BGH das eigene Restriktionskriterium peinlich geworden, gegen das man durchaus einwenden kann, dass die Vorstellung einer nicht in feindlicher Willensrichtung vorgenommenen Fremdtötung erst einmal Störgefühle auslöst: Was kann von einer feindlicheren Willensrichtung getragen sein als eine gegen oder ohne den Willen des Opfers vollzogene Tötung? Die grundlegende Frage ist jedoch, ob das vom BGH dargelegte verobjektivierte Autonomiekonzept in der Sache überzeugt. Seltsam mutet insoweit bereits die Argumentation an, das „Tückische“ sei in der Anmaßung des Bestimmungsrechts über das Leben des Opfers zu sehen, obwohl dieses unschwer selbst einen – gegebenenfalls entgegenstehenden – Willen bilden und äußern könne. Das Merkmal der Heimtücke ist ebenso wie die anderen Mordmerkmale der zweiten Gruppe vielmehr auf die Art und Weise der Tötung des Opfers bezogen, nicht aber auf die Umgehung des autonomen Willens des Getöteten; das „Tückische“ bezieht sich demnach allein auf den eigentlichen Tötungsakt. Allerdings könnte der enge Zusammenhang zwischen dem von § 211 StGB geschützten Rechtsgut „Leben“ und dem vom BGH ins Zentrum seiner Überlegungen gestellten Konzept der Autonomie für eine solche Rechtsprechung sprechen: Wenn Leben die Voraussetzung für die Entfaltung eines autonomen Willens ist, liegt es gedanklich nicht fern, die Strafbarkeit für die Beendigung des Lebens davon abhängig zu machen, ob und inwieweit der Täter bei seiner Handlung dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Getöteten Rechnung trägt. Nur wird dabei verkannt, dass das Konzept der Autonomie lediglich dafür taugt, Abgrenzungen zwischen den die Autonomie des Getöteten notwendig verletzenden Straftatbeständen der §§ 212,

²¹ BGH NJW 2019, 2413 (2415); siehe insoweit auch *Rissing-van Saan/Zimmermann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 7, 12. Aufl. 2018, § 211 Rn. 122.

²² BGH NJW 2019, 2413 (2415).

²³ BGH NJW 2019, 2413 (2415).

²⁴ BGH NJW 2019, 2413 (2416); siehe auch BGHSt 37, 376 (377 f.); vgl. auch *Kutzer*, *NStZ* 1994, 110 (111); *Rissing-van Saan/Zimmermann* (Fn. 21), § 211 Rn. 122; kritisch insoweit *Neumann*, *StV* 2009, 524 (527).

²⁵ BGH NJW 2019, 2413 (2416); in Anlehnung an *Schneider* in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 211 Rn. 198.

²⁶ Treffend *Mitsch*, *NJW* 2019, 2413 (2416); siehe auch *Jäger*, *JA* 2019, 791 (793).

²⁷ Treffend *Roxin*, *NStZ* 1992, 35 (36).

211 StGB und dem diese Autonomie gerade nicht verletzen den Privilegierungstatbestand des § 216 StGB (hier unterwirft sich der Täter sogar dem Willen des Tötungswilligen!) heranzuziehen. Für die Frage der Abgrenzung zwischen Totschlag und der besonderen Höhenmarke des Mordes gibt dieses angesichts der unter III. 5. dargelegten Überlegungen nichts her.

7. Ein originärer Anwendungsbereich bleibt dem Kriterium des Handelns in feindlicher Willensrichtung somit nur, wenn man ihm über die Berücksichtigung besonderer altruistischer Motivlagen eine Korrekturfunktion zuweist. Dass der Tötende gegenüber dem Rechtsgut „Leben“ feindlich eingestellt ist, wird durch den Tötungsakt dokumentiert; ob er auch gegenüber dem Tötungsopfer feindlich eingestellt ist,²⁸ hängt demgegenüber von der konkreten Motivlage ab. Insofern sind – und dies zeigt der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt – durchaus Konstellationen denkbar, in denen das „vermeintlich Beste“ für das Opfer nur erreicht wird, wenn es vom Täter vorab weder von der die Tötung auslösenden Situation noch – mit dem Ziel der Erreichung dieses „vermeintlich Besten“ untrennbar verbunden – über die Tötung als solche in Kenntnis gesetzt wird, wenngleich sich der Täter hierdurch notwendig über die Autonomie des Opfers hinwegsetzt; dies nimmt dem Verhalten jedoch keineswegs den Charakter des Altruistischen. Eine solche Sichtweise führt auch nicht zu einer Privilegierung solcher Beschützergaranten, die eigene Seelennöte auf ihre Schützlinge überwälzen.²⁹ Da stets ein altruistisches Handeln gefordert wurde, dürfte bei egoistischem Handeln eine feindliche Willensrichtung vorliegen. Besinnt man sich auf den Altruismus als das die Restriktion maßgeblich leitende Prinzip, sind auch in Konstellationen eines fehlenden tatsächlichen und geäußerten Willens befriedigende Ergebnisse zu erzielen, indem der nur vordergründig zum vermeintlich Besten Handelnde – im Krankenhaus: der sich zum selbstherrlichen Entscheider aufschwingende „Todesengel“; in der Familie: der aus nichtigem Grund einen erweiterten Suizid vollziehende Vater – letztlich eben doch in feindlicher Willensrichtung handelt.

8. Zwar ist nicht zu leugnen, dass derartige Feststellungen in der Praxis schwierig zu treffen sind, zumal die dem Erfordernis eines Handelns in feindlicher Willensrichtung zugrundeliegende Gegenüberstellung von altruistischer und egoistischer Motivation in der Theorie klare Unterscheidungen gestattet, in der durch Mischformen geprägten Lebenswirklichkeit aber schwierig durchzuhalten sind. Insofern ist immer mit dem Einwand zu rechnen, man praktiziere letztlich nichts

anderes als eine gesinnungsethisch überformte negative Typenkorrektur.³⁰ Solange sich der Gesetzgeber jedoch nicht dazu aufrafft, den zwingenden Charakter der Anordnung der lebenslangen Freiheitsstrafe aufzuheben (und hierdurch die zentrale Ursache für die diversen Restriktionsversuche zu setzen!) und auch sonst nach wie vor keine Bedenken hat, die Gesinnung als strafbegründendes Merkmal (Stichwort: „niedrige Beweggründe“) zu fixieren, ist dies ein im Vergleich dazu noch verhältnismäßig harmloser Kollateralschaden einer in vielfacher Hinsicht an sich untragbaren Regelung: Man kann eben den richtigen Weg nicht im falschen finden.

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

²⁸ Zu dieser Differenzierung siehe *Schneider* (Fn. 25), § 211 Rn. 201; vgl. auch *Schaffstein*, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, 1965, S. 419 (423).

²⁹ Siehe *Schneider* (Fn. 25), § 211 Rn. 201; ferner *Müssig*, Mord und Totschlag, 2005, S. 410 f.; kritisch auch *Geilen*, JR 1980, 309 (312); *Langer*, JR 1993, 133 (138 f.); *Neumann/Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 211 Rn. 73.

³⁰ In diesem Sinne durchaus treffend *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Ed., Stand: 3.7.2007, § 211 Rn. 55; *Schneider* (Fn. 25), § 211 Rn. 202.

Entscheidungsanmerkung

Error in persona bei Mittäterschaft

Ein error in persona der die Tat (hier: eine versuchte besonders schwere räuberische Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung) ausführenden Person wirkt sich als bloßer Identitätsirrtum auch bei Mittäterschaft nicht auf den bereits gefassten Vorsatz der übrigen Mittäter aus, selbst wenn diese ihren „Tatbeitrag“ lediglich im Vorbereitungsstadium der Tat erbringen. (Leitsatz des Verf.)

StGB §§ 16 Abs. 1 S. 1, 25 Abs. 2 StGB

BGH, Urt. v. 1.8.2018 – 3 StR 651/17 (LG Bad Kreuznach)¹

I. Sachverhalt

Der Angeklagte C.M. schlug den beiden Mitangeklagten S. und M.M. sowie einer gesondert verfolgten Person Ma. an einem nicht genau bestimmbar Tag im Zuge seiner mehr-tägigen Geburtstagsfeier um dem 3.9.2013 in seiner Wohnung vor, zwei unbekannt gebliebenen Männern Ecstasy-Pillen – notfalls mit Gewalt – abzunehmen. Diese Drogen wollte er überwiegend verkaufen und den Erlös für sich behalten. Die Mitangeklagten S. und M.M. sowie die gesondert verfolgte Person Ma. stimmten seinem Vorschlag zu. Sie wollten ihn unterstützen, weil sie sich wegen der Einladung zur Feier und des großzügigen Versorgens mit Drogen dazu verpflichtet fühlten; der Angeklagte M.M. zudem als jüngerer Bruder, der Angeklagte S. aus Freundschaft im Milieu eines Motoradclubs. Der Angeklagte C.M. rief die beiden Drogenhändler an und gab vor, Betäubungsmittel kaufen zu wollen; um das Drogengeschäft abzuwickeln, sollten die beiden den Angeklagten unbekannt Männer zur Wohnung des C.M. kommen. C.M. gab dem Mitangeklagten S. einen Baseballschläger und begab sich selbst in den Hof des Anwesens, nur wenige Meter vom Hausflur entfernt. Die anderen – S., M.M. und Ma. – versteckten sich im dunklen Erdgeschoss, wobei M.M. sich auf die Treppe stellte, um den Drogenhändlern die Flucht in die oberen Stockwerke zu verwehren.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NSTz 2019, 511 ff. = HRRS 2019 Nr. 84 und online einsehbar u.a. unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=3%20StR%20651/17&nr=90836> (11.11.2019); Entscheidungsbesprechungen finden sich u.a. bei *Eisele*, JuS 2019, 495–497 sowie *Jäger*, JA 2019, 467 ff. und *Rückert*, HRRS 2019, 245 ff. Die im laufenden Text der nachstehenden Entscheidungsanmerkung genannten Randnummern sind solche des zu besprechenden Urteils. Der abgeurteilte Sachverhalt wird im Folgenden nur insoweit besprochen, als er für den hier interessierten Problemkomplex des error in persona bei Mittäterschaft relevant ist (insbesondere Rn. 4–5, 52–67). Das im nachstehenden Text unter I. beschriebene Tatgeschehen setzte sich tatsächlich nämlich noch in einem weiteren Tatkomplex fort (siehe im Einzelnen Rn. 6 des Urteils).

Zunächst erschienen im Hof des Anwesens allerdings nicht die beiden Drogendealer, sondern der allen Beteiligten freundschaftlich verbundene Sch. C.M. begrüßte den Sch. und sagte ihm, er könne sich zu den anderen Gästen in die Wohnung begeben. Für C.M. war dabei vorhersehbar, dass die anderen Beteiligten den Sch. mit den Drogenhändlern verwechseln könnten. Er ging jedoch davon aus, dass sie Sch. rechtzeitig erkennen würden; er unterließ es daher, sie oder den Sch. entsprechend zu warnen. S., M.M. und Ma. hielten den Sch. in der Dunkelheit des Erdgeschosses indes für einen der Drogenhändler. S. schlug daher in Befolgung der Abrede dem Sch., der mit keinem Angriff rechnete, mit dem Baseballschläger auf die Nase, die dadurch brach. Sch. begab sich danach in die Wohnung des C.M. und ließ sich von einem der dort Anwesenden seine Nase richten.

II. Urteil

1. Das Urteil der Tatsacheninstanz

Das LG hat den Angriff auf Sch. als versuchte besonders schwere räuberische Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB in Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB) mit gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB beurteilt (Rn. 8).

Dem Urteil lag dabei zugunsten der Angeklagten zugrunde (Rn. 51), dass sich in der Hauptverhandlung nicht feststellen ließ, ob die Angeklagten die Drogen den Drogenhändlern tatsächlich wegnehmen (Raub – § 249 Abs. 1 StGB) oder sich von diesen bloß aushändigen lassen wollten (Erpressung – § 253 Abs. 1 StGB). Die Vorinstanz hat auf den von ihr festgestellten Sachverhalt darum die in der Rechtsprechung als allgemeiner geltende Bestimmung der §§ 253, 255 StGB angewendet.

Dabei stellt sich die Nötigungshandlung in Form der Gewaltanwendung gegen eine Person (§ 255 StGB), bei deren versuchter Ausführung ein Baseballschläger als gefährliches Werkzeug im Sinne des Qualifikationstatbestandes des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB verwendet wurde, zugleich als vollendete gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB dar. Die Rechtsprechung bestimmt den Begriff des gefährlichen Werkzeugs in den §§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nämlich äquivalent.² In der gegebenen Konstellation war hier demnach wegen zweier tateinheitlich begangener Delikte zu bestrafen, § 52 Abs. 1 StGB.

Außerdem war im Rahmen des Vorsatzes bezüglich des Vermögensnachteils in der Sache zu beachten, dass auch die von den Drogendealern nach Vorstellung der Beteiligten illegal besessenen Betäubungsmittel zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören.³ In der Abnötigung dieser Betäubungsmittel wäre also zugleich ein Vermögensnachteil gelegen, wenn die Abnötigung erfolgreich gewesen wäre. Dass die räuberische Erpressung objektiv hingegen im Versuchsstadium stecken geblieben ist, lag wiederum daran, dass der

² Siehe dazu etwa BGH StraFo 2015, 216; i.Ü. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetzen, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 250 Rn. 6a m.w.N.

³ Siehe dazu etwa BGH NSTz 2018, 104 f.; i.Ü. *Fischer* (Fn. 2), § 253 Rn. 25–28 m.w.N.

tatsächlich angegriffene Sch. nicht zu den eigentlich anvisierten Drogenhändlern gehörte. Man konnte ihm somit nämlich keine Betäubungsmittel abnötigen.

Schließlich hat das LG die Angeklagten C.M. und S. als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB), den Angeklagten M.M. hingegen als Gehilfen (§ 27 Abs. 1 StGB) angesehen (Rn. 1). Weil die Verwechslung des Tatopfers nicht außerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren gelegen habe, sei der Irrtum des S. über die Person des Sch. („error in persona“) auch für den C.M. als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) unbeachtlich (Rn. 52 f.). Er bedeute also gerade keinen Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB).

2. Das Urteil der Revisionsinstanz

Der 3. Strafsenat des BGH hat die Verurteilungen wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung und wegen gefährlicher Körperverletzung als – für sich genommen – nicht beanstandungsfähig erachtet (Rn. 47). Der in der Revision des Angeklagten C.M. zu seinen Gunsten erhobenen Sachrüge war darum kein Erfolg beschieden. Zum einen habe das LG nämlich rechtsfehlerfrei auf versuchte räuberische Erpressung erkannt, da die Vorschriften der §§ 253, 255 StGB den engeren Tatbestand des § 249 StGB mitumfassten (Rn. 51). Zum anderen wirke sich die Personenverwechslung („error in persona“) des S. auch bei seinem Mittäter C.M. nicht auf den gefassten Vorsatz aus. Vielmehr werde ihm das Tun des S. im Rahmen des gemeinsamen Tatplans bei arbeitsteiligem Vorgehen gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet (Rn. 52).

Indessen bemängelt der BGH jedoch, dass die Vorinstanz, indem sie auf die für C.M. bestehende *Voraussehbarkeit* der Personenverwechslung des S. abstellte, rechtsirrtümlich die Grundsätze der Zurechnung bei Personenverwechslung im Verhältnis von Haupttäter und Anstifter⁴ angewendet habe (Rn. 53, 64). Weil die vom LG rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum Sachverhalt allerdings eine Anwendung der Grundsätze der Zurechnung bei Personenverwechslung im Verhältnis vom Haupt- zum Mittäter⁵ zuließen, habe sich dieser Rechtsfehler auf das Ergebnis des Urteils nicht ausgewirkt (Rn. 53).

Der BGH sah sich somit zu ergänzenden Ausführungen betreffs der Problematik des error in persona im Verhältnis der Mittäter veranlasst (Rn. 54–68).⁶ Sie sind hier von besonderem Interesse, da sie die im bekannten Verfolgerfall⁷ entwickelten Grundsätze nunmehr auf die Mittäterschaft bei (vollendeter) gefährlicher Körperverletzung sowie (versuchter) besonders schwerer räuberischer Erpressung übertragen:

⁴ BGHSt 37, 214 (217 f.) – Hoferbenfall; Preußisches Obertribunal GA 1859, 322 ff. – Rose-Rosahl-Fall.

⁵ BGHSt 11, 268 (270 ff.) – Verfolgerfall.

⁶ Siehe zum Problemkomplex der Auswirkungen eines error in persona für weitere Tatbeteiligte didaktisch vertiefend etwa *Lubig*, Jura 2006, 655 ff.; *Streng*, JuS 1991, 910 ff.; *Toepel*, JA 1997, 248 ff., 344 ff.

⁷ BGHSt 11, 268 (270 ff.) – Verfolgerfall.

a) Die konkret-rechtlich auf das (versuchte) Tun des A abstellende Urteilsbegründung

Der BGH erachtet den bloßen Identitätsirrtum des Handelnden über die Person des Angegriffenen unter Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung auch für den Mittäter als unbeachtlich. Der bloße Identitätsirrtum stelle nach der in der Literatur hierfür dargereichten Begründung, die sich der BGH an diesem Punkt mittelbar zu eigen macht (Rn. 54), lediglich einen Motivirrtum dar. Ausreichend für die mittäterschaftliche Zurechnung sei aber, dass der Handelnde den gemeinsamen *Tatplan* umsetzen wolle. Da es im konkreten Fall dem Tatplan entsprach, „die als Drogenhändler identifizierte Person anzugreifen“ (Rn. 55), habe der C.M. nach Eintreffen des Sch. von seinem Versuch (nur noch) zurücktreten können. Etwa indem er die Mitbeteiligten aufgefordert hätte, die eingetretene Person nicht anzugreifen. „Dies wäre ihm angesichts seiner Teilhabe an der Tatherrschaft und seines Standorts unschwer möglich gewesen.“ (Rn. 55)

b) Die abstrakt-rechtlich auf den einheitlichen Versuchsbeginn abstellende Urteilsbegründung

Nach einem Referat der abweichenden Ansicht im Schrifttum (Rn. 56–59), die den unbeachtlichen error in persona des einen Mittäters als beachtliche – den Vorsatz ausschließende – aberratio ictus für die anderen Mittäter (?) beurteilt wissen möchte, bestärkt der BGH seine zuvor (Rn. 54–55) geäußerte Rechtsansicht nochmals. Er weist darauf hin, dass nur die unterschiedslose Unbeachtlichkeit des error in persona dem Grundsatz gerecht werde, nach dem der Eintritt eines Mittäters ins Versuchsstadium für und gegen alle anderen Mittäter wirke (Rn. 61–62).

c) Die konkret-rechtlich auf das (versuchte) Tun des T abstellende Urteilsbegründung

Außerdem sei beachtlich, dass die Beteiligten die Drogenhändler nicht kannten. Notwendiger Bestandteil des Tatplans sei darum die Identifizierung der Drogenhändler gewesen. Damit sei „das Risiko einer Personenverwechslung im Tatplan angelegt“ (Rn. 63) gewesen. Der Tatplan und ebenso der Vorsatz des C.M. haben aber auch nach Eintreffen des Sch. fortbestanden und eben dies gebe den „normativen Grund“ für die mittäterschaftliche Zurechnung (Rn. 63). Da nun C.M. insbesondere dem S. den „unmittelbaren Angriff“ überlassen habe, entlaste ihn selbst der für S. ebenfalls unbeachtliche Identifizierungsfehler nicht (Rn. 64). Nach §§ 16 Abs. 1 S. 1, 224 Abs. 1 StGB müsse sich der Vorsatz für die gefährliche Körperverletzung nämlich nur auf „einen anderen“ beziehen. Weiterer Konkretisierung bedürfe es „weder beim handelnden noch bei einem anderen Mittäter, der aufgrund des gemeinsamen und umzusetzenden Tatplans strafbar sei“ (Rn. 64). Schließlich gelangt der BGH mit dieser Begründung zur Feststellung des aus seiner Sicht der Vorinstanz unterlaufenen Rechtsfehlers: „Weil Zurechnungsgrundlage der Tatplan ist, ist das Vorhersehbarkeitskriterium nicht heranzuziehen, das in Fällen eines Irrtums des Angestifteten zu beachten ist.“ (Rn. 64)

Die daraufhin nachgesetzten und abschließenden Überlegungen des BGH (Rn. 65) sind nun besonders aufschlussreich. Dies nicht nur, weil sie das zur (vollendeten) gefährlichen Körperverletzung gefundene Ergebnis auf die (versuchte) besonders schwere räuberische Erpressung übertragen, sondern auch, weil der BGH hier – und dies ist maßgeblich für die unten noch folgende Kritik an diesem Urteil – wohl nicht mehr von einem einheitlichen Versuchsbeginn für alle Mittäter durch C.M., sondern (abermals) von einem solchen für alle Mittäter durch S. ausgeht:

Demnach ändere die – mit der (Dritt-)Bereicherungsabsicht – überschießende Innentendenz des Erpressungsdelikts nichts „an der Struktur des Tatplans als des entscheidenden Zurechnungskriteriums“ (Rn. 66), sodass der BGH (Rn. 67) den finalen Subsumtionsschluss präsentiert: „Hier handelte S. die ganze Zeit über in Drittbereicherungsabsicht, C.M. mit Bereicherungsabsicht zu eigenen Gunsten. Diese Absicht musste der Angeklagte C.M. zum Zeitpunkt des Schlags nicht ‚aktualisieren‘. Nach den vorgenannten Grundsätzen über den Eintritt in das Versuchsstadium durch das Handeln eines Mittäters blieb es bei der Zurechnung. S.’s Irrtum führte bezüglich des Vermögensdelikts zur Untauglichkeit seines Versuchs, weil Sch. kein Rauschgift im Besitz hatte. Weil er aber den Tatplan umzusetzen versuchte, haften seine Mittäter in vollem Umfang mit. S.’s Personenverwechslung führte, was die räuberische Erpressung betrifft, mithin abschließend zur diesbezüglichen Versuchsstrafbarkeit.“

III. Bewertung und Kritik

1. Zustimmungende Würdigung der abstrakt-rechtlichen Beurteilung des *error in persona* im Verhältnis der Mittäter

a) Unbeachtlichkeit des *error in persona*

Das Urteil des BGH leistet eine teils konsequente Forterstreckung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Unbeachtlichkeit des *error in persona* auch in Bezug auf Mittäterschaft. Daher ist das Urteil jedenfalls insoweit zu begrüßen, als es den bloßen Identitätsirrtum im Ergebnis überzeugend für alle Mittäter aus der Sphäre der nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB beachtlichen Tatbestandsirrtümer ausscheidet. Das letztlich – alleine – maßgebliche Argument hierfür benennt der BGH schließlich auch zutreffend (Rn. 64): Denn da es nach dem im Einzelfall – konkret – zu fassenden Vorsatz für dessen Wissenselement nur auf die zutreffende Vorstellung des im Einzelfall vorzufindenden Handlungsobjekts als gesetzlich bestimmtes Tatobjekt ankommt, sind tatobjektsbezogene Identitätsvorstellungen für die Vorsatzbildung generell gänzlich unbeachtlich. Es ist darum ganz gleich, ob sie zutreffend oder unzutreffend sind. Weil aber sowohl Allein- als auch Mit-Täterschaft eben einen solchen konkreten Vorsatz im Einzelfall voraussetzen, müssen bloße Identitätsirrtümer natürlich auch bei Mittäterschaft unbeachtlich bleiben. Demnach erfordert auch die mittäterschaftliche Zurechnung richtigerweise zwar eine *Konkretisierung* des Vorsatzes auf zumindest ein zutreffend als gesetzestaugliches Tatobjekt erkanntes Handlungsobjekt. Sie erfordert allerdings nicht eine *Individualisierung* des Vorsatzes auch auf das subjektiv will-

kürlich erwünschte Subjekt (d.h. die Person) im jeweiligen Handlungsobjekt.⁸

b) Beachtlichkeit des *error in persona*

Wollte man die individuelle Personalität jedoch im Rahmen des subjektiven Tatplans mit einer Literaturansicht (Nachweise in Rn. 56) rechtsirrig zum Vorsatzkriterium erheben, dann würde sich die Personenverwechslung des S. für C.M. dagegen im Nachhinein *rein subjektiv* als Tatplanabweichung erweisen. Mit einer objektivistischen Tatherrschaftslehre würde sich die Handlung *insofern objektiv* als Fehlschlag darstellen, als es *in objektiver Hinsicht* nicht der Abrede entsprach, andere Personen außer den beiden Drogenhändlern anzugreifen.⁹ Soweit der „Mittäter“ C.M. deshalb – nachträglich – keinen tatplanmäßigen Vorsatz in Bezug auf eine gefährliche Körperverletzung sowie eine besonders schwere

⁸ Dazu sowie zur Abgrenzung des *error in persona* von der *aberratio ictus* vertiefend Heuser, ZJS 2019, 181 (185 ff.).

⁹ Dass die behauptete Beachtlichkeit des Identitätsirrtums eines tatusführenden Mittäters für die anderen Mittäter im Rahmen des Tatplans notwendig auf der mittelbaren Erhebung der Identität des Tatopfers zum Vorsatzkriterium beruht, übersieht Dehne-Niemann, ZJS 2008, 351 (354), wenn er konstatiert, dass es sich für die anderen Mittäter „um einen Mangel in der *Tatplan*verwirklichung und nicht um eine Frage der *Vorsatz*konkretisierung“ handele (*Hervorhebungen* im Original). Denn der für die mittäterschaftliche Zurechnung maßgebliche Tatplan kann richtigerweise doch gar nichts anderes sein als der aufgrund einer wechselseitigen Vorbestimmung gefasste, inhaltlich übereinstimmende, alle Mittäter in subjektiver Hinsicht gemeinschaftlich (d.h. wechselseitig) verbindende sowie im Einzelfall hinreichend konkrete Vorsatz. – Wäre es anders, dann würde der (abstrakte) Tatplan im konkreten Einzelfall in einen Gegensatz zum konkreten Vorsatz treten und müsste als zugleich behauptete Zurechnungsgrundlage für die Mittäterschaft mithin auch einen fehlenden konkreten Vorsatz im Einzelfall zu ersetzen vermögen, sodass hiernach tatsächlich lediglich noch auf der Grundlage eines im Tatplan bloß abstrakt angelegten Vorsatzes mittäterschaftlich zugerechnet würde (wie sich unter III. 2. b) zeigen wird, verfährt in dieser Weise der BGH im hier besprochenen Urteil). Dies entspräche dann jedoch – lediglich übertragen auf die Mittäterschaft – derjenigen Ansicht, die die Irrtumskonstellation der *aberratio ictus* eines unmittelbaren Täters im Vollendungsverhältnis nicht für vorsatzausschließend erachten möchte (sog. Gleichwertigkeitstheorie – dafür etwa Puppe, GA 1981, 1 ff.; Heuchemer, in: Bockemühl (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 189 ff.; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 491 ff.). – Diese Konsequenz in umgekehrter Richtung steht Dehne-Niemann, ZJS 2008, 351 (354) jedoch nicht vor Augen, wenn er im Falle des *error in persona* des einen Mittäters aufgrund der darin objektiv gelegenen Abweichung vom subjektivistisch verstandenen Tatplan zum Zurechnungsausschluss für die anderen Mittäter gelangt sein will.

räuberische Erpressung durch S. gegenüber Sch. gehabt haben soll, würde sich das irriige Tun des S. für C.M. als ein für seine Vorsatzbildung beachtlicher „fahrlässiger Exzess“¹⁰ bzw. als eine „aberratio ictus“¹¹ darstellen. C.M. wäre dann insoweit wegen seines „Tatbeitrags“ gegenüber Sch. maßgeblich allenfalls strafbar wegen fahrlässiger Körperverletzung gem. § 229 StGB. Im Übrigen wäre die von S. tatsächlich an Sch. begangene Tat jedenfalls nicht als die zuvor zwischen den Beteiligten verabredete Tat anzusehen. Denn die Verabredung zum Verbrechen der besonders schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 30 Abs. 2 Var. 3, 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt eine Verabredung zur *mittäterschaftlichen* Begehung voraus.¹² Hieran fehlt es im konkreten Fall jedoch, wenn der error in persona des S. für C.M. gleichsam nachträglich vorsatzausschließend wirken soll, sodass S. tatsächlich nämlich als Alleintäter gegenüber Sch. gehandelt hätte. Dass aber dieser Irrtum hierbei als nachträglich den Vorsatz ausschließend angesehen wird, ist an der Rede von den „Mittätern“ eindeutig zu erkennen. Schließlich hat Mitäterschaft Vorsatz zur Voraussetzung.

Allerdings müsste man diesen rückwärtsschließenden Gedanken sodann in seiner Konsequenz richtigerweise auch auf den dadurch gleichsam nachträglich zum Alleintäter gewordenen S. übertragen. Denn warum sollten nach dem gemeinsamen Tatplan unterschiedliche Vorsatzanforderungen für die nur vermeintlichen Mittäter gelten? Insofern C.M. wegen des error in persona des S. nicht als (Mit-)Täter gelten würde, könnte also mangels Vorsatzes auch S. selbst nicht als (Mit-)Täter gelten. In der Folge dieser freilich nie gezogenen Konsequenz wäre auch der vermeintlich vorsatzlos handelnde S. maßgeblich nicht wegen vorsätzlicher, sondern allenfalls wegen fahrlässiger Körperverletzung gegenüber Sch. gem. § 229 StGB strafbar. Für eine Strafbarkeit wegen Verabredungsverbrechen würde das Vorstehende entsprechend gelten. Also nur indem die Literaturansicht diese Konsequenz ihres rückwärtsge wandten Gedankens nicht zieht, vermag sie zu einer unterschiedlichen Behandlung der vermeintlichen Mittäter im Falle des error in persona eines vermeintlichen Mittäters zu gelangen.

Jedoch würde man S. und C.M. sodann in der fortgesetzten weiteren Konsequenz des bisher entwickelten Gedankens, und zwar wegen des Identitätsirrtums des S. gegenüber Sch., wenigstens einen Vorsatz gegenüber den beiden Drogenhändlern unterstellen müssen.¹³ Denn wenn sie der error in persona gegenüber Sch. entlastet, dann muss er sie gegenüber

den Drogenhändlern entsprechend belasten. Da es aber an einer objektiven Tatausführung gegenüber diesen beiden Drogenhändlern ersichtlich mangelt, könnten C.M. und S. diesen gegenüber entweder nicht wegen mittäterschaftlichen Versuchs bestraft werden oder sie würden trotz fehlender objektiver Tatausführung rein wegen ihres bereits (vermeintlich) gefassten Vorsatzes bestraft werden. Daraus aber wird ersichtlich, dass jedenfalls die Ansicht, die hier für eine aberratio ictus optiert, in Wahrheit einen hinreichend *konkret* gefassten Vorsatz der vermeintlichen Mittäter lediglich unzulässig unterstellt. Denn ein solcher konkret im Einzelfall entschlossen gefasster Vorsatz ist dort unmöglich, wo eine mögliche objektive Tatausführung gar nicht in Rede steht. Mithin handelt es sich in Wahrheit alleine um einen gleichsam mit dem Tatplan noch im Vorbereitungsstadium und lediglich *abstrakt* gefassten Vorsatz, der die Zurechnung der (nicht) ausgeführten Tat tatsächlich nicht zu begründen vermag.¹⁴ Deshalb könnten C.M. und S. (auch) nach dieser Ansicht richtigerweise nicht wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung gegenüber den Drogenhändlern bestraft werden.

Darum ist hier festzuhalten: Die vorstehend erläuterte Verknüpfung der Identitätsvorstellung hinsichtlich des präsumtiven Handlungsobjekts als Tatobjekt mit dem Kriterium des *Tatplans* der präsumtiven Mittäter führt zunächst zur generellen Beachtlichkeit des bloßen error in persona als Tatbestandsirrtum im Sinne von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. In der weiteren Konsequenz führt sie sodann auf einen von der konkreten Tatausführung losgelösten und mithin bloß abstrakten Tatplan-Vorsatz, der die Zurechnung der (nicht) ausgeführten Tat tatsächlich auch nicht zu begründen vermag. Dem BGH ist in seiner abstrakt-rechtlichen Ablehnung dieser Literaturansicht daher vollumfänglich zuzustimmen.

2. Kritische Würdigung der konkret-rechtlichen Beurteilung des error in persona im Verhältnis der Mittäter

Verdient aber auch die konkret-rechtliche Beurteilung des Falles durch den BGH ebendieselbe vollumfängliche Zustimmung? Oder stellt der BGH mit dem Kriterium des *Tatplans* nicht seinerseits selbst auch an zumindest einer Stelle seines Gedankens maßgeblich auf einen bloß abstrakten Vorsatz ab, wenn er dem C.M. – und zwar mit dem ihm unterstellten Versuchsbeginn gegenüber Sch. noch weit vor dem tatsächlichen Tun des S. – einen hinreichend konkreten Vorsatz je-

¹⁰ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 193–201; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 116 ff.; ders., Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, S. 100 f. (286 f., 311 f.) – Kritisch zu dieser Begriffsbildung Puppe, ZIS 2007, 234 (246).

¹¹ Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Kausalverlauf, 1971, S. 76 ff.

¹² Siehe dazu m.w.N. Fischer (Fn. 2), § 30 Rn. 12.

¹³ Dieser Gedanke wird von Hillenkamp (Fn. 11), S. 78 f. lediglich hinsichtlich der nicht selbst über die Identität irrenden Person aufgeworfen, weil er die vorstehend genannte Konsequenz zu ziehen unterlässt.

¹⁴ Siehe dazu auch schon oben Fn. 9. – Im Übrigen, soweit man hier einen untauglichen Versuch in Mittäterschaft verwirklicht sehen wollte, ist anzumerken, dass die behauptete Strafbarkeit des untauglichen Versuchs generell allenfalls auf einem abstrakt gebliebenen „Vorsatz“ beruhen kann. Richtigerweise aber nicht einmal dies, denn da es die (taugliche) Versuchshandlung im Falle des untauglichen Versuchs, damit aber auch ein unmittelbares Ansetzen zum Versuchsbeginn, nicht gibt, kann es auch keinen echten Vorsatz bezüglich einer solchen Versuchshandlung geben. Vielmehr handelt es sich subjektiv um einen bloßen Wunsch (siehe dazu einstweilen nur Heuser, ZJS 2019, 181 [189 Fn. 57]).

denfalls implizit unterstellt? Das Urteil wartete dann mit mindestens einem gravierenden inneren Widerspruch auf; genau dies ist die im Folgenden weiter herauszuarbeitende These. Die hier zunächst nur zum Voraus aufgestellte Behauptung besteht also darin, dass die aus dem Urteil ersichtliche Unschlüssigkeit auf tieferliegenden dogmatischen Verwerfungen beruht, denen es nachzugehen lohnt. Das soll im Folgenden ansatzweise geschehen, nachdem hier nur die zwei augenfälligsten Widersprüche vorab benannt und sodann (unter a) und b) sukzessive entwickelt seien:

- Der BGH erachtet es als ein maßgebliches Argument für die Unbeachtlichkeit des *error in persona* bei Mittäterschaft, dass nur sie dem Grundsatz gerecht werde, wonach der Eintritt eines Mittäters ins *Versuchsstadium einheitlich* nach dem gemeinsamen Tatplan für und gegen alle anderen Mittäter wirke (Rn. 61 f.). Dabei konstatiert er einerseits den Versuchseintritt durch den im Hof wartenden C.M. (Rn. 55), andererseits stellt er auf einen Versuchseintritt durch den mittels Baseballschläger im Haus angreifenden S. ab (Rn. 52, 64, 67).
- Der BGH bemängelt, dass die Vorinstanz rechtsirrtümlich auf die *Voraussehbarkeit* der Personenverwechslung bei S. durch den C.M. abgestellt habe (Rn. 53, 64). Dabei konstatiert er selbst, der Tatplan habe wegen der notwendigen Identifizierung der Drogenhändler durch S. das Risiko der Personenverwechslung enthalten, und die tätige Abwendung dieses ihm *voraussehbaren* Risikos habe der C.M. gegenüber Sch. wiederum durch die Nichtausführung des Rücktritts von seinem (ihm gegenüber wohl schon begonnenen) Versuch unterlassen (Rn. 55, 63 f.).

Nachdem das *Tatplankriterium* mit der ihm eigenen Tendenz zur Versubjektivierung gesetzlich existenter Kriterien maßgeblich in beiden vorgenannten Widersprüchlichkeiten anzutreffen ist, steht hier *prima facie* zu vermuten, dass dieses gesetzlich nirgendwo niedergelegte und insofern ungesetzliche Kriterium bisweilen auch ungesetzliche (d.h. rechtswidrige) Ergebnisse zur Folge haben kann, die der BGH in seiner widersprüchlichen Argumentation aufzufangen sucht. Zwar gehören im Einzelfall nicht nur objektiv gesetzlich bestimmte Umstände (wie Tatobjekt, Tathandlung und Tatsubjekt), sondern auch rein subjektiv ersonnene Umstände stets zu einem konkreten Tatplan einer – alleine oder gemeinsam mit anderen Personen – zu begehenden Tat. Allerdings dürfen diese rein subjektiven Beweggründe nicht zur Grundlage der Zurechnung gemacht werden.

Macht man sie – mit dem BGH – dennoch und durchaus zu Unrecht zur teilweisen Grundlage der (mittäterschaftlichen) Zurechnung, dann können in der Konsequenz dieses Gedankens auch rein subjektiv ersonnene Identitätsvorstellungen hinsichtlich der Person des Tatopfers für die Vorsatzbildung beachtlich werden.¹⁵ Dieses Letztere nimmt der BGH jedoch jedenfalls im Ergebnis bisher zu Recht nicht an. Das geschieht allerdings wohl nicht darum, weil er den bloßen Identitätsirrtum von vornherein sowie ausnahmslos stets für un-

beachtlich erachtet bzw. mit dem zuvor (Rn. 64) genannten Argument stets für unbeachtlich erachten müsste,¹⁶ sondern darum, weil er die Personenverwechslung des S. für C.M. zwar in gewisser Hinsicht als Tatplanabweichung, jedoch nicht – anders als eine objektivistische Tatherrschaftslehre – auch *objektiv* als Fehlschlag im Sinne einer *aberratio ictus* versteht.¹⁷ Da S. bei seinem Tun nämlich immerhin „den Tatplan umzusetzen versuchte“ (Rn. 67, 54), entsprach es jedenfalls *in subjektiver Hinsicht* dem Tatplan, auch andere Personen außer den beiden Drogenhändlern anzugreifen. Der BGH behandelt die Identitätsvorstellung damit also zwar nicht als unmittelbares Vorsatzmerkmal, wohl aber als Tatplanmerkmal. Jedoch wirkt sich dies im Ergebnis – trotz mittelbarer Verknüpfung – nicht mittelbar auf den Vorsatz des C.M. gegenüber Sch. aus. Denn der BGH erblickt in der Personenverwechslung des S. aufgrund seiner subjektivistisch eingefärbten Beteiligungslehre keinen objektiven Fehlschlag, sondern einen subjektiven Versuch, dem Tatplan zu entsprechen.

Aus dieser mittelbaren Verknüpfung der Identitätsvorstellung mit dem Vorsatz dürfte sodann aber die Frage resultieren, ob der unmittelbar über die Identität irrende Mittäter nicht tatsächlich zwei Versuche in Tateinheit begeht. Denn einmal soll seine Identitätsvorstellung für seinen Vorsatz – im Hinblick auf die Person des Sch. – unerheblich sein, während sie für seinen Versuch, den abstrakten Tatplan – im Hinblick auf die Personen der beiden Drogenhändler – zu erfüllen, durchaus sehr erheblich sein soll. Demnach würde S. eine vorsätzlich vollendete Tat gegenüber der Person des Sch. sowie darin zugleich eine vorsätzlich versuchte Tat (planerfüllung) gegenüber den Personen der beiden Drogenhändler begangen haben. Für seinen Mittäter C.M. könnte schließlich nichts anderes gelten. Auch nach dieser Ansicht würde somit jedenfalls im Versuchsverhältnis ein abstrakter Tatplanvorsatz als zurechnungsbegründend herangezogen.

Richtigerweise kann es eine solche wundersame Vorsatzvermehrung infolge Irrtums jedoch nicht geben, weil es auch im Falle des Identitätsirrtums tatsächlich schon nicht auf einen Versuch ankommt, den abstrakt vorgefassten Tatplan (in subjektiver Hinsicht) zu erfüllen. Entscheidend ist nämlich der Versuch, einen Tatbestand (in objektiver und subjektiver Hinsicht) zu erfüllen. Nachdem die Identitätsvorstellung dabei richtigerweise aber sowohl für den konkreten Vorsatz als auch für den Tatplan gänzlich unerheblich ist, liegt das eigentliche Problem des Falles primär demnach gar nicht in der Irrtumsfrage. Vielmehr liegt es in der Frage, ob C.M. und S. aufgrund eines hinreichend konkreten Vorsatzes *gemeinschaftlich* zum Versuch der gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit besonders schwerer räuberischer Erpressung unmittelbar angesetzt haben. Die vorbezeichneten Widersprüchlichkeiten hinsichtlich des Versuchsbeginns von C.M. und S. resultieren folglich daraus, dass der BGH den für die

¹⁶ Siehe dazu schon oben III. 1. a).

¹⁷ Wenn der BGH in Rn. 39 von dem „hier auf der Hand liegende[n] [...] Fehlschlag“ spricht, dann ist damit der subjektiv von einem entsprechenden Vorsatz getragene, objektiv hingegen fehlgeschlagene Versuch der besonders schweren räuberischen Erpressung gemeint.

¹⁵ Siehe dazu schon oben III. 1. b).

Beurteilung der Tat maßgeblichen Tatplan nicht ausschließlich mit dem gemeinschaftlichen, d.h. wechselseitig bestimmten sowie übereinstimmenden, außerdem hinreichend konkret gefassten Vorsatz der Beteiligten zum Zeitpunkt der Tat identifiziert. Denn er betrachtet den abstrakt vorgefassten Tatplan in seiner subjektivistischen Spezifität als etwas über den konkreten Vorsatz hinaus Maßgebliches. Dies ist im Folgenden zu erörtern:

a) Beurteilung des Falles bei maßgeblicher Kongruenz von Tatplan und Vorsatz

Es bedarf keiner Frage, dass die Beteiligten im Vorfeld einer möglichen Tat auf Vorschlag des C.M. einen gemeinsamen Tatplan mit individueller Rollenverteilung vereinbart hatten. Allerdings beginnt durch die Fassung und Verabredung eines Tatplans noch nicht das Versuchsstadium, vgl. § 30 Abs. 2 StGB. Für den Eintritt in den Versuch bedarf es vielmehr des – von einem konkret gefassten Vorsatz getragenen – unmittelbaren Ansetzens zur Verwirklichung der vorgesezten Tat, § 22 StGB. Der vorgefasste Tatplan ist also noch nicht identisch mit dem konkreten Vorsatz im Zeitpunkt der Tatausführung. Erst recht ist die Tatplanfassung nicht selbst bereits ein objektiver Tatbeitrag zur späteren Tatausführung. Denn sie dient erst der Vorbereitung dieser Tat.¹⁸ Vorbereitungshandlungen sind demnach notwendig nicht Tathandlungen. Andernfalls könnte man sich die Abgrenzung des Versuchsbeginns von bloß vorbereitenden Handlungen gestrost sparen.¹⁹ „Der Mittäter muss seinen Tatbeitrag im Ausführungsstadium leisten. Denn erst mit der Tatausführung konstituiert sich Tatvorsatz und erst die Tatausführung ist strafrechtlich relevant.“²⁰ Macht man jedoch den vorgefassten und zunächst notwendig noch bloß abstrakten Tatplan unvermittelt zur Grundlage der mittäterschaftlichen Zurechnung einer Tatausführung, dann abstrahiert man damit zwangsläufig vom sonst anerkannten Erfordernis eines hinreichend konkreten Vorsatzes. Insofern kann der Tatplan richtigerweise nicht unvermittelt als Zurechnungsgrundlage dienen. Soll der Tatplan jedoch eine rechtmäßige Zurechnungsgrundlage bilden, dann darf es sich bei ihm nur um den im Einzelfall von jedem Mittäter hinreichend konkret in wechselseitiger Übereinstimmung gefassten Vorsatz handeln, durch den die Mittäter in subjektiver Hinsicht gemeinsam miteinander in ihrer objekti-

ven Tatausführung verbunden sind. Erst dies begründet sodann die wechselseitige Zurechnung ihrer jeweiligen objektiven Tatbeiträge zur ganzen Tat, § 25 Abs. 2 StGB.

aa) Beurteilung des Falles in subjektiver Hinsicht

An einem solchen gemeinsam verbindenden und hinreichend konkreten Tatvorsatz von C.M. und S. (sowie M.M. und Ma.) dürfte es hier jedoch fehlen. Denn es ist schon kaum anzunehmen, dass der im Hof befindliche C.M., als er den ihm freundschaftlich verbundenen Sch. erblickte, den im Einzelfall konkret gefassten Vorsatz hatte, den „anderen Menschen“ als gesetzliches Tatobjekt einer gefährlichen Körperverletzung in dem Handlungsobjekt der Person des Sch. körperlich zu verletzen. Sähe man dies anders, so müsste man unterstellen, dass C.M. aufgrund des im Vorbereitungsstadium vorgefassten Tatplans, und zwar mit Wirkung für und gegen S., in den (mittäterschaftlichen) Versuch der gefährlichen Körperverletzung eingetreten ist. Dieser Versuch begänne bereits zu einem Zeitpunkt, als er vor dem Gebäude, in der eine Körperverletzung irgendwann einmal in näherer Zukunft stattfinden sollte, mit dem entsprechend noch bloß abstrakten Vorsatz Stellung bezog, und als auch von den präsumtiven Handlungs- und Tatobjekten der beiden Drogenhändler noch weit und breit nichts zu erkennen war. Der BGH scheint genau dies und damit eine *Zurechnung aufgrund eines bloß abstrakt gebliebenen Vorsatzes* anzunehmen, wenn er konstatiert: „Der Angeklagte C.M. trug mit dem von ihm ersonnenen Tatplan maßgeblich zur Tat zu Sch.’s Lasten bei. Er hätte nach den Grundsätzen des § 24 Abs. 2 StGB zurücktreten [...] müssen [...]. Dies wäre ihm angesichts seiner Teilhabe an der Tatherrschaft und seines Standortes unschwer möglich gewesen.“ (Rn. 55). Andererseits kann der BGH genau dies aber nicht annehmen, wenn er auf die Notwendigkeit der Einheitlichkeit des Versuchseintritts für alle Mittäter hinweist (Rn. 61 f.) und zugleich von einem Versuchseintritt für C.M. und S. durch das Tun erst des S. ausgeht (Rn. 52, 64, 67), der trotz seines unbeachtlichen error in persona gewiss einen hinreichend konkret gefassten Vorsatz hatte.²¹ An diesem maßgeblichen Punkt erweist sich die konkret-rechtliche Beurteilung des BGH folglich als unschlüssig.

Verlagert man den Versuchsbeginn unter Abstraktion vom Erfordernis eines im Einzelfall konkret zu fassenden Vorsatzes dagegen nicht derart weit vor, sondern fordert man einen sich im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens konsti-

¹⁸ Zutreffend kritischer Hinweis hierauf im hiesigen Zusammenhang auch bei *Dehne-Niemann*, ZJS 2008, 351 (352) m.w.N.

¹⁹ Freilich läuft darauf die – die subjektivistische Linie des RG insofern fortschreibende – Rechtsprechung des BGH mit ihrer begriffslosen und daher willkürlich ‚wertenden Betrachtung‘ im Ergebnis hinaus, wenn es in ständiger Rechtsprechung etwa heißt: „Die gemeinschaftliche Ausführung der Tat setzt nicht voraus, daß jeder Mittäter selbst ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal verwirklicht; es genügt nach ständiger Rechtsprechung eine andere Mitwirkung, zu der auch eine Vorbereitungshandlung gehört, durch die der Mittäter den tatausführenden Genossen in dessen Tatentschluß bestärkt.“ (BGHSt 37, 289 [292 f.]).

²⁰ *Puppe*, ZIS 2007, 234 (241).

²¹ Ob der BGH in den Rn. 52, 64, 67 explizit von einem Versuchsbeginn durch S. ausgeht, wird nicht ganz deutlich. Immerhin spricht er aber beispielsweise von einem error in persona, dem der S. beim „ersten Angriff“ unterlag (Rn. 52), oder davon, dass C.M. dem S. „den unmittelbaren Angriff“ überließ (Rn. 64). Die Formulierungen erinnern somit jedenfalls an das nach § 22 StGB erforderliche unmittelbare Ansetzen zum Versuch. Wie unten (unter b) noch gezeigt werden wird, lässt sich die Irrtumsfrage jedoch nur im Ausgang vom Versuchsbeginn durch T sinnvoll stellen. Der BGH muss daher jedenfalls implizit von einem solchen Versuchsbeginn durch T ausgegangen sein als er sich die Irrtumsfrage vorlegte.

tuierenden Vorsatz, dann lässt sich dieser im konkreten Fall jedenfalls nicht mit den Sachverhaltsfeststellungen des LG belegen. Denn es ist positiv nicht festgestellt, dass der C.M. zu irgendeinem Zeitpunkt einen im Einzelfall über den abstrakten Tatplan hinaus konkretisierten Vorsatz gehabt hat, einen anderen Menschen in der Person eines konkreten Handlungsobjekts gefährlich zu verletzen bzw. besonders schwer räuberisch zu erpressen. Selbst wenn man überdies den error in persona des S. gegenüber Sch. als in irgendeiner möglichen Weise relevant für einen Tatvorsatz des C.M. erachten wollte, würden auch die diesbezüglichen Feststellungen einen entsprechenden Vorsatz nicht tragen. Denn es ist positiv nicht festgestellt, dass der C.M. die Personenverwechslung des S. gegenüber Sch. vorausgesehen, geschweige denn billigend Kauf genommen hat, sondern nur, dass sie für ihn „voraussehbar“ (Rn. 5)²² war. Folglich lässt sich auf Basis dieser Feststellungen für C.M. allenfalls ein Fahrlässigkeitsvorwurf begründen, der darin bestünde, dass er nicht für eine Abwendung der voraussehbaren Personenverwechslung sowie der mit ihr einhergehenden Tat gegenüber Sch. sorgte, als er den Sch. in seine Wohnung schickte. C.M. wäre demnach hinsichtlich der Person des Sch. allenfalls strafbar wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 229, 13 Abs. 1 StGB.

bb) Beurteilung des Falles in objektiver Hinsicht

Eben dieses fahrlässige Unterlassen im Vorfeld der eigentlichen Tat einer anderen Person müsste dem C.M. als mittäterschaftlicher Tatbeitrag zugerechnet werden können. Das wäre dann der Fall, wenn man ihm auf der – vorstehend kritisierten – Grundlage eines bloß abstrakt gebliebenen Tatplanvorsatzes unterstellen wollte, dass er bereits durch das bloße Zuhalten im Hof unmittelbar zur gefährlichen Körperverletzung eines „anderen Menschen“ (in der Person des Sch. oder der Personen der Drogenhändler) angesetzt habe. Indem der BGH dies im Widerspruch zu seinen sonstigen Ausführungen unterstellt (Rn. 55), dient ihm das Tatplankriterium also dazu, bloße Vorbereitungshandlungen zu objektiven Tatbeiträgen einer vermeintlich mittäterschaftlichen Tatausführung umzuwerten. Die notwendige begriffliche Folge ist dann, dass entweder Täter auch sein kann, wer überhaupt keinen objektiven – auf einem hinreichend konkret gefassten Vorsatz beruhenden – Tatbeitrag zum Tatzeitpunkt beisteuert, oder die Bestimmung der mittäterschaftlichen Tat in Richtung des

²² Worauf sich diese Feststellung der „Voraussehbarkeit“ durch das LG gründet, ist allerdings aus dem Urteil weder unmittelbar ersichtlich, noch auch nur in Zusammenschau mit den übrigen mitgeteilten Feststellungen besonders naheliegend. Denn wenn von den Beteiligten *zwei* unbekannte Drogenhändler nach dem zuvor getätigten Anruf erwartet werden durften, dann durfte C.M. wohl davon ausgehen, dass die übrigen Beteiligten die *alleine* erscheinende und ihnen bekannte Person des Sch. auch bei schlechten Lichtverhältnissen nicht als die Personen der zwei Drogenhändler identifizieren würden. Auch insofern beruht die Beurteilung durch LG und BGH auf einem unaufgeklärten Widerspruch.

Vorbereitungsstadiums grenzenlos werden muss.²³ Faktisch laufen beide Möglichkeiten auf dasselbe hinaus: Eine von einem im einzelnen Fall konkret gefassten Vorsatz getragene Tat wird als solche notwendig unbestimmbar, d.h. die Zurechnung wird grenzenlos.

cc) Was bleibt nach dieser Beurteilung tatsächlich?

Reicht die Positionierung des C.M. im Hof nach vorherigem Instruieren der übrigen Beteiligten weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht für eine mittäterschaftliche Beteiligung an der vollendeten gefährlichen Körperverletzung sowie an der versuchten besonders schweren räuberischen Erpressung gegenüber Sch. aus, so kann das Tun des C.M. nur noch als das angesehen werden, was es tatsächlich auch ist:

C.M., der den übrigen Beteiligten das o.g. Vorgehen gegen die beiden unbekannteten Drogenhändler vorschlug und dabei für sich selbst keinen substanziellen Tatbeitrag vorsah (Rn. 4), stiftete insbesondere den S. zu einer gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit einer versuchten besonders schweren räuberischen Erpressung an (§ 26 StGB) bzw. versuchte ihn zu diesen Taten zu bestimmen (vgl. § 30 Abs. 1 StGB). Indem ihm die übrigen Beteiligten zustimmten, sagten sie schließlich allenfalls ihre Hilfe zu dieser Tat zu. Denn sie wollten den C.M. bloß „unterstützen“ (Rn. 4) und hatten auch ansonsten kein eigenes Tatinteresse. Der für ihn als (Allein-)Täter unbeachtliche Identitätsirrtum des S. über die Person des Sch. war demnach auch für den C.M. als Anstifter nach allgemeinen Grundsätzen unbeachtlich.²⁴ Insofern hat das LG in der Sache und im Ergebnis jedenfalls teils zu Recht auf das Kriterium der Voraussehbarkeit abgestellt, das von der Rechtsprechung bei der Zurechnung in den Fällen von Personenverwechslungen im Verhältnis von Täter und Anstifter herangezogen wird. Allerdings war ihm dieser Rekurs rechtlich natürlich deshalb abgeschnitten, weil es in seiner Beurteilung – was wiederum der BGH in seiner Kritik seinerseits verkennt – *rechtsirrig* nicht von Anstiftung, sondern von Mittäterschaft des C.M. ausgegangen ist.

b) Beurteilung des Falles ohne maßgebliche Kongruenz von Tatplan und Vorsatz

Die Frage nach der Auswirkung des error in persona eines Mittäters für die übrigen Mittäter stellt sich regelmäßig sinnvoll erst, nachdem dieser bloße Identitätsirrtum für den tatnächsten und in eigener Person irrenden Mittäter gedanklich festgestellt wurde. Wenn dieser Irrtum jedoch nach der insofern auch hier vom *Verf.* für zutreffend erachteten Rechtspre-

²³ Das dürfte auch der Sinn der zur Parömie gereiften Sentenz sein, wonach ein „Minus“ an Entscheidungsherrschaft in der Ausführungsphase durch ein „Plus“ an Gestaltungsherrschaft in der Vorbereitungsphase ausgeglichen werden könne, sodass das Gesamtgeschehen gleichwohl mittäterschaftlich zugerechnet werden dürfe (so etwa *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/48). Aus der hier eingenommenen Warte ergeben 2 x 0 Tathandlungsbeiträge dagegen im Ergebnis nicht einen, sondern – summa summarum – keinen Tathandlungsbeitrag.

²⁴ Siehe dazu oben Fn. 4.

chung des BGH für alle Mittäter gleichermaßen unbeachtlich sein soll, dann muss das Zurechnungsergebnis von der individuellen gedanklichen Prüfungsreihenfolge der Mittäter unabhängig sein. Tatsächlich ist das vom BGH gefundene Ergebnis jedoch von dieser Prüfungsreihenfolge abhängig:

Frage man im konkreten Fall nämlich zunächst nicht nach dem Vorsatz des S., sondern nach dem des C.M., dann müsste man feststellen, dass C.M. selbst jedenfalls keinem *error in persona* unterlag, der sich auf einen etwaigen Vorsatz auch nur irgendwie hätte auswirken können. Die Frage nach einem die Vorsatzbildung behindernden Irrtum würde sich folglich schon gar nicht sinnvoll stellen. Insoweit müsste sodann positiv untersucht werden, ob C.M. einen hinreichend konkreten Vorsatz zur gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit besonders schwerer räuberischer Erpressung gefasst hatte. Denn die bloße Abwesenheit eines Identitätsirrtums begründet positiv noch keinen Vorsatz. Ein solcher Vorsatz ließe sich jedoch tatsächlich nicht feststellen, weil sich dieser im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens bei Versuchsbeginn im konkreten Einzelfall konstituieren muss. Daran fehlt es hier. Als Alleintäter wäre dem C.M. sein Tun also noch nicht zur versuchten Tat zurechenbar. Daher kann ihm sein lediglich vorbereitendes Tun richtigerweise auch als vermeintlichem Mittäter nicht zur versuchten oder gar vollendeten Tat zugerechnet werden.²⁵ Indem der BGH mit dem Tatplankriterium jedoch genau diese Zurechnung vornimmt, lässt er subjektiv einen bloß abstrakten (Tatplan-)Vorsatz in Verbindung mit einer objektiv vorbereitenden Handlung zur Tatzurechnung bereits ausreichen. Damit abstrahiert er nicht nur vom gesetzlichen Erfordernis eines objektiven Tatbeitrags, sondern auch von dem eines konkreten Vorsatzes. Das notwendige Ergebnis dieser gegen alle Denkgesetze verstößenden Konstruktion durch bloße Abstraktion ist ein tatenloser ‚Mittäter‘. Diesem wird letztlich nämlich bloß zugeschrieben, dass er aufgrund seines die Tat bzw. den Versuch der Tat bloß vorbereitenden Tuns, nach Maßgabe seines im Tatplan zu diesem Stadium notwendig noch bloß abstrakt gebliebenen Vorsatzes, die Tatausführung mit Wirkung für und gegen alle Mittäter versucht hat.²⁶

Mithin vermag der BGH – entgegen seinen eigenen Urteilsausführungen – tatsächlich auch nicht den einheitlichen Versuchsbeginn durch die Person des C.M. für beide Mittäter (C.M. und S.) gemeinschaftlich festzustellen: Denn – und dies wird gewöhnlich verkannt – ohne die zumindest implizit vorweggenommene Würdigung des späteren Tuns des S.

²⁵ Insoweit besteht hier grundsätzliche Übereinstimmung mit *Dehne-Niemann*, ZJS 2008, 351 (356), obgleich dieser (oben Fn. 9) einer Beachtlichkeit des *error in persona* für die nicht unmittelbar selbst irrenden Mittäter das Wort redet: „(Mit-) Täterschaftliche Tatbegehung setzt voraus, dass der betreffende Komplize die Tat auch als Alleintäter selbst und eigenhändig begehen könnte; wer nicht Täter sein kann, der kann auch nicht Mittäter sein.“

²⁶ So lag es freilich auch schon in BGHSt 11, 268 ff.; siehe dazu etwa *Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 37 mit Fn. 76; *Puppe*, ZIS 2007, 234 (245); und besonders *Spendel*, JuS 1969, 314 (315 ff.).

gegenüber Sch. als täterschaftlich lässt sich das vorherige Tun des C.M. im Vorbereitungsstadium für C.M. überhaupt nicht als mittäterschaftlicher Versuchsbeginn ansehen. Das vom BGH gefundene Ergebnis ist darum sehr wohl von einer gewissen Prüfungsreihenfolge abhängig. Ist es aber nicht möglich, das Tun des C.M. bereits für sich selbst als (mit-) täterschaftlichen Versuchsbeginn anzusehen, dann kann der Versuchsbeginn für beide Mittäter maßgeblich auch allenfalls nur durch das spätere Tun des S. begründet werden. Folglich hängt die vermeintliche Tatbeitragsqualität des vorherigen Tuns des C.M. im Vorbereitungsstadium von dem Zufall ab, ob S. überhaupt noch tätig wird. Wird S. schließlich noch tätig, dann beginnt der Versuch für beide aber nicht schon mit dem vorherigen Tun des C.M. im Vorbereitungsstadium, sondern mit dem späteren Tun des S. in seinem Tatausführungsstadium. Nur insofern stellt der BGH auch teils mit Recht wohl auf einen Versuchsbeginn durch S. ab, wenn er etwa notiert: „Der Angeklagte C.M. überließ dem Mitangeklagten S. den unmittelbaren Angriff; [...] S.’s Irrtum führte bezüglich des Vermögensdelikts zur Untauglichkeit seines Versuchs, weil Sch. kein Rauschgift im Besitz hatte. Weil er aber den Tatplan umzusetzen versuchte, haften seine Mittäter in vollem Umfang mit.“ (Rn. 64/67). Allerdings beginnt der Versuch damit nicht länger einheitlich durch das *erste* Tun einer der präsumtiven Mittäter, sondern erst durch das spätere Tun eines anderen Mittäters. Die vorgenannten Überlegungen des BGH stehen also in einem diametralen Gegensatz zu seinen vorherigen Ausführungen betreffs des vermeintlich einheitlichen Versuchsbeginns durch das vorbereitende Tun des C.M. (Rn. 55). Denn wenn der Versuch einheitlich für beide erst durch das Tun des S. begann, konnte er nicht einheitlich durch das vorbereitende Tun des C.M. beginnen. Hätte er dagegen bereits durch das vorbereitende Tun des C.M. begonnen, so müsste sich dieses unabhängig vom späteren Tun des S. als solches qualifizieren lassen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Tatsächlich hebt der BGH mit seinem von ihm floskelhaft verdeckten Schwanken also lediglich die Unterscheidung zwischen Vorbereitung und Versuch auf.

Selbst wenn der BGH hier (Rn. 52, 64, 67) nicht auf einen einheitlichen Versuchsbeginn durch das spätere Tun des S. abstellen und weiterhin lediglich von einem einheitlichen Versuchsbeginn durch das vorbereitende Tun des C.M. (Rn. 55) ausgehen sollte, wäre gänzlich unerfindlich, was das zeitlich noch nicht mit einem Identitätsirrtum kontaminierte Tun des C.M., das dem S. sodann bereits mittäterschaftlich zugerechnet werden müsste, zu der Beurteilung beizutragen hat, wie sich der spätere Identitätsirrtum des S. bei seinem Tun im sodann bloß weiteren Tatverlauf überhaupt auf den bereits gefassten Vorsatz des C.M. bei dessen vorherigen Versuchsbeginn gleichsam rückwirkend auswirken können sollte. Die Irrtumsfrage stellte sich dann nämlich nicht bloß schon im Ausgang für C.M., sondern auch bereits für S. nicht länger sinnvoll. Wollte der BGH die Irrtumsfrage indessen sinnvoll gestellt wissen, wovon angesichts der ausführlichen Erörterungen ausgegangen werden darf, dann nur im Ausgang vom Versuchsbeginn durch S.

Wenn aber der Identitätsirrtum für den Vorsatz der Mittäter – richtigerweise – gänzlich unbeachtlich ist und der sub-

ektiv im Vorbereitungsstadium ersonnene Tatplan des C.M. – fälschlicherweise mit dem BGH – bereits *seinen* Beginn des späteren Versuchs einer gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit besonders schwerer räuberischer Erpressung durch S. markiert, dann müsste dieser Versuch des C.M. auch unabhängig vom Tatbeitrag des S. als solcher denkmöglich sein. Insofern dies – entgegen der vorstehenden Überlegungen – der Fall wäre, wäre es nicht länger zwingend, dem tatnäheren S. die versuchten bzw. vollendeten Taten des C.M. (mit-)täterschaftlich zuzurechnen. Denn wenn die Täterschaft trotz fehlenden Tatbeitrags möglich sein soll, dann muss sie vom Erfordernis eines Tatbeitrags unabhängig sein. Folglich könnte sie trotz Tatbeitrags auch ausgeschlossen sein.²⁷ Da S nun kein eigenes Tatinteresse hatte, sondern den C.M. nur „unterstützen“ (Rn. 4) wollte, hätte er in der Konsequenz dieses Gedankens bloß als Gehilfe an der angeblich bereits im Vorbereitungsstadium versuchten Tat des C.M. gemäß § 27 Abs. 1 StGB bestraft werden dürfen. Weil sich die im Vorbereitungsstadium vermeintlich schon versuchte Tat des C.M. als solche jedoch richtigerweise noch nicht einmal ohne die spätere Tatbeteiligung des S. denken lässt, hebt der vorstehende Gedanke bloß beihilfender Teilnahme des S aber nicht nur den für sich zutreffenden Gedanken einer Täterschaft des S, sondern auch den an sich unzutreffenden Gedanken einer bloß teilnehmenden Beteiligung des S. negierend auf.

3. Fazit und Ausblick

Beim *error in persona* handelt es sich mit der in diesem Punkt zutreffenden Rechtsprechung des BGH nicht um einen der Vorsatzbildung entgegenstehenden Tatbestandsirrtum im Sinne von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dies gilt sowohl für den Allein- als auch für den Mit-Täter. Denn die individuelle Identität einer Person ist nicht Begriffsmerkmal des gesetzlich jeweils normierten Tatobjekts. Sie kann deshalb weder ein die Zurechnung bestimmendes Merkmal im Vorsatz noch im Tatplan sein. Darum kommt es auch auf die *Voraussehbarkeit* der Personenverwechslung nicht entscheidend an.²⁸

²⁷ Dieses Letztere läge insbesondere auf der subjektivistischen Linie der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, etwa RGSt 74, 84 (85).

²⁸ Auf den Gedanken der Voraussehbarkeit läuft zuletzt jedenfalls tendenziell auch schon der vom BGH (Rn. 54) zur Absicherung seiner Ansicht bemühte Gedanke *Küpers* ([Fn. 26], S. 38 f.) hinaus, bei dem es heißt: „Die Möglichkeit von Fehlkonkretisierungen bei der Planverwirklichung ist damit im Gesamtplan strukturell immer schon enthalten, sozusagen ‚vorprogrammiert‘. Mit der Rollenverteilung nehmen sie die Genossen – als notwendigen Unsicherheitsfaktor des Projekts – in Kauf und sind daher auch gemeinsam für das Ergebnis solcher ‚Fehlleistungen‘ verantwortlich, sofern es sich nur überhaupt im Rahmen des generell Zurechenbaren hält: Ihre Berufung darauf, daß sie die Komplizenhandlung und ihr Resultat ‚so nicht gewollt‘ haben oder daß ‚ihnen‘ diese Panne nicht hätte passieren können‘, wäre eine widersprüchliche *protestatio facto contraria!*“ (*Hervorhebung* im Original).

Allerdings kontaminiert der BGH diese einfache Erkenntnis in dem hier besprochenen Urteil durch sein Insistieren auf einem mit der Personenidentität noch ungesetzlich verknüpften Tatplankriterium. Dadurch erhält auch das Merkmal der Voraussehbarkeit durch die Hintertür mittelbar wieder Eingang in das gedankliche Gebäude des BGH, nachdem es zuvor eingangs seiner Überlegungen unmittelbar der Vordertür verwiesen worden war. In der darin zum Ausdruck kommenden Versubjektivierung des Zurechnungsgedankens durch das Tatplankriterium kann der Rechtsprechung also nicht gefolgt werden.

Jedoch stellt diese unzutreffende Versubjektivierung kein *Novum* des hier besprochenen Urteils dar. Bereits im Verfolgerfall hatte sich diese subjektivistische Vorgehensweise nach Tatplankriterien für den hier in Rede stehenden Problemkomplex zumindest in Ansätzen gezeigt.²⁹ Und auch im Übrigen beruht beispielsweise die Rechtsprechung des BGH zur vermeintlichen Tatherrschaft des zur Tat anstiftenden und sie insofern lediglich vorbereitenden Bandenchefs auf der hier kritisierten subjektivistischen Handhabung des Tatplankriteriums.³⁰ Eine Folge dieses gesetzlich unvermittelten Gebrauchs des Tatplankriteriums durch die Rechtsprechungspraxis ist schließlich also das oben herausgearbeitete Phänomen des Täters ohne Tat. An den herausgestellten Widersprüchen des besprochenen Urteils offenbaren sich somit ein weiteres Mal die Verwerfungen der herrschenden subjektivistischen Rechtsprechungsdogmatik zur Mittäterschaft/Beteiligung. Sie treten in den Überlegungen des BGH insbesondere in der Problematik des mittäterschaftlichen Versuchsbeginns offen zu Tage. Einer meinungsfreudigen Strafrechtswissenschaft bieten solche Friktionen allerdings neuen Stoff zur Diskussion. Deshalb ist die Examens- und Klausurrelevanz des Falls unschwer abzusehen.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Martin Heuser, Regensburg

²⁹ BGHSt 11, 268 (271 f.).

³⁰ BGHSt 33, 55 (52 f.); BGH NSTZ 2009, 25 (26 f.).

Strafrechtsvergleichung als Gegenstand der juristischen Ausbildung und als Kulturaustausch

Bericht zum deutsch-griechischen Seminar „Criminal Law Perspectives on Use and Trading of Drugs“

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Thomas Schröder**, Stud. iur. **Tobias Stiewe**, Heidelberg

Im vergangenen Frühjahr fand an den Universitäten Thessaloniki und Heidelberg ein von der European Law Students' Association Heidelberg (ELSA Heidelberg) initiiertes studentisches Forschungsprojekt zu Fragestellungen des Betäubungsmittelstrafrechts statt. Diese „Legal Research Group“ war als rechtsvergleichendes Projekt ausgerichtet. Ein erstes Treffen der studentischen Forschungsgruppe fand vom 17.–22.10.2017 in Griechenland unter wissenschaftlicher Betreuung der Professorin für Strafrecht Dr. Maria Kaiafa-Gbandi statt. Der Gegenbesuch der griechischen Studierenden in Heidelberg erfolgte vom 21.–26.2.2018. Den akademischen Schluss- und Höhepunkt der Studien bildete das am 22.2.2018 an der juristischen Fakultät Heidelberg in englischer Sprache abgehaltene Seminar unter dem Titel „Criminal Law Perspectives on Use and Trading of Drugs“. In diesem Rahmen stellten die griechischen und deutschen Teilnehmer ihre zuvor verschriftlichten Einzeluntersuchungen vor und erörterten sie mit den anderen Diskutanten. Das Seminar wurde wissenschaftlich durch die beiden Professoren Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker und Dr. Jan C. Schuhr sowie durch Dr. Thomas Schröder (alle Universität Heidelberg) und Dr. Mustafa Oğlakcioğlu (Universität Erlangen-Nürnberg) begleitet. Seitens ELSA Heidelberg war Tobias Stiewe für die Organisation des akademischen Programms verantwortlich.

I. Methodische Herausforderungen der (Straf-)Rechtsvergleichung

Als die Verf. Konzept und Struktur des abschließenden Seminars in Heidelberg erörterten, stießen sie auf die Fragestellungen, auf die auch nicht-studentische Wissenschaftsprojekte der Rechtsvergleichung bei dem Design des Forschungsvorhabens treffen: Zu welchem Erkenntnisziel hin und mit welchen Methoden soll der Vergleich zwischen den Rechtsordnungen erfolgen? Vom Vergleich welcher Rechtsordnungen können am ehesten ergiebige Antworten erwartet werden? Für welche der in den Blick genommenen Zwecke und Methoden der Rechtsvergleichung sind die gesteckten und vorgegebenen Rahmen hinsichtlich Zeitraum, Vergleichsmaterial (Gesetze, Rechtsprechung, Literatur) und Studienfortschritt der Teilnehmer am besten geeignet, um möglichst zu nutzbringenden Erkenntnissen zu gelangen? Wie lässt es sich also möglichst vermeiden, dass die Rechtsvergleichung im Stadium eines bloßen Aneinanderreihens diverser „Länderberichte“ steckenbleibt, sondern weiterführende Erkenntnisse zu Tage fördert? Hinzu traten bei dem hier vorgestellten Seminar die Herausforderungen, die sich durch Raum- und – gerade im Hinblick auf das fachspezifische Vokabular – auch Sprachbarrieren zwischen den studentischen Gruppen ergaben. Die „Legal Research Group“ diente damit nicht nur der Wissensvertiefung in einem Sonderbereich der (organisierten) Kriminalität, sondern auch einem ersten Einblick, welche

Schwierigkeiten sinnvolle Strafrechtsvergleichung überwinden muss, und schließlich der Einarbeitung in Techniken, damit bereits Studierende mit den Methoden der Rechtsvergleichung bekannt gemacht werden können.

II. Zur Rechtsentwicklung der internationalen und supranationalen Maßnahmen gegen den illegalen Betäubungsmittelhandel

Das Problem des illegalen Betäubungsmittelhandels betrifft alle europäischen Länder. Es hat bereits deshalb grenzüberschreitenden Charakter, weil der Drogenhandel selbst ganz erheblich internationalisiert ist.¹ Europa ist ein wichtiger Drogenmarkt. Sowohl hier hergestellte Drogen als auch aus anderen Teilen der Welt, insbesondere aus Südamerika, Westasien und Nordafrika eingeführte Betäubungsmittel sind Gegenstand eines florierenden Handels.² Jährlich werden hierdurch mehrere Milliarden Euro erwirtschaftet.³ In den Jahren 2010–2014 waren stetig jeweils 1.900–2.000 Verurteilungen wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG) in der deutschen Strafverfolgungsstatistik zu verzeichnen.⁴ Die Dunkelziffer ist freilich deutlich höher.⁵ Die Zahl der Kokainsicherstellungen erreichte im Jahr 2017 eine Rekordhöhe von 140,4 Tonnen allein in der Europäischen Union.⁶ Die Europäische Union konstatierte bereits in ihrer „Drogenstrategie (2013–2020)“ eine „Dynamik der illegalen Drogenmärkte“ sowie der „grenz-

¹ So stellt etwa die Drogenstrategie der Europäischen Union (2013–2020), abrufbar unter https://www.consilium.europa.eu/media/30727/drugs-strategy-2013_content.pdf (3.11.2019), einleitend (S. 6) fest: „The drugs phenomenon is a national and international issue that needs to be addressed in a global context“.

² Europäischer Drogenbericht 2019 der Europäischen Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht, abrufbar unter http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11364/20191724_TDAT19001DEN_PDF.pdf (3.11.2019), S. 21.

³ Europäischer Drogenbericht 2019 der Europäischen Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (Fn. 2), S. 22.

⁴ Oğlakcioğlu, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 3. Aufl. 2017, Vorb. § 1 BtMG Rn. 40.

⁵ Dazu etwa BT-Drs. 6/1877, S. 5: „Die Dunkelziffer ist bei der Rauschgiftkriminalität besonders hoch. Ihr tatsächlicher Umfang übersteigt die statistischen Angaben um ein Mehrfaches.“; Zur Unterteilung in das sog. Hell- bzw. Dunkelfeld vgl. etwa Bohnen, in: Bohnen/Schmidt (Hrsg.), Beck'scher-Online Kommentar zum BtMG, 3. Ed., Stand: Juni 2019, Einf. Rn. 80.

⁶ Europäischer Drogenbericht 2019 der Europäischen Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (Fn. 2), S. 28.

überschreitenden organisierten Kriminalität“.⁷ Die rechtlichen Maßnahmen gegen den internationalen Drogenhandel haben entsprechend dieser Erkenntnisse ebenfalls den Bereich des rein nationalen Handels verlassen, sodass das auf das Handeln treiben mit den verschiedenen verbotenen Substanzen bezogene nationale (Straf-)Recht durch unions- wie völkerrechtliche Vorgaben mehrschichtig determiniert ist.⁸

Erste verbindliche Regulierungsansätze waren dem Haager Internationalen Drogenabkommen vom 23.1.1912⁹ zu entnehmen,¹⁰ das erst infolge der Bestimmungen des Versailler Vertrages mit dem Opiumgesetz vom 30.12.1920 in Deutschland umgesetzt wurde.¹¹ Es folgten zwei Genfer Abkommen: Das Internationale Opiumabkommen vom 11.2.1925¹² verpflichtete die Unterzeichnerstaaten, den Verkehr mit Opium staatlich zu monopolisieren und entsprechende Maßnahmen gegen den privaten Verkauf zu ergreifen. Das Zweite Genfer Abkommen vom 19.2.1925¹³ statuierte ein Cannabisverbot und ordnete intensivere Überwachungsmaßnahmen für den Herstellungsprozess von Betäubungsmitteln an. Schließlich führte das Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln vom 10.12.1929 (OpiumG 1929)¹⁴ die Systematik des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ein und unterstellte die Aufsicht über Betäubungsmittel dem Reichsgesundheitsamt.¹⁵

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurden die Vereinten Nationen federführend in der Betäubungsmittelkontrolle,¹⁶ unter anderem durch die am 30.3.1961 unterzeichnete „Single Convention on Narcotic Drugs“¹⁷. Das „Übereinkommen von 1971 über psychotrope Stoffe“¹⁸ erweiterte den Anwendungsbereich der internationalen Betäubungsmittelkontrolle unter anderem auf Halluzinogene, Amphetamine und Psychopharmaka. Eine intensivere Verpflichtung zur internationalen Zusammenarbeit bei der Betäubungsmittelbekämpfung brachte dann erst das Wiener Abkommen vom 19.12.1988¹⁹ mit sich.

⁷ EU Drogenstrategie (2013–2020), 2012/C 402/01, C 402/2 I. Einleitung (8) Nr. 8.

⁸ Zur deutschen Entwicklung des Betäubungsmittelstrafrechts vgl. etwa *Malek*, Betäubungsmittelstrafrecht, 4. Aufl. 2015, S. 1–8 Rn. 1–29; zur internationalen Entwicklung vgl. etwa *Weber*, Betäubungsmittelgesetz, 5. Aufl. 2017, Einl. Rn. 30–60.

⁹ RGBl. 1921, S. 6.

¹⁰ *Oğlakcioğlu* (Fn. 4), Vorb. § 1 BtMG Rn. 65; vgl. auch *Bohnen* (Fn. 5), Einf. Rn. 15 f.

¹¹ *Weber* (Fn. 8), Einl. Rn. 4.

¹² Deutsches Handelsarchiv 1927, S. 575.

¹³ Deutsches Zustimmungsgesetz v. 26.6.1929, RGBl. II 1929, S. 407.

¹⁴ RGBl. I. 1929, S. 215.

¹⁵ *Oğlakcioğlu* (Fn. 4), Vorb. § 1 BtMG Rn. 73.

¹⁶ *Weber* (Fn. 8), Einl. Rn. 6; *Oğlakcioğlu* (Fn. 4), Vorb. § 1 BtMG Rn. 75; *Bohnen* (Fn. 5), Einf. Rn. 21.

¹⁷ Einheits-Übereinkommen v. 30.3.1961 über Suchtstoffe, BGBl. II 1973, S. 1354.

¹⁸ BGBl. II 1976, S. 1478.

¹⁹ Suchtstoffübereinkommen, BGBl. II 1993, S. 1136.

Die Europäische Union wurde erst zu einem späteren Zeitpunkt in der Betäubungsmittelbekämpfung aktiv.²⁰ In Anlehnung an das Wiener Abkommen erließ der Rat der EG im Jahr 1990 eine „Verordnung über Maßnahmen gegen die Abzweigung bestimmter Stoffe zur unerlaubten Herstellung von Suchtstoffen und psychotropen Substanzen“.²¹ Diese Stoßrichtung wurde durch die „Richtlinie über die Herstellung und das Inverkehrbringen bestimmter Stoffe, die zur unerlaubten Herstellung von Suchtstoffen und psychotropen Substanzen verwendet werden“²² fortgeführt.

Neben den genannten Regelwerken hat die Europäische Union zahlreiche Aktionspläne und Strategien aufgestellt, denen stets die Ziele Gesundheitsschutz und Aufrechterhaltung der Sicherheit der europäischen Institutionen immanent sind.²³ Als aktuelle Programme sind die Drogenstrategie der Europäischen Union (2013–2020)²⁴ sowie der Drogenaktionsplan 2017–2020²⁵ hervorzuheben.

III. Entscheidung für eine funktionale Rechtsvergleichung

Infolge dieser legislativen Schritte hat bereits eine weitreichende Annäherung der nationalen Strafrechtsordnungen an internationale Standards und Vorgaben stattgefunden. Vor diesem Hintergrund stellte sich der „Legal Research Group“ die Frage, welche zusätzlichen Einsichten der Vergleich welcher nationalen und transnationalen Rechtsordnungen zu Tage fördern könnte und welcher Ansatz der Rechtsvergleichung hierfür vorzugswürdig erschien.

In der Rechtsvergleichung können verschiedene Methoden zur Anwendung kommen, die, wie bereits angesprochen, darüber hinausgehen sollten, bloße Unterschiede und Gemeinsamkeiten der einzelnen Regelungstechniken aufzuzählen. Letzteres, die „Länderberichte“, ist zwar eine wichtige Grundlage für die weitere Arbeit, doch sind sie allein unzureichend. Die eigentliche Rechtsvergleichung beginnt erst auf Grundlage solcher Berichte über das positive Recht, einschließlich des verfassungsrechtlichen Rahmens und der einschlägigen Judikatur.

Das überkommene Grundprinzip der Rechtsvergleichung stellt auf deren Funktionalität ab. Rechtsvergleichende Ausgangsfragen sind daher nicht auf die systematischen Grundstrukturen der eigenen Rechtsordnung zu fokussieren, sondern es ist zu ermitteln, wie die jeweiligen Rechtsordnungen auf ein bestimmtes gesellschaftliches Problem oder einen Konflikt reagieren und welche Lösungen sie bereithalten.

²⁰ Die Rolle der EU wird hier zuweilen als die eines „Nachzüglers“ beschrieben, so etwa durch *Oğlakcioğlu* (Fn. 4), Vorb. § 1 BtMG Rn. 116.

²¹ Verordnung (EWG) Nr. 3677/90.

²² Richtlinie 92/109/EWG.

²³ *Oğlakcioğlu* (Fn. 4), Vorb. § 1 BtMG Rn. 131; unter Rn. 130 findet sich auch eine Auflistung aller Pläne und Strategien.

²⁴ Abrufbar unter

<https://www.consilium.europa.eu/de/documents-publications/publications/european-union-drugs-strategy-2013-2020/> (3.11.2019).

²⁵ Drogenaktionsplan der EU 2017–2020 (2017/C 215/02).

Diese Antworten sind wiederum einander gegenüberzustellen, und es ist den tieferliegenden rechtlichen (und sonstigen) Gründen für das jeweilige rechtliche Konzept nachzugehen. Es können sich daran Wertungen zu den Fragestellungen anschließen, welcher der jeweiligen Lösungsansätze sachgerechter erscheint sowie ob und, gegebenenfalls, inwieweit eine Übernahme in Erwägung gezogen werden könnte.²⁶

Der funktionale Rechtsvergleich wird allerdings auch zunehmend kritisiert.²⁷ Dies beginnt bereits bei der Frage, ob die Annahme, Recht biete sinnvolle Lösungen, überhaupt berechtigt ist. Selbst in diesem Fall sei von mehreren, miteinander konkurrierenden Funktionalitätsannahmen auszugehen, die kaum miteinander verglichen werden könnten. Ein weiterer methodologischer Kritikpunkt soll darin bestehen, dass es an der Mitwirkung anderer Fachrichtungen außerhalb des Rechts fehle. Unter anderem zu kritisieren sei der Fokus auf das positive Recht zu Lasten einer angemessenen Berücksichtigung der Rechtsrealitäten, wie sie die (Rechts-)Soziologie leisten könnte.²⁸ Von manchen werden daher anstelle²⁹ der funktionalen Rechtsvergleichung andere Vergleichsinhalte (und -methoden) bevorzugt, früher eine Zuordnung der Rechtsordnungen zu Rechtskreisen³⁰ und heute die Untersuchung der in oder neben der Dogmatik zum Ausdruck kommenden Rechtskultur³¹ der Vergleichsgegenstände. Diese Methodenvielfalt prägt auch den Wissenschaftszweig der Strafrechtsvergleichung.³²

Von diesen Grundformen der Rechtsvergleichung ausgehend war die Frage zu beantworten, welche Erkenntnisinter-

ressen den Mittelpunkt der „Legal Research Group“ bildeten und welche Ressourcen für das angestrebte Design der Untersuchung zur Verfügung standen. Insoweit war zu beachten, dass einerseits Studierende zweier EU-Staaten am Projekt teilnehmen sollten, die allerdings andererseits noch über größtenteils sehr geringe Forschungserfahrung verfügten und zudem keine Vertreter weiterer Fachrichtungen (Historiker, Ökonomen, Kulturwissenschaftler, Kriminologen) in die „Legal Research Group“ eingebunden waren. Zudem sollten die meisten Teilnehmer Rechtsordnungen untersuchen, die ihnen persönlich wie fachlich fremd waren.

Bereits aus diesen Gründen sowie mit Blick auf den knappen Zeitrahmen erschien es zunächst naheliegend, den Schwerpunkt des Seminars nicht auf einen Vergleich der zugrunde liegenden Rechtskulturen zu legen, sondern einen auf eine zentrale Frage fokussierten funktionalen Rechtsvergleich vorzunehmen. Kern des Vorhabens sollte es daher sein zu ermitteln, ob und inwieweit die internationalen Harmonisierungsbemühungen um Mindeststandards im Kampf gegen den illegalen Betäubungsmittelhandel bereits zu einer weitgehenden Angleichung der nationalen Rechtsordnungen geführt haben und inwieweit gesellschaftspolitische Vorstellungen (insbesondere hinsichtlich antagonistisch paternalistischer vs. liberaler Rechtsvorstellungen) bisher zu noch gravierenden Rechtsunterschieden in den Mitgliedstaaten beigetragen haben. Damit konnten zwar auch die divergierenden rechtskulturellen und rechtspolitischen Leitvorstellungen der jeweiligen Gesetzgeber und Gerichte zu Tage gefördert werden, der Schwerpunkt sollte aber in einem Abgleich der Gesetzgebungslandschaft selbst liegen.

IV. Umsetzung des Rechtsvergleichungskonzepts in den Vorträgen

Um ein möglichst breites Spektrum der Maßnahmen der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Bekämpfung des Betäubungsmittelhandels abdecken zu können, sollte sich der Rechtsvergleich nicht auf Griechenland, Deutschland und weitere deutsch- oder englischsprachige Länder beschränken. Vielmehr umfassten die einzelnen Arbeiten neben der Rechtslage in Deutschland und Griechenland auch Darstellungen zum Betäubungsmittelstrafrecht in Dänemark, Finnland, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, der Slowakei, Spanien, Tschechien sowie im Vereinigten Königreich. Der eröffnende Vortrag erörterte zudem die einschlägigen europäischen und internationalen Vorgaben auf dem Gebiet der Drogenbekämpfung.

Da eine allumfassende Analyse der Länderberichte und ein daraus resultierender Vergleich im Rahmen eines einzelnen Seminars nicht zu bewerkstelligen war, die Teilnehmer des Seminars aber nicht bei den jeweiligen Länderberichten stehen bleiben wollten, untersuchten sie jeweils fünf Funktionen von Recht, die für die Kernfrage nach dem bisher erfolgten und noch realistisch zu erwartenden weiteren Umfang und Tiefgang der Harmonisierung auf dem Gebiet des Betäubungsmittelstrafrechts innerhalb der Europäischen Union von erheblicher Bedeutung erscheinen. Dies waren im Einzelnen:

²⁶ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1996, S. 33 ff.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 3 Rn. 3.

²⁷ Hier und im folgenden Absatz *Kischel* (Fn. 26), § 3 Rn. 6 ff. m.w.N.

²⁸ *Baer*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 21.

²⁹ Neben der ostentativen Abkehr von der überkommenen funktionalen Rechtsvergleichung stehen eine Vielzahl von Vorschlägen, wie die funktionale Rechtsvergleichung präzisiert, um andere Wissenschaftsdisziplinen erweitert oder anderweitig modifiziert werden kann. Sie können hier bereits aus Platzgründen nicht dargestellt werden. Siehe dazu *Kischel* (Fn. 26), § 3 Rn. 31 ff. m.w.N.

³⁰ Dazu *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. 3, 1983, S. 82 ff.; *Zweigert/Kötz* (Fn. 26), S. 281 f.

³¹ Dazu *Mankowski*, JZ 2009, 321 (322 ff.); aus rechtssoziologischer Perspektive *Baer* (Fn. 28), § 3 Rn. 23 ff.; *Friedman*, in: Freeman (Hrsg.), Law and sociology – Current legal issues 8 (2006), S. 185 (198 f.); *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2013, S. 330.

³² Zu den Zielen, Funktionen und Methoden der Strafrechtsvergleichung *Eser*, in: Eser/Perron (Hrsg.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung, 2015, S. 929 ff.; *Schultz*, in: Jescheck/Kaiser (Hrsg.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980, S. 7 ff. Siehe auch *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 438 ff.

- der Umgang mit völker- und unionsrechtlichen Vorgaben,
- die Ausbalancierung von Volksgesundheit und Individualgesundheit,
- die legitimen Grenzen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung, insbesondere bei Jugendlichen und Heranwachsenden,
- die rechtsstaatlich angemessene Reaktion auf neue Substanzen („Legal Highs“-Problematik), insbesondere das Primat des Verfassungsrechts bei strafrechtlicher Reaktion auf neue Herausforderungen, sowie
- die Einbettung des repressiven Strafrechts in präventive Strategien gegen Betäubungsmittelmissbrauch.

Die durchweg erhellenden Vorträge und die engagierten Diskussionen förderten dabei unter anderem folgende Erkenntnisse zu Tage:

Der Europäische Rat war sich der Problematik bewusst, dass die Angleichung nationaler Strafrechtsordnungen in Bezug auf die Betäubungsmittelbekämpfung fundierter wissenschaftlicher Erhebungen bedarf, die eine Analyse des Handlungsbedarfes und der Situation in den jeweiligen Mitgliedstaaten ermöglicht.³³ Hierzu wurde im Jahr 1993 die Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (engl. EMCDDA) geschaffen. Diese veröffentlicht unter anderem den jährlichen Europäischen Drogenbericht.³⁴

Auch sonst lässt sich die europäische Zusammenarbeit im Bereich der Betäubungsmittelbekämpfung als intensiv bezeichnen. Schon seit dem Jahr 2004 stellt die Drogenkriminalitätsbekämpfung den am stärksten ausgeprägten Bereich der Kooperation europäischer Staatsanwaltschaften im Rahmen von Eurojust dar.³⁵

Gleichwohl bestehen große Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten in der Bewertung von Stoffen als gefährlich oder unbedenklich, in der öffentlichen Wahrnehmung von Drogen und damit verbundenen Legalisierungsdebatten sowie in der Pönalisierung unterschiedlicher Handlungsformen wie Besitz, Handel oder Konsum.

Während in Deutschland der medizinisch indizierte Konsum von Cannabis mittlerweile erlaubt ist und auch im Übrigen fortwährende Legalisierungsdebatten geführt werden,³⁶

scheint die öffentliche Meinung zu berausenden Substanzen in anderen Ländern nach wie vor deutlich kritischer zu sein. Die griechischen Diskutanten stellten dar, dass die dortige Bevölkerung Drogen, insbesondere Cannabis, überwiegend als gesundheits- wie gemeinschaftsgefährdend einstuft und daher die medizinische und erst recht eine generelle Legalisierung ablehnt. Noch darüber hinaus gehen die betäubungsmittelkritischen Anschauungen in Schweden. Dort besteht die politische Zielvorgabe einer drogenfreien Gesellschaft.³⁷ Sie soll auch durch eine strenge Ausgestaltung des Betäubungsmittelstrafrechts gefördert werden: Eine Unterscheidung zwischen „soft drugs“ und „hard drugs“ findet dort nicht statt, der Verkauf, Besitz, Konsum und die Herstellung von Drogen sind gleichermaßen mit Strafe bedroht, wobei das Strafmaß je nach Einstufung des Verstoßes als serious, not serious oder basic variiert.³⁸

Zu den Drogenkonsumenten zählen in der Europäischen Union insbesondere Jugendliche und junge Erwachsene. Im Jahr 2018 haben ca. 18 % der 15- bis 34-Jährigen illegale Betäubungsmittel konsumiert.³⁹ Hierbei erfreuen sich vor allem sogenannte Neue Psychoaktive Stoffe (NPS), auch als „Designerdrogen“ oder „Legal Highs“ bezeichnet, zunehmender Beliebtheit. Ihre Hersteller ändern die chemische Struktur verbotener Stoffe dergestalt, dass diese möglichst nicht mehr von der Liste verbotener Stoffe erfasst sind.⁴⁰ Am Umgang der europäischen Staaten mit der NPS-Problematik lässt sich somit in besonderem Maß die Konsequenz erkennen, mit der Betäubungsmitteldelikte verfolgt werden. Hierbei ist einerseits in Rechnung zu stellen, dass NPS in enormer Vielzahl und in immer wieder neuen Zusammensetzungen

³⁷ Swedish drug policy, Ministry of Health and Social Affairs, S. 3, abrufbar unter https://www.government.se/496f5b/contentassets/89b85401e2d04484832fb1808cad6012/rk_21164_broschyr_narkotika_a4_en_3_tillg.pdf (3.11.2019).

³⁸ Siehe dazu

http://www.emcdda.europa.eu/publications/topic-overviews/content/drug-law-penalties-at-a-glance_en; https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/drug-control/docs/study-drug-trafficking_en.pdf (3.11.2019), S. 13; Section 3 des „Act on Penal Law on Narcotics“: „If the offence under Section 1 is judged to be grave, the sentence for a grave narcotics offence shall be imprisonment for at least two years and at most ten years“, abrufbar unter https://www.government.se/49cd60/contentassets/3c9ccdab2eb943caadfl1e8cc1bfe40ec/excerpts-from-the-act-on-penal-law-on-narcotics-1968_64.pdf (3.11.2019).

³⁹ Pressemitteilung der Drogenbeauftragten der Bundesregierung v. 6.6.2019, abrufbar unter www.drogenbeauftragte.de/fileadmin/dateien/dba/Drogenbeauftragte/4_Presse/1_Pressemitteilungen/2019/2019_II_Q/190528_PM_Veroeffentlichung_EDR_2019.pdf (3.11.2019), S. 1.

⁴⁰ Dazu Patzak, NSTZ 2017, 263.

³³ Verordnung (EWG) Nr. 302/93: „Auf europäischer Ebene werden objektive, zuverlässige und vergleichbare Informationen über die Drogen- und Drogensuchtproblematik und ihre Folgen benötigt, die dazu beitragen sollen, der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Drogenbekämpfungsmaßnahmen und -aktionen in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen eine Gesamtübersicht zu vermitteln und so einen Wertzugewinn zu verschaffen.“; so auch <http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index376DE.html> (3.11.2019).

³⁴ Siehe Fn. 2; vgl. zur EMCDDA auch Weber (Fn. 8), Einl. Rn. 44 f.

³⁵ KOM (2011) 689 endg. S. 4; Weißer, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, 2013, § 9 Rn. 22.

³⁶ Vgl. zur Legalisierungsdebatte etwa Duttge/Steuer, ZRP 2014, 181.

auf dem Markt erscheinen,⁴¹ sodass der Umgang mit ihnen – nicht zuletzt eine verfassungskonforme strafrechtliche Reaktion – besondere Herausforderungen bereithält. Andererseits erschiene es problematisch, sollten die einzelnen Staaten diese Schwierigkeiten zum Anlass nehmen, die Maßnahmen zur Eindämmung von NPS einzuschränken. NPS nämlich haben gemein, dass sie in ihren Wirkungen und damit auch in ihrer Gefährlichkeit den traditionell als illegale Betäubungsmittel eingestuften Stoffen ganz überwiegend nicht nachstehen.

In Deutschland werden mit dem Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz (NpSG)⁴² mittlerweile nicht mehr nur – wie bisher in den Anlagen des BtMG – einzelne Stoffe enumerativ verboten, sondern ganze Stoffgruppen. Hiermit wird die Situation des bisherigen regelrechten „Katz-und-Maus-Spiels“ zwischen Gesetzgeber einerseits und NPS-Produzenten zwar modifiziert, dennoch lassen sich durch dieses System nicht alle NPS effektiv und zeitnah verbieten.

Als innovativ lässt sich insbesondere das polnische und griechische System der Drogenbekämpfung bezeichnen. In beiden Ländern sind den Referenten zufolge sämtliche NPS vor dem Inverkehrbringen prüfen und genehmigen zu lassen, sofern diese Stoffe als Ersatzstoffe wirkungsgleich zu verbotenen Substanzen benutzt werden können. Soweit allerdings strafrechtliche Vorschriften an diese weiten, letztlich polizeirechtlichen Vorgaben anknüpfen, müssen indes zugleich rechtsstaatliche Bedenken gegen solche Regime des Betäubungsmittelstrafrechts entstehen, die sowohl das nationale Verfassungsrecht als auch die europäischen Garantien – insbesondere die Grundrechtecharta – betreffen.

Im Ergebnis belegt somit gerade der unterschiedliche Umgang mit NPS beispielhaft die unterschiedlichen strafrechtlichen Regulierungsansätze der Mitgliedstaaten und das spezifische Spannungsverhältnis zwischen Effektivität und Rechtsstaatlichkeit in diesem auch rechtspolitisch volatilen Rechtsgebiet.

Von einer Harmonisierung ausgenommen sind nicht zuletzt die einzelnen strafbewehrten Handlungen. Das zeigte sich im Rahmen der Arbeit der „Legal Research Group“ insbesondere für den unterschiedlichen Umgang der untersuchten Staaten mit dem Besitz und Konsum illegaler Betäubungsmittel. Während Deutschland, getragen von der Idee, der Besitz von Betäubungsmitteln verleite zu deren Weitergabe, nicht den Konsum, wohl aber den Besitz mit Geld- und Freiheitsstrafen bedroht (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG),⁴³ ist das Konzept in anderen Staaten abweichend. In Tschechien etwa ist der Besitz lediglich mit einer maximalen Strafe von umge-

rechnet circa 570 € pro Einzelfall bewehrt. Spanien pönalisiert dagegen bereits den öffentlichen Betäubungsmittelkonsum, ebenso Schweden.

V. Fazit

Insgesamt belegten das Seminar und die „Legal Research Group“ zu einem ausgewählten Bereich grenzüberschreitender Kriminalität, wie sehr ungeachtet weitreichender Harmonisierungsmaßnahmen divergierende rechtspolitische und gesellschaftliche Vorstellungen etwa zur Gefährlichkeit einzelner Betäubungsmittel, zu der (vermeintlichen) Entscheidungsfreiheit des einzelnen Konsumenten und zu der Bedeutung strafverfassungsrechtlicher und rechtsstaatlicher Grundsätze im Kampf gegen organisiertes Verbrechen das jeweilige Betäubungsmittelstrafrecht der Mitgliedstaaten ausdifferenzieren. Diese Unterschiede könnten Ausweis der besonderen Wertgebundenheit des Strafrechts und seiner häufig behaupteten engen Verknüpfung zur nationalen (Rechts-)Identität sein.⁴⁴ Diese Wertbeziehungen des Strafrechts belegten dann aufs Neue die Zurückhaltung der Mitgliedstaaten bei der Frage, ob der Europäischen Union auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts weitreichende Gesetzgebungskompetenzen zukommen sollten.⁴⁵

Das Seminar demonstrierte anschaulich die Kontingenzen der rechtlichen Antworten auf das Problem des illegalen Drogenhandels innerhalb der europäischen Union sowie die Probleme und Folgewirkungen der jeweiligen gesetzgeberischen Regulierungsstrategien. Bereits diese – hier am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts gewonnenen – Einsichten machen es sinnvoll, dass bereits Studierende im Rahmen von Lehrveranstaltungen an die Rechtsvergleichung herangeführt werden und sich mit ihren Methoden vertraut machen.

⁴¹ In der Auswertung des EMCDDA im Dezember 2017 wurden mehr als 670 NPS registriert, Update from the EU Early Warning System June 2018, S. 6, abrufbar unter <http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/8870/2018-2489-td0118414enn.pdf> (3.11.2019).

⁴² BGBl. I 2016, S. 2615.

⁴³ Das BVerfG sieht in dem Besitz aufgrund der „Möglichkeit einer unkontrollierten Weitergabe der Droge an Dritte“ eine Gefahr für fremde Rechtsgüter, BVerfGE 90, 145 (161); vgl. auch *Weber* (Fn. 8), § 29 Rn. 1315.

⁴⁴ Siehe *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 9 Rn. 7 ff. m.w.N.

⁴⁵ Zur Zurückhaltung der Mitgliedstaaten vgl. etwa *Böse*, in: *Böse* (Fn. 35), § 4 Rn. 1 ff., Strafrecht nach europäischem Verständnis dort als „Domäne der Mitgliedstaaten“ bezeichnet (§ 4 Rn. 1); zur derzeitigen Ermächtigung zum Erlass supranationaler europäischer Straftatbestände vgl. *Satzger* (Fn. 44), § 8 Rn. 18 ff., § 9 Rn. 1; zum Widerstand einiger Mitgliedstaaten im Jahr 2016 bei der Frage der Regulierung neuer psychoaktiver Substanzen, auch wegen Skepsis gegenüber einer Vollharmonisierung auf diesem Gebiet *Brodowski*, ZIS 2016, 106 (113).