

# ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

**Herausgeber:** Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, RiBVerfG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Johanna Wolff

**Geschäftsführende Herausgeber:** Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Markus Wagner

2/2024  
17. Jahrgang

S. 249–437

## Inhalt

### AUFSÄTZE

#### Zivilrecht

##### Schwierigkeiten bei der Erteilung zivilprozessualer Hinweise

Dr. Christopher Selke, Kempten 249

##### Regierungsentwurf des Justizstandort-Stärkungsgesetzes – Zur Einführung von Commercial Courts und Englisch als Gerichtssprache

Rechtsreferendarin und Wiss. Mitarbeiterin Elena Hilgers, Limburg a. d. Lahn/Gießen,  
Doktorandin Anna Bunting, Marburg 265

##### Von der Genehmigung des Reichskanzlers zur Beurkundung per Video: Die neuen GmbH-Gründungsvorschriften des DiRUG in historischer Perspektive

Janna Gabriele Reuter, Berlin 276

#### Öffentliches Recht

##### Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie der Vorsokratiker und Sophisten – Teil 2

Dr. André Lepej, Heidelberg 293

#### Strafrecht

##### Das Beschleunigte Verfahren (§§ 417 ff. StPO) im Überblick

Rechtsanwalt Dr. Ruben Doneleit, München 304

##### Dauerdelikte

Dr. Christian Rühls, Bochum 323

## ÜBUNGSFÄLLE

### Zivilrecht

Klausur Sachenrecht: „Zwischen Forderung und Eigentum: Die Anwendbarkeit von allgemeinem Schadensersatzrecht auf dingliche Ansprüche“

Wiss. Mitarbeiter Lars Regula, Wiss. Mitarbeiter Raoul Schlichting, Hamburg 349

### Öffentliches Recht

Anfängerklausur: Keine Gene für die Kunst

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Johannes Freise, Wiss. Mitarbeiter Dr. iur. Dipl.-Jur., Dipl.-Biol. Timo Faltus, Halle (Saale) 376

Anfänger:innenhausarbeit: Bundeszwang und Rededrang

Wiss. Mitarbeiter Moritz Rhades, Wiss. Mitarbeiter Dr. Stefan Martini, Kiel 390

Anfängerklausur: Grundrechtseingriff durch pandemiebedingte Schließung eines Fitnessstudios als „Kirche des Bizeps“

Wiss. Mitarbeiter Jan Philip Kühne, Passau, Jurist (Univ.) Julian Bernek, Dublin 410

### Strafrecht

Anfängerklausur: Fasching ist nur einmal im Jahr

Wiss. Mitarbeiterin Anna-Sophia Folly, Augsburg 420

## ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

### Strafrecht

BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23 (LG Stade)  
(Eingehungsbetrug beim elektronischen Lastschriftverfahren)

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 431

**Schriftleitung**  
Prof. Dr. Markus Wagner

**Webmaster**  
Prof. Dr. Markus Wagner

**Internetauftritt**  
René Grellert

**ISSN**  
1865-6331

**Redaktion Zivilrecht**  
Prof. Dr. Markus Artz, Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell

**Redaktion Öffentliches Recht**  
Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Johanna Wolff

**Redaktion Strafrecht**  
Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Markus Wagner

**Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung**  
Irina Isabel Pommerenke

## Schwierigkeiten bei der Erteilung zivilprozessualer Hinweise

Dr. Christopher Selke, Kempten\*

*Die meisten mit der zivilprozessualen Hinweispflicht zusammenhängenden Grundfragen sind seit Langem durch das BVerfG und den BGH geklärt. Gleichwohl reißt der Strom an Verstößen gegen die Vorgaben des § 139 ZPO bis zum heutigen Tag nicht ab. Höchststrichterliche Entscheidungen rügen ständig die unterlassene Hinweiserteilung durch die unteren Instanzen. Woran liegt das?*

<b>I. Einleitung .....</b>	<b>249</b>
<b>II. Erklärungsansätze des Schrifttums .....</b>	<b>250</b>
<b>III. Theorie und Wirklichkeit .....</b>	<b>252</b>
1. Unverständlicher und chaotischer Vortrag .....	254
2. Wechselnder Vortrag .....	256
3. Sinnlose Vielschreiberei .....	257
4. Scheitern an hohen Substantiierungsanforderungen .....	258
5. Neutralitätsgebot .....	259
<b>IV. Die psychologischen Auswirkungen der Hinweispflicht .....</b>	<b>259</b>
<b>V. Die tatsächlichen Auswirkungen der Hinweispflicht .....</b>	<b>262</b>
<b>VI. Zusammenfassung .....</b>	<b>264</b>

### I. Einleitung

Wer § 139 ZPO nur aus einem theoretischen Blickwinkel betrachtet, dem erschließt sich kaum, weshalb derart viele Rechtsmittel erfolgreich auf die Missachtung dieser Vorschrift gestützt werden. Für die Richterschaft können angesichts des klaren Wortlauts eigentlich keine Zweifel an dem grundsätzlich zu beachtenden Aufgabenkreis bestehen. Der Gesetzgeber hat seine Entscheidung zugunsten einer erheblichen Mitverantwortung der Gerichte bei der Sammlung des Prozessstoffs wiederholt und mit stets zunehmender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht. Dem unmissverständlichen Anwendungsbefehl, bei gegebenem Anlass weitere Parteiaktivität anzuregen, ist zwingend Folge zu leisten. Die Hinweispflicht ist normative Realität, mit der die Gerichte bei ihrer täglichen Arbeit umgehen müssen. Ein Ermessen ist ihnen bei Vorliegen der einschlägigen Tatbestandsvoraussetzungen nach wohl einhelliger Meinung nicht eingeräumt.<sup>1</sup>

\* Der Verf. ist Richter am Landgericht Kempten (Allgäu). Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder.

<sup>1</sup> So etwa *Anders*, in: *Anders/Gehle*, Kommentar zur ZPO, 81. Aufl. 2023, § 139 Rn. 9; *Fritsche*, in: *MüKo-ZPO*, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 139 Rn. 3; *Greger*, in: *Zöller*, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2022, § 139 Rn. 1; *Hermann/v. Storch*, JA 2020, 450 (451); *Prütting*, in: *Prütting/Gehrlein*, Kommentar zur ZPO, 15. Aufl. 2023, § 139 Rn. 7; *Schumann*, in: FS Leipold, 2009, S. 175 (181) für die mündliche Verhandlung; *Smid/Hartmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2022, § 139 Rn. 30 f.; *Kern*, in: *Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung,

Dennoch kommt es fortwährend zur Verletzung des § 139 ZPO. Zur Bestätigung dieses Befunds genügt ein gelegentlicher Blick in die Rechtsprechungsrubriken der einschlägigen Fachpublikationen. Über die zugrundeliegenden Ursachen wird nur sporadisch und oberflächlich diskutiert. Die Konzentration liegt seit jeher auf der juristischen Analyse und kritischen Rezension individueller Fehlbehandlungen. Das seit Einführung der Hinweispflicht zu beobachtende und sich in jeder Juristengeneration erneut manifestierende Vollzugsdefizit ist aber nicht durch bloßes Beklagen der falschen Handhabung von Einzelfällen zu beheben. Wer nicht darüber nachdenkt, inwieweit die gesetzlichen Vorgaben im Alltag überhaupt konsequent umsetzbar sind, dem wird sich nie erschließen, warum es seit über 140 Jahren ununterbrochen zu den immer gleichen Verstößen gegen die bedeutsamste Vorschrift des Zivilprozessrechts kommt.

## II. Erklärungsansätze des Schrifttums

Teilweise bringt man die unterlassene Erteilung von Hinweisen mit der fehlenden Beherrschung des Verfahrensstoffs in Verbindung.<sup>2</sup> Die meisten Gerichte sind trotz der Einrichtung gewisser spezialisierter Spruchkörper weiterhin mit allen möglichen Fragestellungen aus den uferlosen Weiten des Zivilrechts konfrontiert. Vor Fehlern bei der Fallbewältigung ist daher niemand vollständig gefeit. Gleichwohl liegt rechtliche Inkompetenz als alleiniger Erklärungsansatz für ausbleibende richterliche Aktivität eher fern. Schließlich machen alle Bundesländer die Aufnahme in den Justizdienst von einer Mindestnote im Assessorexamen abhängig, die nur die leistungsstärkeren Absolventen erzielen. Zwar trifft diese Note nicht zwangsläufig eine verlässliche Aussage darüber, ob jemand insgesamt für die richterliche Tätigkeit geeignet ist. Sie erlaubt aber angesichts der Bandbreite der vorausgesetzten Kenntnisse und methodischen Fähigkeiten eine ziemlich genaue Einschätzung, ob die Bewerber zumindest über das benötigte theoretische Rüstzeug verfügen.

Scheitert die gezielte Verfahrenssteuerung tatsächlich einmal am fehlenden inhaltlichen Know-how, so gilt es zu bedenken, dass die Aneignung des zunehmend erforderlichen Spezialwissens nur durch langjährige Sachbefassung und ständige Fortbildung gewährleistet ist. Dennoch erheben einige Landesjustizverwaltungen den raschen Wechsel richterlicher Aufgabenbereiche unter dem Schlagwort der Flexibilität weiterhin zu einem wichtigen Beförderungskriterium und halten beharrlich am Leitbild des sog. Einheits- bzw. Generaljuristen fest. Bei einem solchen System der Stellenbesetzung sind Verluste mühsam angeeigneten Fachwissens und der oft noch wichtigeren Aktenkenntnis vorprogrammiert. Letzteres kann jeder bestätigen, der sich schon einmal anlässlich der Übernahme eines richterlichen Dezernats in hunderte Bestandsakten einlesen musste. In einer solchen Situation hätte man Unmögliches zu leisten, um jedes einzelne Verfahren sogleich mit der wünschenswerten Transparenz und zielsicherem Judiz beschleunigt zu betreiben. Gerade in umfangreichen langjährigen Rechtsstreitigkeiten ist bei einem ständigen Kommen und Gehen der Entscheider kaum eine effektive und konsequente Prozessleitung zu beobachten. Jeder Richterwechsel geht potenziell mit einer abweichenden Beurteilung der Sach- und Rechtslage sowie einer anderen Handhabung des Verfahrensmanagements einher. Dabei legt der neue Entscheider seinen eigenen Standpunkt nicht in jedem Fall vor dem abschließenden Urteilsspruch offen.

Als weiterer Grund für die Undurchsichtigkeit so mancher Prozessführung wird der Drang der

---

Bd. 2, 23. Aufl. 2016, § 139 Rn. 27; R. Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 66; v. Selle, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.7.2023, § 139 Rn. 3.1; Wöstmann, in: Saenger, ZPO, Handkommentar, 10. Aufl. 2023, § 139 Rn. 1.

<sup>2</sup> So etwa Deubner, in: FS Schiedermaier, 1976, S. 79 (90 f.).

Gerichte zur Erzielung bequemer Vergleichsschlüsse genannt.<sup>3</sup> Je mehr man die Beteiligten über die Risiken ihrer Prozessführung im Unklaren lasse, desto größer werde mutmaßlich die Einigungsbereitschaft. In Zeiten der immer weiter verbreiteten Rechtsschutzversicherung und Prozessfinanzierung sind die Parteien jedoch kaum noch durch kryptische Äußerungen oder völliges Stillschweigen zum voraussichtlichen Verfahrensausgang zu beeindrucken. Sie nehmen oft eine nachteilige Ausgangsentscheidung in Kauf und suchen ihr Glück einfach in der nächsten Instanz. Tatsächlich steigen die Chancen für eine gütliche Einigung immens, wenn das Gericht sich von vornherein offen zu den Prozessrisiken und Mängeln des jeweiligen Vorbringens verhält.<sup>4</sup>

Etwas realistischer erscheint die Erwägung, es mangle gelegentlich am Willen, die eigene Rechtsauffassung im offenen Gespräch darzustellen, zu verteidigen und vorgebrachte Gegenargumente einer unvoreingenommenen Prüfung zu unterziehen.<sup>5</sup> Hat das Gericht seine rechtliche Einschätzung auf wackligem Fundament errichtet, so ist es in der Tat unangenehm, wenn in der öffentlichen Sitzung die entsprechenden Schwachstellen zur Sprache kommen.<sup>6</sup> Nicht jeder ist imstande, sich berechtigten Einwendungen zu stellen, obwohl die Bereitschaft zur Anerkennung und Übernahme überzeugender Argumentationsmuster eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein sollte.

Wohl am häufigsten wird die Vermutung geäußert, die Gerichte sähen bewusst von der Erteilung erforderlicher Hinweise ab, um einer etwaigen Ausdehnung des Prozessstoffs durch weiteres Vorbringen und einer ungewünschten, ggf. umfangreichen Beweisaufnahme zu entgehen.<sup>7</sup> Die Entscheider würden sich gedanklich zu früh auf einen bestimmten Sachverhalt festlegen, seien um einen möglichst schnellen Verfahrensabschluss bemüht und ließen die erforderliche Flexibilität vermissen, sich auf Änderungen und Weiterungen des Tatsachenvortrags einzulassen.<sup>8</sup> Leider sind diese Vorwürfe allzu oft berechtigt. Damit ist aber noch nichts über die Beweggründe für eine solche Form der (unterlassenen) Prozessleitung gesagt. Gewiss gibt es Richter, deren Leistungsbereitschaft und Motivation zu wünschen übriglässt. Dennoch sind geistige Trägheit und minimaler Arbeitseinsatz in der Richterschaft nicht stärker als in anderen juristischen Berufsgruppen verbreitet. Im Gegenteil wird die Funktionsfähigkeit der Justiz trotz zunehmend schwieriger Arbeitsbedingungen größtenteils durch überobligatorische Anstrengungen und hohes Pflichtbewusstsein der dort Tätigen aufrechterhalten.

Das eigentliche Problem bei der Beurteilung des Umgangs mit § 139 ZPO besteht darin, dass die tatsächlichen Umstände der richterlichen Verfahrenssteuerung vollständig unbeachtet bleiben. Man betrachtet die jeweiligen Verfahren isoliert und losgelöst von sämtlichen äußeren Faktoren. Rechtsprechung findet jedoch nicht im Vakuum unter akademischen Laborbedingungen statt. Im Nachhinein, ohne „schwierige“ Verfahrensbeteiligte, ohne zeitliche Engpässe und ohne statistischen Erledigungsdruck lässt sich leicht sagen, welche prozessleitenden Maßnahmen i.S.d. § 139 ZPO richtigerweise zu treffen gewesen wären. Wer sich nicht ständig in dutzenden oder hunderten Fällen gleich-

<sup>3</sup> Hierzu *Brehm*, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 44; *Deubner*, in: FS Schiedermaier, 1976, S. 79 (91); *van Büren*, ZAP 2019, 467.

<sup>4</sup> *Gärtner*, NJW 2017, 2596 (2598 f.); *Greger*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2022, § 139 Rn. 3.

<sup>5</sup> So *Deubner*, in: FS Schiedermaier, 1976, S. 79 (91 f.).

<sup>6</sup> *Bathe*, Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, 1977, S. 103; *Deubner*, JuS 2008, 785 (788).

<sup>7</sup> Vgl. *Birk*, NJW 1985, 1489 (1490); *Brehm*, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 53 f., 120 f.; *Frohn*, JuS 1996, 243 (246); *Grunsky*, Taktik im Zivilprozeß, 1990, S. 76; *E. Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, 1983, S. 127; *Rensen*, AnwBl. 2002, 633 (640); *E. Schneider*, MDR 1968, 721 (725); *ders.*, NJW 1986, 971 (972).

<sup>8</sup> *Kniffka*, NZBau, 2000, 1 (4); *E. Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, 1983, S. 127; *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 113, 133, 179 ff.

zeitig mit der forensischen Sachverhaltsermittlung befasst, hat kaum das Bewusstsein dafür, wie viel Einsatz die konsequente Anwendung des § 139 ZPO wirklich abverlangt. *Rensen* trifft den Nagel auf den Kopf, indem er resigniert feststellt, dass die Wurzel allen Übels in dem eklatanten Missverhältnis zwischen der Anzahl der durch einen (erstinstanzlichen) Richter zu bearbeitenden Akten und der hierfür zur Verfügung stehenden Zeit zu suchen ist.<sup>9</sup> Überdies ist eine seriöse Bewertung des richterlichen Prozessmanagements ohne eine realistische Vorstellung von der durchschnittlichen Beschaffenheit des Parteivortrags kaum möglich. Mit seiner Qualität steht und fällt unweigerlich der zielgerichtete Fortgang des Verfahrens.<sup>10</sup> Diesbezügliche Erfahrungswerte gewinnt man schwerlich außerhalb des täglichen Prozessgeschehens. Die folgenden Ausführungen sollen dem juristischen Nachwuchs einen ersten Eindruck von den zahlreichen Fährnissen bei der Hinweiserteilung vermitteln. Der Fokus liegt dabei auf dem Anwaltsprozess gem. § 78 ZPO.

### III. Theorie und Wirklichkeit

Richterliche Aktivität und Verfahrenssteuerung i.S.d. § 139 ZPO sind kein Selbstzweck, sondern stets anlassbezogen.<sup>11</sup> Das Gericht nimmt nicht die Rolle des Schulmeisters ein, der ohne Notwendigkeit durch fortlaufende Kommentierung des Parteivortrags seinen tatsächlichen oder auch nur eingebildeten Wissensvorsprung zu demonstrieren sucht.<sup>12</sup> Umgekehrt besteht kein prozessualer Anspruch der Parteien auf einen Dauerdiallog, bei dem der Entscheider grundlos nach jeder neuen Einlassung eine juristische Bestandsaufnahme zum Besten gibt.<sup>13</sup> Ebenso wenig gibt es nach Art. 103 Abs. 1 GG eine generelle verfassungsrechtliche Verpflichtung zum allumfassenden Rechtsgespräch.<sup>14</sup> Das Gericht ist schon nach dem Gesetzeswortlaut nur zur Hinweiserteilung berufen, soweit dies wegen eines Defizits des zumindest andeutungsweise erkennbaren Vorbringens i.S.v. § 282 ZPO erforderlich wird.<sup>15</sup> Für seine Intervention muss ein sachlicher Grund bestehen.<sup>16</sup> Ob ein solches gegenüber den Prozessbeteiligten zu thematisierendes Defizit vorliegt, ist aufgrund einer relationsmäßigen Prüfung der bisherigen Parteiausführungen zu beantworten.<sup>17</sup> Dabei beurteilt sich die rechtliche Erheblichkeit des bisherigen Vorbringens nach der Einschätzung des Gerichts.<sup>18</sup> Denn dieses entscheidet den Rechts-

<sup>9</sup> *Rensen*, AnwBl. 2002, 633 (640).

<sup>10</sup> *Eisner*, DRiZ 1955, 285 (286); *Schnelle/Bender*, DRiZ 1993, 97 f.

<sup>11</sup> *Anders*, in: *Anders/Gehle*, Kommentar zur ZPO, 81. Aufl. 2023, § 139 Rn. 10; *Fritsche*, in: *MüKo-ZPO*, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 139 Rn. 9; *Greger*, in: *Zöller*, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2022, § 139 Rn. 3; *Prütting*, in: *Prütting/Gehrlein*, Kommentar zur ZPO, 15. Aufl. 2023, § 139 Rn. 6.

<sup>12</sup> Vgl. auch *Schumann*, in: FS Leipzig, 2009, S. 175 (185): „...Richter weder [...] Kommentator seines *Procedere*[s] noch [...] Berater der Parteien.“

<sup>13</sup> *Fritsche*, in: *MüKo-ZPO*, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 139 Rn. 41; *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, Kommentar zur ZPO, 20. Aufl. 2023, § 139 Rn. 16.

<sup>14</sup> BVerfG NJW 1994, 1274; BVerfG NJW 1996, 3202; BVerfG NJW 1998, 2515 (2523); BVerfG NJW 2017, 3218 (3219); BVerfG BeckRS 2021, 13468 Rn. 28; a. A. *Arndt*, NJW 1959, 6 (8); *Möhring/Nirk*, in: FS 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, S. 312.

<sup>15</sup> *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 2016, S. 415; *Nowak*, Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit, 1991, S. 40; *E. Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, 1983 S. 114.

<sup>16</sup> OLG München NJW-RR 2012, 309 (310).

<sup>17</sup> *Anders*, in: *Anders/Gehle*, Kommentar zur ZPO, 81. Aufl. 2023, § 139 Rn. 23. Zur Relationstechnik im Allgemeinen sehr ausführlich und anschaulich *Schellhammer*, Jura 1987, 169 ff.

<sup>18</sup> BGH NJW 1991, 704; BGH NJW 2009, 355 (356); *Anders*, in: *Anders/Gehle*, Kommentar zur ZPO, 81. Aufl. 2023, § 139 Rn. 11, 21, 26; *Fritsche*, in: *MüKo-ZPO*, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 139 Rn. 42; *Prütting*, in: *Prütting/Gehrlein*, Kommentar zur ZPO, 15. Aufl. 2023, § 139 Rn. 5 f.; *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, 2002, S. 159 f.; *Seiler*, in: *Thomas/Putzo*, Kommentar zur ZPO, 44. Aufl. 2023, § 139 Rn. 2.

streit aufgrund seiner eigenen tatsächlichen Überzeugung i.S.v. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO und der daraus abgeleiteten Rechtsauffassung. Die Beteiligten würden vollständig in die Irre geführt, wenn das Gericht seine Hinweise inhaltlich an ihren rechtlichen Standpunkten ausrichten würde, denen es am Ende doch nicht folgt.

Die von § 139 ZPO geforderten präzisen und aussagekräftigen Hinweise<sup>19</sup> können nur erteilt werden, wenn der Parteivortrag das Gericht in die Lage versetzt, sich ein vorläufiges Bild vom entscheidungsbedürftigen Fall zu machen.<sup>20</sup> Die Tatsachenbehauptungen, die rechtliche Argumentation und die Antragstellung i.S.v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO müssen in der Gesamtschau zumindest die zivilprozessuale Angriffsrichtung bzw. Verteidigungslinie erkennen lassen. Nur wenn der berührte Rechtskomplex eingrenzbar ist, sind die anspruchsbegründenden oder -verneinenden Normen zu identifizieren.<sup>21</sup> Ist schon im Ansatz keine gedankliche Verbindung zwischen den Parteibehauptungen und dem materiellen Recht herzustellen, so bleibt unweigerlich offen, an welche Voraussetzungen die erfolgreiche Rechtsverfolgung oder -verteidigung geknüpft ist.<sup>22</sup> Das Gericht ist dann nicht imstande, den aus seiner Sicht passenden Prüfungsmaßstab zu ermitteln und gegenüber den Parteien zu skizzieren. Außerdem kann es nicht aufzeigen, welche Tatsachen für den jeweiligen Prozess-erfolg substantiiert zu behaupten oder zu bestreiten sind.

Der Sachvortrag muss folglich gewisse qualitative Mindeststandards einhalten, um dem Richter überhaupt die Bildung einer vorläufigen Rechtsauffassung zu ermöglichen. Diese juristische Erstlagebeurteilung gibt dann ggf. durch Anmerkungen nach § 139 ZPO den Anlass für ergänzendes Vorbringen der Parteien, das seinerseits zu einer veränderten rechtlichen Bewertung durch das Gericht und der Erforderlichkeit weiteren Tatsachenvortrags führen kann. Der Parteivortrag und die materielle Prozessleitung nach § 139 ZPO beeinflussen sich gegenseitig, wobei sich der entscheidungsbedürftige Sachverhalt erst allmählich abzeichnet und endgültig rechtlich gewürdigt werden kann.<sup>23</sup>

Dem im deutschen Zivilprozessrecht geltenden Verhandlungs- bzw. Beibringungsgrundsatz liegt unausgesprochen die Vorstellung zugrunde, dass die Parteien prinzipiell wissen, welche realen Umstände den zwischen ihnen bestehenden Konflikt ausgelöst haben.<sup>24</sup> Hiervon ausgenommen sind lediglich solche Fälle, in denen es sich um Vorgänge und Zustände in der Sphäre des Gegners oder Dritter handelt, in die die Partei naturgemäß keinen Einblick hat oder die an ein überlegenes Sachwissen (beispielsweise im Produkthaftungs- oder Arzthaftungsrecht) anknüpfen. Die Parteien skizzieren durch ihre Tatsachenbehauptungen den aus ihrer Sicht entscheidungsbedürftigen Lebenssachverhalt, der dann „nur“ noch durch das Gericht unter die einschlägigen Rechtsbegriffe subsumiert werden muss.<sup>25</sup> Dieses in der Theorie bestechend einfache Modell gerät in so manchem Zivilverfahren bedenklich ins Wanken. Wer längere Zeit als Zivilrichter tätig gewesen ist, dem sind genü-

---

<sup>19</sup> Zu diesem Kriterium BGH NJW 1999, 1867 (1868); BGH NJW 1999, 2123 (2124); BGH NJW 2002, 3317 (3320); BGH NJW 2003, 3626 (3628); BGH NJW 2005, 2624; BGH WM 2011, 1971 (1972); BGH NJW-RR 2013, 655; BGH MDR 2013, 1424; BGH BeckRS 2014, 14711; BGH NJW-RR 2019, 726 (727).

<sup>20</sup> Schellhammer, Zivilprozess, 16. Aufl. 2020, Rn. 345.

<sup>21</sup> Brehm, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 60 und 69.

<sup>22</sup> Brehm, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 60 und 69.

<sup>23</sup> Bathe, Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, 1977, S. 67.

<sup>24</sup> Bernhardt, in: FS Rosenberg, 1949, S. 9 (25); Rauscher, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, Einleitung Rn. 355; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 77 Rn. 3; Tolani, Parteiherrschaft und Richtermacht, 2019, S. 25.

<sup>25</sup> Schellhammer, Zivilprozess, 16. Aufl. 2020, Rn. 340, 405; Tolani, Parteiherrschaft und Richtermacht, S. 415.

gend Prozesse bekannt, in denen die Parteien kein subjektives Bild zur tatsächlichen Seite des Falles hatten und daher außerstande waren, ihr prozessuales Begehren verständlich zu formulieren.

Zwingende Voraussetzung eines jeden gerichtlichen Hinweises ist jedoch eine in ihren Grundzügen nachvollziehbare und bestimmte Tatsachenschilderung. Man kann diesen Gesichtspunkt in seiner praktischen Bedeutung gar nicht stark genug hervorheben. Während die Überforderung mit der rechtlichen Bewertung des Tatsachenmaterials teilweise verständlich, mitunter gar unvermeidlich ist, kann das Gericht den Parteien bei einer fehlenden subjektiven Vorstellung zum tatsächlichen Geschehen nicht weiterhelfen. Es tappt in Ermangelung eigener Wahrnehmungen bezüglich des wirklichen Sachverhalts vollständig im Dunkeln und hat insoweit keinen Wissensvorsprung, auf den es sich bei der materiellen Prozessleitung nach § 139 ZPO stützen könnte. Auf der tatsächlichen Ebene ist der Entscheider mit den Worten *Brüggemanns* „...der Ununterrichtete...“.<sup>26</sup> Trotzdem soll er sogleich imstande sein, den selten vollständigen oder objektiv wahrheitsgetreuen Sachverhalt richtig zu erfassen und in die passenden rechtlichen Kategorien zu übersetzen. Dieser Anspruch ist ein im Gerichtsalltag kaum realisierbares Wunschdenken.<sup>27</sup> Zwischen den zivilprozessualen Idealvorstellungen und dem wirklichen Prozessgeschehen tut sich eine breite Kluft auf. Allzu oft sieht sich das Gericht mit lückenhaften, vagen und widersprüchlichen Sachverhaltsangaben konfrontiert.<sup>28</sup> Auch sonst wird der Weg zur abschließenden Sachentscheidung auf mannigfache Weise zu einem verschlungenen und holprigen Hindernislauf.

### 1. Unverständlicher und chaotischer Vortrag

Bei der Formulierung der Schriftsätze wird oft außer Acht gelassen, dass das Gericht kein allwissender olympischer Betrachter ist. Während die Parteien aufgrund ihrer Sachverhaltsnähe problemlos mit Zuspitzungen, Verkürzungen, Stichwörtern, Synonymen und Andeutungen operieren, sind derartige vermeintliche Selbstverständlichkeiten für das Gericht kaum zu durchschauen. Die schriftlichen Ausführungen sind dann so sehr durch die mit der Parteilolle einhergehenden Mutmaßungen, Wünschen und subjektiven Wertungen überlagert bzw. verzerrt, dass der Vortrag durch einen Außenstehenden inhaltlich nicht zu durchdringen ist. Dies gilt insbesondere, wenn gewisse Umstände verschwiegen, aus dem Zusammenhang gerissen, entgegen der allgemeinen Lebenserfahrung oder schlicht und ergreifend unwahr vorgetragen werden. Das Zusammenspiel von Unbedachtheit, Unbeholfenheit und bewusstem Kalkül kann selbst dem aufklärungswilligsten Richter gewaltige Probleme bei der Erfassung und rechtlichen Einordnung der (mutmaßlichen) Tatsachenbehauptungen bereiten. Es wird insgesamt zu wenig darauf geachtet, das eigene Vorbringen möglichst strukturiert, logisch und leserfreundlich zu präsentieren. *Schellhammer* hat diesen Befund schon vor Jahrzehnten pointiert zusammengefasst:

„...viele Schriftsätze sind schwer zu lesen und servieren den Sachverhalt wie Kraut und Rüben.“<sup>29</sup>

Daran hat sich bis heute wenig geändert.

Aus richterlicher Sicht ist der „Erlebnisaufsatz“ die arbeitsintensivste Form des unterstützungsbedürftigen Parteivortrags. Derartige Schriftsätze können getrost als zivilprozessualer Super-GAU

<sup>26</sup> *Brüggemann*, *Judex statutor und judex investigator*, 1968, S. 338.

<sup>27</sup> *Schnauder*, *JuS* 2002, 68 (71).

<sup>28</sup> *Brinkmann*, *NJW* 1985, 2460.

<sup>29</sup> *Schellhammer*, *Jura* 1987, 169 (170).



etikettiert werden. Sie zeichnen sich durch unzählige Verstöße gegen die Grundregeln des juristischen Handwerks aus. Es beginnt meist damit, dass das tatsächliche Geschehen nicht chronologisch wiedergegeben wird. Die Schilderung der streitauslösenden Ereignisse bewegt sich permanent auf der Zeitachse vor und zurück. Auch das Beziehungsgeflecht der beteiligten Personen wird nicht anschaulich aufgelöst, sondern verworren oder gar nicht (nachvollziehbar) skizziert. Man nimmt auf den Inhalt von Urkunden und sonstigen Unterlagen Bezug, deren Vorlage man nicht für nötig erachtet. Durch mehrfache wortreiche Wiederholungen in leicht abgeänderter Formulierung erfolgt eine überflüssige und künstliche Aufblähung. Ein großer Teil des Geschriebenen bewegt sich im unscharfen Grenzbereich zwischen unsubstantiiertes Rechtsbehauptung und gerade noch greifbarer, durch objektiven Beweis überprüfbarer Tatsachenschilderung. Gleichzeitig ist die Sachverhaltserzählung mit einer Fülle von Nebensächlichkeiten oder überflüssiger Stimmungsmache ohne jegliche rechtliche Relevanz überfrachtet. Üblicherweise wird dieses inhaltliche Chaos äußerlich durch Bandwurmsätze, eine fehlende Gliederung, ein unvorteilhaftes Schriftbild oder ausufernde optische Hervorhebungen komplettiert.

Die fehlende Sorgfalt bei der Aufbereitung des Tatsachenmaterials setzt sich beinahe folgerichtig auf der rechtlichen Ebene fort. So findet einerseits ein vollständiger Verzicht auf Rechtsausführungen und die Benennung der bemühten Anspruchsgrundlage statt, obwohl beides einen Anhaltspunkt geben könnte, worauf man eigentlich hinauswill. Bei gründlicher Prozessführung wäre die in der Parteivorstellung vorhandene Lebenswirklichkeit in die passenden rechtlichen Kategorien zu übersetzen.<sup>30</sup> Insoweit entspricht die anwaltliche Arbeitsweise derjenigen des Gerichts.<sup>31</sup> Wer das (angeblich) Geschehene keiner Anspruchsgrundlage, Einwendung oder Einrede zuordnen kann, der weiß nicht, ob die eigene Vorstellung vom Sachverhalt bei dessen unterstellter Wahrheit geeignet ist, den Ausgang des Rechtsstreits positiv zu beeinflussen. Ferner bleibt unklar, welche Tatsachen gegenüber dem Gericht zur Förderung des prozessualen Begehrens darzutun sind. Auch die korrekte Formulierung der Sachanträge nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bereitet dann ggf. Schwierigkeiten. Folglich liegt es im Interesse der Parteien, spätestens bei Abfassung der Schriftsätze eine eigene relationsmäßige Prüfung durchzuführen.<sup>32</sup> Ihre Unterlassung stellt einen schwerwiegenden Fehler dar. Umso mehr befremdet es, wenn verworrener schriftlicher Vortrag mit der Bemerkung verteidigt wird, man sei zu Rechtsausführungen nicht verpflichtet und habe dem Gericht lediglich die Tatsachen zu liefern („iura novit curia“). Das ist zu kurz gedacht. So betont *Roth* zutreffend, der vorgenannte Grundsatz bedeute nicht, „...dass die Anwälte einen Wust an ungeordnetem Tatsachen- und Rechtsvortrag unterbreiten dürfen...“.<sup>33</sup>

Wichtiger noch: Der Anwalt ist gegenüber seinem Mandanten selbstverständlich dazu verpflichtet, die Rechtslage zu prüfen und durch seine Argumentation etwaige Fehleinschätzungen des Gerichts zu bekämpfen, bevor sich diese in einem (nachteiligen) Urteil niederschlagen.<sup>34</sup> In wieder anderen Fällen verwendet man bestimmte Rechtsbegriffe oder Gesetzesvorschriften in einem völlig falschen Kontext und stiftet hierdurch vollkommene Verwirrung.

<sup>30</sup> Schellhammer, Zivilprozess, 16. Aufl. 2020, Rn. 19; Zuck, AnwBl. 2006, 773 (774).

<sup>31</sup> Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 15. Aufl. 2022, D Rn. 3, 9.

<sup>32</sup> Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 15. Aufl. 2022, D Rn. 3; Tolani, Parteiherrschaft und Richtermacht, 2019, S. 427.

<sup>33</sup> Roth, ZJP 129 (2016), 3 (20 f.).

<sup>34</sup> BGH NJW 1988, 486 (487); BGH NJW 2009, 987; BGH NJW 2010, 73 (74); BGH NJW 2016, 957 (958); Brehm, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 79; Tolani, Parteiherrschaft und Richtermacht, 2019, S. 435; Schellhammer, Zivilprozess, 16. Aufl. 2020, Rn. 19.

Welche Mühe mit dem Versuch verbunden ist, sich in einem solchen Chaos zurechtzufinden, erahnt nur, wer selbst einmal Adressat eines derartigen Elaborats gewesen ist. Dann ist es bei der Hinweiserteilung nie mit einigen knapp skizzierten Sätzen getan. Im Gegenteil weiß man vor lauter Lücken, Fehlern und Unklarheiten kaum, wo man mit den richterlichen Anmerkungen beginnen soll. Mehrseitige und unter einem enormen zeitlichen Aufwand zustande gekommene Hinweise sind in solchen Fällen die Regel. Der komplette Mangel an gesetzlichen Strukturvorgaben für Parteischriftsätze ist eine sprichwörtliche Einladung zu einer derartigen ziel- und planlosen Vortragsweise.<sup>35</sup> Die Parteien kippen vor dem Gericht einfach einen unsortierten Haufen Prozessstoff aus. Dieses darf dann zusehen, wie es damit fertig wird. Der frühere Richter am BVerfG *Gaier* bemerkt nachdrücklich, dass diese Form des Prozessierens eine „...grandiose Verschwendung richterlicher Arbeitskraft...“<sup>36</sup> zur Folge hat. Je haarsträubender sich der Vortrag in qualitativer Hinsicht gestaltet, umso mehr ist das Gericht durch seine kompensatorischen Bemühungen nach § 139 ZPO in Anspruch genommen und von seiner eigentlichen Tätigkeit abgehalten – der Rechtsfindung. Es bleibt abzuwarten, ob die seit einiger Zeit diskutierten Vorschläge zur verpflichtenden Strukturierung des Parteivortrags geeignet sind, insoweit Abhilfe zu leisten.<sup>37</sup>

## 2. Wechselnder Vortrag

Die Durchdringung des Sachverhalts verkompliziert sich dadurch, dass das entscheidungserhebliche Tatsachenmaterial nicht in Stein gemeißelt, sondern in den Grenzen der §§ 282, 296 ZPO schon ohne richterliche Hinweise mehr oder weniger zahlreichen Veränderungen unterworfen ist.<sup>38</sup> Die anfangs aufgestellten Behauptungen werden in Reaktion auf den gegnerischen Vortrag angepasst, präzisiert, ausgeschmückt, zurückgenommen, durch andere Ausführungen ersetzt, dem Streit entzogen, in nicht logisch zu vereinbarender Art und Weise nebeneinander gestellt etc. Der jeweils vorgetragene Sachverhalt hat flexible Konturen, die sich permanent und an mehreren Stellen gleichzeitig verschieben können. Dieser dynamische Prozess zwingt ein um ordnungsgemäße Prozessleitung bemühtes Gericht streng genommen dazu, seine bisherigen relationsmäßigen Prüfungsergebnisse bei Eingang eines jeden Schriftsatzes zu hinterfragen und bei Bedarf einer Korrektur zu unterziehen.<sup>39</sup>

Dies ist abermals eine Verpflichtung, die dauerhaft kaum zu erfüllen ist. Angesichts des täglichen Aktenumlaufs ist es ein Ding der Unmöglichkeit, bei jedem einzelnen der zahlreichen neu eingegangenen Schriftsätze sofort alles andere stehen und liegen zu lassen und in eine ggf. umfangreiche Prüfung, Rechtsrecherche oder interne Spruchkörperberatung einzutreten. Schon kleinste Veränderungen im tatsächlichen Vorbringen führen schnell zu einer gänzlich anderen rechtlichen Bewertung. Bislang anzuwendende Normen sind plötzlich nicht mehr maßgeblich, während zunächst bedeutungslose Regelungen unversehens fallentscheidend werden. Hinzu kommt ggf. eine Verschiebung der jeweiligen Darlegungs- und Beweislast oder eine Veränderung des Konkurrenzverhältnisses einzelner nebeneinander bestehender materiell-rechtlicher Ansprüche. Die prozessuale Zulässigkeit

---

<sup>35</sup> *Gaier*, ZRP 2015, 101 (103); *Greger*, NJW 2019, 3429 (3430).

<sup>36</sup> *Gaier*, ZRP 2015, 101 (103).

<sup>37</sup> Vgl. hierzu nur S. 31 ff. des Diskussionspapiers „Modernisierung des Zivilprozesses“ der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs, abrufbar unter [https://www.justiz.bayern.de/media/images/behorden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/diskussionspapier\\_ag\\_modernisierung.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/images/behorden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/diskussionspapier_ag_modernisierung.pdf) (6.2.2024).

<sup>38</sup> Zur prozessualen Zulässigkeit BGH NJW-RR 1995, 1340 (1341); BGH NJW 2015, 2424 (2425); BGH NJW-RR 2015, 829 (830); *Dölling*, NJW 2013, 3121 (3122).

<sup>39</sup> *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, 2016, S. 412; *Schellhammer*, Jura 1987, 169; *Schnauder*, JuS 2002, 68 (71); *van Büren*, ZAP 2019, 467.

von hilfsweisem tatsächlichem Vorbringen ist da nur noch der krönende Schlusspunkt, der die Ordnung des Prozessstoffs endgültig erschwert.<sup>40</sup>

Insgesamt gilt: Je zahlreicher die Stellschrauben des Sachverhalts sind, an denen durch neue Parteibehauptungen gedreht wird, desto mehr Punkte des bisherigen Prüfungsschemas sind zu streichen, zu ersetzen oder zu ergänzen. Im für das Gericht denkbar ungünstigsten Fall ist die Lösungsskizze insgesamt zu verwerfen. Wiederholt sich ein solcher Vorgang innerhalb eines einzigen Rechtsstreits gleich mehrmals, so ist der Begriff der Sisyphos-Arbeit wahrlich nicht verfehlt. Diese Erkenntnis ist beileibe nichts Neues. So schrieb *Wassermann* schon vor 46 Jahren von „... hohen Anforderungen an die Entscheidungsfähigkeit des Richters, der die Mühsal langer Arbeit als unnütz erkennen muß.“<sup>41</sup>

### 3. Sinnlose Vielschreiberei

Anderer Parteivortrag beschränkt sich auf eine Aneinanderreihung abstrakter Rechtsbegriffe, ohne diese in individuelle Tatsachenbehauptungen aufzulösen. Die wörtliche Wiederholung gesetzlicher Tatbestandsmerkmale und höchstrichterlicher Leitsätze tritt an die Stelle einer gem. § 138 Abs. 2 ZPO einlassungsfähigen Sachverhaltsschilderung.

In den letzten Jahren hat vor allem die sinnbefreite Vielschreiberei zur Erosion der zivilrechtlichen Prozesskultur geführt. Ihr einziges Ziel besteht darin, möglichst viele Seiten zu füllen und den Gegner so lange mit Vortrag zu überschütten, bis dieser nicht mehr weiß, wo ihm der Kopf steht. Gerade in den die Ziviljustiz an den Rand des Zusammenbruchs führenden Massenverfahren werden durchweg Musterschriftsätze eingesetzt, die häufig jeden Bezug zum konkreten Lebenssachverhalt vermissen lassen. Diese manchmal hunderte Seiten langen „Werke“ fallen in erster Linie durch die ununterbrochene Wiedergabe von Literaturquellen und Gerichtsentscheidungen auf. Anstatt zur Untermauerung der eigenen Rechtsauffassung prägnant auf einzelne thematisch passende Fundstellen zu verweisen, werden die im Übermaß beanspruchten Quellen auch noch seitenlang im Originalwortlaut wiedergegeben. Was solche pseudo-wissenschaftlichen Abschreibübungen mit dem konkreten Rechtsstreit zu tun haben, erfährt man selten. Die wenigen vorhandenen Tatsachenbehauptungen werden beiläufig und ohne erkennbares System zwischen den Textbausteinen eingestreut, gehen dort jedoch vollständig unter. Teilweise hält man es nicht einmal mehr für nötig, überhaupt in tatsächlicher Hinsicht vorzutragen, und nimmt pauschal auf unsortierte Anlagenkonvolute vom Umfang mehrerer Aktenordner Bezug. Stattdessen werden angebliche Ergebnisse wissenschaftlicher Studien und Presseberichte präsentiert oder Statistiken, Schaubilder und Diagramme eingefügt, die in keinem erkennbaren Zusammenhang mit dem individuellen Streitgegenstand stehen. Zugleich werden langatmig vermeintliche wirtschafts- und rechtspolitische Missstände angeprangert. Mit dieser Vortragsweise soll offenbar vor allem die eigene Mandantschaft beeindruckt werden.

Das Schlimmste an alledem: Der Vortrag des Gegners wird nur noch am Rande zur Kenntnis genommen. Man bedient sich ohne Rücksicht auf die Schilderung der Gegenseite stur der eigenen Schriftsatzmuster. Dies hat vielfach die absurde Folge, dass ellenlange Ausführungen zu einem angeblichen Vortrag des Gegners erfolgen, den dieser nie in den aktuell geführten Rechtsstreit eingebracht hat. Aufeinander eingehende innerprozessuale Kommunikation, das gesetzlich vorgesehene Wechselspiel von einzelfallbezogener Behauptung und Gegenbehauptung, wird durch ein Scheuklappen-Prinzip nach Schema F ersetzt. Dem Gegner wird hierdurch die Möglichkeit zur substantiierten Erklärung

---

<sup>40</sup> Hierzu BGH NJW 1956, 631; BGH NJW 1963 1060 (1061); BGH NJW 1985 1841 (1842); BGH NJW 1989, 2756; BGH NJW-RR 1995, 267 (268); BGH NJW-RR 2004, 1196 (1197); BGH NJW 2015, 1678 f.; BGH NJW-RR 2015, 829 (830); BGH NJW 2018, 2412 (2415); BGH NZG 2019, 1181 (1183); BGH NJW-RR 2020, 176 (178).

<sup>41</sup> *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S. 113.

rung nach § 138 Abs. 2 ZPO genommen, da unklar bleibt, ob das Vorbringen primär auf die tatsächliche oder rechtliche Seite des Falles abzielt. Er kann daher nur spekulieren, worauf der andere hinauswill und trägt auf Grundlage dieser Vermutung seinerseits ins Blaue hinein vor.

Einem derartigen Parteivortrag im Wege der materiellen Prozessleitung effektiv beizukommen, ist beinahe ein Ding der Unmöglichkeit. Denn jeder richterliche Hinweis hat ohnehin lediglich zur Folge, erneut mit einem vorprogrammierten, an der Sache vorbeigehenden Ergänzungsschriftsatz beantwortet zu werden, in dem der bereits vorhandene Wust nochmals in epischer Breite ausgewälzt wird.<sup>42</sup>

#### 4. Scheitern an hohen Substantiierungsanforderungen

Besondere Herausforderungen stellen sich, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung entgegen ihrer sonstigen Gepflogenheit von den Parteien ausnahmsweise einen besonders detaillierten Tatsachenvortrag für dessen prozessuale Berücksichtigung verlangt.

*Beispiel:* Der Kläger macht gegenüber seiner Versicherung einen vertraglichen Anspruch auf Leistungen wegen des angeblichen Eintritts seiner Berufsunfähigkeit geltend. Er trägt vor, bei erstmaligem Auftreten seiner körperlichen Beschwerden als Altenpfleger gearbeitet zu haben. Diese achtstündige tägliche Tätigkeit sei unter anderem durch das Wecken, Anheben, Waschen und Ankleiden der Heimbewohner, das Verabreichen von Nahrung und Medikamenten sowie umfangreiche schriftliche Dokumentation des Tagesgeschäfts gekennzeichnet gewesen.

Eine derart allgemeine Schilderung des Berufsbilds i.S.v. § 172 Abs. 2 VVG genügt den Darlegungsanforderungen nicht. Das Gericht muss in der überwiegenden Zahl aller entsprechenden Prozesse medizinische Sachverständigengutachten zur Beurteilung der körperlichen Einschränkungen der Klagepartei einholen. Der Sachverständige kann diese Beweisfrage nur dann verlässlich beantworten, wenn das Gericht ihm möglichst umfassend und eindeutig die einschlägigen unstreitigen oder durch vorherige Beweiserhebung ermittelten Anknüpfungstatsachen zum konkreten Zuschnitt des früheren beruflichen Wirkungsbereichs vorgibt. Denn anhand dieses objektiven Referenzmaßstabs bemisst er die aktuelle körperliche Leistungsfähigkeit des Betroffenen. Demzufolge wird der Klagepartei beim Vortrag der relevanten Tatsachen eine Genauigkeit und Kleinteiligkeit abverlangt, die ihresgleichen sucht und an der (selbst) die (Fach-)Anwaltschaft fast ausnahmslos im ersten schriftlichen Anlauf scheitert. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH muss der Vortrag eine derart exakte Arbeitsbeschreibung enthalten, dass die regelmäßig anfallenden Tätigkeiten nach Art, Umfang, Häufigkeit und Dauer sowie nach ihren Anforderungen an die physische und psychische Leistungsfähigkeit für einen Außenstehenden nachvollzogen werden können.<sup>43</sup> Einige Oberlandesgerichte und Teile des Schrifttums fordern gar eine Beschreibung des durchschnittlichen Arbeitsalltags nach Art eines „Wochenarbeits- bzw. Stundenplans“.<sup>44</sup>

Auf einen derart präzisen Sachvortrag hinzuwirken, ist leichter gesagt als getan. Selbst wenn das Gericht bei einer zu oberflächlichen Darstellung in der Klageschrift gem. § 139 Abs. 4 S. 1 ZPO schon mit der Zustellung an den Gegner an die genannten Substantiierungsanforderungen erinnert, führt

<sup>42</sup> Der von *Gutdeutsch/Maaß*, NJW 2022, 1567 ff. präsentierte Vorschlag, die Parteien gem. § 137 Abs. 3 S. 1 ZPO auf mündlichen Vortrag zu verweisen, dürfte nur in einfach gelagerten Fällen praktikabel sein.

<sup>43</sup> BGH NJW 1993, 202 (203); BGH NJW-RR 1996, 345; BGH NJW-RR 2004, 1679.

<sup>44</sup> So etwa OLG Koblenz NJOZ 2004, 1524 (1525); *Dörner*, in: MüKo-VVG, 2. Aufl. 2017, § 172 Rn. 263; *Mangen*, in: BeckOK VVG, Stand, 1.8.2023, § 172 Rn. 88; *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kap. 5 Rn. 268.

dies in den seltensten Fällen dazu, dass hiervon zeitnah der beabsichtigte Effekt ausgeht. Meist sind zwei, drei oder gar vier „Hinweiserunden“ erforderlich, bis überhaupt hinreichend klargestellt ist, wie die frühere Tätigkeit aus der Sicht der Klagepartei ausgestaltet war. Die ersten Nachbesserungsversuche bleiben erfahrungsgemäß hinter dem zu erreichenden Darlegungsniveau zurück. Gleichzeitig reagieren die beklagten Versicherungen parallel hierzu jeweils mit einer eigenen schriftlichen Erwiderung. Bei einem solchen Prozessverlauf hat die Akte schnell eine dreistellige Seitenzahl erreicht, obwohl bislang nur der erste Schritt getan ist und man sich die maßgeblichen Tatsachenbehauptungen nun aus diversen Schriftsätzen zusammensuchen muss.

## 5. Neutralitätsgebot

Die Hinweispflicht besteht im Hinblick auf alle an dem Rechtsstreit Beteiligten gleichermaßen. Mit der Anzahl der Akteure und der durch sie verfolgten Ziele steigt unweigerlich der Schwierigkeitsgrad der Fallbewältigung. Nicht nur, dass hinsichtlich des tatsächlichen Geschehens mehrere Narrative in den Prozess eingeführt werden. Auch in rechtlicher Hinsicht werden unterschiedliche Argumentationsstränge eingebracht, denen das Gericht jeweils gedanklich nachgehen und seinen eigenen Überlegungen gegenüberstellen muss. Dabei muss der Blickwinkel jedes Beteiligten eingenommen und sein bisheriges Vorbringen unter Berücksichtigung des prozessualen Begehrens gem. § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO auf sachgerechte Antragsstellung, Schlüssigkeit, ausreichende Substantiierung und erforderliche Beweisangebote überprüft werden – nur, um nach getaner Arbeit sogleich in die imaginäre Rolle ihres Gegners zu schlüpfen und hier ebenfalls nach etwaigen Lücken, Widersprüchen und substanzlosem Vortrag zu suchen.<sup>45</sup> Bei alledem jedem die erforderliche Unterstützung zukommen zu lassen und dennoch die Rolle des unparteiischen Entscheiders zu wahren, ist beileibe keine Selbstverständlichkeit.<sup>46</sup> Dieser Zielkonflikt verursacht zwangsläufig ein Spannungsverhältnis, das bei der materiellen Prozessleitung nach § 139 ZPO zu Schwierigkeiten und Auseinandersetzungen führen kann.<sup>47</sup>

Das bringt den Beitrag an einen für die Umsetzung der Hinweispflicht entscheidenden Punkt: Welchen Überlegungen geht der Normadressat nach, wenn er erkennt, dass im laufenden Prozess der gesetzliche Anwendungsbefehl zum Tragen kommt? Welche Vorstellungen macht er sich von den gem. § 139 ZPO zu veranlassenden Maßnahmen und deren Umfang? Für wie realistisch hält er die Vorstellung, dass ein auszuarbeitender Hinweis zu einem geordneten und sachgemäßen Prozessfortgang beiträgt? Solche und andere Erwägungen fließen unvermeidlich in die weitere Verfahrenssteuerung ein.

## IV. Die psychologischen Auswirkungen der Hinweispflicht

Der gesetzliche Befehl zum Hinweis hat gelegentlich eine (unbewusste) Identifikation mit einer der Parteien oder umgekehrt innere Vorbehalte des Entscheiders zur Folge.<sup>48</sup> Wohl alle Gerichte nehmen den durch § 139 ZPO definierten Pflichtenkreis als erhebliche Last wahr. Würde man der Richter-

---

<sup>45</sup> R. Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, 1982, Rn. 19.

<sup>46</sup> Anders, in: Anders/Gehle, Kommentar zur ZPO, 81. Aufl. 2023, § 139 Rn. 17; Hermann/v. Storch, JA 2020, 450 (451); Nober/Ghassemi-Tabar, NJW 2017, 3265; Stadler, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 20. Aufl. 2023, § 139 Rn. 5; R. Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, 1982, Rn. 20; Wächter, ZZP 119 (2006), 393 (419).

<sup>47</sup> Piekenbrock, NJW 1999, 1360; Rudolph, in: FS 10 Jahre Deutsche Richterakademie, 1983, S. 159; Seibel, ZfBR 2009, 533 (536); Spickhoff, in: FS Roth, S. 527 (530).

<sup>48</sup> R. Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, 1982, Rn. 20.

schaft die Frage nach der unbeliebtesten zivilprozessualen Vorschrift stellen, so fiel die Antwort vermutlich eindeutig aus. Insgeheim zieht so mancher die sachliche Legitimation des § 139 ZPO in Zweifel. Das Unverständnis darüber, den Parteien permanent zuarbeiten zu müssen, ist gerade im Anwaltsprozess nach § 78 ZPO stark ausgeprägt. Mag dies auch ein unsachliches und ungerechtfertigtes Vorurteil sein: Wer dauerhaft den Eindruck hat, den Hund zum Jagen tragen zu müssen, der entwickelt mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit einen gegen den gesetzlichen Auftrag gerichteten Abwehrreflex. Die allenthalben wiederholte Formel, dass die Hinweispflicht den Beibringungsgrundsatz unberührt lasse, weil es Sache der Parteien sei, ob sie der richterlichen Anregung folgen, vermag an diesem Empfinden wenig zu ändern. Ähnliches gilt für das Mantra, die Ausübung der Hinweispflicht befähige die Parteien als Herren des Verfahrens überhaupt erst dazu, ihre prozessualen Gestaltungsmöglichkeiten zu erkennen und selbstbestimmt auszuüben. Fakt ist: Die durch § 139 ZPO ausgelöste Zusatzbelastung entsteht unabhängig davon, ob die angesprochene Partei den Hinweis anschließend aufgreift. Darin liegt ein maßgeblicher Grund für den verbreiteten Unmut.

Der Widerwille zur Entfaltung der durch § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO vorgeschriebenen Aktivitäten ist besonders groß, wenn die originär den Prozessbevollmächtigten zukommende Aufgabe der Erkundigung und Einholung von Informationen sowie die noch viel wichtigere Filterung, Aufbereitung und Strukturierung des erfragten Tatsachenmaterials<sup>49</sup> entgegen dem Regelungszweck der §§ 129 Abs. 1, 130 ZPO auf das Gericht abgewälzt wird.<sup>50</sup> Immer wieder ist festzustellen, dass nicht einmal die einfachsten, wichtigsten und offensichtlichsten Aspekte des Sachverhalts abgeklärt und in eine geordnete Form gebracht wurden. Die Informationsbeschaffung mag für die Anwaltschaft aus den verschiedensten Gründen mit Schwierigkeiten verbunden sein.<sup>51</sup> Wenn allerdings schon der Anwalt trotz des unmittelbaren Zugangs zur Partei hierzu nicht bereit oder imstande ist, sind die Einwirkungsmöglichkeiten des Gerichts erst recht begrenzt. Bei unklarem, lückenhaftem, mehrdeutigem oder widersprüchlichem Vorbringen müssen über § 139 ZPO stets umständlich ergänzende Stellungnahmen angestoßen werden<sup>52</sup>, wobei jede einzelne Ergänzung unweigerlich eine neuerliche schriftliche Antwort des Gegners zur Folge hat. Bleiben diese Bemühungen erfolglos, so muss man als letztes Hilfsmittel auf die informatorische Anhörung gem. §§ 141, 278 Abs. 2 ZPO im Sitzungssaal zurückgreifen. Gerade bei dieser Gelegenheit gewinnt man auch ohne Überschreitung der durch den Streitgegenstand gezogenen Grenzen manchmal den Eindruck, anstelle des Parteivertreters das anwaltliche Aufklärungsgespräch zu führen. Wie häufig sich dabei gravierende Diskrepanzen zwischen dem bisherigen schriftlichen Sachvortrag und den mündlichen Parteiangaben auftun! Meist werden solche Abweichungen mit der pauschalen Behauptung eines kommunikativen Missverständnisses zwischen Partei und Anwalt gerechtfertigt. In Wirklichkeit ist es wohl so, dass im Gespräch mit dem Mandanten einfach nicht präzise und vor allem kritisch genug nachgefragt wurde. Genau das ist aber der Kernbereich anwaltlicher Tätigkeit.<sup>53</sup> Was das zwischen den Lagern stehende Gericht durch geduldige Anhörung der Parteien an maßgeblichen Umständen zutage fördern kann, sollte durch die hier-

<sup>49</sup> Hierzu BGH NJW-RR 2005, 1237; BGH NJOZ 2008, 3057 (3058); *Birk*, NJW 1985, 1489 (1496); *Brehm*, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 66 f.; *Dölling*, NJW 2013, 3121 (2127); *Eisner*, DRiZ 1955, 285 (287); *Lange*, NJW 1989, 438 (442 f.); *Smid/Hartmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2022, § 139 Rn. 32.

<sup>50</sup> Exemplarisch *Fischer*, NZM 2018, 929 ff.; *Selke*, NZM 2018, 453 f.

<sup>51</sup> Hierzu *Brehm*, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 40.

<sup>52</sup> Zur Hinweispflicht in diesen Fällen BGH NJW 1999, 2123 (2124); BGH NJW-RR 2002, 1071 (1072); BGH NJW-RR 2003, 742 (743); BGH NJW-RR 2003, 1718 (1719); BGH NJW 2009, 2378 (2379); BGH NJW 2020, 2641 (2642).

<sup>53</sup> *Brehm*, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 71 f.; *Schellhammer*, Zivilprozess, 16. Aufl. 2020, Rn. 19, 22.

für vergüteten Prozessbevollmächtigten aufgrund ihrer Nähebeziehung zur Mandantschaft erst recht zu erforschen sein. Selbstverständlich ziehen derartige kurzfristige Neuerungen und Anpassungen des Sachvortrags reflexartig Anträge der anderen Partei auf Gewährung von Schriftsatzfristen gem. § 283 S. 1 ZPO und damit einhergehende zusätzliche Erwidierungen nach sich.

Es liegt in der Natur der Sache, dass tendenziell diejenige Partei von der Hinweiserteilung profitiert, die noch nicht in ausreichendem Maß zur Förderung des eigenen Begehrens vorgetragen hat.<sup>54</sup> Dennoch trägt diese dem § 139 ZPO immanente Privilegierung auf gerichtlicher Seite nicht gerade zur Beliebtheit der Vorschrift bei. Gerade dann, wenn ein und derselbe Prozessbevollmächtigte andauernd und in jedem Rechtsstreit der intensiven Unterstützung bedarf, fällt es ab einem gewissen Punkt schwer, die Rolle des sachlichen Entscheiders zu wahren und nicht genervt auf den nächsten widersprüchlichen, unverständlichen oder lückenhaften Schriftsatz zu reagieren. Zugleich wächst mit zunehmender Erforderlichkeit richterlicher Hilfe, einer stetig umfangreicher werdenden Akte und längerer Verfahrensdauer die Versuchung, bei erneuten Unzulänglichkeiten von weiteren Hinweisen abzusehen. Dann bedarf es großer Selbstdisziplin, um nochmals die Ärmel hochzukrempeln und sich der neuen Problemfelder anzunehmen. Anwaltliches Unvermögen müsse den Prozessverlust zur Folge haben können – dieser Standpunkt wird von vielen abgelehnt, weil er zu Lasten der vertretenen Partei gehe und diese auf einen etwaigen Regressprozess gegen ihren Anwalt verweise.<sup>55</sup> Wie auch immer man sich zu dieser Streitfrage positioniert: Es ist nicht zu leugnen, dass ein gut strukturierter, an gesetzlichen Vorschriften und Tatbestandsvoraussetzungen ausgerichteter Sachvortrag, der sich zu sämtlichen wesentlichen Punkten verhält, durch das Gericht eher mit Wohlwollen zur Kenntnis genommen wird.

Der Gang über den schmalen Grat zwischen sachlich gebotener Unterstützung und parteilicher Bevorteilung bzw. Abneigung bereitet nicht nur dem Gericht Probleme. Manch eine Partei tut sich schwer damit, die gesetzlich angeordnete Wahrnehmung der materiellen Prozessleitung als eben solche einzuordnen. Nicht jeder ist in der Lage, das Gericht als unabhängigen Mahner zu begreifen, der bei Bedarf alle Seiten unterstützt. Den unberechtigten Vorwurf, das Gericht betreibe durch seine nach § 139 ZPO gebotenen Anmerkungen eine im Zivilprozess unzulässige Form der Amtsermittlung, hat wohl jeder Entscheider schon zu hören bekommen. Bezeichnenderweise werden solche Anschuldigungen tendenziell von denjenigen erhoben, die für sich selbst im umgekehrten Fall beharrlich umfassende und eindeutige Hinweise einfordern. Davon abgesehen sind selbst Anmerkungen, die ausdrücklich die vorläufige Einschätzung des Gerichts wiedergeben, nicht vor Befangenheitsanträgen gem. §§ 42, 44 ZPO gefeit.<sup>56</sup> Derartige Ablehnungen bleiben zwar in aller Regel erfolglos. Sie führen jedoch stets zu einem Verfahrensstillstand, weil ihre endgültige Zurückweisung mehrere Wochen oder gar Monate in Anspruch nimmt. Im Ablehnungsverfahren ist nämlich gem. § 46 Abs. 2 ZPO der Rechtsbehelf der sofortigen Beschwerde i.S.d. §§ 567 ff. ZPO eröffnet. Von diesem wird in entsprechenden Situationen durchaus Gebrauch gemacht. Wer solche das Verfahren ausbremsenden Reaktionen auf die ohnehin unerfreuliche, aber gesetzlich vorgeschriebene Tätigkeit erlebt hat, macht

---

<sup>54</sup> *Brehm*, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 222; *Deubner*, JuS 2009, 814 (816); *Kern*, ZJP 136 (2023), 201 (216); *E. Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, 1983 S. 108 f.; *E. Schmidt*, DRiZ 1988, 59 (60 f.); *ders.*, in: FS Schneider, 1997, S. 193 (208); *v. Selle*, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.7.2023, § 139 Rn. 8.1; *Waldner*, in: FS Vollkommer, 2006, S. 269 (282).

<sup>55</sup> So etwa *E. Peters*, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, 1983, S. 143 f.; *ders.*, JZ 1984, 192 (193); *Rensen*, Die richterliche Hinweispflicht, 2002, S. 155 f.; *E. Schmidt*, DRiZ 1988, 59 (61); a.A. *Brehm*, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 40 f.; *Rogge*, DRiZ 1976, 134 (135); offen gelassen durch *Herr*, DRiZ 1988, 57 (58).

<sup>56</sup> *Bohlender*, MDR 1996, 1093 (1095 f.); *Nagel*, DRiZ 1977, 321 (323); *Brehm*, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 219; a.A. *E. Schneider*, MDR 1968, 721 (723).

sich früher oder später schon seine Gedanken darüber, ob zukünftig im eigenen Interesse etwas mehr Zurückhaltung angezeigt wäre.<sup>57</sup> Auch der jeweils angesprochene Adressat nimmt Hinweise nicht unbedingt dankbar entgegen. So ist teilweise zu lesen, die durch das Gericht vertretene Auffassung sei „fehlerhaft“, „unverständlich“, „einseitig“, oder ähnliches. Solche Stellungnahmen erhöhen die Akzeptanz der Hinweispflicht im Kreise der Richterschaft sicherlich nicht.<sup>58</sup>

## V. Die tatsächlichen Auswirkungen der Hinweispflicht

Es bleibt die Frage: Wie wirkt sich die richterliche Aktivität i.S.d. § 139 ZPO tatsächlich aus? Sicherlich zeitigt ein Hinweis bei punktuellen Defiziten mit hoher Wahrscheinlichkeit den erwünschten Erfolg. Der bislang nicht vollstreckbare Klageantrag weicht einer bestimmten und präzisen Formulierung, einige wenige fehlende Informationen zum Sachverhalt werden nachgereicht, der angekündigte Zeuge in ladungsfähiger Weise bezeichnet. Ansonsten wird der Rechtsstreit durch (frühzeitige) gerichtliche Anregungen, Strukturierungen und Interventionen jedoch nicht automatisch zügiger, effektiver und sachlicher betrieben.<sup>59</sup> Die Wahrnehmung der Hinweispflicht führt gerade in der ersten Instanz überwiegend zu einer ungeheuren Ausweitung des Tatsachenmaterials, zusätzlichen Streit um die Wahrheit neu eingeführter Behauptungen und Entstehung diverser weiterer rechtlicher Problemfelder, die bislang gar nicht entscheidungserheblich waren. Dieser Effekt wird durch die Beschränkung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz gem. §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO noch einmal deutlich verstärkt.<sup>60</sup> Umgekehrt ignorieren die Parteien in schöner Regelmäßigkeit vorsorglich getroffene Anordnungen nach § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO, die um eine Strukturierung, sukzessive Abschichtung des Streitstoffs und Vermeidung unnötig wiederholenden Parteivortrags bemüht sind. Effektive gesetzliche Durchsetzungs- oder Sanktionsmöglichkeiten stehen den Gerichten bei diesbezüglichen Missachtungen nicht zur Verfügung.<sup>61</sup>

Beinahe jeder Hinweis provoziert weitere schriftliche Parteiaktivität. Vor allem bei erheblich defizitärem Sachvortrag folgt auf den beanstandenden Hinweis regelmäßig ein verzweifelter Rundumschlag an neuem Vorbringen. Meist steht dieses in eklatantem Widerspruch zum bisher Geschriebenen, ohne dass dargelegt würde, in welches prozessuale Verhältnis die Partei ihre jeweiligen Schilderungen zueinander setzen möchte (sog. „Zick-Zack-Vortrag“<sup>62</sup>). Man reiht verschiedene, miteinander nicht vereinbare Sachverhaltsvarianten aneinander, wobei man sich erhofft, eine dieser Versionen werde dem eigenen Begehren schon irgendwie zum Erfolg verhelfen. Für das Gericht ist in solchen Situationen deutlich spürbar, dass die Partei zwar ein definiertes prozessuales Ziel hat, jedoch überhaupt nicht weiß, mit welchen konkreten Lebensvorgängen, Verhältnissen und Gegebenheiten sie dieses im Einzelnen begründen soll. Der durchweg defizitäre Prozessvortrag wird im Anschluss an richterliche Hinweise und Erwiderungen des Gegners ohne Rücksicht auf die subjektive Überzeugung und die (fehlende) Kenntnis von den tatsächlichen Umständen so lange „zurechtgebogen“, bis das Gericht nicht mehr umhinkommt, diesen als rechtlich erheblich zu behandeln. In anderen Fällen ist die Reaktion auf den Hinweis ihrerseits widersprüchlich oder erneut als Ansammlung schwammi-

<sup>57</sup> Bohlander, MDR 1996, 1093.

<sup>58</sup> Zehelein, NZM 2019, 193 (195).

<sup>59</sup> Dieckmann, JZ 2000, 760 (762).

<sup>60</sup> Dies wurde bereits im vorausgegangenen Gesetzgebungsverfahren der letzten großen ZPO-Reform kritisiert, vgl. Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages 14/138, S. 13526, 13528, 13529.

<sup>61</sup> Anders, in: Anders/Gehle, Kommentar zur ZPO, 81. Aufl. 2023, § 139 Rn. 45; Gaier, NJW 2020, 177 (181); Greger, in: Zöllner, Kommentar zur ZPO, 34. Aufl. 2023, § 139 Rn. 4c; Stadler, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 20. Aufl. 2023, § 139 Rn. 16a; M. Stürner, ZJP 135 (2022), 369 (384); Zwickel, MDR 2021, 716 (717).

<sup>62</sup> Gremmer, MDR 2010, 245.



ger Rechtsbegriffe einzuordnen, die sich jeder Subsumtion und Überprüfung anhand eines objektiven Beweismaßstabes entzieht.

Die Prozessleitung in derartigen Verfahren ist unendlich frustrierend und gleicht dem Stochern im undurchdringlichen Nebel. Das Gericht muss allein auf der Grundlage seiner materiell-rechtlichen Intuition permanent nachfassen – stets in der Hoffnung, endlich einmal den einschlägigen Rechtskomplex zu treffen und Konturen einer schlüssigen und stringenten Sachverhaltsschilderung zu erkennen. Die Folge sind regelrechte Hinweisketten, die das Verfahren in der Sache kaum weiterbringen, sondern nur noch komplizierter und verworrener machen. Daran ist besonders ärgerlich, dass der zweifelhafte Wahrheitsgehalt dem neuen Vortrag in vielen Fällen auf der Stirn geschrieben steht. Bei der Beweisaufnahme zeigt sich in frappierender Beständigkeit, dass die später aufgestellten Tatsachenbehauptungen mit dem wirklichen Lebenssachverhalt wenig zu tun haben. Wie sollten sie auch? Wäre die Partei schon zu Beginn des Prozesses von der Wahrheit und ausschlaggebenden Bedeutung der entsprechenden Umstände überzeugt gewesen, so hätte sie diese wohl von Anfang an und nicht erst nach einem gerichtlichen Wink mit dem Zaunpfahl als letzten Notnagel in das Verfahren eingebracht. Trotzdem darf das Gericht die Beweiserhebung selbst bei verdächtig häufig wechselndem Vortrag nicht verweigern, da solche Wahrscheinlichkeitsüberlegungen auf eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung und eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG hinauslaufen.<sup>63</sup>

Bei alledem ist stets ungewiss, wie lange das Gericht seine Bemühungen entfalten muss, um den gesetzlichen Auftrag zu erfüllen. Immerhin wird der Adressat des Hinweises nicht allein durch die gerichtliche Intervention zu einem fähigeren Juristen oder motivierteren Sachverhaltsermittler. Hinzu kommt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung im Hinblick auf § 139 ZPO sehr pauschale Verhaltensanforderungen formuliert, die kaum als verlässliche Wegweiser dienen. So muss das Gericht seine Hinweise präzisieren und der Partei erneut Gelegenheit zur Stellungnahme geben, wenn ein Hinweis falsch aufgenommen wurde.<sup>64</sup> Umgekehrt besteht bei Anforderungen an den Sachvortrag, mit denen ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem Prozessverlauf rechnen musste, keine Hinweispflicht, wenn das Verhalten einer Partei den Schluss zulässt, dass sie nicht näher vortragen kann oder will.<sup>65</sup> Bei einer anwaltlich vertretenen Partei sind Hinweise erforderlich, wenn der Prozessbevollmächtigte die Rechtslage „sichtlich“ bzw. „erkennbar“ falsch beurteilt.<sup>66</sup> Dies soll wiederum nicht bei „anwaltlich vorauszusetzender Rechtskunde“ gelten.<sup>67</sup> Enthalten schon die Ausführungen der gegnerischen Partei die „gebotene Unterrichtung“, so ist das Gericht von der Hinweispflicht entbunden.<sup>68</sup> Demgegenüber hat es einzugreifen, wenn der Prozessbevollmächtigte einer Partei die von dem Prozessgegner erhobenen Bedenken falsch aufgenommen hat.<sup>69</sup>

Wann im jeweiligen Einzelfall welche dieser prozessualen Situationen vorliegt, ist eine diffizile Tatfrage, deren „falsche“ Beantwortung unweigerlich die Verletzung des § 139 ZPO nach sich zieht. Woran soll man erkennen können, ob ein vorangegangener Hinweis nicht verstanden wurde oder die adressierte Partei lediglich nicht weiter vortragen kann bzw. will? Welcher Prozessbevollmächtigte wird auf Nachfrage des Gerichts allen Ernstes in Anwesenheit seines Mandanten einräumen, dass er

---

<sup>63</sup> BGH NJW-RR 1995, 1340 (1341); BGH NJW-RR 2000, 208; BGH NJW-RR 2018, 1150 (1152); BGH BeckRS 2022, 40465.

<sup>64</sup> BGH NJW 1995, 399 (401); BGH NJW 1999, 1264; BGH NJW 2002, 3317 (3320); BGH BeckRS 2014, 14711.

<sup>65</sup> BGH NJW 2003, 3626 (3628).

<sup>66</sup> BGH NJW 1995, 399 (401); BGH NJW-RR 1997, 441; BGH NJW 1999, 418 (421); BGH NJW 2002, 3317 (3320); BGH NJW-RR 2002, 1436 (1437); BGH NJW 2003, 3626 (3628); BGH NJW-RR 2006, 524 (525).

<sup>67</sup> BGH NJW 2003, 3626 (3628); BGH NJOZ 2019, 345 (346); BGH NJOZ 2020, 461 (462); BGH NJW 2020, 2641 (2642).

<sup>68</sup> Hierzu BGH NJW 1980, 223 (224); BGH NJW 1988, 696 (697); BGH NJW 2007, 759 (761); BGH NJW-RR 2008, 581 (582); BGH BeckRS 2010, 20762; BGH NJW-RR 2010, 70 f.; BGH NJW 2013, 1733 (1735).

<sup>69</sup> BGH NJW 2001, 2548 (2549).

nicht imstande ist, (selbst) einen (unmissverständlichen) Hinweis intellektuell zu durchdringen? Welchen Kanon an unabdingbaren juristischen Grundkenntnissen darf man bei einem zugelassenen Rechtsanwalt als vorhanden unterstellen? Wann ist ein Vortrag derart substanzlos, dass es nach einer schon immer heftig kritisierten Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1982 überhaupt keines Hinweises bedarf?<sup>70</sup> Wer bei all diesen Zweifeln kein Risiko eingehen will, der erteilt lieber einen Hinweis zu viel als zu wenig – mit allen daraus folgenden und in diesem Beitrag aus Raumgründen nur oberflächlich angerissenen Konsequenzen.

## VI. Zusammenfassung

Gerade der pflichtbewusste Richter tut sich durch die Erteilung von Hinweisen nur bedingt einen Gefallen. Im Vergleich zum alles „durchentscheidenden“ Kollegen wird ihm ein Vielfaches an Einsatz abverlangt. Ihm bleibt allein die Gewissheit, dass er durch die mühsame Befolgung des § 139 ZPO der materiell richtigen Entscheidung möglichst nahe kommt und ihn dies vor der Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung durch die Rechtsmittelinstanz bewahrt. Man mag einwenden: Augen auf bei der Berufswahl! Dennoch erweckt die Lektüre der höchstrichterlichen Entscheidungen aus Karlsruhe mitunter den Eindruck, als ob die materielle Prozessleitung nach § 139 ZPO eine leicht zu erfüllende Pflichtübung sei. In Wirklichkeit verschleiern die in Fachpublikationen wiedergegebenen Sachverhaltsangaben den Umfang, die Unübersichtlichkeit und die Komplexität des Prozessstoffs. Sie komprimieren hunderte bis tausende Seiten an zuweilen kunterbuntem Parteivortrag auf wenige Sätze und erwecken hierdurch ungewollt den Anschein, es durchweg mit unfähigen Tatsacheninstanzen zu tun zu haben.

Natürlich sind die beschriebenen Erschwernisse keine Rechtfertigung dafür, die gesetzlichen Vorgaben des § 139 ZPO systematisch beiseitezuschieben und die Parteien ohne vorherige Ansprache sehenden Auges in die prozessuale Niederlage laufen zu lassen. Bei aller legitimen Kritik an einer fehlerhaften materiellen Prozessleitung sollte indes nicht aus dem Blick geraten, dass die Gerichte nur mit dem prozessualen Material arbeiten können, das ihnen durch den Parteivortrag an die Hand gegeben wird.<sup>71</sup> Wie schwierig die konsequente und ordnungsgemäße Erteilung von Hinweisen wirklich ist, begreift man wohl erst, wenn man selbst diese Aufgabe zu bewältigen hat. Manch ein Prozessbeteiligter wäre gut beraten, sich hin und wieder die ehrliche Frage zu stellen, ob und inwieweit er selbst anstelle des Gerichts bei der Entscheidungsfindung mit den eigenen Schriftsätzen zurechtgekommen wäre.

Die Koordinierung zivilprozessualer „Großbaustellen“ über § 139 ZPO gelingt nur, wenn hierfür ausreichende zeitliche Kapazitäten zur Verfügung stehen. Auf letzteres kann der einzelne Richter nur bedingt Einfluss nehmen. Neben der Effizienz der eigenen Arbeitsweise bestimmen vor allem der allgemeine Geschäftsanfall und die Personalausstattung des jeweiligen Gerichtsstandorts darüber, wie viel Zeit der Entscheider tatsächlich in ein bestimmtes Verfahren investieren kann. Aus diesem Grund gilt: Je verständlicher und geordneter das schriftliche Vorbringen, desto eher und präziser vermag das Gericht gleichwohl vorhandene Lücken, Mängel und Defizite konstruktiv anzusprechen und den Parteien unter die Arme zu greifen. Daher sollten in der anwaltlichen Praxis unbedingt die im Referendariat vermittelten Prinzipien zur Abfassung zivilprozessualer Schriftsätze beachtet werden. Hat im Arbeitsalltag erst einmal der methodische Schlendrian Einzug gehalten, so ist kein Verlass darauf, dass die Gerichte stets imstande sind, über § 139 ZPO sämtliche Unzulänglichkeiten vollständig auszugleichen.

---

<sup>70</sup> BGH NJW 1982, 1708 (1710).

<sup>71</sup> Brehm, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982, S. 221.

# Regierungsentwurf des Justizstandort-Stärkungsgesetzes – Zur Einführung von Commercial Courts und Englisch als Gerichtssprache

Rechtsreferendarin und Wiss. Mitarbeiterin Elena Hilgers, Limburg a. d. Lahn/Gießen,  
Doktorandin Anna Bunting, Marburg\*

Die deutsche Justiz soll moderner und attraktiver werden. Hierzu verspricht die Bundesregierung in ihrem Koalitionsvertrag, englischsprachige Spezialeinheiten für internationale Handels- und Wirtschaftsstreitigkeiten zu errichten.<sup>1</sup> Am 16.8.2023 wurde nun der Regierungsentwurf<sup>2</sup> des Gesetzes zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit (Justizstandort-Stärkungsgesetz) veröffentlicht, der auf dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 25.4.2023 beruht. Hauptanliegen des Gesetzentwurfs ist es, sog. Commercial Courts zu etablieren und die englische Sprache als Gerichtssprache in bestimmten Fällen zuzulassen. Damit sollen die prozessrechtlichen Bedingungen für Streitigkeiten zwischen (internationalen) Unternehmen an deutschen Gerichten verbessert werden und der Justizstandort Deutschland an Bedeutung gewinnen. Denn gerade im Wirtschaftsrecht und insbesondere bei Streitigkeiten im Nachgang an eine Transaktion werden in Deutschland derzeit noch überwiegend deutsche und internationale Schiedsgerichte angerufen. Deren Stellung als „Quasi-Monopol“<sup>3</sup> soll mit dem Vorhaben der Commercial Courts begegnet werden.<sup>4</sup>

<b>I. Bisherige Möglichkeiten: Commercial Courts und Kompetenzzentren .....</b>	<b>266</b>
<b>II. Daseinsberechtigung der Commercial Courts neben der Schiedsgerichtsbarkeit .....</b>	<b>267</b>
1. Verfahren vor Schiedsgerichten, §§ 1025 ff. ZPO .....	267
2. Fehlende Rechtsfortbildung durch die Schiedsgerichte .....	268
3. Probleme der deutschen Zivilrechtsordnung .....	270
<b>III. Vorschläge durch das Justizstandort-Stärkungsgesetz .....</b>	<b>271</b>
1. Commercial Courts (§ 119b GVG-E) .....	271
a) Sinn und Zweck der Zuständigkeit der Oberlandesgerichte .....	272
b) Zuständigkeit, § 119b Abs. 1 S. 2, Abs. 2–3 GVG-E .....	272
c) Verfahren vor den Commercial Courts, §§ 619–623 ZPO-E .....	272

\* Die Autorin *Elena Hilgers* ist Rechtsreferendarin am Landgericht Limburg an der Lahn und Wiss. Mitarbeiterin an der Professur für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht (Prof. Dr. Martin Gutzeit) an der Justus-Liebig-Universität in Gießen, die Autorin *Anna Bunting* ist Doktorandin im Öffentlichen Recht (Prof. Dr. Steffen Detterbeck) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg.

<sup>1</sup> Koalitionsvertrag 2021–2025 von SPD, Bündnis 90/die Grünen und FDP, S. 84, abrufbar unter [https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\\_2021-2025.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf) (6.2.2024).

<sup>2</sup> [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_Justizstandort\\_Staerkung.pdf?blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Justizstandort_Staerkung.pdf?blob=publicationFile&v=2) (6.2.2024).

<sup>3</sup> Zeyher, NZG 2021, 521 (521); Raeschke-Kessler, SchiedsVZ 2023, 158 (158).

<sup>4</sup> RefE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 13–15.

2. Englisch als Gerichtssprache (§§ 184a, 184b GVG-E, §§ 615–618 ZPO-E) .....	273
3. Ausweitung der Möglichkeiten zur Geheimhaltung (§ 273a ZPO-E) .....	274
<b>IV. Bewertung und Ausblick .....</b>	<b>274</b>

### I. Bisherige Möglichkeiten: Commercial Courts und Kompetenzzentren

Der Attraktivitätsverlust der deutschen Justiz in (internationalen) Wirtschaftsstreitigkeiten lässt sich durch konkrete Zahlen belegen: Im Jahr 2010 waren die Kammern für Handelssachen noch mit 40.468 Fällen befasst, im Jahr 2020 hingegen nur noch mit 22.502 Fällen.<sup>5</sup>

Auf diesen Trend haben bereits einige Bundesländer reagiert, indem sie auf Grundlage ihrer Befugnis zur selbstständigen Gerichtsorganisation Rechtsprechungsangebote für (internationale) wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten etabliert haben. So wurden Ende 2020 in Baden-Württemberg unter dem Begriff Commercial Courts Spezialkammern für Wirtschaftsstreitigkeiten an den Landgerichten Mannheim und Stuttgart sowie an den Oberlandesgerichten Stuttgart und Karlsruhe eingerichtet, vor denen auch in englischer Sprache verhandelt werden kann.<sup>6</sup> Kammern für internationale Handelssachen sind seit dem Jahr 2018 mit ähnlichen Angeboten auch an den Landgerichten Frankfurt am Main, Hamburg und Berlin errichtet worden.<sup>7</sup>

In Nordrhein-Westfalen wurden ebenfalls Spezialkammern für wirtschaftsbezogene Rechtsstreitigkeiten durch die Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit für Streitigkeiten aus den Bereichen der Unternehmenstransaktionen (Mergers & Acquisitions), der Informationstechnologie und Medientechnik sowie der erneuerbaren Energien (im Folgenden: VO)<sup>8</sup> unter der Agenda „QualityLaw NRW“ eingeführt.<sup>9</sup> Diese bieten bereits heute ein hohes Maß an Flexibilität und eine für internationale Streitigkeiten optimale Strukturierung des Prozessablaufs, wodurch die Verfahren auf wenige Tage konzentriert werden können. Besonders ist hier, dass die verschiedenen Land- und Oberlandesgerichte für bestimmte Streitigkeiten zuständig sind: Streitigkeiten aus Transaktionen im Unternehmensbereich (Mergers & Acquisitions – M&A) werden ab einem Streitwert von 500.000 € vor dem Landgericht Düsseldorf und in der Berufung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf verhandelt (§§ 1 Abs. 1, 4 Nr. 1 VO), Streitigkeiten aus dem Bereich Informationstechnologie und Medientechnik vor dem Landgericht Köln in erster und dem Oberlandesgericht Köln in zweiter Instanz ab einem Streitwert von 100.000 € (§§ 2, 4 Nr. 2 VO) und Streitigkeiten aus dem Bereich Erneuerbare Energien ab einem Streitwert von 100.000 € vor dem Landgericht Essen (§ 3 Nr. 1 VO) bzw. dem Landgericht Bielefeld (§ 3 Nr. 2 VO) und in der Berufung vor dem Oberlandesgericht Hamm (§ 4 Nr. 3 VO). Diese Möglichkeit basiert auf der Neufassung des § 13a GVG, die seit dem 1.1.2021 in Kraft ist und den Landesgesetzgeber ermächtigt, zu Zwecken der Verfahrensbeschleunigung bestimmte Themengebiete einem Gericht ganz oder teilweise zuzuweisen.

<sup>5</sup> Statistisches Bundesamt (Destatis), Rechtspflege – Zivilgerichte, 2021, S. 42 f., abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210207004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210207004.pdf?__blob=publicationFile) (6.2.2024); Riehm/Thomas, NJW 2022, 1725 (1725).

<sup>6</sup> <https://www.commercial-court.de/> (6.2.2024).

<sup>7</sup> Nähere Informationen unter <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/landgerichtsbezirk-frankfurt-am-main/landgericht-frankfurt-am-main/kammer-fuer-internationale-handelssachen>; <https://justiz.hamburg.de/gerichte/landgericht-hamburg/englischsprachige-verhandlungen/verhandlungen-in-englischer-sprache-576328> und <https://www.berlin.de/gerichte/landgericht-zivil/das-gericht/zustaendigkeiten/internationale-kammern/artikel.1311427.php> (6.2.2024).

<sup>8</sup> [https://recht.nrw.de/lmi/owa/br\\_bes\\_text?anw\\_nr=2&gld\\_nr=3&ugl\\_nr=301&bes\\_id=47350&aufgehoben=N&menu=0&sg=0](https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?anw_nr=2&gld_nr=3&ugl_nr=301&bes_id=47350&aufgehoben=N&menu=0&sg=0) (6.2.2024).

<sup>9</sup> <https://www.justiz.nrw/JM/qualitylaw/index.php> (6.2.2024).

Auch andere Länder haben erkannt, dass die staatliche Justiz ihr Rechtsprechungsangebot modernisieren muss. So nahmen etwa in Singapur der Singapore International Commercial Court (SICC) im Jahr 2015 und in den Niederlanden der Netherlands Commercial Court (NCC) im Jahr 2019 ihre Arbeit auf.<sup>10</sup> Beide Gerichte orientieren sich erheblich an den Angeboten und Rahmenbedingungen der Schiedsgerichtsbarkeit. Ihre Fallzahl bewegt sich im zweistelligen Bereich.<sup>11</sup> Vor der 2018 eingerichteten *chambre commerciale internationale* am Cour d'appel in Paris (CCIP-CA), vor der auf Englisch verhandelt werden kann und deren Verfahrensregeln sich ebenfalls an der Schiedsgerichtsbarkeit orientieren,<sup>12</sup> wurde bisher eine Vielzahl von Sachverhalten entschieden,<sup>13</sup> wobei jedoch unklar ist, in wie vielen Fällen die Parteien diese bewusst ausgewählt haben.<sup>14</sup>

Besonders hervorzuheben sind die Erfolge der Commercial Courts in Baden-Württemberg. So sind allein bei den beiden Kammern des Landgerichts Stuttgart, die als Commercial Court organisiert sind, zwischen November 2020 und Mai 2023 ungefähr 600 Verfahren eingegangen, die zusammen auf einen Streitwert von etwa einer halben Milliarde Euro kommen.<sup>15</sup> Zu diesen Angeboten möchte die Bundesregierung nun aufschließen.<sup>16</sup>

## II. Daseinsberechtigung der Commercial Courts neben der Schiedsgerichtsbarkeit

Auch wenn vereinzelte Angebote wie die Commercial Courts in Baden-Württemberg schon Erfolge verzeichnen, hat ein allgemeines Umdenken noch nicht stattgefunden: In den allermeisten wirtschaftsrechtlichen Verträgen sind immer noch Schiedsvereinbarungen enthalten.<sup>17</sup>

### 1. Verfahren vor Schiedsgerichten, §§ 1025 ff. ZPO

Ein Schiedsgericht bietet die Möglichkeit, den Rechtsstreit außerhalb der staatlichen Justiz durch einen Schiedsspruch beizulegen. Wenn der Ort des schiedsgerichtlichen Verfahrens nach Maßgabe des § 1043 Abs. 1 ZPO in Deutschland liegt, finden die Regelungen der §§ 1026 ff. ZPO Anwendung (§ 1025 Abs. 1 ZPO). Nach § 1029 Abs. 1 ZPO ist eine Schiedsvereinbarung eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen (Opt-Out aus der staatlichen Gerichtsbarkeit). Der Streit wird durch den sog. Schiedsspruch entschieden. Dieser hat unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils (§ 1055 ZPO). Für die Vollstreckung der Entscheidung ist die Schiedsgerichtsbarkeit allerdings auf staatliche Vollstreckungsorgane angewiesen (§§ 1060 ff. ZPO).

<sup>10</sup> <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/default.aspx>; <https://www.sicc.gov.sg> (6.2.2024).

<sup>11</sup> Für den NCC <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/judgments.aspx>; für den SICC <https://www.sicc.gov.sg/media/case-summaries> (6.2.2024).

<sup>12</sup> <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/presentation-des-chambres-commerciales-internationales-de-paris-ccip> (6.2.2024).

<sup>13</sup> <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/decisions-ccip-ca-iccp-ca-judgements?page=0> (6.2.2024).

<sup>14</sup> Rühl, FAZ Einspruch v. 17.2.2023, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/was-kann-von-commercial-courts-erwartet-werden-18688016.html> (6.2.2024).

<sup>15</sup> <https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/commercial-courts-ziehen-eindrucksvolle-bilanz> (6.2.2024).

<sup>16</sup> RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 21.

<sup>17</sup> Siehe insbesondere für Post-M&A-Streitigkeiten statt vieler *Becker/Mallmann*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 7, § 134 Rn. 1; *Pickrahn*, in: *Elsing M&A-Streitigkeiten vor DIS-Schiedsgerichten*, 2022, S. 141.

Die Parteien entscheiden sich gerade in großen wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten in den meisten Fällen für ein privates Schiedsgericht, da sie über die Bildung des Schiedsgerichts (§§ 1034 ff. ZPO), die Bestimmung des Verfahrens (§§ 1042 ff. ZPO) und das anwendbare Recht (§ 1051 ZPO) entscheiden können. So können die Parteien etwa die Anzahl der Schiedsrichter (§ 1034 Abs. 1 ZPO), das Verfahren ihrer Bestellung (§ 1035 Abs. 1 ZPO), weitgehend das Verfahren vor dem Schiedsgericht (§ 1042 Abs. 3 ZPO), den Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens (§ 1043 Abs. 1 S. 1 ZPO) und die Sprache oder die Sprachen, die im schiedsrichterlichen Verfahren zu verwenden sind, (§ 1045 Abs. 1 S. 1 ZPO) vereinbaren. Daher ist es den Parteien möglich, sich dafür zu entscheiden, nicht öffentlich zu verhandeln und die Schiedssprüche geheim zu halten. Zudem können die Verfahren flexibler gestaltet werden.<sup>18</sup> Ein Muster für Schiedsvereinbarungen stellt beispielsweise die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) auf ihrer Website zur Verfügung.<sup>19</sup> Diese Klauseln sehen etwa den Verweis auf die Schiedsgerichtsordnung der DIS vor.

## 2. Fehlende Rechtsfortbildung durch die Schiedsgerichte

Zwar könnte man annehmen, dass die Arbeitsteilung zwischen ordentlichen Gerichten und Schiedsgerichten begrüßenswert ist, da die staatlichen Gerichte von ressourcen- und arbeitsintensiven Verfahren entlastet werden und sich zugleich an den „ausgelagerten“ Schiedsgerichten eine hohe Expertise und Erfahrung konzentriert. Das ganz erhebliche Defizit der Schiedsgerichtsbarkeit liegt allerdings darin, dass die Schiedssprüche das Recht weder fortbilden noch konkretisieren können.<sup>20</sup> Schiedsgerichte sind zur Rechtsfortbildung – da sie nicht demokratisch legitimiert sind – ohnehin ungeeignet, können aber aufgrund ihrer nicht öffentlichen Verhandlung und Urteilsfindung nach bisherigem Stand auch keinen nennenswerten Beitrag dazu leisten.<sup>21</sup> Das aktuelle Eckpunktepapier des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des deutschen Schiedsverfahrensrechts sieht zwar vor, dass der Schiedsspruch veröffentlicht werden kann, sofern die Parteien einverstanden sind.<sup>22</sup> Es ist allerdings zweifelhaft, ob dieses freiwillige Angebot umfassend wahrgenommen wird.

Bereits im Jahr 2003 hat der damalige Präsident des Bundesgerichtshofs, Prof. Dr. Günter Hirsch, darauf hingewiesen, dass durch die vermehrte Inanspruchnahme der Schiedsgerichtsbarkeit keine „Grundsatzentscheidungen zum materiellen Recht durch Obergerichte“ getroffen, sondern vielmehr Einzelfälle durch Schiedsgerichte entschieden werden.<sup>23</sup> Diese Lücken in der Rechtsfortbildung haben in den letzten Jahren zu erheblichen Rechtsunsicherheiten in großen, internationalen Wirtschaftsstreitigkeiten geführt. Insbesondere im Wirtschaftsrecht, das beispielsweise den M&A-Bereich erfasst, wird ein „Totalausfall“<sup>24</sup> an veröffentlichter Rechtsprechung und Rechtsfortbildung beklagt.

Diese ist aber wichtig, um Generalklauseln wie § 313 BGB oder § 242 BGB zu konkretisieren. Die auslegungsbedürftigen Generalklauseln sind mitursächlich dafür, dass internationale Unternehmen

---

<sup>18</sup> Hamann, in: Hamann/Sigle/Grub, Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge, 3. Aufl. 2022, § 2 Rn. 21.

<sup>19</sup> <https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-regeln> (6.2.2024).

<sup>20</sup> RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 1, 14, 20.

<sup>21</sup> Kahlert, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 2015, S. 68 ff. m.w.N.

<sup>22</sup> Eckpunktepapier, S. 3, abrufbar unter [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte\\_Schiedsverfahrensrecht.html?nn=110490](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte_Schiedsverfahrensrecht.html?nn=110490) (6.2.2024).

<sup>23</sup> Hirsch, SchiedsVZ 2003, 49 (52).

<sup>24</sup> Grohmann, Internationalisierung der Handelsgerichtsbarkeit, 2022, S. 363; mahnend auch Kahlert, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 2015, S. 69 f.

häufig eine andere Rechtsordnung als die deutsche wählen.<sup>25</sup> Die Unsicherheit, wie bestimmte Regelungen ausgelegt werden, gilt gleichermaßen für tatbestandlich weit gefasste vertragliche Regelungen, vor allem wenn diese im deutschen Rechtsraum eher unüblich sind. Ein Beispiel hierfür ist die sog. „MAC-Klausel“ (Material Adverse Change), die vor allem im anglo-amerikanischen Rechtsraum üblicherweise verwendet wird.<sup>26</sup> Über diese kann sich eine Partei unter anderem vom Vertrag lösen, wenn sich zwischen signing und closing (also zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und dem dinglichen Vollzug) erhebliche Umstände ändern.<sup>27</sup> Ihre Konzeption ist vergleichbar mit § 313 BGB – wonach im Unterschied zur MAC-Klausel eine Vertragsanpassung vorrangig wäre (§ 313 Abs. 1 BGB) –, weshalb auch sie weit ausgelegt werden kann.<sup>28</sup> Die Unsicherheit, wie solche Klauseln durch die staatliche Gerichtsbarkeit ausgelegt würden, nimmt durch die Wahl von Schiedsgerichten zu, da es an veröffentlichten Entscheidungen fehlt. Selbst in der Schiedsgerichtsbarkeit kann nicht abgeschätzt werden, wie derartige weit gefasste Klauseln durch den jeweiligen Spruchkörper ausgelegt würden, weil Schiedssprüche, bis auf wenige Ausnahmen, nicht veröffentlicht werden. Allerdings hätten auch veröffentlichte Schiedssprüche keine Leitwirkung, da es mangels Instanzenzugs keine letzte Instanz gibt,<sup>29</sup> die vergleichbar mit dem Bundesgerichtshof „höchstrichterlich“ entscheiden und das Recht beispielsweise durch die Entwicklung von Fallgruppen weiterentwickeln könnte. In der Schiedsgerichtsbarkeit wählen die Parteien daher oftmals Richter aus, von denen sie sich eine gewisse Entscheidung erhoffen.<sup>30</sup>

Dass höchstrichterliche Entscheidungen in bestimmten Sachverhalten fehlen, zeigt sich auch bei der Wissenszurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB.<sup>31</sup> Es wurden zwar die gesetzlichen Grundsätze von § 166 Abs. 1 BGB durch Rechtsfiguren wie das „typischerweise aktenmäßig festgehaltene Wissen“<sup>32</sup> oder die „aufgabenbezogene Handlungs- und Informationseinheit“<sup>33</sup> weiterentwickelt. Allerdings sind diese anhand kleiner gesellschaftsrechtlicher Organisationseinheiten konzipiert worden,<sup>34</sup> weshalb sie auf große Transaktionen, an denen erheblich mehr Akteure beteiligt sind, nicht passen.<sup>35</sup> Nach Teilen der Literatur würde dies bedeuten, dass jemand, der seine Anteile an einer Gesellschaft verkaufen möchte, für das Wissen des Managements der zu verkaufenden Gesellschaft (sog. Zielgesellschaft) haftet, wenn er mit diesem im Verkaufsprozess zusammenarbeitet, da sie eine Handlungs- und Organisationseinheit bilden.<sup>36</sup> Es wird daher versucht, durch entsprechende vertragliche Regelungen den für die Wissenszurechnung relevanten Kreis der Beteiligten klein zu halten.<sup>37</sup> Für die

---

<sup>25</sup> Rühl, FAZ Einspruch v. 17.2.2023, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/was-kann-von-commercial-courts-erwartet-werden-18688016.html> (6.2.2024).

<sup>26</sup> Meyer-Sparenberg, in: Beck'sches M&A Handbuch, 2. Aufl. 2022, § 46 Rn. 36 ff.; Schlößer, RIW 2006, 889 (890).

<sup>27</sup> Becker/Mallmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 7, 6. Aufl. 2020, § 134 Rn. 79; Meyer-Sparenberg, in: Beck'sches M&A Handbuch, 2. Aufl. 2022, § 46 Rn. 36.

<sup>28</sup> Kästle/Haller, NZG 2016, 926 (926 ff.).

<sup>29</sup> Schroeder, KritV 2012, 145 (151).

<sup>30</sup> Dass die Parteien sich hier in „sicheren Händen“ fühlen wollen, zeigt folgende Beobachtung: Regelmäßig wird für einen eventuellen Streit in Bezug auf MAC-Klauseln ein Gerichtsstand in Delaware (USA) vereinbart, da man eine besonders hohe Kompetenz bei der Auslegung der MAC-Klauseln durch die dortigen Gerichte vermutet, Koffka/Mackensen, in: Private Equity, 4. Aufl. 2022, Kap. I 4. c) aa) Rn. 45.

<sup>31</sup> BGHZ 190, 201 = NJW 2011, 2791 (2793); Risse, NZG 2020, 856 (860).

<sup>32</sup> BGHZ 109, 327 = NJW 1990, 975 (976).

<sup>33</sup> BGHZ 190, 201 = NJW 2011, 2791 (2793); Risse, NZG 2020, 856 (860).

<sup>34</sup> BGHZ 109, 327 = NJW 1990, 975 (976).

<sup>35</sup> Risse, NZG 2020, 856 (862 f.).

<sup>36</sup> Schöne/Uhlendorf, in: Mehrbey, Handbuch Streitigkeiten Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 440–443; Risse, NZG 2020, 856 (860).

<sup>37</sup> Dazu, dass dies auch nur begrenzt möglich ist: Robles y Zepf/Sievers, NZG 2023, 455 (457 f.).

Rechtsfortbildung und die Rechtssicherheit wäre es wünschenswert, wenn höchstrichterlich entsprechende Haftungsfragen entschieden und etwa Rückausnahmen von den erwähnten Rechtsfiguren für Großtransaktionen eingeführt würden. Bislang werden solche Sachverhalte jedoch kaum vor staatlichen Gerichten anhängig gemacht.

Die fehlende Veröffentlichung der Schiedssprüche hat ebenfalls zur Folge, dass entsprechende Entscheidungen und Fragestellungen nicht oder kaum in der Wissenschaft diskutiert und weiterentwickelt werden (können). Zudem kann der Gesetzgeber auch Rechtsprechungstendenzen der Schiedsgerichte nicht durch den Erlass eines Gesetzes entgegenwirken.<sup>38</sup> Damit diese Rechtsunsicherheiten vermieden werden, darf sich unsere Rechtsordnung nicht darauf beschränken, diese Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit zu überlassen. Höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisiert gerade Generalklauseln und weit formulierte Vertragsbestimmungen. Daher möchte der Regierungsentwurf des Justizstandort-Stärkungsgesetzes explizit die fehlende Rechtsfortbildung durch die Stärkung der staatlichen Justiz angehen.<sup>39</sup>

### 3. Probleme der deutschen Zivilrechtsordnung

Wer jedoch die Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland als Hauptkonkurrent der Ziviljustiz sieht, erkennt das eigentliche Problem: Eine durch die DIS und das Bundesjustizministerium in Auftrag gegebene Studie zeigt, dass die sinkenden Fallzahlen vor deutschen Handels- und Wirtschaftskammern nicht mit steigenden Fallzahlen vor Schiedsgerichten im deutschen Raum deckungsgleich sind.<sup>40</sup> Vielmehr entscheiden sich die Parteien regelmäßig für einen Gerichtsstand, der einer anderen Rechtsordnung unterliegt, und wählen dann dort zwischen staatlichen Gerichten oder der Schiedsgerichtsbarkeit. Es wird nämlich beklagt, dass die deutsche Rechtsordnung für große Wirtschaftsstreitigkeiten nicht geeignet sei.<sup>41</sup> In einer Studie aus dem Jahr 2014 erreichte das deutsche Recht bei der Frage nach der Rechtswahl in Wirtschaftsverträgen im Verhältnis zum englischen, schweizerischen, US-amerikanischen und französischen Recht den letzten Platz.<sup>42</sup>

Die beklagte Unattraktivität der deutschen Rechtsordnung beruht sowohl auf prozessualen als auch auf materiell-rechtlichen Defiziten. Im materiellen Recht werden vor allem die Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die AGB-Kontrolle zwischen Unternehmern kritisch bewertet, da die rechtliche Bewertung im Vorhinein oftmals unklar sei.<sup>43</sup> Dass hier keine Änderungen geplant sind, bemängelt auch die Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf des Justizstandort-Stärkungsgesetzes.<sup>44</sup> Auf Ebene des Prozessrechts wird hingegen oftmals kritisiert, dass die Entscheidungen des Gerichts sowie die Schriftsätze auf Deutsch verfasst sein müssen, was das Verfahren für internationale Streitigkeiten unattraktiv mache.<sup>45</sup> Außerdem fehle die digitale und technische Ausstattung der Gerichtsräume, wodurch auch keine

<sup>38</sup> Zu alledem *Kahlert*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren, 2015, S. 69.

<sup>39</sup> RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 1, 14, 20.

<sup>40</sup> Vgl. *Wolff*, SchiedsVZ 2022, 72 (73).

<sup>41</sup> Beispielhaft *Riehm/Thomas*, NJW 2022, 1725 (1729); *Zeyher*, NZG 2021, 521 (522); *Rühl*, FAZ Einspruch v. 17.2.2023, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/was-kann-von-commercial-courts-erwartet-werden-18688016.html> (6.2.2024).

<sup>42</sup> *Cuniberti*, Northwestern Journal of International Law & Business 2014, 455.

<sup>43</sup> Exemplarisch *Riehm/Thomas*, NJW 2022, 1725 (1729); *Rühl*, FAZ Einspruch v. 17.2.2023, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/was-kann-von-commercial-courts-erwartet-werden-18688016.html> (6.2.2024).

<sup>44</sup> Stellungnahme Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts, abrufbar unter [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0525\\_Stellungnahme\\_Frankfurter\\_Initiative\\_Justizstandort-Staerkungsgesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0525_Stellungnahme_Frankfurter_Initiative_Justizstandort-Staerkungsgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (6.2.2024).

<sup>45</sup> *Pfeiffer*, IWRZ 2020, 51 (53); *Raeschke-Kessler*, SchiedsVZ 2023, 158 (162).



ausreichende Protokollierung der Verhandlung möglich sei.<sup>46</sup> Besonders problematisch sei auch, dass es keine einheitliche Möglichkeit einer weltweiten Vollstreckung staatlicher Urteile gebe.<sup>47</sup> Ein weiterer zentraler Kritikpunkt ist, dass Gerichtsverhandlungen öffentlich sind.<sup>48</sup> Es gibt zwar schon heute die Möglichkeit, die Öffentlichkeit über § 172 GVG auszuschließen, wenn beispielsweise Steuer- oder Betriebsgeheimnisse zur Sprache kommen, und streitige Aspekte herauszutrennen und vor einem Güterichter zu verhandeln (§ 278 Abs. 5 ZPO). Dies sei aber noch nicht ausreichend, um Geschäftsgeheimnisse effektiv zu schützen. Der Kritik an dem zivilrechtlichen Verfahren möchte sich nun der Regierungsentwurf des Justizstandort-Stärkungsgesetzes annehmen.

### III. Vorschläge durch das Justizstandort-Stärkungsgesetz

Durch das Justizstandort-Stärkungsgesetz soll nun die Möglichkeit, sog. Commercial Courts zu errichten, eingeführt und Englisch als weitere Gerichtssprache in der Zivilgerichtsbarkeit etabliert werden.

Systematisch soll die Einführung von Commercial Courts (§ 119b GVG-E) und Englisch als Gerichtssprache (§§ 184a, b GVG-E) in das Gerichtsverfassungsgesetz und die Normen über das Verfahren vor den Commercial Courts und den Verfahren in englischer Sprache in die Zivilprozessordnung eingefügt werden. Zusammen mit den Regelungen über die Musterfeststellungsklage sollen sie gemeinsam in dem Buch zu „Weiteren besonderen Verfahren“ ab den §§ 615 ff. ZPO-E geregelt werden.

#### 1. Commercial Courts (§ 119b GVG-E)

Nach § 119b Abs. 1 S. 1 GVG-E sind Commercial Courts Senate bei einem Oberlandesgericht oder einem Obersten Landesgericht, die im ersten Rechtszug zuständig sind für Streitigkeiten mit einem Streitwert ab einer Million Euro zwischen Unternehmern i.S.v. § 14 BGB auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts (§ 119b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GVG-E) und Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Unternehmens oder von Anteilen an einem Unternehmen (Nr. 2). Die Vorschrift würde sich systematisch in das Gerichtsverfassungsgesetz in dem Titel zu den Oberlandesgerichten nach § 119a GVG zur obligatorischen Einrichtung spezialisierter Senate einfügen. Im Unterschied zu § 119a GVG würden die Commercial Courts jedoch nicht zwingend errichtet werden. Nach § 119b Abs. 1 S. 1 GVG-E würden die Landesregierungen dazu ermächtigt, durch Rechtsverordnungen solche Commercial Courts einzuführen. Dies beschränkt sich jedoch auf ein Oberlandesgericht pro Bundesland (§ 119b Abs. 1 S. 1 GVG-E),<sup>49</sup> wobei auch mehrere Länder einen gemeinsamen Commercial Court errichten könnten (§ 119b Abs. 6 GVG-E). Ziel dieser Regelung ist es auch, „die Architektur einiger weniger, aber herausragender Kompetenzzentren in Deutschland zu schaffen“.<sup>50</sup>

Damit unterscheiden sie sich von den aktuellen Commercial Courts in Baden-Württemberg. Dort handelt es sich um englischsprachige Spezialeinheiten bei den Landgerichten, während die Commercial Courts in erster Instanz bei den Oberlandesgerichten eingerichtet werden sollen. Nach dem

---

<sup>46</sup> Diekmann, NJW 2021, 605 (607); Riehm/Thomas, NJW 2022, 1725 (1728); Rühl, FAZ Einspruch v. 17.2.2023, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/was-kann-von-commercial-courts-erwartet-werden-18688016.html> (6.2.2024).

<sup>47</sup> Diekmann, NJW 2021, 605 (606); Riehm/Thomas, NJW 2022, 1725 (1730); Raeschke-Kessler, SchiedsVZ 2023, 158 (162); Rühl, FAZ Einspruch v. 17.2.2023, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/was-kann-von-commercial-courts-erwartet-werden-18688016.html> (6.2.2024).

<sup>48</sup> Hamann, in: Hamann/Sigle/Grub, Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge, 3. Aufl. 2022, § 2 Rn. 21; Reichert/Groh, NZG 2023, 1007 (1010).

<sup>49</sup> RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 26.

<sup>50</sup> RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 27.

Referentenentwurf wären die Kammern bei den Landgerichten in Baden-Württemberg sog. Commercial Chambers (vgl. § 184a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GVG-E).

#### a) Sinn und Zweck der Zuständigkeit der Oberlandesgerichte

Der Entwurf sieht vor, dass die Commercial Courts bei den Oberlandesgerichten errichtet werden, da diese über die „größere[n] Erfahrungen und Spezialkenntnisse verfügen“, die Fallzahlen eine „verstärkte Konzentration auf das einzelne Verfahren [erlauben]“, „eine geringere Personalfuktuation in den Senaten“ erfolgt und „die Landgerichte von unternehmerischen Großverfahren entlastet“ würden.<sup>51</sup>

#### b) Zuständigkeit, § 119b Abs. 1 S. 2, Abs. 2–3 GVG-E

Nach § 119b Abs. 1 S. 2 GVG-E könnte durch Rechtsverordnung der Landesregierung die sachliche Zuständigkeit des Commercial Courts auf bestimmte Sachgebiete bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten beschränkt werden. Der Commercial Court würde durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig (§ 119b Abs. 2 S. 1 GVG-E). Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart hätten, wäre er ausschließlich zuständig (§ 119b Abs. 2 S. 2 GVG-E).

Darüber hinaus sollen die Landesregierungen dazu ermächtigt werden, den Commercial Courts die Verhandlung und Entscheidung über die Berufung und die Beschwerde gegen solche Entscheidungen der Landgerichte zuzuweisen, denen eine Streitigkeit zugrunde liegt, die die Sachgebiete des Commercial Courts betrifft (§ 119b Abs. 4 GVG-E).

Der Regierungsentwurf hat nunmehr – nach Kritik der Vereinigung nordrhein-westfälischer Patentanwälte<sup>52</sup> – die Streitigkeiten auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes, des Urheberrechts und Ansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb aus dem Anwendungsbereich der Commercial Courts herausgenommen (§ 119b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GVG-E).

#### c) Verfahren vor den Commercial Courts, §§ 619–623 ZPO-E

Nähere Angaben zum Verfahren vor dem Commercial Courts sollen in den §§ 619–623 ZPO-E geregelt werden. So müsste der Kläger, wenn das Verfahren in erster Instanz vor dem Commercial Court geführt werden soll, dies in der Klageschrift beantragen und eine etwaige ausdrückliche Vereinbarung der Parteien hierüber beilegen (vgl. § 619 Abs. 2 ZPO-E). Nach § 621 S. 1 ZPO-E träfe zum Beispiel der Commercial Court im ersten Rechtszug mit den Parteien so früh wie möglich in einem Organisationstermin Vereinbarungen über die Organisation und den Ablauf des Verfahrens, sofern keine sachlichen oder organisatorischen Gründe entgegenstehen. Dadurch könnten die Parteien mit dem Richter das Verfahren besser strukturieren und Termine planen, damit das Verfahren kürzer und effizienter gestaltet werden könnte. Dies ist gerade für internationale Prozessparteien aufgrund langer Anreisewege elementar. § 621 ZPO-E orientiert sich dabei an den sog. Case-Management-Konferenzen, die in Schiedsverfahren eingesetzt werden.<sup>53</sup> Da die erste Instanz der Commercial Courts ein Oberlandesgericht oder ein Oberstes Landesgericht wäre, fände nach § 623 S. 1 ZPO-E gegen Urteile der Commercial Courts nur die Revision statt. Die Revision gegen Urteile im ersten Rechtszug bedürfte keiner

<sup>51</sup> RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 15.

<sup>52</sup> Stellungnahme Vereinigung Patentanwälte NRW, S. 2, abrufbar unter [https://www.bmj.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0522\\_Stellungnahme\\_NRW\\_PAT\\_Justizstandort-Staerkungsgesetz.pdf?blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2023/0522_Stellungnahme_NRW_PAT_Justizstandort-Staerkungsgesetz.pdf?blob=publicationFile&v=3) (6.2.2024).

<sup>53</sup> RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 40.

Zulassung (§ 623 S. 2 ZPO-E). Folglich beschränkte sich der Instanzenzug auf zwei Instanzen, sodass das Verfahren insgesamt beschleunigt würde. Eine mögliche Folge könnte sein, dass somit mehr Verfahren vor den Bundesgerichtshof gelangen, da er nicht erst an dritter, sondern bereits an zweiter Stelle im Instanzenzug zuständig wäre. Wenn der Bundesgerichtshof mehr Wirtschaftsstreitigkeiten zu verhandeln hätte, würde dies zu einer gefestigten Rechtsprechung beitragen.

## 2. Englisch als Gerichtssprache (§§ 184a, 184b GVG-E, §§ 615–618 ZPO-E)

Der zweite große Bestandteil des Regierungsentwurfs des Justizstandort-Stärkungsgesetzes ist die Möglichkeit, durch Rechtsverordnung einzuführen, dass Verfahren, die bestimmte bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Unternehmern betreffen, vollständig in englischer Sprache geführt werden (§ 184a Abs. 1 GVG-E). Dies betreffe bestimmte Zivilkammern und Kammern für Handelssachen (Commercial Chambers) bei ausgewählten Landgerichten sowie die zuständigen Senate der Oberlandesgerichte oder des Obersten Landesgerichts<sup>54</sup> für Berufungen und Beschwerden über Entscheidungen der Commercial Chambers (§ 184a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GVG-E) und die Commercial Courts (§ 184a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GVG-E).

Daneben sollen vor den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofs Verfahren in englischer Sprache geführt werden können, wenn ein Verfahren nach § 184a Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 GVG-E geführt wird, dies in der Revisions- oder Beschwerdeschrift beantragt wird und der Zivilsenat dem Antrag stattgibt (§ 184b Abs. 1 S. 1 GVG-E). Dass der Bundesgerichtshof darüber entscheiden dürfte, ob er in englischer Sprache verhandelt, begründen die Entwürfe damit, dass bislang nicht gewährleistet werden kann, dass in jedem Sachgebiet auf Englisch verhandelt werden kann.<sup>55</sup> Im Regierungsentwurf wurde ergänzt, dass der Zivilsenat gem. § 184b Abs. 2 S. 1 GVG-E zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens anordnen könnte, dass das Verfahren in deutscher Sprache fortgeführt würde.

§ 184a Abs. 3 GVG-E enthält sodann nähere Regelungen zum Ablauf von Verfahren in Englisch: Das gesamte Verfahren wäre in englischer Sprache zu führen (§ 184a Abs. 3 S. 1 vor Nr. 1 GVG-E); es könnte in jedem Stadium des Verfahrens ein Dolmetscher oder Übersetzer hinzugezogen werden, sofern dies im Einzelfall erforderlich wäre (§ 184a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GVG-E); § 142 Abs. 3 ZPO wäre auf englischsprachige Urkunden nicht anzuwenden (§ 184a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GVG-E) und für deutschsprachige Urkunden würde § 142 Abs. 3 ZPO mit der Maßgabe gelten, dass das Gericht auf Antrag die Beibringung einer Übersetzung in die englische Sprache von der die Urkunde einführenden Partei anordnen könnte (§ 184a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GVG-E). Zudem könnten die Parteien vor den Spruchkörpern sowohl in der deutschen als auch in der englischen Sprache vortragen, wenn sie dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart hätten oder keine der Parteien unverzüglich widerspräche (§ 184a Abs. 3 S. 2 GVG-E). Davon ausgenommen wären die Verfügungen und Amtshandlungen der Spruchkörper, welche in der zu Beginn vereinbarten Sprache – der Regierungsentwurf bezeichnet sie als „Basissprache“ – zu verfassen sind.<sup>56</sup>

In der Zivilprozessordnung sollen dann nähere Vorgaben zum Verfahren eingefügt werden. So ist beispielsweise in der englischsprachigen Klageschrift zu vermerken, dass das Verfahren auf Englisch geführt werden soll (§ 615 S. 1 ZPO-E). § 616 ZPO-E sieht vor, wie Dritte in das Verfahren einbezogen werden sollen. Wann eine Entscheidung in die deutsche Sprache übersetzt werden soll, beinhaltet § 617 ZPO-E. Diese Regelung hat sich vom Referenten- zum Regierungsentwurf erheblich verändert.

<sup>54</sup> Bei den Obersten Landesgerichten handelt es sich um Spruchkörper, die in Ländern errichtet werden können, in denen mehrere Oberlandesgerichte errichtet sind (vgl. § 8 Abs. 1 EGGVG).

<sup>55</sup> RefE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 25; RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 32.

<sup>56</sup> RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 31.

Der Referentenentwurf sah noch vor, dass Urteile (§ 617 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO-RefE) und andere Entscheidungen, die vollstreckbar sind oder denen grundsätzliche Bedeutung zukommt (§ 617 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO-RefE), zwingend in die deutsche Sprache zu übersetzen sind. Demgegenüber soll nach dem Regierungsentwurf nur auf Antrag eine vollstreckbare gerichtliche Entscheidung in die deutsche Sprache übersetzt werden (§ 617 Abs. 1 S. 1 ZPO-E). Ergänzt wurde zudem, dass die Übersetzung nicht den Tatbestand und die Entscheidungsgründe umfassen muss (§ 617 Abs. 1 S. 2 ZPO-E). Die Übersetzung soll sodann untrennbar mit der vollständig abgefassten Entscheidung verbunden werden (§ 617 Abs. 1 S. 3 ZPO-E), um bei der anschließenden Zwangsvollstreckung Verzögerungen zu vermeiden.<sup>57</sup> Neu ist ebenso, dass nach § 617 Abs. 2 ZPO-E auch ein Vergleich nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf Antrag in die deutsche Sprache übersetzt werden soll. Wie zu verfahren ist, wenn eine Entscheidung veröffentlicht werden soll, regelt § 617 Abs. 2 S. 1 ZPO-E. Danach hätte das Gericht die Übersetzung der vollständig abgefassten Entscheidung in die deutsche Sprache zu veranlassen. Bei der Veröffentlichung würde die deutsche Übersetzung dazu dienen, dass die Urteile „sprachlich zugänglich“ wären.<sup>58</sup>

Dass die fehlende Möglichkeit, in Englisch zu verhandeln, ein Nachteil für den deutschen Standort bedeutet, bestätigen Untersuchungen des Rechtsstandorts Hamburg e.V., auf die sich der Regierungsentwurf bezieht.<sup>59</sup> Daher sind die ausführlichen Regelungen zur Gerichtssprache durchaus begrüßenswert.

### 3. Ausweitung der Möglichkeiten zur Geheimhaltung (§ 273a ZPO-E)

Zudem sieht der Entwurf vor, dass die Möglichkeiten zur Geheimhaltung ausgebaut werden, um bestehende Schutzlücken zu schließen.<sup>60</sup> Nach § 273a Hs. 1 ZPO-E soll das Gericht auf Antrag einer Partei streitgegenständliche Informationen ganz oder teilweise als geheimhaltungsbedürftig einstufen können, wenn diese ein Geschäftsgeheimnis nach § 2 Nr. 1 des GeschGehG sein können.

## IV. Bewertung und Ausblick

Die Justiz steht vor vielen Herausforderungen. Aktuell sinken die Fallzahlen der deutschen Justiz und es werden zunehmend große zivilrechtliche Verfahren nicht mehr vor deutschen Gerichten ausgetragen.<sup>61</sup> Der Wunsch nach Veränderung ist groß. Einen ersten Schritt tätigt der nun vorgestellte Regierungsentwurf. Dass in der Praxis ein Bedarf für Commercial Courts besteht, sieht nicht nur die Bundesrechtsanwaltskammer so, sondern zeigt auch die Praxis der Commercial Courts in Baden-Württemberg.<sup>62</sup> Allerdings ist dazu notwendig, dass die Commercial Courts über hinreichend Fachpersonal

<sup>57</sup> RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 37.

<sup>58</sup> RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 38.

<sup>59</sup> Rechtsstandort Hamburg e.V., Einführung von Commercial Courts in der Bundesrepublik Deutschland, <https://www.rechtsstandort-hamburg.de/uploads/media/Mindestanforderungen.pdf> (6.2.2024); RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 17.

<sup>60</sup> RegE Justizstandort-Stärkungsgesetz, S. 34.

<sup>61</sup> Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben „Erforschung der Ursachen des Rückgangs der Eingangszahlen bei den Zivilgerichten“, insbesondere S. 24 f., abrufbar unter [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht\\_Eingangszahlen\\_Zivilgerichte.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht_Eingangszahlen_Zivilgerichte.html) (6.2.2024); Statistisches Bundesamt (Destatis), Rechtspflege – Zivilgerichte, 2021, S. 12 f., 42 f., abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210207004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/zivilgerichte-2100210207004.pdf?__blob=publicationFile) (6.2.2024).

<sup>62</sup> Stellungnahme BRAK zum Referentenentwurf des BMJ zum Justizstandort-Stärkungsgesetz, Stellungnahme Nr. 24, Juni 2023, S. 4, abrufbar unter [https://www.brak.de/fileadmin/05\\_zur\\_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2023/stellungnahme-der-brak-2023-24.pdf](https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2023/stellungnahme-der-brak-2023-24.pdf) (6.2.2024); Justiz Baden-Würt-

verfügen und diese Spezifikationen auch nach außen kommuniziert werden.<sup>63</sup> Wie dies aussehen kann, zeigt etwa Baden-Württemberg: Die Richter werden mit ihren Lebensläufen und Expertisen auf ihrem Gebiet im Internet dargestellt.<sup>64</sup>

Durch die Errichtung der Commercial Courts bei den Oberlandesgerichten bzw. den Obersten Landgerichten wird der Instanzenzug und damit auch die potentielle Verfahrensdauer verkürzt, was die Praxis begrüßen würde.<sup>65</sup> Die vorgesehene Möglichkeit, dass die Zuständigkeit der Commercial Courts begrenzt werden kann (vgl. § 119b Abs. 1 S. 2 GVG-E), wird hingegen auch kritisch gesehen.<sup>66</sup> Zwar ist es wünschenswert, dass Commercial Courts in allen zivilrechtlichen Streitigkeiten angerufen werden können, es ist jedoch vor dem Hintergrund der deutschlandweit angedachten Spezialisierung durchaus nachvollziehbar, die Zuständigkeit der Commercial Courts zu beschränken. Außerdem muss die notwendige fachliche Expertise in den Commercial Courts bestehen. Sofern man die Zuständigkeit begrenzt, erhöht sich die Möglichkeit, dass sich der Commercial Court in diesem Bereich durch die Vielzahl der zu entscheidenden Fälle spezialisieren kann. Die Spezialisierung der Kammer ist auch ein entscheidendes Kriterium für die Parteien bei der Frage, wo verhandelt wird.

Durchaus kritisch wird zu Recht gesehen, dass nach dem aktuellen Entwurf nicht sichergestellt ist, dass das gesamte Verfahren über alle Instanzen hinweg in der englischen Sprache durchgeführt würde.<sup>67</sup> Schließlich könnte über § 184b GVG-E der Bundesgerichtshof den Antrag, in englischer Sprache zu verhandeln, ablehnen. Wenn es auch heute faktisch noch nicht möglich wäre, durchweg in Englisch am Bundesgerichtshof zu verhandeln, so muss dies jedoch das langfristige Ziel sein, damit die deutsche Justiz für internationale Parteien attraktiv wird.<sup>68</sup>

Die Vorschläge im Regierungsentwurf des Justizstandort-Stärkungsgesetzes enthalten wichtige Maßnahmen, um die deutsche Justiz für Wirtschaftsstreitigkeiten attraktiver zu machen. Nachdem seit Langem über die Einführung von Commercial Courts und englischsprachigen Verhandlungen diskutiert wird, wäre es wünschenswert, wenn das Gesetz zeitnah umgesetzt würde. Jedenfalls ist für die Umsetzung der Maßnahmen die Bereitstellung umfassender Ressourcen notwendig. Nicht nur deswegen wird der anstehende Prozess zu Recht auch als „rechtspolitische Herausforderung“ bezeichnet.<sup>69</sup>

---

temberg, Commercial Courts ziehen eindrucksvolle Bilanz, abrufbar unter <https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/commercial-courts-ziehen-eindrucksvolle-bilanz> (6.2.2024).

<sup>63</sup> Stellungnahme BRAK zum Referentenentwurf des BMJ zum Justizstandort-Stärkungsgesetz, Stellungnahme Nr. 24, Juni 2023, S. 4.

<sup>64</sup> <https://www.commercial-court.de/richter> (6.2.2024).

<sup>65</sup> Stellungnahme BRAK zum Referentenentwurf des BMJ zum Justizstandort-Stärkungsgesetz, Stellungnahme Nr. 24, Juni 2023, S. 4.

<sup>66</sup> Stellungnahme BRAK zum Referentenentwurf des BMJ zum Justizstandort-Stärkungsgesetz, Stellungnahme Nr. 24, Juni 2023, S. 5.

<sup>67</sup> Stellungnahme BRAK zum Referentenentwurf des BMJ zum Justizstandort-Stärkungsgesetz, Stellungnahme Nr. 24, Juni 2023, S. 6.

<sup>68</sup> Stellungnahme BRAK zum Referentenentwurf des BMJ zum Justizstandort-Stärkungsgesetz, Stellungnahme Nr. 24, Juni 2023, S. 6.

<sup>69</sup> Pelzer, JZ 2016, 355.

# Von der Genehmigung des Reichskanzlers zur Beurkundung per Video: Die neuen GmbH-Gründungsvorschriften des DiRUG in historischer Perspektive

Janna Gabriele Reuter, Berlin\*

<b>I. Einleitung .....</b>	<b>277</b>
<b>II. Gegenwart: Gründungsprozess einer GmbH .....</b>	<b>277</b>
1. Verabredung zur Gründung.....	277
2. Abschluss des Gesellschaftsvertrags in notarieller Form.....	278
a) Mindestinhalte.....	278
b) Form.....	279
aa) Präsenzbeurkundung .....	279
bb) Beurkundung per Video .....	279
c) Rechtsnatur und Haftung.....	280
3. Eintragung in das Handelsregister.....	281
<b>III. Zukunft: Potential der Online-Gründung .....</b>	<b>281</b>
1. Was ist „Legal Tech“? .....	282
2. Übertragung auf die Regelungen zur Online-Gründung der GmbH.....	282
a) Musterprotokoll des GmbH-Gesetzes als „Einheits“-Satzung .....	282
aa) Was ist eine Gründung im vereinfachten Verfahren?.....	282
bb) GmbH-Gründung in der einfachsten Form.....	283
b) Zulässigkeit von „Legal Tech“ im Gründungsprozess .....	283
3. Übertragung der Präsenzbeurkundung in ein Online-Verfahren.....	284
<b>IV. Vergangenheit: Die Entwicklung der Formvorgabe des § 2 GmbHG .....</b>	<b>285</b>
1. Gab es einen rechtlichen Vorgänger der GmbH?.....	285
a) Hintergrund der Kolonialgesellschaft.....	285
b) Geburtsstunde der GmbH .....	286
2. Formvorgaben: Von der Genehmigung des Reichskanzlers zur Beurkundung per Video .....	288
a) Genehmigung des Reichskanzlers .....	288
b) Schriftform oder doch lieber eine notarielle bzw. gerichtliche Form? .....	288

\* Die Autorin ist Rechtsreferendarin am Kammergericht Berlin.

aa) Was bedeutet „gerichtliche Form“? .....	289
bb) Beseitigung der doppelten Zuständigkeit .....	289
c) Zulassung der Einpersonengesellschaft.....	290
d) Entwicklung des vereinfachten Verfahrens .....	291
e) Beibehaltung der notariellen Beurkundung im Online-Verfahren .....	292
<b>V. Schluss .....</b>	<b>292</b>

## I. Einleitung

Der Gründungsprozess einer GmbH gehört zum Pflichtstoff der Ersten Juristischen Staatsprüfung.<sup>1</sup> Ein wesentlicher Schritt in diesem Prozess ist der Abschluss des Gesellschaftsvertrages in der gem. § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG bestimmten Form (notarielle Beurkundung nach § 128 BGB). Mit Umsetzung der EU-Richtlinie 2019/1151<sup>2</sup> („Digitalisierungsrichtlinie“) durch das entsprechende Umsetzungsgesetz (DiRUG)<sup>3</sup> ist mit § 2 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 GmbHG die rechtliche Grundlage zur notariellen Beurkundung per Videokommunikation (Online-Gründung) geschaffen worden. Seit dem 1.8.2022 sind damit Online-Gründungen möglich. Bei der Examensvorbereitung sind – wenngleich in begrenztem Umfang – auch historische Grundlagen zu berücksichtigen.<sup>4</sup> Der Sinn und Zweck von Formvorgaben lässt sich gerade durch die Betrachtung der Hintergründe und der Entwicklung ebenjener Formvorschrift verstehen, weshalb ein Blick zurück auf die gesetzlichen Vorläufer des heutigen GmbH-Gesetzes geworfen wird. Dieser Beitrag soll darüber hinaus zur Einordnung der neuen GmbH-Gesetz-Formvorschrift das zukünftige Potential der Online-Gründung, insbesondere im Hinblick auf Methoden des „Legal Tech“, untersuchen.

## II. Gegenwart: Gründungsprozess einer GmbH

Der erste Abschnitt des GmbH-Gesetzes (§§ 1–12 GmbHG) enthält sämtliche Vorschriften zum Gründungsvorgang der GmbH. Dieser vollzieht sich im Wesentlichen wie folgt: Er beginnt mit dem Entschluss bzw. der Einigung zur Gründung einer GmbH. Gem. § 1 GmbHG kann eine GmbH zu jedem rechtlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden. Sodann folgt der Abschluss des Gesellschaftsvertrages in der gesetzlich vorgesehenen Form. Der Gründungsprozess endet schließlich mit der Eintragung in das Handelsregister. Die GmbH als solche entsteht erst mit ihrer Eintragung. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 11 Abs. 1 GmbHG. Diese Norm regelt, dass eine GmbH vor ihrer Eintragung in das Handelsregister als solche nicht besteht.

### 1. Verabredung zur Gründung

Der Gründungsprozess beginnt mit dem Entschluss des Einzelgründers bzw. der Einigung zwischen mehreren zukünftigen Gesellschaftern, eine GmbH zu gründen. Zweck dieses ersten Zusammen-

<sup>1</sup> Siehe exemplarisch in den folgenden Landesprüfungsordnungen, z.B. § 18 Abs. 2 Nr. 2 lit. c JAPO Bayern; § 3 Abs. 4 Nr. 1 lit. c JAO Bln; § 3 Abs. 4 Nr. 1 lit. c Bbg JAO; § 7 Nr. 2 lit. g JAG Hessen; § 11 Abs. 2 Nr. 4 lit. b JAG NRW; § 14 Abs. 3 Nr. 5 lit. b JAPO Sachsen.

<sup>2</sup> Richtlinie (EU) 2019/1151 vom 20.6.2019 (ABl. Nr. L 186, S. 80 ff.).

<sup>3</sup> Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) v. 5.7.2021 (BGBl. I 2021, S. 3338 ff.).

<sup>4</sup> § 3 Abs. 4 S. 1 JAO Bln; § 3 Abs. 4 S. 1 Bbg JAO; § 11 Abs. 3 JAG NRW; § 7 Nr. 1 JAG Hessen; § 18 Abs. 1 S. 1 JAPO Bayern; § 14 Abs. 1 S. 1 JAPO Sachsen.

schluss ist das gemeinschaftliche Zusammenwirken, um alle erforderlichen Voraussetzungen zur Gründung einer GmbH zu schaffen.<sup>5</sup> Der Zusammenschluss wird deshalb auch als „Vorgründungsgesellschaft“<sup>6</sup> bezeichnet. Rechtlich handelt es sich dabei oftmals um eine GbR i.S.d. §§ 705–740c BGB n.F.<sup>7</sup>. Da eine GbR gem. § 705 Abs. 1 BGB n.F.<sup>8</sup> ohne Beachtung irgendeiner Form gegründet werden kann, unterliegt auch die Wirksamkeit der Einigung, gemeinsam eine GmbH gründen zu wollen, grundsätzlich keinem Formerfordernis. Anders ist dies, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits verbindlich die Verpflichtung zur Gründung einer GmbH vereinbart werden soll. Um die Formvorschrift aus § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG nicht zu umgehen, ist bereits diese Vereinbarung notariell zu beurkunden.<sup>9</sup>

Tritt die GbR nicht nach außen in Erscheinung, handelt es sich um eine reine Innengesellschaft. Die Gesellschafter haben aber die Möglichkeit, die Vorgründungs-GbR als Außengesellschaft zu betreiben, indem sie etwa mit der Vornahme einer Unternehmung beginnen. Je nach Art und Umfang der Unternehmung kann die Vorgründungsgesellschaft sogar eine oHG sein, vorausgesetzt mit der Vorgründungsgesellschaft wird bereits ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB ausgeübt. Die Gesellschafter der Außen-GbR oder ggf. auch oHG haften in diesem Stadium persönlich und unbeschränkt für alle Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft gem. § 721 S. 1 BGB n.F.<sup>10</sup> bzw. § 126 S. 1 HGB n.F.<sup>11</sup>

Die Vorgründungsgesellschaft endet im Fall einer Außengesellschaft gem. § 729 Abs. 2 BGB n.F.<sup>12</sup> und im Fall der Innen-GbR (nicht rechtsfähige Gesellschaft) gem. § 740a Abs. 2 BGB n.F.<sup>13</sup> mit deren Zweckerreichung, also der „Gründung“ der GmbH. Die GmbH-Gründungs-GbR ist nicht identisch mit der später gegründeten GmbH, d.h. ein etwaiges Vermögen sowie Verbindlichkeiten der GbR gehen nicht ohne gesonderte Übertragung auf die GmbH über.<sup>14</sup>

## 2. Abschluss des Gesellschaftsvertrags in notarieller Form

Der Einigung zur Gründung einer GmbH folgt als Zwischenschritt der Abschluss des Gesellschaftsvertrags in der gesetzlich bestimmten notariellen Form. Der Gesellschaftsvertrag ist in doppelter Hinsicht maßgeblich: Zum einen ist die Einigung über den Gesellschaftsvertrag zwingende Voraussetzung für die rechtswirksame Gründung und zum anderen bildet der Vertrag als Satzung die organisationsrechtliche Grundlage der späteren GmbH.<sup>15</sup> Im Gegensatz zum Gesellschaftsvertrag der GbR und oHG unterliegt der GmbH-Gesellschaftsvertrag verschiedenen rechtlichen Voraussetzungen: Der Vertrag muss eine Regelung über die gesetzlich verpflichtenden Inhalte treffen (a)) und der notariellen Form genügen (b)).

### a) Mindestinhalte

Die GmbH-Satzung muss gem. § 3 Abs. 1 GmbHG die Firma, den Sitz der Gesellschaft, den Gegen-

<sup>5</sup> Windbichler/Bachmann, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2023, § 23 Rn. 26.

<sup>6</sup> Windbichler/Bachmann, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2023, § 23 Rn. 26.

<sup>7</sup> Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) v. 10.8.2021 (BGBl. I 2021, S. 3438–3447).

<sup>8</sup> BGBl. I 2021, S. 3438.

<sup>9</sup> Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 11 Rn. 35.

<sup>10</sup> BGBl. I 2021, S. 3442.

<sup>11</sup> BGBl. I 2021, S. 3461.

<sup>12</sup> BGBl. I 2021, S. 3444.

<sup>13</sup> BGBl. I 2021, S. 3447.

<sup>14</sup> Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 11 Rn. 38.

<sup>15</sup> Windbichler/Bachmann, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2023, § 23 Rn. 3.



stand der Unternehmung, den Betrag des Stammkapitals sowie die Zahl und Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile festlegen. Im Übrigen können die zukünftigen GmbH-Gesellschafter weitere Vertragsregelungen frei gestalten und dürfen dabei von den Regelungen des GmbH-Gesetzes abweichen (Grundsatz der Satzungsfreiheit oder auch Satzungsautonomie).<sup>16</sup>

Das Stammkapital muss gem. § 5 Abs. 1 GmbHG mindestens 25.000 € betragen. Es kann durch Geld oder gem. § 5 Abs. 4 GmbHG auch durch Sacheinlagen erbracht werden. Eine Sacheinlage liegt vor, wenn ein Gründer seine vertraglich vereinbarte Einlage statt in Geld durch die Übertragung von Sachen oder Rechten erbringt. Als Sacheinlage kommt etwa die Übertragung eines Lieferwagens oder eines Grundstücks in Betracht. Dienstleistungen wie bei der GbR nach § 709 Abs. 1 BGB n.F.<sup>17</sup> sind allerdings keine zulässige Einlage. Dies liegt insbesondere daran, dass sich der Wert einer Dienstleistung nur schwierig beziffern lässt und zudem nicht unmittelbar den Gläubigern der GmbH zur Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung steht.

Trifft der Gesellschaftsvertrag keine Regelung zu einem der zwingenden Bestandteile aus § 3 Abs. 1 GmbHG, hat dies zur Folge, dass der gesamte Gesellschaftsvertrag nichtig ist.<sup>18</sup> Das Registergericht muss gem. § 9c Abs. 2 Nr. 1 GmbHG die Eintragung dieser fehlerhaft errichteten Gesellschaft in das Handelsregister ablehnen.

## b) Form

Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags bedarf zur Wirksamkeit gem. § 2 Abs. 1 GmbHG zwingend einer notariellen Beurkundung und ist von allen Gesellschaftern zu unterzeichnen. Soll ein Bevollmächtigter in Vertretung für einen Gesellschafter unterschreiben, muss – anders als in § 167 Abs. 2 BGB vorgesehen – auch die Erteilung der Vollmacht gem. § 2 Abs. 2 S. 1 GmbHG notariell beurkundet werden.

### aa) Präsenzbeurkundung

Wie die notarielle Beurkundung abläuft, ist in §§ 8 ff. BeurkG geregelt. Der Notar stellt zunächst die Identität und die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten gem. §§ 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG fest, wozu er sich einen entsprechenden Identitätsnachweis, wie etwa den Personalausweis, vorlegen lässt. Zur Beurkundung muss der Inhalt der Satzung den Beteiligten gem. § 13 Abs. 1 Hs. 1 BeurkG durch den Notar vorgelesen, von ihnen genehmigt und in Gegenwart des Notars durch die Gründer unterschrieben werden. Bis zum Sommer 2022 war dafür die Anwesenheit zumindest eines Gründers und des Notars an einem gemeinsamen Ort erforderlich.

### bb) Beurkundung per Video

Durch die Umsetzung der EU-Digitalisierungsrichtlinie mittels des DiRUG und des Ergänzungsgesetzes zum DiRUG vom 15.7.2022 ist es nunmehr möglich, die Beurkundung der GmbH-Satzung auch per Videokommunikation durchzuführen (§ 2 Abs. 3 S. 1 GmbHG i.V.m. §§ 16a ff. BeurkG).

Der Anwendungsbereich der sog. Online-Gründung war bis zum 1.8.2023 gem. § 2 Abs. 3 S. 1 GmbHG a.F. auf Gründungen ohne Sacheinlage beschränkt.<sup>19</sup> Um ein ähnliches Sicherheitsniveau

---

<sup>16</sup> Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 3 Rn. 4.

<sup>17</sup> BGBl. I 2021, S. 3440.

<sup>18</sup> Altmeyden, in: Altmeyden, GmbHG, Kommentar, 11. Aufl. 2023, § 3 Rn. 14.

<sup>19</sup> Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 15.7.2022 (BGBl. I 2021, S. 1148).

wie bei der Beurkundung in Präsenz zu gewährleisten, sind in den §§ 16a ff. BeurkG diverse Vorgaben geschaffen worden. Für die Videokonferenz zwischen Notar und Gründern muss gem. § 16a Abs. 1 BeurkG das durch die Bundesnotarkammer angebotene Videokommunikationssystem verwendet werden. Die Nutzung eines anderen Dienstes ist ausgeschlossen.<sup>20</sup> Sollte die Beurkundung mit Hilfe des Systems eines anderen Anbieters vorgenommen werden, hat dies die Nichtigkeit des Vertrages gem. § 125 S. 1 BGB zur Folge.<sup>21</sup>

Die Identifizierung der beteiligten Videokonferenz-Teilnehmer erfolgt zunächst über die Auslesung eines elektronischen Identifikationsnachweises. Zugelassen sind gem. § 16c S. 1 Nr. 1 BeurkG unter anderem der elektronische Personalausweis, die elektronische Aufenthaltsbescheinigung und die sog. elektronische EU-Bürgerkarte. Zusätzlich muss gem. § 16c S. 1 BeurkG auch ein elektronisches Lichtbild der Beteiligten übertragen werden. Der Notar gleicht schließlich die elektronisch übermittelten Daten mit dem Erscheinungsbild im Video-Gespräch ab.<sup>22</sup> Da Online-Teilnehmer keine händische Unterschrift leisten können, die Unterzeichnung aber gleichwohl fälschungs- und veränderungssicher sein muss,<sup>23</sup> sieht § 16b Abs. 4 S. 1 BeurkG vor, dass die Beteiligten die elektronische Niederschrift mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen müssen.

Die Teilnehmer einer Online-Gründung müssen daher über die folgenden technischen Voraussetzungen verfügen: ein NFC-fähiges Smartphone mit der neu entwickelten Notar-App, ein Computer oder ein Tablet mit Kamera, Mikrofon und Internetverbindung sowie ein elektronischer Identifikationsnachweis.<sup>24</sup> Mithilfe der App erfolgt die Vorlage des Identifizierungsmittels. Die qualifizierte elektronische Signatur wird ebenfalls durch die App geleistet, indem der Notar eine Transaktionsnummer per SMS an den Nutzer übersendet, welche dieser dann in der App einträgt und bestätigt.<sup>25</sup>

### c) Rechtsnatur und Haftung

Mit Beurkundung der Satzung entsteht die sog. Vor-GmbH oder auch Vorgesellschaft.<sup>26</sup> Die Vor-GmbH lässt sich ihrer Rechtsnatur nach nicht einer geregelten Rechtsform zuordnen, sondern ist eine Personenvereinigung eigener Art oder Gesellschaft *sui generis*.<sup>27</sup> Diverse Normen des GmbH-Gesetzes werden bereits auf die Vorgesellschaft angewendet, sofern die Regelung nicht zwingend eine Eintragung in das Handelsregister voraussetzt.<sup>28</sup> Die Vorgesellschaft kann bereits rechtsgeschäftlich verpflichtet werden, soweit sie durch den Geschäftsführer wirksam vertreten wird.<sup>29</sup> Die Vor-GmbH selbst haftet mit ihrem Gesellschaftsvermögen für diese Verbindlichkeiten.<sup>30</sup> Die Gesellschafter haften den Gläubigern gegenüber nicht persönlich, jedoch der Vor-GmbH gegenüber für alle Verluste proportional zu ihren Anteilen, die zwischen Beurkundung der Satzung und Eintragung in

---

<sup>20</sup> Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (BT-Drs. 19/28177, S. 115).

<sup>21</sup> Gomille, in: Armbrüster/Preuß, BeurkG, 9. Aufl. 2023, § 16a Rn. 24.

<sup>22</sup> Franke/Schreiber, RD 2022, 116 (120).

<sup>23</sup> Gomille, in: Armbrüster/Preuß, BeurkG mit NotAktVV und DONot, Kommentar, 9. Aufl. 2023, § 16b Rn. 4.

<sup>24</sup> BT-Drs. 19/28177, S. 68; Bundesnotarkammer, Online-Verfahren, FAQ, verfügbar unter <https://online-verfahren.notar.de/ov/faq> (6.2.2024).

<sup>25</sup> Schuster, RD 2021, 496 (500).

<sup>26</sup> Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 11 Rn. 35.

<sup>27</sup> Windbichler/Bachmann, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2023, § 23 Rn. 28.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 12.7.1956 – II ZR 218/54 = NJW 1956, 1435.

<sup>29</sup> Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 11 Rn. 12, 18.

<sup>30</sup> Windbichler/Bachmann, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2023, § 23 Rn. 35.

das Handelsregister auftreten (sog. Verlustdeckungshaftung).<sup>31</sup> Dies dient dem Gläubigerschutz, weil dadurch sichergestellt wird, dass den Gläubigern ein Gesellschaftsvermögen, inklusive der Forderungen der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern, zur Verfügung steht.<sup>32</sup> Es handelt sich dabei um eine anteilige, unbeschränkte Innenhaftung.<sup>33</sup> Innenhaftung bedeutet, dass die Gesellschafter ausschließlich im Innenverhältnis gegenüber der Vor-GmbH haften, aber nicht persönlich von den Gläubigern der Vor-GmbH in Anspruch genommen werden können.

Gem. § 11 Abs. 2 GmbHG haften die Handelnden, die vor Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt haben, persönlich und solidarisch. Mit dem Handelnden ist der Geschäftsführer oder zumindest eine Person gemeint, die wie ein Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft auftritt.<sup>34</sup> Diese Personen haften für die dadurch begründeten Verbindlichkeiten in voller Höhe, persönlich und akzessorisch.<sup>35</sup>

### 3. Eintragung in das Handelsregister

Bevor die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden kann, muss neben den oben ausgeführten Voraussetzungen ein Geschäftsführer bestellt werden. Ohne Geschäftsführer ist die GmbH nicht handlungsfähig. Die Bestellung des Geschäftsführers kann gem. § 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG bereits im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Zudem muss gem. § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG i.V.m § 5 Abs. 1 GmbHG bereits ein Teil des vereinbarten Stammkapitals, mindestens aber 12.500 €, auf ein Geschäftskonto der GmbH eingezahlt werden. Mit Eintragung in das Handelsregister ist schließlich gem. § 11 Abs. 1 GmbHG die GmbH entstanden. Die Vorgesellschaft endet mit der Gründung und ihr Vermögen sowie ihre Verbindlichkeiten gehen auf die GmbH über.<sup>36</sup> Den Gläubigern der GmbH steht ausschließlich das Gesellschaftsvermögen gem. § 13 Abs. 2 GmbHG zur Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung. Die Gesellschafter haften nicht für Geschäftsverbindlichkeiten.

### III. Zukunft: Potential der Online-Gründung

Gem. Erwägungsgrund 2 der EU-Digitalisierungsrichtlinie ist es unter anderem Sinn und Zweck der neu geschaffenen Online-Gründung, die Gründung einer Gesellschaft durch Zuhilfenahme von digitalen Instrumenten im Vergleich zur Präsenzgründung effizienter, günstiger und einfacher zu gestalten. Das Ziel von EU-Richtlinien ist gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV bei der rechtlichen Umsetzung verbindlich, während die Mitgliedstaaten bei der Form und den Mitteln der Umsetzung über einen Gestaltungsspielraum verfügen. Der deutsche Gesetzgeber hat die notarielle Beurkundung auch für die Online-Gründung vorgeschrieben, sodass das Online-Verfahren gem. §§ 16a ff. BeurkG als Alternative zur Präsenzbeurkundung gem. §§ 8 ff. BeurkG ausgestaltet worden ist.<sup>37</sup>

Über ihr Dasein als Alternative hinaus kann die Digitalisierung der GmbH-Gründung aber auch als Anstoß dienen, den gesamten Gründungsprozess zu standardisieren und ggf. sogar zu automatisieren. Es stellt sich demgemäß die Frage, ob durch die Umsetzung der EU-Digitalisierungsrichtlinie

---

<sup>31</sup> BGH NJW 1997, 1507 (1508); *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2023, § 23 Rn. 36; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 11 Rn. 24.

<sup>32</sup> *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2023, § 23 Rn. 37.

<sup>33</sup> BGH NJW 1997, 1507 (1508); *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2023, § 23 Rn. 36; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 11 Rn. 24.

<sup>34</sup> *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 11 Rn. 47.

<sup>35</sup> *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2023, § 23 Rn. 39.

<sup>36</sup> *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, Kommentar zum GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 11 Rn. 55, 56.

<sup>37</sup> BT-Drs. 19/28177, S. 115.

das „Legal Tech“ in die Gründung einer GmbH Einzug erhalten kann. Welches Potential bieten die neuen Regelungen?

### 1. Was ist „Legal Tech“?

„Legal Tech“ beschreibt eine Form der standardisierten und automatisierten Fallbearbeitung unter Zuhilfenahme von technischen Hilfsmitteln jeder Art, welche die Bearbeitung der Angelegenheit durch einen Menschen vollständig oder zumindest teilweise entbehrlich machen.<sup>38</sup> Zwingende Voraussetzung für die Nutzung von „Legal Tech“ ist, dass sich Fälle überhaupt standardisieren lassen. Standardisierung erfordert Vergleichbarkeit. Folgerichtig müssen sich die zu bearbeitenden Rechtsfragen musterartig wiederholen und deren Lösung sowie die Fallbearbeitung nach einem immer wiederkehrenden Schema möglich sein. Wenn eine Standardisierung durchführbar ist, kann eine Automatisierung erfolgen.

### 2. Übertragung auf die Regelungen zur Online-Gründung der GmbH

Ob „Legal Tech“ auf die Online-Gründung einer GmbH angewandt werden kann, hängt folglich davon ab, ob sich dieser Prozess standardisieren lässt. Dazu müsste die Gründung verschiedener GmbHs vergleichbar sein. Der Ablauf per se ist mit der Verhandlung bzw. Erstellung der Satzung, der notariellen Beurkundung und Eintragung in das Handelsregister in formaler Hinsicht immer derselbe und insofern von Gründung zu Gründung vergleichbar. Was sich jedoch bei jeder einzelnen Gründung unterscheiden kann, ist der konkrete Inhalt der Satzung – von den Mindestbestandteilen gem. § 3 GmbHG einmal abgesehen. Die maßgeblich zu klärende Frage ist daher, ob eine Art „Einheits-GmbH“-Gründung mit den neuen Rechtsvorschriften vereinbar ist. Eine solche „Einheits-GmbH“ würde auf der immer gleichen vertraglichen Grundlage beruhen, d.h. es würde eine vereinheitlichte Satzung zu Grunde gelegt werden.

#### a) Musterprotokoll des GmbH-Gesetzes als „Einheits“-Satzung

Mit dem Musterprotokoll aus der Anlage 2 des GmbHG hat der Gesetzgeber bereits eine Schablone für eine „Einheits-GmbH“ geschaffen. Das Musterprotokoll umfasst die gesetzlich verpflichtenden Inhalte, d.h. es „protokolliert“ sozusagen die Mindestvorgaben aus § 3 Abs. 1 GmbHG. Darüber hinaus trifft es aber nur einzelne Regelungen zur Befreiung des Geschäftsführers von § 181 BGB und dazu, dass die GmbH die Gründungskosten bis zu einer bestimmten Summe trägt. Gem. § 2 Abs. 3 S. 5 GmbHG kann das neu für die Online-Gründung geschaffene Musterprotokoll für die Gründung per Video verwendet werden. Die Gründung per Musterprotokoll stellt eine Gründung im vereinfachten Verfahren dar.

#### aa) Was ist eine Gründung im vereinfachten Verfahren?

Besteht die zukünftige GmbH aus maximal drei Gesellschaftern und einem Geschäftsführer, kann die GmbH ausweislich des § 2 Abs. 1a S. 1, S. 2 GmbHG im vereinfachten Verfahren mit dem Musterprotokoll aus der Anlage 1 zum GmbH-Gesetz in Präsenz gegründet werden. Eine Gründung ist gem. § 2 Abs. 1a S. 3 GmbHG ausschließlich so lange im vereinfachten Verfahren zulässig, wie keine Rege-

---

<sup>38</sup> Remmert, in: Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 12. Aufl. 2022, § 64 Rn. 7 f.; neben dieser Definition gibt es auch eine weitere Definition, die das Vorliegen von Legal Tech bereits bejaht, wenn Recht und Technologie in irgendeiner Form zusammenarbeiten (Remmert a.a.O., § 64 Rn. 5).

lung getroffen wird, die von den Bestimmungen des GmbH-Gesetzes abweicht. Das Musterprotokoll in der Anlage 1 des GmbH-Gesetzes vereint den Gesellschaftsvertrag, die Gesellschafterliste und Geschäftsführerbestellung in einem Dokument (§ 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG und § 6 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 GmbHG).

Im Gegensatz zur Präsenzgründung ist die Online-Gründung im vereinfachten Verfahren nicht gem. § 2 Abs. 1a S. 1 GmbHG auf eine bestimmte Personenzahl beschränkt. Das Online-Musterprotokoll darf aber ebenfalls keine abweichenden Regelungen zum GmbH-Gesetz enthalten. Dies ergibt sich aus § 2 Abs. 3 S. 6 GmbHG, der zwar auf § 2 Abs. 1a S. 3 GmbHG verweist, aber gerade nicht auf § 2 Abs. 1a S. 1 GmbHG.

#### bb) GmbH-Gründung in der einfachsten Form

Entsprechend technisch aufbereitet ist es also denkbar, dass potenzielle Gründer auf einer Website eine Maske mit ihren Daten ausfüllen, die automatisiert in das Musterprotokoll übertragen werden.<sup>39</sup> Das so generierte Protokoll könnte im Anschluss an den örtlich zuständigen Notar übermittelt werden, der sodann einen Termin mit den Gründern zur Video-Beurkundung vereinbart und nach der Aufbringung des Stammkapitals die Eintragung in das Handelsregister veranlasst. Mit dieser „einfachsten“ Form der Gründung wäre es Notaren und ggf. mit diesen kooperierenden Kanzleien möglich, mit minimalem bis keinem Beratungsaufwand eine Vielzahl von GmbH-Gründungen zu begleiten.

#### b) Zulässigkeit von „Legal Tech“ im Gründungsprozess

Offen bleibt aber, ob eine solche Art des Verfahrens zulässig ist. Mit dem Wortlaut von § 2 Abs. 3 S. 1 GmbHG scheint ein derart einfaches Vorgehen wie das oben beschriebene vereinbar zu sein.

Dagegen spricht aber, dass Gründern die Errichtung per Musterprotokoll als einzige Option der Online-Gründung präsentiert werden würde. Gründer müssen aber mithilfe einer fachlichen Beratung in die Lage versetzt werden, zu entscheiden, ob sie ein Musterprotokoll oder eine individuelle Satzung für ihre Gesellschaft wünschen.<sup>40</sup> Vielfach könnte es Erst-Gründern nicht klar sein, welche Regelungen in der Satzung überhaupt möglich sind und welche Vor- und Nachteile das eine oder das andere Verfahren haben kann. Wie sich aus Erwägungsgrund 18 sowie aus Art. 13g Abs. 2 der EU-Digitalisierungsrichtlinie i.V.m. Art. 13h der EU-Digitalisierungsrichtlinie ergibt, soll den Gründern aber eine Wahlmöglichkeit belassen werden, ob sie per Musterprotokoll oder mit maßgeschneiderter Satzung gründen wollen. Würden Gründer schlichtweg auf ein Online-Formular verwiesen, welches ausschließlich eine Gründung im vereinfachten Verfahren ermöglicht, kann nicht von einer Wahlmöglichkeit gesprochen werden.<sup>41</sup>

Zudem ist ein solches Verfahren mit den Amtspflichten des Notars und gem. § 14 Abs. 1 S. 1 BNotO mit seiner Stellung als unabhängiger und unparteiischer Berater nicht vereinbar. Es gehört zu den Pflichten des beurkundenden Notars, im Vorfeld den wahren Willen der Gründer zu erforschen, den Schutz von etwaigen Minderheitsgesellschaftern sowie weniger rechtskundigen Personen zu gewährleisten und die materielle Richtigkeit des Gesellschaftsvertrages sicherzustellen.<sup>42</sup> Füllen Neu-Grün-

<sup>39</sup> Siehe etwa *Teichmann*, ZfPW 2019, 247 (256), der auf die estländische Praxis verweist, bei der die Gründer auf der Website der Registrierungsbehörde lediglich die Lücken eines Mustervertrages ausfüllen. Zudem sei verwiesen auf *Eichhorn*, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht, 2022, S. 134 f., der die Zulässigkeit eines elektronischen Benutzermenüs auf der Website der Bundesnotarkammer mit anschließender Übermittlung an einen Notar als Vorgehensweise untersucht.

<sup>40</sup> *Bormann/Stelmaszczyk*, NZG 2019, 601 (611); *Schurr*, EuZW 2019, 772 (778).

<sup>41</sup> *Eichhorn*, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht, 2022, S. 135.

<sup>42</sup> *Lieder*, NZG 2020, 81 (83 f.); *Teichmann*, ZfPW 2019, 247 (251 f.); *Eichhorn*, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht,

der lediglich ein Formular mit den fehlenden Angaben für das Musterprotokoll aus, erhält der zuständige Notar keine ausreichenden Informationen, um ggf. kritische Punkte identifizieren zu können. Damit der Notar seine Amtspflichten überhaupt erfüllen kann, erfordert es eine individuelle Beratung und Aufklärung der Gründer.

Die strenge Formvorgabe des § 2 Abs. 1 GmbHG und im Online-Äquivalent der § 2 Abs. 3 GmbHG soll die Gründer vor Übereilung schützen und erfüllt insofern eine Warnfunktion.<sup>43</sup> Ein Online-Formular mit automatischer Terminvergabe zur Video-Beurkundung treibt dagegen den Gründungsprozess hinsichtlich der Schnelligkeit und Effizienz auf die Spitze. Gründern bliebe keine Möglichkeit sich vor der Beurkundung über die Tragweite dieses Rechtsgeschäftes klar zu werden.

Die Schutzfunktion der Formvorschrift und die Pflichten des Notars sprechen maßgeblich dafür, dass Konstellationen ohne jede notarielle (oder ggf. anwaltliche) Beratung – bloß, weil sie mit digitalen Mitteln möglich sind – nicht dem Zweck des § 2 Abs. 3 GmbHG und der §§ 16a ff. BeurkG entsprechen.<sup>44</sup> Wenn sich der deutsche Gesetzgeber schon dazu entschließt, eine solch strenge Formvorgabe für die Online-Gründung vorzusehen, darf diese Wertung nicht durch die aktuellen technischen Möglichkeiten praktisch umgangen werden. Die neue Rechtslage zielt nicht darauf ab, ein derart vereinfachtes und standardisiertes Gründungsverfahren, wie das oben beschriebene, zuzulassen.

Wollen Notare und Kanzleien dem Rechtsverkehr ein Angebot zur Online-Gründung machen, dürfen sie es sich folglich nicht derart einfach machen. Die Anbieter müssen ein System implementieren, welches es auch im Online-Verfahren ermöglicht, Gründer umfassend zu beraten. Dazu können sie und sollten sie ebenfalls technische Hilfsmittel verwenden. Es kommt etwa die Beratung per Video, Chat(-Bot) oder Telefon sowie die Übermittlung von Informationen per E-Mail in Betracht. Ferner könnten Abfragemasken vorgehalten werden, die diverse Fragen zum konkreten Gründungsvorhaben enthalten, um davon ausgehend den Gründern eine Empfehlung geben zu können.

### 3. Übertragung der Präsenzbeurkundung in ein Online-Verfahren

Mit der deutschen Umsetzung der EU-Digitalisierungsrichtlinie hat die Digitalisierung des Gründungsprozesses der GmbH begonnen. Der deutsche Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang eine formale Übersetzung der Präsenzbeurkundung in eine digitale Struktur gewählt, ohne in materieller Hinsicht Änderungen an dem Prozess als solchem vorzunehmen.<sup>45</sup> Allein durch die fortschreitende Digitalisierung, auch ohne eine weitergehende Standardisierung und Automatisierung des Prozesses, soll diese Art der Gründung jedenfalls günstiger und schneller sein.<sup>46</sup> Dass die Gründung schneller vollzogen werden kann, ist einleuchtend, da sich die Gründer die Hin- und Rückfahrt zum Notar sparen. Ob diese Gründung tatsächlich günstiger ist, erscheint dagegen fraglich. Zwar entfallen ebenso die Kosten für die Fahrtwege, jedoch ist für die Online-Gründung neben den allgemeinen Kosten für das Beurkundungsverfahren zusätzlich eine Pauschal-Gebühr i.H.v. 25 € zu zahlen (Nr. 32016, Anlage 1 zum Gerichts- und Notarkostengesetz). Günstiger ist die Gründung demgemäß lediglich in den Fällen, in denen die Gründer für die Anreise weitere Wege und damit kostenintensivere Verkehrsmittel in Anspruch nehmen müssen.

---

2022, S. 135; Keller/Schümmer, NZG 2021, 573 (577).

<sup>43</sup> Schuster, RD 2021, 496 (499).

<sup>44</sup> Eichhorn, Digitalisierung im Gesellschaftsrecht, 2022, S. 135.

<sup>45</sup> BT-Drs. 19/28177, S. 62; Thiel/Nazari-Khanachayi, RD 2021, 134 (135).

<sup>46</sup> Schuster, RD 2021, 496 (496); Lieder, NZG 2020, 81 (86); Omlor, DStR 2019, 2544 (2545); BT-Drs. 19/28177, S. 68 ff.

#### IV. Vergangenheit: Die Entwicklung der Formvorgabe des § 2 GmbHG

Von dem Potenzial der GmbH-Online-Gründung ist die Frage abzugrenzen, warum sich der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der EU-Digitalisierungsrichtlinie dazu entschieden hat, die notarielle Beurkundung als Gründungsvoraussetzung beizubehalten. Es stand den Mitgliedstaaten frei, ob sie die Tätigkeit eines Notars in den Gründungsprozess einbinden wollen. Wie der Erwägungsgrund 19 der EU-Digitalisierungsrichtlinie vorsieht, durften die EU-Mitgliedstaaten bei der Einführung einer Online-Gründung auf bestehende gesellschaftsrechtliche Traditionen Rücksicht nehmen. Um die Frage nach dem Warum zu beantworten, lohnt sich ein Blick auf eben diese Traditionen.

##### 1. Gab es einen rechtlichen Vorgänger der GmbH?

Der Abgeordnete Uwe Lambinus (SPD) eröffnete am 13.5.1980 seinen Redebeitrag im Bundestag unter anderem mit folgenden Worten:

„[...] Das 1892 verkündete Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung schuf die neue Rechtsform gleichsam aus dem Nichts. Sie hatte kein geschichtlich gewachsenes Vorbild.“<sup>47</sup>

Folgt man dem, könnte man den Eindruck gewinnen, dass der Reichstag knapp 100 Jahre zuvor ohne jegliche Vorlage eine neue Rechtsform erfand, die „rechtspolitisch [...] zwischen der neuen Aktiengesellschaft und den handelsrechtlichen Personengesellschaften oHG und KG“<sup>48</sup> stand.

Doch so einfach ist die Geburtsstunde der GmbH nicht. Die Schaffung der Rechtsform „GmbH“ ist mit der Kolonialpolitik des Deutschen Kaiserreiches verbunden, weil die Regelungen zu den deutschen Kolonialgesellschaften als wesentliche Entwicklungsstufe für das GmbH-Gesetz gelten.<sup>49</sup> Zwar hat die GmbH als juristische Person und Kapitalgesellschaft Überschneidungspunkte mit der Aktiengesellschaft und aufgrund der personalen Ausrichtung der Gesellschafter untereinander auch Ähnlichkeit mit der oHG. Jedoch ist ein wesentliches Charakteristikum der Kolonialgesellschaft – die Möglichkeit der freien rechtlichen Gestaltung des Innenverhältnisses im Gegensatz zum streng regulierten Aktienrecht – in das GmbH-Gesetz transferiert worden.<sup>50</sup>

##### a) Hintergrund der Kolonialgesellschaft

Wer eine deutsche Kolonialgesellschaft betreiben wollte, benötigte eine stabile aber gleichzeitig flexible Finanzierung, weil die tatsächlich anfallenden Kosten genauso wie die Gewinnaussichten kaum zu prognostizieren waren.<sup>51</sup> Die Gesellschafter einer kolonialen Unternehmung scheuten demgemäß eine persönliche Haftung.<sup>52</sup> Dieses Bedürfnis nach finanzieller Flexibilität und der Wunsch nach einem persönlichen Haftungsausschluss, wie von zeitgenössischen Autoren ausgeführt, rührte aber nicht ausschließlich daher, dass die Gesellschafter einer kolonialen Unternehmung weite Wege überwinden mussten. Vielmehr war es im Vorfeld nicht absehbar, wie die Bewohner in den Kolonien auf die Besetzung ihrer Gebiete reagieren würden.

<sup>47</sup> BT-PlPr., 216. Sitzung am 13.5.1980, S. 17363 (A).

<sup>48</sup> BT-PlPr., 216. Sitzung am 13.5.1980, S. 17363 (B).

<sup>49</sup> Thiessen, in: FS Seibert, 2019, S. 951 (965).

<sup>50</sup> Thiessen, in: FS Seibert, 2019, S. 951 (965).

<sup>51</sup> v. Stengel, Die deutschen Schutzgebiete, ihre rechtliche Stellung, Verfassung und Verwaltung, 1895, S. 144.

<sup>52</sup> v. Stengel, Die deutschen Schutzgebiete, ihre rechtliche Stellung, Verfassung und Verwaltung, 1895, S. 144.

Die Gesellschaftsformen, die in den 1880er Jahren für solche kolonialen Bestrebungen verfügbar waren, wurden jedoch gemeinhin als ungeeignet eingeschätzt.<sup>53</sup> Die oHG sieht eine persönliche Haftung der Gesellschafter vor. Die Aktiengesellschaft schließt die persönliche Haftung der Gesellschafter zwar aus, wurde aber seit der Aktienrechtsnovelle von 1884<sup>54</sup> aufgrund der strengen Vorgaben zur Gründung sowie zur Aufbringung und zum Erhalt des Grundkapitals als wenig geeignet angesehen.<sup>55</sup>

Um nicht den Regelungen des Aktienrechts zu unterliegen, gleichzeitig aber in den Genuss eines persönlichen Haftungsausschlusses zu kommen, verliehen die preußischen Ministerien gemäß dem Allgemeinen Preußischen Landrecht (ALR) Unternehmungen wie der Kolonialgesellschaft für Südwestafrika und der Neu-Guinea-Kompagnie sog. Korporationsrechte.<sup>56</sup> Diese Lösung war für das gesamte Deutsche Kaiserreich jedoch aus verschiedenen Gründen unbefriedigend. Zunächst konnten sich diese Korporationen ausschließlich in Preußen konstituieren, sodass eine Gründung in anderen Teilen des Deutschen Reiches aufgrund des ALR nicht möglich war.<sup>57</sup> Zudem sollte das ALR als Rechtsgrundlage mit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches ohnehin außer Kraft treten.<sup>58</sup> Ferner sollen „Kapitalisten“ aus dem Rest des Reiches von einer Investition abgeschreckt gewesen sein, da sie die partikularrechtlichen Grundlagen dieser Form nicht gekannt hätten.<sup>59</sup>

Um kurzfristig eine Rechtsform mit beschränkter Haftung für die Kolonialgesellschaften auf dem Gebiet des gesamten Deutschen Kaiserreiches anzubieten,<sup>60</sup> schuf der Reichstag kurzerhand eine neue Rechtsform. Am 15.3.1888 fügte er in das sog. „Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete“ die §§ 8–10 ein.<sup>61</sup> § 8 dieses Gesetzes ermächtigte den Bundesrath, Korporationsrechte an Gesellschaften reichsweit zu verleihen.

## b) Geburtsstunde der GmbH

Im Zuge der zweiten Beratung zum „Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete“ am 28.2.1888 forderte der Abgeordnete Wilhelm Oechelhäuser abermals die Einführung einer neuen Gesellschaftsform, die „es ermöglicht zu investieren, das Kapital selbst und unmittelbar fruchtbar zu machen, aber dabei nur beschränkt zu haften.“<sup>62</sup>

<sup>53</sup> Ring, Deutsche Kolonialgesellschaften, 1888, S. 6; Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages (RT-PIPr.), 29. Sitzung am 4.2.1888, S. 703 (B).

<sup>54</sup> Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft v. 18.7.1884 (RGBl. S. 123 ff.).

<sup>55</sup> v. Stengel, Die deutschen Schutzgebiete, ihre rechtliche Stellung, Verfassung und Verwaltung, 1895, S. 145; RT-PIPr., 29. Sitzung am 4.2.1888, S. 703 (C); Ring, Deutsche Kolonialgesellschaften, 1888, S. 6.

<sup>56</sup> v. Stengel, Die deutschen Schutzgebiete, ihre rechtliche Stellung, Verfassung und Verwaltung, 1895, S. 145; Ring, Deutsche Kolonialgesellschaften, 1888, S. 6; Regelungen zur Korporation finden sich im 6. Titel des ALR. In § 25 ALR ist festgelegt, dass Korporationsrechte ausschließlich durch staatliche Genehmigung verliehen werden konnten. Für Verbindlichkeiten haftete lediglich das Vermögen der Korporation. Eine persönliche Haftung der Mitglieder kam nur in Betracht, wenn sie dies ausdrücklich erklärt hatten (§§ 91, 94 ALR). Ferner war die Korporation eine eigenständige „moralische Person“ des Geschäftslebens (§ 81 ALR).

<sup>57</sup> RT-PIPr., 29. Sitzung am 4.2.1888, S. 703 (B).

<sup>58</sup> RT-PIPr., 29. Sitzung am 4.2.1888, S. 703 (B); v. Stengel, Die deutschen Schutzgebiete, ihre rechtliche Stellung, Verfassung und Verwaltung, 1895, S. 145.

<sup>59</sup> Ring, Deutsche Kolonialgesellschaften, 1888, S. 7.

<sup>60</sup> RT-PIPr., 48. Sitzung am 28.2.1888, S. 1157 (C); Ring, Deutsche Kolonialgesellschaften, 1888, S. 9.

<sup>61</sup> Gesetz wegen der Abänderung des Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete v. 15.3.1888 (RGBl. S. 71 ff.).

<sup>62</sup> RT-PIPr., 48. Sitzung am 28.2.1888, S. 1156 (A); die Forderung, eine neue Rechtsform einzuführen, wurde bereits im Zuge der Beratungen zur Aktienrechtsnovelle 1884 von Oechelhäuser vorgeschlagen und diskutiert (RT-PIPr., 11. Sitzung am 24.3.1884, S. 221). Zum Kontext wird ferner auf Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. 1, 2007 verwiesen.



Es sollte eine neue Gesellschaftsform geschaffen werden, welche die Vorzüge der Aktiengesellschaft und die der Personenhandelsgesellschaften vereint: Die beschränkte Haftung sowie Aufbringung der notwendigen „Kapitalien“ einerseits und die personale Verbindung der Gesellschafter andererseits.<sup>63</sup> Das neue „Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ ermöglichte eine größtmögliche Flexibilität im Innenverhältnis, um insbesondere den verschiedenen Zwecken, zu denen eine solche Gesellschaft gegründet werden konnte, gerecht zu werden.<sup>64</sup> Die finanzielle Grundlage dieser Gesellschaft konnte nicht nur wie bei der Aktiengesellschaft gem. Art. 207a ADHGB durch Geld,<sup>65</sup> sondern auch durch die Übereignung von Sachkapital aufgebracht werden (§ 5 Abs. 3 GmbHG a.F.).<sup>66</sup>

Werden Haftungsbeschränkungen für die Gesellschafter geschaffen, stellt sich gleichzeitig auch regelmäßig die Frage, inwiefern der Schutz des Rechtsverkehrs gewährleistet werden kann. Ohne eine persönliche Haftung der Gesellschafter musste die GmbH wenigstens über ein Mindestkapital verfügen, welches den Gesellschaftsgläubigern zur Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung stehen sollte.<sup>67</sup> Dies hat sich vom Prinzip her bis heute nicht geändert, nur die Höhe und Währung des aufzubringenden Stammkapitals wurden angepasst.<sup>68</sup>

Ebenfalls zum Zweck der Absicherung des Rechtsverkehrs wurde festgelegt, dass die Anteile an einer GmbH kein Gegenstand des allgemeinen Handelsverkehrs werden, wie etwa die Aktien einer AG.<sup>69</sup> Zwar sollten auch die Anteile an einer GmbH dem Grunde nach frei veräußerlich sein, die Übertragung von Anteilen wurde aber durch die Bindung an die notarielle oder gerichtliche Form maßgeblich verlangsamt.<sup>70</sup>

Der Abgeordnete *Oechelhäuser* prognostizierte in der ersten Beratung des GmbH-Gesetz-Entwurfes am 19.2.1892, dass diese neue Gesellschaftsform die des „kleinen Mannes“ werden würde und vor allem kleinere Handwerks- und Arbeiter-Betriebe sich dieser Form bedienen dürften.<sup>71</sup> Auch mehr als 85 Jahre später, wenn der Abgeordnete *Lambinus* über die Reform des GmbH-Gesetzes im Bundestag spricht, ist es nach wie vor zumindest sein Anliegen, die GmbH für kleine Unternehmen rechtlich attraktiv zu gestalten.<sup>72</sup>

---

<sup>63</sup> Aktenstück Nr. 660, Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.2.1892, S. 3725 ff.

<sup>64</sup> Aktenstück Nr. 660, Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.2.1892, S. 3728.

<sup>65</sup> Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft v. 18.7.1884 (RGBl. S. 145).

<sup>66</sup> Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.4.1892 (RGBl. S. 478).

<sup>67</sup> Aktenstück Nr. 660, Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.2.1892, S. 3729.

<sup>68</sup> Das Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.4.1892 (RGBl. S. 477 f.) sah in § 5 GmbHG a.F. ein Mindestkapital von 20.000 Mark vor. Dies entspräche im Jahr 2022 einem Betrag von 148.000 Euro. Die Kaufkraft der Bevölkerung aus dem Jahr 1892 für eine Mark würde 7,40 Euro im Durchschnitt des Jahres 2022 betragen (Deutsche Bundesbank, Eurosystem, Kaufkraftäquivalente historischer Beträge in deutschen Währungen, Stand: März 2023).

<sup>69</sup> Aktenstück Nr. 660, Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.2.1892, S. 3729.

<sup>70</sup> Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.4.1892 (RGBl. S. 477 f.); Aktenstück Nr. 660, Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.2.1892, S. 3728 f.

<sup>71</sup> RT-PlPr., 177. Sitzung am 19.2.1892, S. 4304 (D).

<sup>72</sup> BT-PlPr., 216. Sitzung am 13.5.1980, S. 17363 (C).

## 2. Formvorgaben: Von der Genehmigung des Reichskanzlers zur Beurkundung per Video

Nimmt man die Gründungsmodalitäten der Kolonialgesellschaft hinzu, hat die Form, die bei Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages beachtet werden muss, im Laufe der Zeit diverse Änderungen bzw. Ergänzungen erfahren. Welche dies waren und welche Gründe der zeitgenössische Gesetzgeber jeweils dafür vortrug, werden im Folgenden nachvollzogen.

### a) Genehmigung des Reichskanzlers

Um als Kolonialgesellschaft die Fähigkeit zu erlangen, in eigenem Namen Rechte zu erwerben, zu klagen und verklagt zu werden, musste der Gesellschaftsvertrag (im Gesetzestext in § 8 auch Statut genannt)<sup>73</sup> gem. § 8 S. 1 des „Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete“ durch den Reichskanzler genehmigt werden. Dass der Reichskanzler jeden einzelnen Gesellschaftsvertrag zu prüfen hatte und diese Gesellschaften im Anschluss gem. § 10 S. 1 des „Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete“ der Aufsicht des Kanzlers unterstanden, stellte nach Auffassung des historischen Gesetzgebers einen ausreichenden Schutz für den Rechtsverkehr dar, sodass es keiner weiteren Vorschriften zu einer etwaigen Gründerhaftung oder dergleichen bedurfte.<sup>74</sup>

Um den Gründungsprozess abzuschließen, musste der Bundesrath gem. §§ 8 S. 1, 10 S. 1 des „Gesetzes zu den deutschen Schutzgebieten“ per Beschluss die Rechtsfähigkeit verleihen. Ein Auszug des Gesellschaftsvertrags sowie der Beschluss des Bundesraths waren sodann im Reichsanzeiger zu veröffentlichen (§ 8 S. 2 des Gesetzes zu den deutschen Schutzgebieten).

### b) Schriftform oder doch lieber eine notarielle bzw. gerichtliche Form?

An die Stelle der Genehmigung des Reichskanzlers trat für die GmbH gem. § 2 GmbHG a.F. eine neue Formvorgabe: Die gerichtliche oder notarielle Form.

Diese strenge Form sah der ursprüngliche Entwurf des GmbH-Gesetzes allerdings noch nicht vor. Zwar sollte der Gesellschaftsvertrag nicht ohne Beachtung jeglicher Form abgeschlossen werden können, jedoch enthielt § 2 GmbHG in seiner Entwurfsfassung lediglich die Vorgabe, dass er schriftlich abzuschließen sei.<sup>75</sup> Hintergrund der schriftlichen Form war einerseits, dass aufgrund der Satzungsautonomie zum Schutz des Rechtsverkehrs die Innenverhältnisse der jeweiligen GmbH offengelegt werden sollten.<sup>76</sup> Andererseits sollte eine strengere Form als die schriftliche anders als bei der Aktiengesellschaft wegen der „einfachen Struktur des Gründungshergangs“ nicht erforderlich sein.<sup>77</sup>

Die preußische Handelskammer hatte in ihrem Gutachten zur Einführung einer neuen Gesellschaftsform ebenfalls die schriftliche Abfassung des Gesellschaftsvertrages für ausreichend gehalten.<sup>78</sup> Anders sah dies indes der deutsche Handelstag, der im Rahmen seines Gutachtens zumindest

---

<sup>73</sup> Gesetz wegen der Abänderung des Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete v. 15.3.1888 (RGBl. S. 74).

<sup>74</sup> So zumindest die Abgeordneten *Oechelhäuser* und *Meyer* in den RT-PlPr., 48. Sitzung am 28.2.1888, S. 1155 (B) und S. 1159 (B). Einen fehlenden Verkehrsschutz aufgrund fehlender Gründerhaftungsvorschriften hatte dagegen der Abgeordnete *v. Strombeck* kritisiert (in derselben Sitzung des Reichstages, S. 1154 [D]).

<sup>75</sup> Aktenstück Nr. 660, Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.2.1892, S. 3715.

<sup>76</sup> Aktenstück Nr. 660, Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.2.1892, S. 3732 f.

<sup>77</sup> Aktenstück Nr. 660, Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.2.1892, S. 3733.

<sup>78</sup> Gutachten der preußischen Handelskammer und kaufmännischen Korporationen, Aktenstück Nr. 660, Anlage

die Beglaubigung des Gesellschaftsvertrages empfahl.<sup>79</sup>

Wie oben bereits angedeutet, blieb es aber nicht bei dem Schriftformerfordernis. Bereits in der ersten Lesung des Gesetzes im Reichstag kam die Forderung auf, dass – sofern sich die Gesellschafter die Vorteile einer juristischen Person zu eigen machen wollen – diese Gesellschaften im „hellen Lichte des Tages arbeiten sollen“ und die Gründungsvorschriften in der Entwurfsfassung nicht ausreichend seien.<sup>80</sup> Die 25. Kommission, welche sich aufgrund des Beschlusses des Reichstages mit dem GmbHG-E befasste, ersetzte sodann die schriftliche Form in § 2 GmbHG-E durch die gerichtliche und notarielle Form.<sup>81</sup> Diese strenge Form begründete die Kommission damit, dass der Gesellschaftsvertrag verlässlich Auskunft über die Geschäftsverhältnisse, die Höhe des Stammkapitals und der Verteilung zwischen den Gesellschaftern geben müsse.<sup>82</sup>

#### aa) Was bedeutet „gerichtliche Form“?

Was an § 2 GmbHG a.F. zunächst auffällt, ist die vermeintlich „zusätzliche“ Abschlussform – die gerichtliche wahlweise neben der notariellen Form. Tatsächlich ist damit jeweils die Beurkundung des Vertragsabschlusses gemeint, nur eben entweder durch einen Notar oder durch einen Richter. In der Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1896, welches zum 1.1.1900 in Kraft trat, enthielt § 128 BGB a.F. neben der notariellen außerdem die gerichtliche Form für Beurkundungen.<sup>83</sup>

Wahlweise konnten die GmbH-Gründer also den Abschluss des Gesellschaftsvertrages anstatt bei einem Notar vor einem Gericht beurkunden lassen. Gem. Art. 141 EGBGB a.F.<sup>84</sup> durften die Länder aber per Landesgesetz bestimmen, dass ausschließlich das Gericht oder ausschließlich der Notar zuständig ist. Von dieser Option hatten insbesondere Bayern, Baden und Elsass-Lothringen Gebrauch gemacht, die den Notaren die ausschließliche Zuständigkeit für Beurkundungen zuwiesen.<sup>85</sup> Die anderen Staaten des Deutschen Kaiserreiches beließen es bei der Wahlmöglichkeit.<sup>86</sup>

#### bb) Beseitigung der doppelten Zuständigkeit

Mit der Verabschiedung des Beurkundungsgesetzes am 28.8.1969 regelte der deutsche Gesetzgeber erstmals das Verfahren und die Zuständigkeit für Beurkundungen bundeseinheitlich. Die „gerichtliche Form“ wurde in § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG a.F. und § 128 BGB a.F. getilgt und Art. 141 EGBGB ersatzlos gestrichen.<sup>87</sup> Mit Erlass des Beurkundungsgesetzes erhielten die Notare die ausschließliche Zustän-

B zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.2.1892, S. 3769.

<sup>79</sup> Gutachten des Ausschusses des deutschen Handelstages v. 7.12.1888, Aktenstück Nr. 660, Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.2.1892, S. 3765.

<sup>80</sup> Reichstagsabgeordneter Peter Spahn, RT-PIPr., 177. Sitzung am 19.2.1892, S. 4306 (A).

<sup>81</sup> Aktenstück Nr. 744, Bericht der 25. Kommission zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 15.3.1892, S. 4007.

<sup>82</sup> Aktenstück Nr. 744, Bericht der 25. Kommission zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 15.3.1892, S. 4007.

<sup>83</sup> Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 (RGBl. S. 216); zwischen dem Inkrafttreten des GmbH-Gesetzes und dem Bürgerlichen Gesetzbuch liegt immerhin eine Zeitspanne von fast acht Jahren, in denen die Formregelungen nicht reichseinheitlich geregelt waren. Für Preußen sah etwa § 40 ALR (Dritter Titel) die Unwirksamkeit einer Handlung bei Nichtbeachtung der Formvorgabe vor.

<sup>84</sup> Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche v. 18.8.1896 (RGBl. S. 635).

<sup>85</sup> Pierre, Recht und Rechtsgang im deutschen Reiche, Handbuch zur Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze, 1913, S. 223.

<sup>86</sup> Pierre, Recht und Rechtsgang im deutschen Reiche, Handbuch zur Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze, 1913, S. 223.

<sup>87</sup> Vgl. § 56 BeurkG a.F. v. 28.8.1969 (BGBl. I 1969, S. 1520), der anordnete, dass in den aufgezählten Normen (insbesondere in § 2 GmbHG und § 128 BGB) die Worte „gerichtlich“ wegfallen sowie § 57 Abs. 4 Nr. 2 BeurkG

digkeit für Beurkundungen auf dem gesamten Bundesgebiet. Dies hatte dreierlei Gründe: die Vereinheitlichung der Zuständigkeitsregelung, die Entlastung der Gerichte und die Zuweisung der Beurkundung an die sachnäheren Notare.<sup>88</sup> Sachnäher sind die Notare womöglich deshalb, weil sie im Gegensatz zu den Gerichten regelmäßiger mit Beurkundungsangelegenheiten betraut werden.

### c) Zulassung der Einpersonengesellschaft

Die ursprüngliche Konzeption von 1892 sah vor, dass zur Gründung einer GmbH mindestens zwei Gesellschafter erforderlich waren. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass gem. § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG a.F. für die Gründung der „Abschluss des Gesellschaftsvertrages“ erforderlich war. Ein Vertragsabschluss erfordert zumindest zwei übereinstimmende Willenserklärungen, also mindestens zwei Personen.

Dies änderte sich 1980, als § 1 GmbHG um den Passus ergänzt wurde, dass die GmbH durch eine oder mehrere Personen errichtet werden kann, und gem. § 2 Abs. 1 GmbHG nur noch der „Gesellschaftsvertrag der notariellen Form“ bedarf.<sup>89</sup> Neben diesen Ergänzungen erfuhr das nunmehr 85 Jahre alte Gesetz, welches zu diesem Zeitpunkt im wesentlichen Kern trotz diverser Reformbemühungen in den 1930er Jahren sowie von 1959 bis 1962 unverändert geblieben war, zahlreiche weitere Aktualisierungen.<sup>90</sup>

Die Gründung einer GmbH durch eine Person zu ermöglichen, blieb nicht ohne Kritik. Diese reichte von grundsätzlichen Bedenken, eine Gesellschaft sei eine Rechtsform zur Verfolgung von Gemeinschaftsinteressen und damit denklogisch nicht passend für Einzelpersonen, bis hin zur Warnung vor unseriösen Gründungen im Hinblick auf etwaige Strohmannkonstellationen.<sup>91</sup> Der Entwurfsverfasser begründete die Zulassung der Einpersonen-GmbH maßgeblich mit dem Bedarf der wirtschaftlichen Praxis nach dieser Gründungsmöglichkeit.<sup>92</sup> Die Rechtsprechung hatte ihrerseits Konstellationen zugelassen, in denen sich Neu-Gründer für den Moment der Errichtung einer zweiten Person bedienten, die im Anschluss oder auch im Voraus ihren GmbH-Anteil wieder abtrat.<sup>93</sup>

Mit der Zwölften Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter (RL 89/667/EWG) vom 21.12.1989<sup>94</sup> verpflichtete ein Vorläufer der EU, die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, gem. Art. 2 Abs. 1 RL 89/667/EWG

---

a.F., der Art. 141 EGBGB aufhob (BGBl. I 1969, S. 1523).

<sup>88</sup> Entwurf des Beurkundungsgesetzes v. 25.9.1968, (BT-Drs. V/3282, S. 22 ff.); Bericht des Rechtsausschusses zum Beurkundungsgesetz v. 20.3.1969, (BT-Drs. V/4014, S. 1 ff.).

<sup>89</sup> Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften v. 4.7.1980 (BGBl. I S. 836). Der erste Entwurf sah vor, dass § 2 GmbHG um einen neuen Abs. 2 ergänzt werden sollte. Demgemäß sollte bei der Einpersonen-Gründung statt des Gesellschaftsvertrages die Errichtung der Gesellschaft durch Erklärung ermöglicht werden (§ 2 Abs. 2 GmbHG-E, Entwurf des GmbHG-Änderungsgesetzes v. 15.12.1977, BT-Drs. 08/1347, S. 4).

<sup>90</sup> Entwurf des GmbHG-Änderungsgesetzes v. 15.12.1977 (BT-Drs. 08/1347, S. 1, 27, 64).

<sup>91</sup> Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften (BT-Drs. 08/3908, S. 67, 68); zudem wurde diskutiert, eine eigene Rechtsform für Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung einzuführen, aber aus praktischen Erwägungen aufgegeben (BT-Drs. 08/1347, S. 28).

<sup>92</sup> Gesetz-Entwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 08/1347, S. 1, 28; BT-Drs. 08/3908, S. 67.

<sup>93</sup> BGH, Urt. v. 12.7.1956 – II ZR 218/54, Rn. 10 (juris); BGH NJW 1957, 19 (20); BGH, Urt. v. 6.7.1961 – II ZR 219/58, Rn. 20–22 (juris).

<sup>94</sup> Diese Richtlinie wurde erheblich geändert: RL 2009/102/EG v. 16.9.2009 (ABl. Nr. L v. 1.10.2009, S. 258/20).

seine Mitglieder zur Einführung der Einpersonengesellschaft. Deutschland setzte die Richtlinie mit Gesetz vom 18.12.1991 um.<sup>95</sup> Weil der deutsche Gesetzgeber bereits im Sommer 1980 die Einpersonen-GmbH gesetzlich umgesetzt hatte, wurden lediglich wenige Normen angepasst.<sup>96</sup> So wurde etwa § 35 Abs. 4 S. 2 GmbHG a.F.<sup>97</sup> eingefügt, der den Einzel-Gesellschafter und -Geschäftsführer dazu verpflichtet, alle Rechtsgeschäfte zwischen sich und der Gesellschaft unverzüglich zu verschriftlichen.

#### d) Entwicklung des vereinfachten Verfahrens

Ähnliche Überlegungen wie in den 1890ern stellte der deutsche Gesetzgeber zur Form des GmbH-Gesellschaftsvertrages im Rahmen der Erarbeitung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) 2007/2008 an.<sup>98</sup> Der Gesetzgeber plante, die Gründung einer GmbH einfacher, effizienter und günstiger durch ein „einfacheres Gründungsverfahren“ zu gestalten und zudem mit der UG (haftungsbeschränkt) eine mit der englischen Limited (Ltd.) vergleichbare Rechtsform zu schaffen.<sup>99</sup> Hintergrund der umfassenden Reform war insbesondere eine Entscheidung des EuGH, welche klarstellte, dass innerhalb der EU sämtliche europäischen Unternehmensformen in jedem Mitgliedstaat gegründet werden konnten.<sup>100</sup> Da insbesondere die Ltd. ohne Beurkundungserfordernis und Aufbringung eines Mindestkapitals im Vergleich zur GmbH mit weniger Gründungsaufwand verbunden war, wollte der deutsche Gesetzgeber mit dem Erlass des MoMiG den Gründungsprozess einer GmbH unter Erhaltung ihres Renommées vereinfachen.<sup>101</sup>

Um dieses Ziel zu erreichen, standen hinsichtlich der Form unterschiedliche Vorschläge im Raum. Der erste Entwurf des MoMiG sah vor, dass mit einem gesetzlich vorgegebenen Muster-Gesellschaftsvertrag vollständig ohne Beurkundung und lediglich mit der Beglaubigung der Unterschriften eine GmbH errichtet werden kann.<sup>102</sup> Der Wirtschaftsausschuss des Bundesrates plädierte gar dafür, ähnlich wie die Vertreter des Handels 1888, die Schriftform für sämtliche Gründungs-„Arten“ vorzusehen und ausschließlich die Unterschriften beglaubigen zu lassen, unabhängig davon, ob ein Mustervertrag verwendet wird.<sup>103</sup>

Wie ein Blick in das GmbH-Gesetz heute verrät, haben sich diese Vorschläge nicht durchsetzen können. Stattdessen ermöglicht § 2 Abs. 1a GmbHG die Gründung im vereinfachten Verfahren per Musterprotokoll. Dieses Protokoll muss allerdings nach wie vor durch den Notar beurkundet werden. Auf die Einbindung des Notars wollte der Gesetzgeber nicht verzichten und begründete dies insbesondere mit der Rolle des Notars als neutralen Berater und vorsorgenden Rechtspfleger.<sup>104</sup> Das Musterprotokoll stellte in diesem Zusammenhang einen Kompromiss dar, der zumindest durch Zusammenfassung mehrerer Dokumente und weniger Beratungsaufwand des Notars die Gründung einfacher

---

<sup>95</sup> Gesetz zur Durchführung der Zwölften Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter (BGBl. I 1991, S. 2206).

<sup>96</sup> BGBl. I 1991, S. 2206.

<sup>97</sup> Dieselbe Regelung findet sich heute in § 35 Abs. 3 S. 2 GmbHG.

<sup>98</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 25.7.2007 (BT-Drs. 16/6140, S. 25 ff.).

<sup>99</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 1.

<sup>100</sup> EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – C-167/01 (Inspire Art).

<sup>101</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 25.

<sup>102</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 25.

<sup>103</sup> Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrates zum Entwurf des MoMiG (BR-Drs. 354/1/07, S. 3).

<sup>104</sup> BR-Drs. 354/1/07, S. 2; BR-PlPr., 835. Sitzung am 6.7.2007, S. 239 (B) ff.; BT-PlPr., 115. Sitzung am 20.9.2007, S. 11891 (B).

und günstiger ermöglicht.<sup>105</sup>

#### e) Beibehaltung der notariellen Beurkundung im Online-Verfahren

Bei der Umsetzung der EU-Digitalisierungsrichtlinie stand die Abschaffung der notariellen Form nicht zur Debatte.<sup>106</sup> Vielmehr sollten die Vorgaben der Richtlinie unter Beibehaltung der bisherigen gesellschaftsrechtlichen Traditionen umgesetzt werden.<sup>107</sup> Dazu zählt der deutsche Gesetzgeber auch die Mitwirkung des Notars am GmbH-Gründungsverfahren, sodass der Gesetzgeber seine Aufgabe maßgeblich darin sah, die Beurkundung in ein Online-Verfahren zu übersetzen.<sup>108</sup> Dies begründet er insbesondere mit der daraus resultierenden Gewährleistung der Funktionsfähigkeit und Verlässlichkeit des Handelsregisters.<sup>109</sup>

#### V. Schluss

Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages zieht sich wie ein roter Faden durch die Geschichte des GmbH-Gesetzes. Zwar gab es im Zuge der einzelnen Reformen immer wieder Forderungen aus der Wirtschaft, eine weniger aufwendige Form einzuführen. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund berechtigt, dass eine notarielle Beurkundung im Transaktionsbereich, wo die Gründer auf intensiv ausgehandelte und anwaltlich geprüfte Verträge zurückgreifen, zur bloßen Förmelerei gerät. Der zeitgenössische Gesetzgeber hielt es jedoch im Ergebnis jedes Mal für erforderlich, die Beurkundung als Formvorschrift einzuführen bzw. beizubehalten. Vom Ursprung her diente diese Vorgabe im 19. Jahrhundert maßgeblich dazu, die Innenverhältnisse der neuen, noch unerprobten Rechtsform offenzulegen und dadurch letztlich den Rechtsverkehr und die Gläubiger zu schützen. Hinzu kommt im 20. und 21. Jahrhundert der Schutz der Gründer vor übereilten Entscheidungen und Interessenkonflikten, welcher durch die Beratung eines Notars gewährleistet werden soll. Gleichwohl sind mit dem vereinfachten Verfahren gem. § 2 Abs. 1a GmbHG im Jahre 2008 und jetzt aktuell mit der Online-Gründung gem. § 2 Abs. 3 GmbHG im Jahre 2022 Instrumente dazugekommen, welche den aufwendigen Gründungsprozess möglichst effizient ausrichten. Die Nutzung von Legal Tech kann in diesem Zusammenhang einen weiteren Beitrag zur Digitalisierung und Automatisierung der GmbH-Gründung leisten. Dabei müssen Notare aber beachten, dass sie trotz der technischen Möglichkeiten gleichwohl im Online-Verfahren sicherstellen, dass die Gründer ausreichend beraten und aufgeklärt werden.

---

<sup>105</sup> BT-Drs. 16/9737, S. 51.

<sup>106</sup> Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (BT-Drs. 19/28177, S. 2.)

<sup>107</sup> BT-Drs. 19/28177, S. 2.

<sup>108</sup> BT-Drs. 19/28177, S. 62 ff.

<sup>109</sup> BT-Drs. 19/28177, S. 62, 63.

## Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie der Vorsokratiker und Sophisten – Teil 2\*

Dr. André Lepej, Heidelberg\*\*

Die Beschäftigung mit der antiken Rechts- und Staatsphilosophie sensibilisiert für die Wandelbarkeit des Rechts- sowie des Staatsbegriffes und schärft das Bewusstsein für die Notwendigkeit einer quellenkritischen Interpretation historischer Texte. Die vorsokratische Philosophie beeindruckt durch ihre unvoreingenommene und kreative Beschäftigung mit der Verfasstheit politischer Gemeinschaften ebenso wie mit der Stellung des Menschen innerhalb dieses Gemeinschaftsgefüges. Nachdem in einem ersten Teil die Entwicklung der antiken griechischen Rechts- und Staatsphilosophie von den archaischen Dichtern bis hin zur ionischen Naturphilosophie nachgezeichnet wurde, widmet sich der vorliegende zweite Teil des Beitrages dem Rechts- und Staatsdenken der Sophistik (unter IV.) und endet mit einem abschließenden Ausblick (unter V.). Der Beitrag hat sich das Ziel gesetzt, Studierenden der Rechtswissenschaft sowie Rechtsreferendaren eine Einführung in die antike griechische Rechts- und Staatsphilosophie der Vorsokratiker zu geben und zum weiteren Selbststudium auf diesem spannenden Gebiet anzuregen.

<b>IV. Die Sophisten</b> .....	<b>293</b>
1. Das sophistische Bildungsideal.....	294
2. Die Stellung des Menschen in den sophistischen Lehren .....	294
3. Das Gemeinschaftsleben in der Polis.....	297
a) Hinwendung zur politisch reformierten Polis .....	297
b) Abwendung von der politisch reformierten Polis.....	298
c) Stärkung der Stellung des Adels in der reformierten Polis .....	299
4. Die <i>Nomoi</i> in den Theorien der Sophisten .....	300
<b>V. Ausblick</b> .....	<b>303</b>

### IV. Die Sophisten

Unter der Bezeichnung *Sophisten* werden sehr verschiedene griechische Denker des 5. Jahrhundert v. Chr. zusammengefasst, welche unter Realisierung eines umfassenden Bildungsideals eine kritische Denkmethode zu etablieren suchten;<sup>1</sup> daher ist die Sophistik auch als „Anfang der Gedankenbildung“<sup>2</sup> bezeichnet worden. Diese geistigen Entwicklungen, welche insbesondere die Polis Athen

\* Teil 1 ist in Ausgabe 1/2024 erschienen.

\*\* André Lepej, Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe. Der Verf. dankt Herrn Ref. iur. Wiss. Mitarbeiter Dr. Paul Hüther, Heidelberg, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und hilfreiche Anmerkungen.

<sup>1</sup> Verdross-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 40; siehe auch den Überblick bei Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 44 f.

<sup>2</sup> Hegel, in: Grotzsch/Hegel, Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie I, Nachschriften zu den Kollegien 1819 und 1820/21, Bd. 30/1, 2016, S. 73; zu den weiteren Sichtweisen auf die griechischen Sophisten siehe

betreffen, sind vor dem Hintergrund einer starken Ausweitung politischer Teilhaberechte in den Poleis sowie der politischen wie auch wirtschaftlichen Expansion der in den Perserkriegen siegreichen attischen Polis im 5. Jahrhundert v. Chr. zu sehen; diese Faktoren führten zudem zu einer neuen wirtschaftlichen Blüte.<sup>3</sup> Aufgrund der unterschiedlichen philosophischen Ausgangspunkte der sophistischen Denker empfiehlt sich für den Zweck dieser Überblicksdarstellung eine Gliederung nach stofflichen Gesichtspunkten. Zunächst sollen jedoch die wesentlichen Charakteristika des neuartigen Bildungsideals der Sophistik aufgezeigt werden.

## 1. Das sophistische Bildungsideal

Die Erweiterung der politischen Teilhabe in den Poleis hatte eine grundsätzliche Umwertung der *Arete*, d.h. der ursprünglich militärischen bzw. politischen Tüchtigkeit, zur Folge.<sup>4</sup> War diese Tugend in Zeiten der Adelherrschaft den Angehörigen des Adels kraft Standeszugehörigkeit zuerkannt worden, wird die *Arete* nunmehr zunehmend durch die Volksversammlung vermittelt; zudem verschiebt sich der inhaltliche Bezugspunkt der *Arete* von einer militärischen Ausrichtung hin zu einer auf die Polis und ihre Verwaltung bezogenen politischen Bildung.<sup>5</sup> Die Vermittlung eben dieser „politischen Bürger-tugend“<sup>6</sup> machten sich die Sophisten angelegen; besondere Sorgfalt wurde dabei auf die Aneignung rhetorischer Qualitäten verwandt.<sup>7</sup> Doch sahen sich die sophistischen Denker durchaus in der Bildungstradition der archaischen Dichter und der frühen ionischen Philosophen, wenngleich sie sich durch ihre rationale Methode grundlegend von ihren Vorgängern abzugrenzen suchten.<sup>8</sup>

## 2. Die Stellung des Menschen in den sophistischen Lehren

Wenngleich die Sophisten sich in der Bildungstradition der ionischen Naturphilosophen verorten,<sup>9</sup> unterscheidet sich ihre Fragestellung grundlegend von der etwa bei Anaximander oder Heraklit wirksamen Herangehensweise.<sup>10</sup> Richtete sich das Erkenntnisinteresse der Naturphilosophie im Ausgangspunkt auf die Natur und den Kosmos, so fragen die Sophisten nach dem Menschen und seiner Natur.<sup>11</sup> Die sophistische Annahme, der Mensch sei als Individuum grundsätzlich der Bildung und Erziehung

---

Wolf, Griechisches Rechtsdenken, Bd. 2, 1952, S. 9 ff.

<sup>3</sup> Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 44 f.

<sup>4</sup> Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 45.

<sup>5</sup> Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 45; Wolf, Griechisches Rechtsdenken, Bd. 2, 1952, S. 14. Die von den Sophisten verbreitete politische Fertigkeit (*Techne*) darf indes nicht schlicht mit dem Begriff der *Arete* gleichgesetzt werden; allerdings sind die sophistischen Bildungs- und Erziehungsbestrebungen von der Überzeugung getragen, dass aus dem Erlernen einer *Techne* eine qualifizierte Tüchtigkeit im Sinne der *Arete* erworben werden kann, worauf Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 47 f. mit Recht hinweist; diff. auch Verdroß-Droßberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 43 („Sonderausbildung“).

<sup>6</sup> Wolf, Griechisches Rechtsdenken, Bd. 2, 1952, S. 14.

<sup>7</sup> Die besondere Stellung der Redekunst in der Bildungsvorstellung der Sophisten war maßgeblich durch die Bedeutung der Volksversammlung und das damit einhergehende Erfordernis, einen Standpunkt im politischen Prozess redegewandt zu vertreten, bedingt; das sophistische Bildungsideal war allerdings keinesfalls auf die Rhetorik beschränkt, sondern verfolgte einen enzyklopädischen Anspruch, siehe Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 45.

<sup>8</sup> Aufschlussreich Plat. Prot. 316d; dazu auch Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 45 f.

<sup>9</sup> Hierzu unter IV. 1.

<sup>10</sup> Nestle, Vom Mythos zum Logos, 2. Aufl. 1942, S. 262 f.

<sup>11</sup> Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 46.



durch Aneignung einer *Techné* (im Sinne einer universell ausgerichteten Bildungsmethode) fähig, setzt im Ausgangspunkt die Annahme der Gleichheit in der menschlichen Natur verankerter Anlagen voraus; hierin setzt sich die sophistische Betrachtungsweise in Opposition zur überkommenen Konzeption der exklusiv-adligen *Arete*.<sup>12</sup> Auch die von den Sophisten angewandte Erkenntnismethode unterscheidet sich von den ionischen Philosophen: An die Stelle deren spekulativer Philosophie tritt eine praktisch angeleitete empirisch-induktive Herangehensweise.<sup>13</sup>

Die Hinwendung der Sophisten zum Menschen und seiner Natur manifestiert sich besonders eindrucksvoll im sogenannten Homo-mensura-Satz des Sophisten *Protagoras* (um 490–um 411 v. Chr.):<sup>14</sup>

„Aller Dinge Maß ist der Mensch, der seienden, daß (wie) sie sind, der nicht seienden, daß (wie) sie nicht sind.“<sup>15</sup>

Der Homo-mensura-Satz ist neben dem Mythos von der Entstehung des Staates (zu diesem sogleich) die berühmteste und einflussreichste Lehre des *Protagoras*.<sup>16</sup> *Protagoras*, welcher 444 v. Chr. mit der Gesetzgebung für die attische Kolonie Thurioi (Unteritalien) beauftragt wurde, gilt als berühmtester aller Sophisten und erlangte bereits zu seinen Lebzeiten außerordentliches Ansehen.<sup>17</sup> Das in dem Homo-mensura-Satz zum Ausdruck kommende Verhältnis zwischen dem Menschen und den Dingen legt nahe, dass *Protagoras* den einzelnen Menschen in Bezug nimmt;<sup>18</sup> die menschliche Erkenntnis wird in ihrer Individualität adressiert. Wird jedoch die menschliche Erkenntnis als individueller Vorgang anerkannt, so kann auf der Ebene der *Poleis* im Hinblick auf ihre Ordnung, ihren *Nomos*, nichts anderes gelten:

„Ebenso auch in bürgerlichen Dingen; das Schöne und Schlechte, das Gerechte und Ungerechte, das Fromme und Unfromme, was in diesen Dingen ein Staat für Meinung faßt und dann feststellt als gesetzmäßig, das ist es nun auch für jeden in Wahrheit, und in diesen Dingen ist um nichts weiser weder ein einzelner als der andere, noch ein Staat als der andere.“<sup>19</sup>

Durch die Übertragung der Subjektivität von Erkenntnis auf die Ebene der Gemeinschaft wird die noch von den alten Dichtern angenommene Vorstellung eines universellen, für alle Zeiten und alle *Poleis* verbindlichen *Nomos*, grundsätzlich verneint;<sup>20</sup> an ihre Stelle treten räumlich und zeitlich auf

<sup>12</sup> Eine unterschiedslose Gleichheit wird hierdurch freilich nicht postuliert, da die in der menschlichen Natur verankerte Empfänglichkeit für Erziehung und Bildung noch keine Aussage über den konkret erreichten Grad der Vervollkommnung dieser Anlagen trifft, siehe *Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 48; *Verdroß-Droßberg*, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 1948, S. 42 f.

<sup>13</sup> *Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 46.

<sup>14</sup> Siehe zu *Protagoras* im Allgemeinen *Wolf*, *Griechisches Rechtsdenken*, Bd. 2, 1952, S. 18 ff.

<sup>15</sup> *Diels/Kranz*, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 6. Aufl. 1951, 2004, Fr. 80 B 1; zu den divergierenden Interpretationen dieses Satzes siehe *Buchheim*, *Die Sophistik als Avantgarde normalen Lebens*, 1986, S. 43 ff.; *Wolf*, *Griechisches Rechtsdenken*, Bd. 2, 1952, S. 21 ff.

<sup>16</sup> *Ottmann*, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 1/1, 2001, S. 219.

<sup>17</sup> *Ottmann*, *Geschichte des politischen Denkens*, Bd. 1/1, 2001, S. 219.

<sup>18</sup> So auch die wohl überwiegende Auffassung in der Forschung, siehe *Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 48 f.; *Martin*, *Saeculum* 27 (1976), 144 (151); *Weber-Schäfer*, *Einführung in die antike politische Theorie*, Bd. 1, 2. Aufl. 1992, S. 157.

<sup>19</sup> *Plat.* *Th.* 172a; vgl. auch *Plat.* *Th.* 167c: „Denn was jedem Staate schön und gerecht erscheint, das ist es ihm ja auch, solange er es dafür erklärt“.

<sup>20</sup> *Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 49.

die jeweilige Polis und die Geltung ihrer *Nomoi* begrenzte Erkenntnisse einer gerechten Polisordnung. Vieles spricht jedoch dafür, diesen Ausspruch dahingehend zu verstehen, dass die polisübergreifende Geltung gerechter Ordnungen nicht schlechthin ausgeschlossen werden soll; vielmehr hängt die Verwirklichung einer flächendeckenden gerechten Ordnung in den Poleis davon ab, dass das Gute und Gerechte jeweils als solches erkannt und in praktischer Wirksamkeit erhalten wird.<sup>21</sup> Eine polisübergreifende gerechte Ordnung erscheint vor diesem Hintergrund auch möglich, wenn der Geltungsgrund dieser Ordnung in der jeweiligen Polis und ihren Gesetzgebungsorganen gesucht wird.

Die individualistischen Grundannahmen der Sophisten – und allen voran diejenigen des *Protagoras* – stellen nicht nur die Universalität des *Nomos*-Begriffs in Frage, sondern auch die in mythische Formen gekleidete religiöse Begründung der geltenden Ordnung.<sup>22</sup> Fraglich erscheint indes die Reichweite der daraus abgeleiteten theologischen Konsequenzen; über die menschliche Erkenntnis in Bezug auf das Göttliche äußert *Protagoras*:

„Über die Götter allerdings habe ich keine Möglichkeit zu wissen (festzustellen?), weder daß sie sind, noch daß sie nicht sind, noch, wie sie etwa an Gestalt sind [...]“<sup>23</sup>

Liegt in dieser Aussage etwa eine Leugnung der Existenz der Götter begründet? *Protagoras* verneint die Möglichkeit, etwas über die Götter zu wissen bzw. festzustellen; in der Negation bereits einer solchen Möglichkeit liegt auch der Schlüssel zu einer differenzierenden Interpretation dieses berühmten Ausspruchs. Festzuhalten bleibt demnach, dass *Protagoras* die Existenz der Götter nicht schlechterdings leugnet; vielmehr erklärt er menschliches Wissen zu dieser Erkenntnis für unzuständig.<sup>24</sup> Ist im Hinblick auf das Sein und die Wesensmäßigkeit der Götter kein menschliches Wissen möglich, wird diese Materie dem Glauben überantwortet. Diese Zuordnung mag aus heutiger Perspektive als äußerst naheliegend empfunden werden; in einer Zeit, in welcher die gesamte Weltanschauung noch immer maßgeblich durch die mythologischen Überlieferungen geprägt war,<sup>25</sup> muss diesem Postulat aufgrund der noch unzureichenden Scheidung von Wissen und Glauben gleichwohl eine eminente Sprengkraft innegewohnt haben.<sup>26</sup> Während einige Interpreten dem Fragment zumindest die Möglichkeit einer atheistischen Lesart entnehmen,<sup>27</sup> wird dieses überwiegend zu Recht als Manifestation eines Agnostizismus verstanden.<sup>28</sup> Dagegen wird die Religion in einem Mythos des Sophisten *Kritias* (um 460–403 v. Chr.)<sup>29</sup> als lediglich nützliche Erfindung dargestellt.<sup>30</sup> Damit ging *Kritias*, einer der radi-

<sup>21</sup> Ähnlich auch Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 50.

<sup>22</sup> Anschaulich Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*, Bd. 2, 1952, S. 10: „Entzauberung des Daseins“.

<sup>23</sup> Diels/Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 6. Aufl. 1951, 2004, Fr. 80 B 4.

<sup>24</sup> Ebendies folgt hieraus auch für die Aussagekraft von Orakeln: „Die verpflichtende Kraft von Orakeln (Göttersprüchen) wurde zwar öffentlich nicht geleugnet, aber nur im Rahmen der staatlichen Kultordnung ernst genommen.“ (Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*, Bd. 2, 1952, S. 13.

<sup>25</sup> Siehe hierzu bereits die einleitenden Bemerkungen unter II. 1 in Teil 1 = Lepej, *ZJS* 2024, 7 (8).

<sup>26</sup> Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 52. Zur umstrittenen Frage, ob gegen *Protagoras* ein Prozess wegen Frevels gegen die Götter (sog. *Asebeia*) eröffnet wurde, siehe Dietz, *Protagoras von Abdera*, 1976, S. 133 ff.

<sup>27</sup> In diese Richtung Burkert, *Griechische Religion der archaischen und klassischen Epoche*, 2. Aufl. 2011, S. 466.

<sup>28</sup> Dietz, *Protagoras von Abdera*, 1976, S. 138 ff.; Nestle, *Vom Mythos zum Logos*, 2. Aufl. 1942, S. 278; auch Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 52: „(skeptische[r]) Agnostizismus“.

<sup>29</sup> Zum Sophisten *Kritias* siehe Weber-Schäfer, *Einführung in die antike politische Theorie*, Bd. 1, 2. Aufl. 1992, S. 158.

<sup>30</sup> Burkert, *Griechische Religion der archaischen und klassischen Epoche*, 2. Aufl. 2011, S. 468 f.; Weber-Schäfer,

kalen Anführer der Tyrannis des Jahres 404 v. Chr. und Onkel des Philosophen *Platon*, erheblich über das skeptische Denken des *Protagoras* hinaus.<sup>31</sup>

### 3. Das Gemeinschaftsleben in der Polis

Trotz der bereits ausgemachten Konzentrierung der sophistischen Lehren auf den Menschen<sup>32</sup> findet sich bei den Sophisten hinsichtlich ihrer Betrachtung der Polis kein einheitliches Konzept. Die ebenfalls bereits betrachtete Tätigkeit der Sophisten als Vermittler einer politischen Bürgertugend,<sup>33</sup> welche deren Selbstverständnis auch entscheidend bestimmte, zeigt jedoch eine grundsätzliche Hinwendung dieser Denker zur griechischen Polis. Im Anschluss an den Althistoriker *Jochen Martin* werden nachfolgend drei Grundströmungen in den sophistischen Konzepten unterschieden:<sup>34</sup>

#### a) Hinwendung zur politisch reformierten Polis

Einige sophistische Denker wandten sich der infolge breiter politischer Teilhabe erneuerten Form der Polis zu und bejahten die damit zusammenhängenden sozialen und politischen Reformen. Diese Position ist insbesondere bei *Protagoras* sowie dem sog. *Anonymus Jamblich*<sup>35</sup> festzustellen. Repräsentativ für die mit der Bejahung der politisch reformierten Polis einhergehende Rechtfertigung der politischen Teilhabe sämtlicher Bürger ist der sog. Gründungsmythos des *Protagoras*:<sup>36</sup> Nachdem von der Entstehung der Tiere sowie des Menschen berichtet wurde, geht *Protagoras* auf das menschliche Zusammenleben in der Polis ein. Zu der Entstehung der Polis und der politischen Beteiligung der Bürger heißt es dort:

„Zeus also, für unser Geschlecht, daß es nicht etwa gar untergehen möchte, besorgt, schickt den Hermes ab, um den Menschen Scham (*Aidos*) und Recht (*Dike*) zu bringen, damit diese der Städte Ordnungen und Bande würden, der Zuneigung Vermittler. Hermes fragt nun den Zeus, auf welche Art er doch den Menschen das Recht und die Scham geben solle: Soll ich, so wie die Künste verteilt sind, auch diese verteilen? Jene nämlich sind so verteilt: Einer, welcher die Heilkunst innehat, ist genug für viele Unkundige, und so auch die anderen Künstler. Soll ich nun auch Recht und Scham ebenso unter den Menschen aufstellen, oder soll ich sie unter alle verteilen? Unter alle, sagte Zeus, und alle sollen teil daran haben; denn es könnten keine Staaten bestehen, wenn auch hieran nur wenige Anteil hätten wie an anderen Künsten. Und gib auch ein Gesetz von meinethwegen, daß man den, der Scham und Recht sich anzueignen unfähig ist, töte wie einen bösen Schaden des Staates.“<sup>37</sup>

Die äußeren Notwendigkeiten veranlassen die Menschen demnach zum Zusammenleben;<sup>38</sup> dieses

---

Einführung in die antike politische Theorie, Bd. 1, 2. Aufl. 1992, S. 158.

<sup>31</sup> So auch *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 1/1, 2001, S. 228 f.

<sup>32</sup> Siehe dazu bereits unter IV. 2.

<sup>33</sup> Siehe dazu oben unter IV. 1.

<sup>34</sup> Konzeption bei *Martin*, *Saeculum* 27 (1976), 144; ihm folgend auch *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 52 ff.

<sup>35</sup> Weder der Name noch die Lebensumstände dieses Schriftstellers sind bekannt; die Bezeichnung als *Anonymus Jamblich* beruht auf der Auffindung seiner Schrift in einer solchen des Neuplatonikers *Jamblichos* (um 240/245–um 320/325), siehe *Guthrie*, A history of Greek Philosophy, Bd. 3, 1969, S. 314 f.

<sup>36</sup> Zu diesem Mythos siehe *Reichardt*, Recht und Rationalität im frühen Griechenland, 2003, S. 193 ff.

<sup>37</sup> Plat. Prot. 322c–d.

<sup>38</sup> In ähnlicher Weise wird in der Schrift des *Anonymus Jamblich* die Polisbildung mit äußeren Notwendigkeiten

Zusammenleben wird nicht lediglich als räumliche Nähe, sondern zugleich als politischer Zusammenschluss zu einer Polis charakterisiert. Die Polis wird jedoch nur unter der Voraussetzung für lebensfähig gehalten, dass *Aidos* und *Dike* (Scham und Recht) allen Menschen als Naturanlage zukommen. Zur Entfaltung kommt diese Naturanlage nach sophistischer Vorstellung durch Aneignung der politischen Fertigkeit (*Techne*).<sup>39</sup> Welche Aussage der Gründungsmythos über die Legitimität der politisch reformierten Polis trifft, ist unterschiedlich beurteilt worden; es ist jedoch sehr wahrscheinlich, dass *Protagoras* die umfassende Bürgerbeteiligung anhand ihrer mythologischen Herleitung zu erklären und zu rechtfertigen sucht.<sup>40</sup> Die mythologische Erzählform sowie die Ableitung der den Polisverband tragenden Qualitäten von Zeus als dem höchsten Gott bewirken zugleich jedoch eine stark „meta-positive Verankerung“<sup>41</sup> der in den Poleis gefassten *Nomoi*.<sup>42</sup> Auch ist in dem Umstand, dass die Gründung der Poleis im Mythos des *Protagoras* lediglich zur Sicherstellung der Lebensfähigkeit des menschlichen Geschlechts erfolgt, eine zweckorientierte Abwertung der Polis als alle Lebensbereiche umfassender Lebensform gesehen worden.<sup>43</sup> Die insbesondere die Gleichheitsidee betonende Auffassung des *Protagoras* von der Ordnung der Polis und ihrer Herrschaft hat – neben den Anschauungen des *Anaxagoras von Klazomenai* (um 499–428 v. Chr.)<sup>44</sup> – Eingang in die Polislehre des attischen Staatsmannes *Perikles* gefunden.<sup>45</sup>

#### b) Abwendung von der politisch reformierten Polis

Demgegenüber wandten andere sophistische Denker sich von der neuen Form der Polis ab und postulierten eine unpolitische Haltung. Ein prominentes Beispiel hierfür bildet der Sophist *Antiphon* (5. Jahrhundert v. Chr.):<sup>46</sup>

„Gerechtigkeit besteht darin, die gesetzlichen Vorschriften des Staates, in dem man Bürger ist, nicht zu übertreten. Es wird also ein Mensch für sich am meisten Nutzen bei der Anwendung der Gerechtigkeit haben, wenn er vor Zeugen die Gerechtigkeit hoch hält, allein und ohne Zeugen dagegen die Gebote der Natur; denn die der Gesetze sind willkürlich, die der Natur dagegen notwendig; und die der Gesetze sind vereinbart, nicht gewachsen, die der Natur dagegen gewachsen, nicht vereinbart.“

---

begründet, während der *Nomos* und *Dike* die in der menschlichen Natur vorgezeichnete Vergesellschaftung anleite, siehe *Diels/Kranz*, Die Fragmente der Vorsokratiker, 6. Aufl. 1951, 2004, Fr. 89, 6,1.

<sup>39</sup> *Hoffmann*, Das Recht im Denken der Sophistik, 1997, S. 59 ff.; *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 42.

<sup>40</sup> In diesem Sinne auch *Dihle*, in: Bock, Gesetz und Gesetzlichkeit in den Wissenschaften, 2006, S. 23 (25); *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 54; restriktiver *Cassin*, in: Ricken, Philosophen der Antike I, 1996, S. 169 ff.; einen politischen Aussagegehalt weitgehend ablehnend *Hoffmann*, Das Recht im Denken der Sophistik, 1997, S. 64 ff.

<sup>41</sup> *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 55.

<sup>42</sup> Zur weiterführenden Diskussion um die Einordnung siehe *Nestle*, Vom Mythos zum Logos, 2. Aufl. 1942, S. 286 ff. einerseits und *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 55 andererseits; anders dagegen *Wolf*, Griechisches Rechtsdenken, Bd. 2, 1952, S. 36, der die Erzählung als „Gleichnisrede“ auffasst und in Zeus sowie Hermes bloße „Personifikationen“ philosophischer Begriffe erblickt.

<sup>43</sup> *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 55.

<sup>44</sup> Zu ihm siehe allgemein *Curd*, Anaxagoras of Clazomenae, 2007.

<sup>45</sup> Neben der Gleichheitsidee waren die Vorstellungen des *Perikles* über die Ausgestaltung und Beherrschung der Polis maßgeblich vom Gedanken einer an das Gemeinwohl rückgebundenen Freiheit geprägt, siehe hierzu *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 44 ff.

<sup>46</sup> Zum Sophisten *Antiphon* siehe *Paulsen*, in: Zimmermann, Handbuch der griechischen Literatur der Antike, Bd. 1, 2011, S. 435 f.

Wer also die gesetzlichen Vorschriften übertritt, ist, wenn es ihren Vereinbarern verborgen bleibt, von Schande und Strafe verschont; bleibt es ihnen nicht verborgen, so nicht. Wer dagegen eins der von Natur mit *uns* verwachsenen Gesetze wider die Möglichkeit zu vergewaltigen sucht, *für den ist*, wenn es vor allen Menschen verborgen bleibt, das Unheil um nichts geringer und, wenn alle es bemerken, um nichts größer; denn der Schade beruht nicht auf bloßer Meinung, sondern auf Wahrheit.“<sup>47</sup>

Mit dem Sophisten *Antiphon* verbindet sich in der Forschung das bisher ungelöste Problem, ob dieser von dem Rhetor *Antiphon von Rhamnus* personenverschieden ist oder nicht.<sup>48</sup> In der Sichtweise des Sophisten *Antiphon* erscheint die Polis mit ihren kraft menschlicher Vereinbarung beschlossenen Gesetzen als eine zwar als notwendig anzuerkennende Einrichtung, welche gleichwohl den wahren, natürlichen Status des Menschen empfindlich einschränkt. *Antiphon* veranschaulicht diese These an dem gedanklichen Experiment eines Verstoßes gegen die in der Polis (kraft Vereinbarung) gesetzten Normen einerseits sowie – andererseits – gegen die von Natur gegebenen Gesetze: Während eine Übertretung der menschlich gesetzten Normen eine Sanktion nur dann erwarten lasse, wenn die Übertretung öffentlich bekannt werde, werde ein sich gegen seine Natur vergehender Mensch bereits durch die Übertretungshandlung selbst bestraft. Neben einer unpolitischen Geringschätzung der Polis und ihrer Institutionen kommt in dem zitierten Ausspruch auch das sogleich näher zu erläuternde Problem eines Gegensatzes zwischen *Nomos* und *Physis* bereits zur Sprache.

### c) Stärkung der Stellung des Adels in der reformierten Polis

Eine dritte Sichtweise auf die Polis betrachtet diese – insoweit in Übereinstimmung mit der eben genannten des Sophisten *Antiphon* – von einem individuellen Standpunkt aus und stellt allerdings den Zusammenschluss in den Dienst individueller Machtakkumulation. Denker wie *Gorgias* (um 490/485–um 396 v. Chr.)<sup>49</sup> oder *Kallikles* (Ende 5. Jahrhundert v. Chr.)<sup>50</sup> postulieren ein Recht des Stärkeren, nach welchem der von Natur aus zur Herrschaft bestimmte Adel seine Vorrangstellung auch innerhalb der Polis in Form einer monokratischen bzw. aristokratischen Herrschaft zu erlangen und verstetigen fordern darf.<sup>51</sup> Hintergrund ist die Bemühung dieser Sophisten, die Reform der Polis für eine Befestigung sowie Erweiterung der adligen Machtbefugnisse nutzbar zu machen. Die Interdependenz zwischen einer wohlgeordneten Polis und der adligen Machtstellung führt nach dieser Ansicht freilich zur Annahme einer gleichzeitig auch dem Volkswohl dienenden Herrschaft.<sup>52</sup> Damit geht dieser Denkansatz erkennbar von der Herrschaftsform der Tyrannis zugeneigten Prämissen aus. Die Sophisten *Kallikles* und *Kritias* sind denn auch die prominentesten Vertreter einer Strömung der Spätsophistik, welche die Tyrannis als ideale Herrschaftsform ansah und das natürlicherweise dem Adel eigene Recht des Stärkeren zu ihrer Begründung und Rechtfertigung anführte.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> Diels/Kranz, Die Fragmente der Vorsokratiker, 6. Aufl. 1951, 2004, Fr. B 87, 44, Col. 1 u. 2 (Hervorhebungen dort); hierzu Hoffmann, Das Recht im Denken der Sophistik, 1997, S. 186 ff.

<sup>48</sup> Zu dieser Forschungsfrage mit weiteren Nachweisen Paulsen, in: Zimmermann, Handbuch der griechischen Literatur der Antike, Bd. 1, 2011, S. 435.

<sup>49</sup> Zu Gorgias v. Leontinoi siehe Paulsen, in: Zimmermann, Handbuch der griechischen Literatur der Antike, Bd. 1, 2011, S. 428 ff.

<sup>50</sup> Siehe zu ihm Noack, Platon und der Immoralismus, 2012, S. 15 ff.

<sup>51</sup> Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 56.

<sup>52</sup> Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 56.

<sup>53</sup> Dazu Nestle, Vom Mythos zum Logos, 2. Aufl. 1942, S. 400 ff.; siehe auch die Systematisierung bei Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 1/1, 2001, S. 216 ff.; krit. hierzu Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 57.

#### 4. Die *Nomoi* in den Theorien der Sophisten

Bedeuteten die *Nomoi* nach dem hergebrachten Verständnis, wie es sich insbesondere in der frühgriechischen Dichtung manifestierte, göttlich sanktionierte und meistens mündlich überlieferte Verhaltensanforderungen an ein gelingendes Leben, so setzte sich im 5. Jahrhundert v. Chr. allmählich eine gewandelte Auffassung durch.<sup>54</sup> Infolge der divergierenden Gesetzgebungstätigkeit in den Volksversammlungen der Poleis hinterfragte das umfassende sophistische Bildungsideal zunehmend die absolute Geltungskraft und religiöse Rückkopplung der *Nomoi*; auch wurde angesichts der festgestellten Wandelbarkeit der *Nomoi* deren inhaltliche Garantie für das Rechte (*Dikaion*) hinterfragt und ein Maßstab zur Bestimmung des dem Individuum naturgemäß an Rechtem Zukommenden gesucht (Verhältnis von *Nomos* und *Physis*).<sup>55</sup> Die einsetzende Relativierung des *Nomos*-Begriffs vollzog sich jedoch nicht einheitlich, wie anhand zweier Beispiele dargelegt werden soll.

Der Sophist *Protagoras* beobachtete die abweichende Gesetzgebung in den Poleis und bestimmte den *Nomos*-Begriff in Abhängigkeit davon, was der jeweiligen Volksversammlung als gerecht erscheint:

„Denn was jedem Staate schön und gerecht erscheint, das ist es ihm ja auch, solange er es dafür erklärt.“<sup>56</sup>

Bestimmt sich der Inhalt der *Nomoi* also ausschließlich nach den Satzungen der Volksversammlung? Wie der Gründungsmythos des *Protagoras* gezeigt hat, kommen *Aidos* und *Dike* (Scham und Recht) allen Menschen als naturgemäße Anlage zu und entfalten sich durch Vermittlung einer politischen *Techne*;<sup>57</sup> damit weisen auch die in den Poleis gesetzten *Nomoi* eine Verankerung in diesen göttlich gestifteten Werten auf.<sup>58</sup> Das Verhältnis von Gesetz (*Nomos*) und Natur des Individuums (*Physis*) ist folglich grundsätzlich kein konträres; vielmehr entfalten – vermittelt durch die politische *Techne* und das Gesetzgebungsverfahren – *Aidos* und *Dike* im *Nomos* ihre konkrete Wirksamkeit und legitimieren dadurch die Regelung.<sup>59</sup>

Deutlich stärker relativierende Aussagen über die *Nomoi* sind uns von *Kallikles* und *Thrasymachos* (letztes Drittel des 5. Jahrhundert v. Chr.)<sup>60</sup> überliefert; ausgehend von unterschiedlichen Polis-„Verfassungen“ erscheinen die *Nomoi* hier jeweils als nutzenorientierte Manifestation des Willens der politisch Mächtigen:

*Kallikles* sagt:

„Allein ich denke, die die Gesetze geben, das sind die Schwachen und der große Haufe. In Beziehung auf sich selbst also und das, was ihnen nutzt, bestimmen sie die Gesetze und das Löbliche, was gelobt,

<sup>54</sup> Siehe zu dieser Entwicklung instruktiv *Dihle*, in: Behrends/Sellert, *Nomos und Gesetz*, 1995, S. 117 (118 ff.).

<sup>55</sup> *Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 58.

<sup>56</sup> Plat. *Tht.* 167c.

<sup>57</sup> Zum Gründungsmythos des *Protagoras* siehe bereits unter IV. 3. a).

<sup>58</sup> *Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 58. Diese Verankerung der *Nomoi* in den göttlich gestifteten Werten kommt bei *Verdroß-Droßberg*, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 1948, S. 48 f. nur unzureichend zum Ausdruck, wenn maßgeblich auf den in die politische Gemeinschaft eingebundenen Menschen abgestellt wird, welcher – vermittelt durch die in der Volksversammlung gebildete allgemeine Meinung – den Satzungen ihren Inhalt von Recht und Gerechtigkeit verleiht.

<sup>59</sup> *Dihle*, in: Behrends/Sellert, *Nomos und Gesetz*, 1995, S. 122 f.; siehe auch *Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 58 f.

<sup>60</sup> Zu ihm siehe allgemein *Paulsen*, in: Zimmermann, *Handbuch der griechischen Literatur der Antike*, Bd. 1, 2011, S. 433 f.

das Tadelhafte, was getadelt werden soll; und um kräftigere Menschen, welche mehr haben könnten, in Furcht zu halten, damit diese nicht mehr haben mögen als sie selbst, sagen sie, es sei häßlich und ungerecht, für sich immer auf mehr auszugehen, und das ist nun das Unrecht, wenn man sucht, mehr zu haben als die anderen. Denn sie selbst, meine ich, sind ganz zufrieden, wenn sie nur gleiches erhalten, da sie die Schlechteren sind.“<sup>61</sup>

*Thrasymachos* spricht:

„Und jegliche Regierung gibt die Gesetze nach dem, was ihr zuträglich ist, die Demokratie demokratische, die Tyrannei tyrannische und die anderen ebenso. Und indem sie sie so geben, zeigen sie also, daß dieses ihnen Nützliche das Gerechte ist für die Regierten. [...]. Dies nun, o Bester, ist das, wovon ich meine, daß es in allen Staaten dasselbe Gerechte ist, das der bestehenden Regierung Zuträgliches.“<sup>62</sup>

Spiegeln die *Nomoi* hier das den Herrschenden Nützliche, so stehen sie im Widerspruch zum Gerechten und dem Individuum naturgemäß Zukommenden, wie es der althergebrachte *Nomos*-Begriff verkörperte; *Nomos* und *Physis* stehen im Widerstreit miteinander.<sup>63</sup> Zwar postuliert *Kallikles* ein naturgemäßes Recht des Stärkeren und geht aufgrund der engen Verflechtung von adligen Nutzenerwägungen und dem Gemeinwohl davon aus, dass das individuelle Machtstreben des Herrschenden auch den übrigen Bewohnern der Polis nütze;<sup>64</sup> auf der Ebene des Individuums wird der Gegensatz zwischen *Nomos* und *Physis* dadurch jedoch nicht aufgelöst.

Der Gedanke eines der menschlichen Natur widerstrebenden *Nomos* findet sich – unter abweichender Annahme einer natürlichen Gleichheit der Menschen – auch beim Sophisten *Hippias* (5. Jahrhundert v. Chr.):<sup>65</sup>

„Ich denke, sagte er, ihr versammelten Männer, daß wir Verwandte und Befreundete und Mitbürger von Natur sind, nicht durch das Gesetz. Denn das Ähnliche ist dem Ähnlichen von Natur verwandt, das Gesetz aber, welches ein Tyrann der Menschen ist, erzwingt vieles gegen die Natur.“<sup>66</sup>

*Hippias*, wohl ein jüngerer Zeitgenosse des *Protagoras* und Universalgelehrter von großer Bekanntheit,<sup>67</sup> geht in dem überlieferten Ausspruch von der naturgemäßen Verwandtschaft – entweder der Menschen schlechthin oder jedenfalls der anwesenden griechischen Männer<sup>68</sup> – aus und charakterisiert in Gegenüberstellung hierzu das Gesetz als Tyrann, welcher in vielen Konstellationen dem Menschen ein seiner Natur zuwiderlaufendes Verhalten abnötige. Auch beim Sophisten *Hippias* stehen

<sup>61</sup> Plat. Gorg. 483b–c.

<sup>62</sup> Plat. Pol. 338e.

<sup>63</sup> Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 59.

<sup>64</sup> Siehe dazu Plat. Gorg. 483d–e; oben unter IV. 3. c); eine ähnliche natürliche Vorrangstellung des Stärkeren vertrat auch Gorgias, siehe das Fragment in Diels/Kranz, Die Fragmente der Vorsokratiker, 6. Aufl. 1951, 2004, Fr. 82 B 11, 6.

<sup>65</sup> Zu *Hippias* v. Elis siehe Paulsen, in: Zimmermann, Handbuch der griechischen Literatur der Antike, Bd. 1, 2011, S. 432 f.

<sup>66</sup> Plat. Prot. 337c–d.

<sup>67</sup> Näher zu den spärlichen Überlieferungen Paulsen, in: Zimmermann, Handbuch der griechischen Literatur der Antike, Bd. 1, 2011, S. 432 f.

<sup>68</sup> Zu den verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten des Ausspruchs und den hierzu vertretenen Positionen in der Forschung siehe Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 1/1, 2001, S. 217.

die Gesetze damit teilweise in einem unauflösbaren Widerspruch zur menschlichen Natur.

Es fragt sich, ob wir in den Überlegungen der Sophisten zum Verhältnis von *Nomos* und *Physis* den Beginn der für den weiteren Verlauf der Rechtsphilosophie so bedeutungsvollen Naturrechtsdebatte vor uns haben. Einige Autoren haben diese Frage bejaht und in der aufkommenden Antithese von *Nomos* und *Physis* bei einigen sophistischen Denkern eine Naturrechtslehre sich Bahn brechen gesehen.<sup>69</sup> Aufbauend auf einer systematisierenden Einteilung *Hans Kelsens*<sup>70</sup> wurden zwei Hauptströmungen innerhalb der griechischen Naturrechtslehre unterschieden: Während eine Strömung das positive Recht mittels Verortung im Naturrecht zu rechtfertigen und stärken suchte, unterstellte eine andere Strömung die Satzungen der Polis in ihrer Gesamtheit oder Teile derselben dem Verdikt der Naturrechtswidrigkeit.<sup>71</sup> Die letztere naturrechtliche Strömung wurde in wiederum verschiedenen Spielarten bereits innerhalb der Sophistik verortet:

„Die sophistische Naturrechtslehre gabelt sich in drei Hauptströmungen. Zwar sind alle ihre Anhänger Vertreter der *revolutionären* Naturrechtslehre, da sie alle dem positiven Recht ein höheres und besseres ‚Naturrecht‘ gegenüberstellen; sie gehen aber insofern auseinander, als die einen die Naturrechtswidrigkeit der Volksherrschaft behaupten, während andere dem positiven Recht der Einzelstaaten ein panhellenisches oder kosmopolitisches Idealrecht gegenüberstellen.“<sup>72</sup>

Danach wäre in der Antithese von *Nomos* und *Physis* etwa bei *Kallikles* oder *Thrasymachos* bereits ein das Recht des Stärkeren legitimierendes Naturrecht zu sehen.<sup>73</sup> Die soeben dargestellte Kritik des *Hippias* an den tyrannisch wirkenden Gesetzen erschiene vor diesem Hintergrund eingebettet in eine panhellenische, d.h. das gesamte Griechentum einschließende, Naturrechtslehre.<sup>74</sup>

Bei der Beurteilung der Frage, ob die sophistischen Theorien zum Verhältnis von *Nomos* und *Physis* den Beginn der Naturrechtsdiskussion markieren, ist angesichts der mangelnden Konturen des Naturbegriffs in den sophistischen Stellungnahmen jedoch Vorsicht angezeigt; unzweifelhaft kommt den Sophisten aber das große Verdienst zu, den überkommenen *Nomos*-Begriff hinterfragt und angesichts der divergierenden Beschlüsse in den Volksversammlungen die Frage nach der Legitimation der *Nomoi* ebenso aufgeworfen zu haben wie die Frage nach dem rechten Verhältnis zwischen der Natur des Einzelmenschen und der Rechtssetzung in der Polis.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> Statt vieler *Eckstein*, Das antike Naturrecht in sozialphilosophischer Beleuchtung, 1926, S. 16 ff.; *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 50 ff.; *Zeller*, Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung, Bd. 1/2, 6. Aufl. 1920, S. 1293 f.

<sup>70</sup> *Kelsen*, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928.

<sup>71</sup> Siehe die Darstellung bei *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 51.

<sup>72</sup> *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 51 f. (*Hervorhebung* im Original).

<sup>73</sup> So *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 52 f.

<sup>74</sup> *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 53; noch weitergehend (kosmopolitische Züge) bei *Menzel*, Beiträge zur Geschichte der Staatslehre, 1929, S. 240.

<sup>75</sup> Ähnlich auch *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, 2. Aufl. 2006, S. 61; kritische Anklänge schließlich auch bei *Verdroß-Droßberg*, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl. 1948, S. 54 f., der an der sophistischen Naturrechtslehre eine Vermengung von Naturrecht und Idealrecht kritisiert und ihr vorwirft, den Begriff des Naturrechts nicht hinreichend konturiert zu haben.



## V. Ausblick

Was ist der Ertrag der vorsokratischen Gedanken für die Entwicklungslinien der hiernach einsetzen- den klassischen griechischen Rechts- und Staatsphilosophie? Diese kurze *Tour d’Horizon* durch die vorsokratischen Auffassungen von Recht und Staat hat eine Entwicklung aufgezeigt, welche mit den Begriffen zunehmender Ausdifferenzierung und Rationalisierung gefasst werden kann; im Zusammenwirken beider Teilbereiche können Vorarbeiten für spätere Positionen der klassischen griechi- schen Philosophie ausgemacht werden.

Die zunehmende Ausdifferenzierung lässt sich eindrucksvoll am *Nomos*-Begriff nachvollziehen: Der überkommene Begriff einer göttlich verankerten, absolut gefassten Handlungsanweisung wird im 5. Jahrhundert v. Chr. unter dem Einfluss des sophistischen Bildungsideals hinterfragt und in seiner Reichweite unterschiedlich stark relativiert.<sup>76</sup> Aufgebrochen wird die starre Absolutheit des alther- gebrachten Begriffs durch die Akzentuierung der auf die Natur rekurrierenden Position des Einzel- menschen und sein rechtes Verhältnis zum *Nomos*.<sup>77</sup>

Eine schrittweise sich vollziehende Rationalisierung des Denkens bildet eine zweite Entwick- lungslinie ausgehend vom archaischen Mythos über das altgriechische Epos, die ionische Natur- philosophie und die Aussagen der Sophisten. Im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der Individual- natur in der Sophistik ist gefragt worden, ob das Recht zunehmend seiner göttlichen Verankerung entkleidet und profanisiert worden sei.<sup>78</sup> Teilweise wurde diese Frage verneint mit dem Argument, das Göttliche habe die Inhalte des aufkommenden Naturbegriffs schrittweise absorbiert.<sup>79</sup> Ange- sichts weitgehend fehlender dogmatischer Strukturen in der griechischen Religion erscheint eine vermittelnde Differenzierung in dieser Frage angemessen, welche auch die begriffliche Flexibilität des Gerechten (*Dike*) berücksichtigt.<sup>80</sup> Die Reichweite der Fragestellung wird auch durch den Befund eingeschränkt, dass ein unmittelbarer Niederschlag der (rechts-)philosophischen Debatten in der Rechtspraxis kaum ausgemacht werden kann und aufgrund der historischen Gegebenheiten wohl auch nicht hat stattfinden können.<sup>81</sup> Gleichwohl lohnt die Beschäftigung mit der Rechts- und Staats- philosophie der Vorsokratiker: Diese Denker haben mit ihrem kritischen Hinterfragen des Seienden in der Welt der klassischen griechischen Philosophie den Boden bereitet und sind so Teil einer Ent- wicklung, welche die abendländische Kulturtradition bis heute nachhaltig prägt.

---

<sup>76</sup> Siehe dazu unter IV. 4.

<sup>77</sup> Siehe hierzu unter IV. 4. sowie Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittel- alter*, 2. Aufl. 2006, S. 61.

<sup>78</sup> Siehe den kurzen Überblick bei Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittel- alter*, 2. Aufl. 2006, S. 61 f.

<sup>79</sup> Jaeger, *Paideia*, Bd. 1, 4. Aufl. 1959, S. 408.

<sup>80</sup> Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, 2. Aufl. 2006, S. 62.

<sup>81</sup> Wolff, „Normenkontrolle“ und Gesetzesbegriff in der attischen Demokratie, 1970, S. 79 f.

## Das Beschleunigte Verfahren (§§ 417 ff. StPO) im Überblick

Rechtsanwalt Dr. Ruben Doneleit, München\*

<b>I. Einleitung .....</b>	<b>305</b>
<b>II. Gang des Verfahrens .....</b>	<b>306</b>
1. Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 417 StPO) .....	306
a) Einfacher Sachverhalt .....	307
b) Klare Beweislage .....	308
c) Eignung zur sofortigen Verhandlung .....	308
2. Zuständiges Gericht (§§ 417, 419 Abs. 1 StPO) .....	309
3. Entscheidung des Gerichts (§ 419 Abs. 1 - 3 StPO) .....	309
4. Folgen der Anwendung des Beschleunigten Verfahrens (§§ 418 - 420 StPO) .....	310
a) Keine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 418 Abs. 1 S. 1 StPO) .....	311
b) Modifikation der Ladungsfrist (§ 418 Abs. 2 StPO) .....	311
c) Mündliche Anklageerhebung (§ 418 Abs. 3 S. 2 StPO) .....	311
d) Erleichterte Beweisaufnahme (§ 420 StPO) .....	312
e) Vorläufige Festnahme und Hauptverhandlungshaft (§ 127b StPO) .....	313
<b>III. Rechtliche Probleme .....</b>	<b>313</b>
1. Zeitpunkt Antragsstellung (§ 417 StPO) .....	313
2. Möglichkeit zur und Zeitpunkt der Antragsrücknahme .....	314
3. Rechtsfolgenbegrenzung (§ 419 Abs. 1 S. 2, 3 StPO) .....	315
a) § 419 Abs. 1 S. 2 StPO .....	316
b) Erforschung der Täterpersönlichkeit .....	316
c) § 419 Abs. 1 S. 3 StPO .....	316
4. Verteidigerbestellung (§ 418 Abs. 4 StPO) .....	317
5. §§ 417 ff. StPO im Instanzenzug .....	317
<b>IV. Verhältnis zu anderen Instrumenten des Strafprozessrechts .....</b>	<b>318</b>
1. Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO) .....	318

\* Der Verf. war Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung an der LMU München (Prof. Dr. Mark A. Zöller) und arbeitet mittlerweile als Rechtsanwalt in München.

2. Verfahrenseinstellung (§§ 153 ff. StPO) .....	319
3. Verständigung (§ 257c StPO).....	319
4. Privatklage (§§ 374 ff. StPO).....	319
<b>V. Umsetzung in der Praxis.....</b>	<b>319</b>
<b>VI. Das beschleunigte Verfahren in der juristischen Ausbildung.....</b>	<b>320</b>
1. Prüfung des hinreichenden Tatverdachts .....	320
2. Verhältnis zu den Prozessmaximen .....	320
3. Weitere Bezugspunkte .....	321
<b>VII. Fazit.....</b>	<b>321</b>

## I. Einleitung

Ob in Bezug auf Klimakleber, Freibad-Randalierer oder propalästinensische Demonstrationen:<sup>1</sup> In der jüngeren Vergangenheit wurden in Politik und Medien die Rufe nach einem handlungsfähigen Rechtsstaat und einer schnellen Reaktion auf strafbare Verhaltensweisen zunehmend lauter. Hierzu sind beispielsweise auch die Aussagen von CDU-Generalsekretär *Dr. Carsten Linnemann* anlässlich der Berliner Freibad-Randalen zu zählen, der im Juli 2023 sagte:

„Es braucht Schnellverfahren gegen Gewalttäter, das Justizsystem muss entsprechend organisiert werden. Der starke Rechtsstaat funktioniert nur mit Abschreckung, wenn die Täter damit rechnen müssen, dass sie noch am gleichen Tag verurteilt werden und die Konsequenzen tragen.“<sup>2</sup>

Ins Blickfeld gerät dabei zwangsläufig das Beschleunigte Verfahren, das in den §§ 417 ff. StPO<sup>3</sup> und ergänzend in Nr. 146 RiStBV geregelt ist.<sup>4</sup>

In der juristischen Ausbildung wird das Beschleunigte Verfahren typischerweise eher stiefmütterlich behandelt<sup>5</sup> oder gar nur in strafprozessualen Vertiefungsveranstaltungen erwähnt. Dieser Blick greift jedoch zu kurz, da das Beschleunigte Verfahren als Ausprägung eines erstinstanzlichen Hauptverfahrens, zumindest in seinen Grundzügen, Gegenstand des staatlichen Pflichtfachstoffes für die Erste Juristische Prüfung ist.<sup>6</sup> Daher soll im Folgenden zunächst der Gang des Beschleunigten Ver-

<sup>1</sup> Dazu ergingen etwa die Entscheidungen des AG München, Beschl. v. 7.11.2023 – 843 Ds 510 Js 663/23 und des AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 15.11.2023 – 223 Ds 231 Js 3164/23.

<sup>2</sup> Vgl. [www.tagesschau.de/inland/linnemann-120.html](http://www.tagesschau.de/inland/linnemann-120.html) (21.2.2024).

<sup>3</sup> Die aktuelle Fassung der §§ 417 ff. StPO geht im Wesentlichen auf die Reform aus 1994 durch das sog. Verbrechensbekämpfungsgesetz (BGBl. I 1994, S. 3186; dazu BT-Drs. 12/6853, S. 10 f., 34 ff.) zurück.

<sup>4</sup> Zur historischen Entwicklung des Beschleunigten Verfahrens im deutschen Strafprozessrecht *Schröer*, Das beschleunigte Verfahren gem. §§ 417 ff. StPO, 1998, S. 27 ff.

<sup>5</sup> Siehe dazu *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 804–811; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, S. 350–353; *Engländer*, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2022, Rn. 321; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, S. 306 f.

<sup>6</sup> Siehe dazu § 8 Abs. 2 Nr. 8 JAPrO Baden-Württemberg „Gang des Ermittlungs- und Strafverfahrens“, § 18 Abs. 2 Nr. 7 lit. c JAPO Bayern „Verfahren im ersten Rechtszug“, § 4 S. 1 JAPO Saarland i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 11 lit. b sublit. aa JAG Saarland „Gang des Ermittlungs- und Strafverfahrens“, § 1 Abs. 2 Nr. 1 lit. b JAPO Rheinland-Pfalz i.V.m. Anlage zu § 1 Abs. 2 Nr. 1 JAPO Rheinland-Pfalz B. III. Nr. 3 „Gang des Ermittlungs- und Strafverfahrens“, § 7 S. 1 Nr. 3 lit. c JAG Hessen „Gang des Strafverfahrens“, § 14 Abs. 3 Nr. 9 lit. b sublit. aa JAPrO Sachsen „Gang des Ermittlungs- und Strafverfahrens“, § 11 Abs. 2 Nr. 8 JAG NRW „allgemeiner Gang des Ermittlungs- und Strafverfahrens“, 16 Abs. 2 Nr. 3 lit. c JAVO Niedersachsen „Gang des Ermittlungs- und des

fahrens geschildert werden, bevor im Anschluss daran Ausführungen zu rechtlichen und tatsächlichen Problemen bei dessen Durchführung folgen. Wichtig ist zudem, dass die §§ 417 ff. StPO auch ins Verhältnis zu anderen, für die juristische Ausbildung bedeutsamen Handlungsmöglichkeiten gesetzt und dabei verschiedene Anknüpfungspunkte für die Fallbearbeitung aufgezeigt werden.

## II. Gang des Verfahrens

Zur Veranschaulichung des Beschleunigten Verfahrens sollen folgende Beispiele dienen:

*Beispiel 1:* Nach einem Fußballspiel treffen sich die Anhänger zweier Vereine zur „dritten Halbzeit“ hinter dem Stadionparkplatz. Dort entfacht eine Massenschlägerei mit 20 Beteiligten. In deren Zuge erleiden mehrere Personen Platzwunden und Knochenbrüche. Die zügig eintreffende Polizei beendet umgehend die Auseinandersetzung. Wer angefangen und wer welche Ausführungshandlung vorgenommen hat, lässt sich aufgrund der vielen involvierten Personen und sich widersprechender Aussagen der Beteiligten nicht direkt ermitteln.

*Beispiel 2:* In einem Kaufhaus wird ein Ladendieb von einem Detektiv beobachtet, als er ein Paar Ohringe (Wert 10 €) in seine Hosentasche verschwinden lässt. Kurz nach Passieren des Kassensbereichs stellt der Detektiv den Dieb, geleitet diesen in sein Büro und alarmiert daraufhin die Polizei. Nachdem diese eingetroffen ist, räumt der Dieb den Tatvorwurf umfassend ein.

### 1. Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 417 StPO)

Das Beschleunigte Verfahren setzt stets einen schriftlichen oder mündlichen Antrag der Staatsanwaltschaft auf Entscheidung im Beschleunigten Verfahren gem. § 417 StPO voraus. Der Antrag kann nur von der Staatsanwaltschaft gestellt werden. Der Beschuldigte<sup>7</sup> bzw. dessen Verteidiger oder ein Privatkläger i.S.d. §§ 374 ff. StPO<sup>8</sup> haben kein Antragsrecht. Zudem sind die §§ 417 ff. StPO auch in Verfahren gegen Jugendliche (§ 1 Abs. 2 JGG) nicht anwendbar, § 79 Abs. 2 JGG.<sup>9</sup> Der Antrag nach § 417 StPO ist aber nicht mit der Anklage<sup>10</sup> gem. §§ 170 Abs. 1, 200 StPO identisch,<sup>11</sup> kann jedoch mit dieser verbunden werden<sup>12</sup>. In der Praxis ähnelt der Aufbau eines Antrages gem. § 417 StPO jedoch einer Anklage, da dieser deren wesentliche Angaben enthält. Anders als bei einer Anklage wird

---

Strafverfahrens“, § 14 Abs. 2 Nr. 5 JAPO Thüringen „Grundzüge des Strafprozessrechts“, § 14 Abs. 2 Nr. 6 lit. b JAPO Sachsen-Anhalt „Gang des Strafverfahrens“, § 3 Abs. 4 Nr. 4 lit. b JAPO Berlin und Brandenburg „allgemeiner Gang des Strafverfahrens“, § 12 Abs. 1 S. 1 JAG Hamburg i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 Prüfungsgegenständeverordnung Hamburg „Gang des Ermittlungs- und Strafverfahrens“, § 5 Abs. 1 Nr. 2 lit. d „Strafprozessrecht“ JAPG Bremen und § 3 Abs. 4 Nr. 2 JAVO Schleswig-Holstein „allgemeiner Gang des Strafverfahrens“. Allein in Mecklenburg-Vorpommern sind die §§ 417 ff. StPO nicht Prüfungsgegenstand, vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 2 lit. c JAPO Mecklenburg-Vorpommern.

<sup>7</sup> Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 417 Rn. 15.

<sup>8</sup> Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 417 Rn. 4.

<sup>9</sup> Anderes gilt für Heranwachsende, da die §§ 417 ff. StPO in § 109 JGG nicht explizit ausgenommen sind bzw. dort nicht auf § 79 Abs. 2 JGG verwiesen wird.

<sup>10</sup> Das Erfordernis einer Anklage ergibt sich unmittelbar aus § 151 StPO. Zuständig hierfür ist allein die Staatsanwaltschaft, § 152 Abs. 1 StPO.

<sup>11</sup> Im Jugendstrafverfahren besteht mit § 76 S. 2 JGG dagegen eine Gleichstellungsklausel.

<sup>12</sup> Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 418 Rn. 40; Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 6; Temming, in: BeckOK StPO, Stand: 1.10.2023, § 417 Rn. 5.

jedoch kein Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 199 Abs. 2 StPO), sondern ein solcher auf Aburteilung im Beschleunigten Verfahren gestellt. Bei der Anklage und dem Antrag gem. § 417 StPO handelt es sich um eigenständige Prozessvoraussetzungen.<sup>13</sup> Das Beschleunigte Verfahren setzt voraus, dass sich die Sache, also der Verfahrensgegenstand, aufgrund des einfachen Sachverhalts oder der klaren Beweislage zur sofortigen Verhandlung eignet. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist die Staatsanwaltschaft nach deren Prüfung zur Antragsstellung verpflichtet („stellt“).<sup>14</sup> Dabei ist aber stets zu berücksichtigen, dass auch andere Formen der Verfahrenserledigung, wie beispielsweise ein Strafbefehlsverfahren nach den §§ 407 ff. StPO, vorrangig in Betracht kommen können.<sup>15</sup>

### a) Einfacher Sachverhalt

Ein Sachverhalt ist einfach, wenn er für alle Beteiligten in tatsächlicher Hinsicht leicht überschaubar ist.<sup>16</sup> Dies gilt für alle Umstände, die den Rechtsfolgen- und Schuldspruch betreffen.<sup>17</sup> Materiell-rechtliche Probleme führen grundsätzlich nicht zu einem schwierigen Sachverhalt.<sup>18</sup> Anderes gilt aber, wenn daraus weiterer Aufklärungsbedarf resultiert, da dann eine umfassende Beweisaufnahme erforderlich ist.<sup>19</sup> Zudem kann bei materiell-rechtlichen Problemen die Eignung zur sofortigen Verhandlung fraglich sein, da solche Probleme unter Umständen zeitaufwändiger in der rechtlichen Bewertung sind und damit die Vorbereitung der Verhandlung verzögern können. Eine umfassende Beweisaufnahme kann ebenso vonnöten sein, wenn mehrere Taten begangen wurden oder eine Tat politisch motiviert ist.<sup>20</sup>

In *Beispielsfall 1* scheidet die Durchführung eines Beschleunigten Verfahrens aufgrund des unklaren Sachverhalts. Es ist zunächst klärungsbedürftig, wer die Auseinandersetzung veranlasst hat und wer mit den Ausführungshandlungen begonnen hat, da andernfalls kein hinreichender Tatverdacht gegenüber einem konkret zu ermittelnden Beschuldigten angenommen werden kann. Ferner stehen verschiedene Delikte, wie die §§ 223 ff., 231 StGB, im Raum. All dies erfordert eine umfassende Beweisaufnahme, sodass die §§ 417 ff. StPO keine Anwendung finden. Hierdurch zeigt sich auch, dass eine Wechselwirkung zwischen Sach- und Rechtslage bestehen kann.<sup>21</sup> Die rein tatsächliche Frage, wer begonnen hat, kann nämlich für eine etwaige Rechtfertigung gem. § 32 StGB von Bedeutung sein.

Anders verhält es sich im *zweiten Beispielsfall*. Dort geht es lediglich um eine Tat gem. § 242 Abs. 1 StGB einer einzelnen Person, weswegen der Sachverhalt zunächst einfach ist.

---

<sup>13</sup> Zu § 417 StPO *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 6; *Weiler*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 3; *Paeffgen*, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 417 Rn. 15.

<sup>14</sup> *Rosenau*, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 417 Rn. 9. Noch eindeutiger ist die Formulierung des Nr. 146 Abs. 1 S. 1 RiStBV „ist ... zu beantragen“.

<sup>15</sup> Ausführlich zum Verhältnis der §§ 407 ff. StPO zu den §§ 417 ff. StPO unter V. 2.

<sup>16</sup> *Metzger*, in: KMR-StPO, 104. Lfg., Stand: 1.2.2021, § 417 Rn. 16; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 66. Aufl. 2023, StPO § 417 Rn. 15.

<sup>17</sup> *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 26.

<sup>18</sup> *Graf*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 417 Rn. 8; *Temming*, in: BeckOK StPO, Stand 1.10.2023, § 417 Rn. 3.

<sup>19</sup> *Zöllner*, in: Gercke/Temming/Zöllner, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 StPO Rn. 10; *Paeffgen*, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 417 Rn. 23.

<sup>20</sup> *Putzke/Scheinfeld*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 417 Rn. 16; *Zöllner*, in: Gercke/Temming/Zöllner, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 10; a.A. *Rosenau*, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 417 Rn. 15.

<sup>21</sup> *Loos/Radtke*, NStZ 1995, 569 (572).

## b) Klare Beweislage

Die Beweislage ist klar, wenn der Tatnachweis entweder durch ein Geständnis oder durch wenige Beweismittel mit hohem Beweiswert erbracht werden kann und diese in der Hauptverhandlung auch verfügbar sind.<sup>22</sup> Die klare Beweislage fehlt dagegen, wenn es einer umfassenden Beweisaufnahme bedarf, etwa in Fällen von sich widersprechenden Zeugenaussagen.<sup>23</sup>

Ein solche Konstellation liegt dem *ersten Beispielsfall* zugrunde. Dort widersprechen sich die Aussagen der verschiedenen Zeugen bzw. der potenziell Beschuldigten. Deshalb kann nicht von einer klaren Beweislage gesprochen werden. Zudem bedarf es einer sorgfältigen Beweismittelwürdigung hinsichtlich sämtlicher Verletzungsfolgen, da beispielsweise für eine Strafbarkeit gem. § 231 Abs. 1 StGB zumindest die – hier im Ergebnis nicht gegebene – Schwelle des § 226 StGB im Rahmen der objektiven Strafbarkeitsbedingung erfüllt sein muss.

Demgegenüber besteht im zweiten Fall eine klare Beweislage. Diese fußt einerseits auf dem Geständnis des Täters. Dennoch muss ein solches Geständnis vonseiten der Staatsanwaltschaft und dem Gericht stets kritisch auf seine Glaubhaftigkeit geprüft werden. Weiterhin gibt es einen unmittelbaren Augenzeugen, der als Beweismittel zur Verfügung steht. Dies muss aber auch in der Hauptverhandlung im Beschleunigten Verfahren der Fall sein, bei dem ebenfalls die Zeugenpflichten nach § 48 StPO gelten.

## c) Eignung zur sofortigen Verhandlung

Zentrale Voraussetzung<sup>24</sup> des § 417 StPO ist die Eignung der Sache zur sofortigen Verhandlung in rechtlicher und tatsächlicher<sup>25</sup> Hinsicht.<sup>26</sup> Hierfür sind der einfache Sachverhalt und die klare Beweislage kumulative und nicht wie die Gesetzesformulierung („oder“) nahelegt alternative Elemente der Eignung.<sup>27</sup> So kommt das Beschleunigte Verfahren bei schwierigen Sachverhalten mit klarer Beweislage oder einfachen Sachverhalten mit unklarer Beweislage regelmäßig nicht in Betracht. Die (Gesamt-)Eignung entfällt auch, wenn die sonstigen Prozessvoraussetzungen<sup>28</sup> fehlen oder kein hinreichender Tatverdacht<sup>29</sup> besteht.

Zwischen dem Antrag der Staatsanwaltschaft und der Hauptverhandlung im Beschleunigten Verfahren soll nach der seit einigen Jahren geltenden Rechtslage gem. § 418 Abs. 1 S. 2 StPO nur ein

<sup>22</sup> Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 417 Rn. 9; Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 11 f.

<sup>23</sup> Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 31; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 417 Rn. 16.

<sup>24</sup> Auch dahingehend ist die Formulierung der Nr. 146 Abs. 1 S. 1 RiStBV deutlicher, der von einer Pflicht zur Antragsstellung „in allen geeigneten Fällen“ spricht.

<sup>25</sup> Da nur dem Gericht eine realistische Einschätzung über die tatsächlichen Umstände vor Ort zur Durchführung eines Beschleunigten Verfahrens möglich ist, hat nur dieses dahingehend eine Prüfpflicht, Metzger, in: KMR-StPO, 104. Lfg., Stand: 1.2.2021, § 417 Rn. 25; Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 417 Rn. 14; a.A. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 66. Aufl. 2023, 66. Aufl. 2023, StPO § 417 Rn. 17; Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 12.

<sup>26</sup> Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 417 Rn. 12; Metzger, in: KMR-StPO, 104. Lfg., Stand: 1.2.2021, § 417 Rn. 14.

<sup>27</sup> Statt vieler Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 417 Rn. 25 m.w.N. auch zu anderen Auffassungen.

<sup>28</sup> Dazu zählen beispielsweise keine anderweitige Rechtshängigkeit, die Verfolgungsverjährung oder ein gegebenenfalls erforderlicher (absoluter) Strafantrag, Metzger, in: KMR-StPO, 104. Lfg., Stand: 1.2.2021, § 417 Rn. 19.

<sup>29</sup> Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 417 Rn. 27; Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 417 Rn. 14; Metzger, in: KMR-StPO, 104. Lfg., Stand: 1.2.2021, § 417 Rn. 23.

Zeitraum von bis zu sechs Wochen liegen. Insoweit handelt es sich um keine zwingende Vorgabe, sondern aufgrund des Gesetzeswortlauts („soll“) nur um eine Empfehlung. Darüber hinaus ist es jedenfalls äußerst fraglich, ob bei einer Zeitspanne von sechs Wochen nach allgemeinem Sprachverständnis noch von einer „sofortigen“ Verhandlung gesprochen werden kann<sup>30</sup> und die Durchführung noch „in erheblich kürzerer Zeit als im Normalverfahren“<sup>31</sup> erfolgt. Für die früher präferierte und auch heute noch im Ergebnis vorzugswürdige Eingrenzung auf einen Zeitraum von nur zwei Wochen<sup>32</sup> ist daher aktuell aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes kein Raum.<sup>33</sup> Zudem soll die Verhandlung in nur einem Termin ohne längere Unterbrechungen durchführbar sein.<sup>34</sup>

Im zweiten *Beispielsfall* kann ein Beschleunigtes Verfahren gegen den Dieb daher nur durchgeführt werden, wenn die weiteren Prozessvoraussetzungen, wie der Strafantrag gem. § 248a StGB bzw. die Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses durch die Staatsanwaltschaft, vorliegen und die tatsächlichen Rahmenbedingungen für eine Verhandlung im Beschleunigten Verfahren gegeben sind.

## 2. Zuständiges Gericht (§§ 417, 419 Abs. 1 StPO)

Zuständig für das Beschleunigte Verfahren ist gem. §§ 417, 419 Abs. 1 StPO der Strafrichter (§ 25 GVG) oder das Schöffengericht (§ 28 GVG). Das Schöffengericht ist in der Praxis aber aufgrund der Rechtsfolgenbegrenzung des § 419 Abs. 1 S. 2 StPO kaum mit Beschleunigten Verfahren befasst. Eine Verhandlung vor dem Schöffengericht ist nur möglich, wenn eine obligatorische (z.B. § 27 Abs. 2 S. 2 StGB) oder fakultative (z.B. § 23 Abs. 2 StGB) Strafmilderung sowie ein minder schwerer Fall (z.B. § 249 Abs. 2 StGB) eines Verbrechens in Betracht kommt und eine Höchstfreiheitsstrafe von bis zu einem Jahr zu erwarten ist.<sup>35</sup>

Vor dem erweiterten Schöffengericht (§ 29 Abs. 2 GVG) findet das Beschleunigte Verfahren dagegen keine Anwendung. Dies ergibt sich jedenfalls daraus, dass der zu erwartende Umfang der Sache, als Grund für die Hinzuziehung eines zweiten Richters, die Eignung zur Verhandlung im Beschleunigten Verfahren entfallen lässt.<sup>36</sup>

## 3. Entscheidung des Gerichts (§ 419 Abs. 1–3 StPO)

Die Handlungsmöglichkeiten des Gerichts auf den Antrag der Staatsanwaltschaft gem. § 417 StPO richten sich nach § 419 StPO. Zunächst hat das Gericht selbst die Voraussetzungen (einschließlich der tatsächlichen Rahmenbedingungen) für das Beschleunigte Verfahren zu prüfen. Sieht es diese ebenfalls als gegeben an, hat das Gericht dem Antrag zu entsprechen, § 419 Abs. 1 S. 1 StPO. Verneint es dagegen beispielsweise das Vorliegen eines einfachen Sachverhalts oder einer klaren Beweislage,

---

<sup>30</sup> Für weitere Irritationen sorgt der uneinheitliche Sprachgebrauch in § 417 StPO „sofortig“ und in § 418 Abs. 1 S. 1 StPO „sofort oder in kurzer Zeit“, *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 32.

<sup>31</sup> *Zöller*, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 12.

<sup>32</sup> *Graf*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 417 Rn. 10 m.w.N.

<sup>33</sup> Ebenso *Temming*, in: BeckOK StPO, Stand 1.10.2023, § 417 Rn. 2.

<sup>34</sup> *Weiler*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 8; *Graf*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 417 Rn. 10.

<sup>35</sup> *Loos/Radtke*, NStZ 1996, 7 (8); *Graf*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 417 Rn. 2.

<sup>36</sup> *Weiler*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 1; *Putzke/Scheinfeld*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 417 Rn. 6; *Graf*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 417 Rn. 1, weisen zudem zutreffend darauf hin, dass der Ausschluss des erweiterten Schöffengerichts nicht allein auf das Fehlen eines Eröffnungsbeschlusses gestützt werden kann, da dieser gem. § 418 Abs. 1 S. 1 StPO nur für entbehrlich erklärt wird („ohne [...] bedarf“), gleichwohl aber ergehen kann. A.A. *Zöller*, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 1; *Rosenau*, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 417 Rn. 5.

kann das Gericht auch in einer bereits laufenden Hauptverhandlung bis zur Verkündung des Urteils den Antrag ablehnen, § 419 Abs. 2 S. 1 StPO. Dies geschieht durch einen unanfechtbaren Beschluss, § 419 Abs. 2 S. 2 StPO.

Wird der Antrag abgelehnt, kommt es entscheidend auf den hinreichenden Tatverdacht an. Wird dieser bejaht, geht das Verfahren in das Normalverfahren über, § 419 Abs. 3 Hs. 1 StPO, ohne dass ein Antrag der Staatsanwaltschaft gem. § 199 Abs. 2 S. 1 StPO nötig ist. Zudem müssen die sonstigen Prozessvoraussetzungen für das Normalverfahren vorliegen. Insbesondere bedarf es einer Anklageschrift<sup>37</sup> i.S.d §§ 170 Abs. 1, 200 StPO, was sich aus § 151 StPO ergibt. Ferner muss das Gericht – als gesetzlicher Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG – für das Normalverfahren ebenfalls zuständig sein. Dabei können Probleme aufgrund des gerichtlichen Geschäftsverteilungsplans auftreten,<sup>38</sup> wenn etwa das Beschleunigte Verfahren speziell dem Ermittlungsrichter zur Entscheidung zugewiesen wurde, welcher dann aber nicht für das Normalverfahren zuständig ist.

Sieht das Gericht den hinreichenden Tatverdacht als nicht gegeben an, ist zu differenzieren. Sofern keine weitere Sachverhaltsaufklärung möglich erscheint, kann das Gericht den Angeklagten<sup>39</sup> durch Urteil freisprechen oder das Verfahren einstellen (§§ 206a, 260 Abs. 3 StPO).<sup>40</sup> In allen anderen Fällen hat das Gericht die Akten an die Staatsanwaltschaft zurückzugeben, sodass diese über die weiteren Verfahrensschritte entscheiden kann.<sup>41</sup> In Betracht kommt etwa eine Einstellung des Verfahrens gem. §§ 153 ff., 170 Abs. 2 StPO oder die Rücknahme der nach wie vorhängigen Anklage nach § 156 StPO.<sup>42</sup> Mangels einer mit § 408 Abs. 2 StPO vergleichbaren Regelung hat ein solches Vorgehen des Gerichts aber nicht die Wirkung eines Nichteröffnungsbeschlusses gem. § 204 StPO.<sup>43</sup>

Bleibt die Staatsanwaltschaft bei ihrer rechtlichen Würdigung und will sie das Strafverfahren weiter fortsetzen, ist, wenn bereits zuvor eine schriftliche Anklage erhoben wurde, eine neuerliche Anklageschrift entbehrlich, § 419 Abs. 3 Hs. 2 StPO. Dies gilt aber nicht, wenn zuvor nur eine mündliche Anklageerhebung nach § 418 Abs. 3 S. 2 StPO erfolgt ist.<sup>44</sup> In den Fällen des § 419 Abs. 3 Hs. 2 StPO genügt es dann, dass die Akten dem Gericht erneut vorgelegt werden und ein Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens gem. § 199 Abs. 2 S. 1 StPO gestellt wird.<sup>45</sup>

#### 4. Folgen der Anwendung des Beschleunigten Verfahrens (§§ 418–420 StPO)

Wird eine Hauptverhandlung im Beschleunigten Verfahren durchgeführt, gibt es verschiedene Wege, die der Verfahrensbeschleunigung dienen sollen. Diese hängen grundsätzlich nicht von der Zustimmung des Beschuldigten ab.

<sup>37</sup> Zum dahingehend nicht eindeutigen Wortlaut des § 419 Abs. 3 Hs. 1 StPO *Graf*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 419 Rn. 13; *Zöller*, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 419 Rn. 6.

<sup>38</sup> *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 419 Rn. 9; *Graf*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 419 Rn. 13.

<sup>39</sup> Ob der Beschuldigte im Beschleunigten Verfahren tatsächlich als Angeklagter i.S.d. § 157 StPO zu bezeichnen ist, ist nicht zwangsläufig, da es wegen § 418 Abs. 1 S. 1 StPO keines Eröffnungsbeschlusses gem. § 203 StPO bedarf.

<sup>40</sup> *Zöller*, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 419 Rn. 8; *Graf*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 419 Rn. 7; *Putzke/Scheinfeld*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 419 Rn. 11.

<sup>41</sup> *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 419 Rn. 40.

<sup>42</sup> *Temming*, in: BeckOK StPO, Stand 1.10.2023, § 419 Rn. 4.

<sup>43</sup> *Putzke/Scheinfeld*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 419 Rn. 17.

<sup>44</sup> *Graf*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 419 Rn. 15.

<sup>45</sup> *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 419 Rn. 19; *Zöller*, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 419 Rn. 7.



**a) Keine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 418 Abs. 1 S. 1 StPO)**

Formal wird auf die Durchführung eines Zwischenverfahrens verzichtet, da es nach § 418 Abs. 1 S. 1 StPO keiner Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens und damit keines Eröffnungsbeschlusses gem. § 203 StPO bedarf. Folge hiervon ist, dass das Gericht beispielsweise keine ergänzenden Beweiserhebungen gem. § 202 StPO anordnen darf.<sup>46</sup> Dennoch hat das Gericht stets von Amts wegen zu prüfen, ob sämtliche Prozessvoraussetzungen vorliegen.<sup>47</sup> Dies gilt gleichermaßen für den hinreichenden Tatverdacht,<sup>48</sup> da es andernfalls widersinnig und nicht verfahrensökonomisch wäre,<sup>49</sup> ein Strafverfahren ohne Vorliegen eines entsprechenden Tatverdachts zu betreiben. Aufgrund der regelmäßig kurzen Dauer eines Zwischenverfahrens im Normalverfahren und der weiterhin notwendigen Tatverdachtsprüfung, führt § 418 Abs. 1 S. 1 StPO somit zu keiner übermäßigen Verfahrensbeschleunigung.

**b) Modifikation der Ladungsfrist (§ 418 Abs. 2 StPO)**

§ 418 Abs. 2 StPO modifiziert die Vorschriften zur Ladung gem. §§ 214 ff. StPO. Deren Voraussetzungen sind nur einzuhalten, wenn sich der Beschuldigte nicht freiwillig der Hauptverhandlung stellt oder er dem Gericht nicht vorgeführt wird, § 418 Abs. 2 S. 1 StPO. Hiervon dürfte bereits die Mehrheit der Verfahren im Beschleunigten Verfahren erfasst sein. In allen anderen Fällen wird die Ladungsfrist auf lediglich 24 Stunden, anstatt üblicherweise mindestens eine Woche gem. § 217 Abs. 1 StPO, verkürzt, § 418 Abs. 2 S. 3 StPO. Mit der Ladung ist dem Beschuldigten zugleich mitzuteilen, was ihm zur Last gelegt wird, § 418 Abs. 2 S. 2 StPO.

**c) Mündliche Anklageerhebung (§ 418 Abs. 3 S. 2 StPO)**

Zudem ist wegen § 418 Abs. 3 S. 2 StPO die mündliche Anklageerhebung innerhalb einer bereits laufenden Hauptverhandlung möglich, welche dann hinsichtlich ihres wesentlichen Inhalts zu protokollieren ist. Somit sind Strafverhandlungen denkbar, in denen ein Beschuldigter, etwa bei freiwilliger Gestellung, zunächst ohne Kenntnis des Anklagevorwurfs vor Gericht steht, was rechtstaatlich bedenklich ist und im Ergebnis die Anforderungen des Anklagegrundsatzes gem. § 151 StPO und des Rechtsstaatsprinzip untergräbt.<sup>50</sup> Außerdem ist es rechtsstaatlich erforderlich, die Anklage bei nichtdeutschsprachigen Beschuldigten spontan übersetzen zu lassen,<sup>51</sup> was zu organisatorischen Problemen führen kann. Sofern die Übersetzung nur mündlich erfolgt,<sup>52</sup> steht dies im Konflikt mit dem Fair-trial-Grundsatz, da durch nur eine einmalige mündliche Übermittlung die Gefahr von Verständnisfehlern begründet wird und sich der Angeklagte den Tatvorwurf nicht nochmal eigenständig vergegenwärtigen kann. Daher soll nach Nr. 146 Abs. 2 RiStBV auch im Beschleunigten Verfahren die schriftliche Anklage zurecht

<sup>46</sup> Rosenau, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 418 Rn. 2; Metzger, in: KMR-StPO, 104. Lfg., Stand: 1.2.2021, § 418 Rn. 9.

<sup>47</sup> Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 418 Rn. 3; Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 418 Rn. 2.

<sup>48</sup> Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 418 Rn. 10; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 419 Rn. 3; Rosenau, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 418 Rn. 2.

<sup>49</sup> Fülber/Putzke, DRiZ 1999, 196 (198).

<sup>50</sup> Umfassend zur Kritik hieran Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO Vor. §§ 417 ff. Rn. 53 ff., StPO § 418 Rn. 31 ff.

<sup>51</sup> In diese Richtung Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 418 Rn. 32.

<sup>52</sup> Dazu Heggmanns, in: Heggmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Kap. V. Rn. 193 f.

weiterhin der Regelfall der Anklageerhebung sein. Auch dies mindert dann aber rein tatsächlich etwaige Zeiteinsparungen.

#### d) Erleichterte Beweisaufnahme (§ 420 StPO)

Durch § 420 StPO wird die Beweisaufnahme im Beschleunigten Verfahren modifiziert.<sup>53</sup> Gem. § 420 Abs. 1 StPO kann die Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten zusätzlich zu § 251 Abs. 1, 2 StPO durch die Verlesung von Protokollen über eine frühere Vernehmung oder von Urkunden, die eine von ihnen erstellte Äußerung enthalten, ersetzt werden. Hierin ist eine Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz nach § 250 S. 2 StPO als Verfahrensmaxime zu sehen.<sup>54</sup> Der wesentliche Unterschied zu § 251 StPO besteht darin, dass auch die Zustimmung eines unverteidigten Angeklagten zur Verlesung ausreichend ist.<sup>55</sup> Da Erklärungen des Angeklagten in § 420 Abs. 1 StPO nicht erwähnt sind, gilt hierfür weiterhin uneingeschränkt die allgemeine Vorschrift des § 254 StPO.

Ergänzend dazu erweitert § 420 Abs. 2 StPO den Anwendungsbereich des § 256 StPO, da hiervon alle dienstlichen Erklärungen erfasst sind und diese verlesen werden können. Beide Modifikationen sind aber nur mit Zustimmung des Angeklagten, des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft möglich, § 420 Abs. 3 StPO. Dieses Zustimmungserfordernis wird aber wiederum dadurch relativiert, dass die Zustimmung nur erforderlich ist, soweit die zuvor genannten Personen auch in der Hauptverhandlung anwesend sind. Für den Angeklagten besteht grundsätzlich die Pflicht zur Anwesenheit, § 231 StPO. Jedoch kann etwa in den Fällen des § 232 Abs. 1 StPO auch ohne den Angeklagten verhandelt werden, wenn er ordnungsgemäß geladen ist, auf die Möglichkeit zur Verhandlung in seiner Abwesenheit hingewiesen wurde und nur eine Geldstrafe bis 180 Tagessätze<sup>56</sup> oder die sonstigen, in § 232 Abs. 1 StPO aufgelisteten Rechtsfolgen in Betracht kommen.

Darüber hinaus findet über § 420 Abs. 4 StPO eine weitere Modifikation des Beweisrechts statt. Ausweislich des eindeutigen Wortlautes gilt dies aber nur für Verfahren vor dem Strafrichter. Dort bestimmt dieser allein, unbeschadet des § 244 Abs. 2 StPO, den Umfang der Beweisaufnahme. Dies hat zur Folge, dass das Gericht allein an seine Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO gebunden ist. Hierdurch wird die Möglichkeit zur Stellung von Beweisanträgen durch den Angeklagten oder dessen Verteidiger aber nicht aufgehoben.<sup>57</sup> Deren Ablehnung ist lediglich nicht mehr an die strengen Voraussetzungen der §§ 244 Abs. 3–5, 245 StPO gebunden.<sup>58</sup> Bei der durch einen begründenden Beschluss (§§ 34, 244 Abs. 6 StPO) erfolgenden Ablehnung eines gestellten Beweisantrages kann daher darauf verwiesen werden, dass das Gegenteil der Beweistatsache bereits bewiesen wurde<sup>59</sup> oder, dass

<sup>53</sup> Das Beweisrecht ist nicht in sämtlichen Bundesländern gleichermaßen Prüfungsstoff in der Ersten Juristischen Prüfung; vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 8 JAPrO Baden-Württemberg („Beweisrecht“) sowie § 18 Abs. 2 Nr. 7 lit. c JAPrO Bayern: „Verfahren im ersten Rechtszug ohne Beweiswürdigung“.

<sup>54</sup> Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 420 Rn. 5; Weiler, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 420 Rn. 2 ff.; Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 420 Rn. 2.

<sup>55</sup> Temming, in: BeckOK StPO, Stand 1.10.2023, § 420 Rn. 2; Rosenau, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 420 Rn. 8.

<sup>56</sup> Wegen der geringen Rechtsfolgenerwartung in solchen Fällen dürfte in der Praxis jedoch eine Erledigung mittels Strafbefehlsverfahren erfolgen, sodass es dann auf die §§ 417 ff. StPO nicht ankommt. Ausführlich zu den §§ 407 ff. StPO unter V. 2.

<sup>57</sup> Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 420 Rn. 10; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 420 Rn. 9, 10; Weiler, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 420 Rn. 7.

<sup>58</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 420 Rn. 9, 10; Metzger, in: KMR-StPO, 104. Lfg., Stand: 1.2.2021, § 420 Rn. 16; Weiler, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 420 Rn. 7.

<sup>59</sup> Aus dem Umkehrschluss zu § 244 Abs. 4 S. 2 StPO ergibt sich bei einem Beweisantrag das Verbot, diesen mit

im Wege der Beweisantizipation das Beweismittel die Beweistatsache nicht belegen können wird.<sup>60</sup>

### e) Vorläufige Festnahme und Hauptverhandlungshaft (§ 127b StPO)

Gem. § 127b Abs. 1 StPO kann ein auf frischer Tat Betroffener vorläufig festgenommen werden, wenn die unverzügliche Entscheidung im Beschleunigten Verfahren wahrscheinlich ist und befürchtet werden muss, dass der Festgenommene der Hauptverhandlung fernbleiben wird. Aus denselben Gründen kann gegen einen dringend Tatverdächtigen auch ein Haftbefehl ergehen, der auf eine Woche zu befristen ist, § 127b Abs. 2 StPO.<sup>61</sup> Beide Maßnahmen finden im Vorfeld eines Beschleunigten Verfahrens statt und sollen dessen reibungslose Durchführung sicherstellen. Sinnvoll erscheint ein solches Vorgehen vor allem bei wohnsitzlosen oder ausländischen Tätern.<sup>62</sup>

Daneben sind die §§ 112 ff. StPO uneingeschränkt anwendbar. So kann gegebenenfalls auch ein „normaler“ Haftbefehl aufgrund von Fluchtgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO) erlassen werden. Zu berücksichtigen ist dann aber unter Umständen die, der Verhältnismäßigkeit dienende, Vorschrift des § 113 Abs. 2 StPO. Hiernach kann aufgrund von Fluchtgefahr ein Haftbefehl nur ergehen, wenn der Beschuldigte sich beispielsweise dem Verfahren bereits einmal entzogen (§ 113 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StPO) oder keinen festen Wohnsitz hat (§ 113 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StPO). Ferner kann die Untersuchungshaft durch Sicherheitsleistung (§§ 127a, 132 StPO) abgewendet werden, was stets ein milderer Mittel als der Freiheitsentzug ist.

## III. Rechtliche Probleme

Die §§ 417 ff. StPO enthalten verschiedene Probleme, die sich vornehmlich durch die vergleichsweise geringe Regelungsdichte des Beschleunigten Verfahrens bedingen.

### 1. Zeitpunkt der Antragsstellung (§ 417 StPO)

So ist zunächst unklar, in welchem Zeitraum ein Antrag der Staatsanwaltschaft gem. § 417 StPO gestellt werden kann. Einen ersten Anhaltspunkt liefert § 418 Abs. 1 S. 2 StPO. Dieser sieht vor, dass eine Zeitspanne zwischen dem Antrag und der Hauptverhandlung liegen muss. Daraus ist zu entnehmen, dass eine Antragsstellung erst in der laufenden Verhandlung nicht mehr möglich ist.<sup>63</sup>

Frühestmöglicher Zeitpunkt für die Antragsstellung ist der Abschluss der Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft (§ 169a StPO),<sup>64</sup> da hiermit das Ende des Ermittlungsverfahrens eingeleitet wird.<sup>65</sup>

---

dem bereits bewiesenen Gegenteil als Begründung abzulehnen.

<sup>60</sup> Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 420 Rn. 5. Speziell zur Beweisantizipation Loos/Radtke, NStZ 1995, 569 (570); Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 420 Rn. 13 ff.; Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 420 Rn. 7; Temming, in: BeckOK StPO, Stand: 1.10.2023, § 420 Rn. 5. Nach Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 420 Rn. 22, soll dagegen keine Beweisantizipation möglich sein, da sich deren Verbot auch aus § 244 Abs. 2 StPO ergibt.

<sup>61</sup> Ausführlich hierzu Wieneck, JuS 2018, 249 (251 ff.). Die Dauer der Untersuchungshaft ist gem. § 51 Abs. 1 StGB auf eine im Anschluss verhängte Freiheits- oder Geldstrafe anzurechnen.

<sup>62</sup> Zu reisenden Tätern Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, Vor. § 417 Rn. 23.

<sup>63</sup> Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 418 Rn. 19.

<sup>64</sup> Weiler, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 4; Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, StPO § 417 Rn. 7; Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 13.

<sup>65</sup> Ab diesem Zeitpunkt besteht zudem für den Beschuldigten die Möglichkeit zur Akteneinsicht, § 147 Abs. 2 StPO, Kölbl/Neßeler, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 169a Rn. 1; Gorf, in: BeckOK StPO, Stand: 1.10.2023,

Da der Antrag unabhängig von der Anklage ist, kann er auch noch nach bereits erhobener Anklage gestellt werden. In der Antragsstellung ist dann eine konkludente Rücknahme dieser Anklage zu sehen.<sup>66</sup>

Streitig ist aber insbesondere der späteste Moment, bis zu dem ein Antrag auf Durchführung des Beschleunigten Verfahrens gestellt werden kann. Einerseits wird auf den Zeitpunkt des Übergangs der Verfahrensherrschaft von der Staatsanwaltschaft auf das Gericht abgestellt.<sup>67</sup> Im Normalverfahren geschieht dies durch den Eröffnungsbeschluss (§ 203 StPO), da ab dann die Anklage vonseiten der Staatsanwaltschaft nicht mehr zurückgenommen werden kann, § 156 StPO. Anderen Ansichten zufolge soll auch danach noch eine Antragsstellung möglich sein. So wird diese entweder bis zur Vernehmung des Angeklagten zur Sache<sup>68</sup> oder gar bis zur Urteilsverkündung<sup>69</sup> für möglich gehalten. Angeführt wird hierfür vor allem, dass auch trotz eines bereits durchgeführten Zwischenverfahrens dennoch die Wirkungen des § 420 StPO eintreten können.<sup>70</sup> Entscheidend gegen diese Auffassung spricht aber bereits die gesetzliche Wertung des § 418 Abs. 1 S. 2 StPO.<sup>71</sup> Zudem fehlt eine mit § 408a Abs. 1 StPO vergleichbare Regelung, die genau diesen Fall für das Strafbefehlsverfahren explizit regelt.<sup>72</sup> Ungeachtet dessen kann der Beschuldigte stets freiwillig auf seine Ladungsfrist verzichten (§ 217 Abs. 3 StPO) und jedenfalls dadurch für eine Verfahrensbeschleunigung sorgen.

## 2. Möglichkeit zur und Zeitpunkt der Antragsrücknahme

Auch die generelle Möglichkeit zur Rücknahme des Antrags und eine unter Umständen bestehende zeitliche Grenze hierfür sind gesetzlich nicht geregelt. Dahingehend unterscheidet sich das Beschleunigte Verfahren ebenfalls vom Strafbefehls- oder Normalverfahren. Dort gibt es bezüglich der Anklage mit § 156 StPO und den §§ 411 Abs. 3 S. 1, 407 Abs. 1 S. 4 StPO eine ausdrückliche Regelung zur Rücknahme. Allein deshalb ließe sich erwägen, eine Rücknahmemöglichkeit des Antrags nach § 417 StPO generell zu verneinen.

Die ganz herrschende Meinung<sup>73</sup> hält eine solche Rücknahme jedoch für möglich.<sup>74</sup> Hierfür spricht

---

§ 169a Rn. 6.

<sup>66</sup> Zöllner, in: Gercke/Temming/Zöllner, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 7; Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 13.

<sup>67</sup> Metzger, in: KMR-StPO, 104. Lfg., Stand: 1.2.2021, § 417 Rn. 11; Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 14; Zöllner, in: Gercke/Temming/Zöllner, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 7.

<sup>68</sup> Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 417 Rn. 5; Weiler, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 5; Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 417 Rn. 17.

<sup>69</sup> Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 417 Rn. 31.

<sup>70</sup> Fülber/Putzke, DRiZ 1999, 196 (197); Rosenau, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 417 Rn. 12.

<sup>71</sup> Im Ergebnis ebenso Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 417 Rn. 12; Temming, in: BeckOK StPO, Stand: 1.10.2023, § 417 Rn. 5. Anderes kann nur gelten, wenn der Eröffnungsbeschluss versehentlich nicht erlassen wurde, Zöllner, in: Gercke/Temming/Zöllner, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 7; Schmitt (a.a.O.), StPO § 417 Rn. 12.

<sup>72</sup> Zöllner, in: Gercke/Temming/Zöllner, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 7.

<sup>73</sup> Fülber/Putzke, DRiZ 1999, 196 (200 f.); Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 417 Rn. 13; Rosenau, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 417 Rn. 13; Weiler, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 4; Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 417 Rn. 32; Zöllner, in: Gercke/Temming/Zöllner, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 8; Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 15 ff.; Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 417 Rn. 18; Temming, in: BeckOK StPO, Stand: 1.10.2023, § 417 Rn. 5.

<sup>74</sup> Gemäß Statistischem Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.3, Tabelle 2.2, wird die Antragsrücknahme sogar eigen-

bereits, dass durch eine Rücknahme des Antrags, etwa aufgrund einer nachträglich doch zu verneinenden Eignung, das Verfahren nicht insgesamt zu beenden ist, sondern, sofern hinreichender Tatverdacht besteht, im Normalverfahren weiterzuführen ist.<sup>75</sup> Daher ist eine solche Rücknahme verfahrensökonomisch, da es unnötiges Prozessieren vermeidet und zugleich den Angeklagten bestmöglich schützt.<sup>76</sup>

Die Rücknahme kommt denklogisch frühestens ab dem Zeitpunkt der Antragsstellung in Betracht.<sup>77</sup> Als Begründung hierfür wird eine analoge Anwendung der §§ 156, 411 StPO herangezogen.<sup>78</sup> Deshalb ist zu klären, wann im Beschleunigten Verfahren die Rechtshängigkeit eintritt.<sup>79</sup> Diese bedingt nicht nur den Übergang der Dispositionsbefugnis von der Staatsanwaltschaft auf das Gericht, sondern ab dann besteht auch das Doppelbestrafungs- bzw. Verfolgungsgebot. Teilweise wird auf den Beginn der Vernehmung des Angeklagten zur Sache als maßgeblichen Zeitpunkt abgestellt.<sup>80</sup> Aufgrund der weitreichenden Ablehnungsmöglichkeit des Antrags nach § 419 Abs. 2 S. 1 StPO durch das Gericht ist jedoch von einer auflösend bedingten Rechtshängigkeit bis zum Beginn der Urteilsverkündung auszugehen.<sup>81</sup> Daher kann auch der Antrag auf Durchführung des Beschleunigten Verfahrens bis zu diesem Zeitpunkt noch zurückgenommen werden.

### 3. Rechtsfolgenbegrenzung (§ 419 Abs. 1 S. 2, S. 3 StPO)

Gem. § 419 Abs. 1 S. 2 StPO<sup>82</sup> darf im Beschleunigten Verfahren keine höhere Strafe als ein Jahr Freiheitsstrafe<sup>83</sup> verhängt werden. Zudem ist die Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB) möglich, § 419 Abs. 1 S. 3 StPO.

---

ständig statistisch erfasst.

<sup>75</sup> Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 16.

<sup>76</sup> Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 417 Rn. 32.

<sup>77</sup> Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 8; Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 17.

<sup>78</sup> Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 16; Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 8.

<sup>79</sup> Teilweise wird vertreten, dass die Möglichkeit zur Rücknahme und die Bestimmung der Rechtshängigkeit nicht voneinander abhängen, Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 417 Rn. 8, § 418 Rn. 3; Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 417 Rn. 6, § 418 Rn. 4. Hierfür lässt sich anführen, dass zwischen den Wirkungen des Antrags nach § 417 StPO und denen der Anklage unterschieden werden kann.

<sup>80</sup> OLG Oldenburg NJW 1961, 1127; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 417 Rn. 13; Temming, in: BeckOK StPO, Stand: 1.10.2023, § 417 Rn. 5; Schröer, Das beschleunigte Verfahren gem. §§ 417 ff. StPO, 1998, S. 108.

<sup>81</sup> BGHSt 15, 314 (316); BayObLG NJW 1998, 2152 (2152 f.); Fülber/Putzke, DRiZ 1999, 196 (198 ff.); Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 417 Rn. 6; Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 417 Rn. 32; Rosenau, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 417 Rn. 13.

<sup>82</sup> Zur Frage, ob es sich hierbei ebenfalls um eine Prozessvoraussetzung handelt Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 419 Rn. 6 ff. m.w.N. Hiergegen spricht jedenfalls der reine Wortlaut des § 419 Abs. 1 S. 2 StPO. Andererseits sind Verfahren, bei denen eine höhere Freiheitsstrafe zu verhängen ist, schlechthin ungeeignet für das Beschleunigte Verfahren, sodass die Rechtsfolgekompetenz als Teil der (Gesamt-)Eignung verstanden werden kann.

<sup>83</sup> Dies gilt auch für eine mögliche Gesamtstrafe gem. §§ 54 f. StGB, Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO § 419 Rn. 3; Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 419 Rn. 3.

**a) § 419 Abs. 1 S. 2 StPO**

Durch diese Vorschrift ist gleichwohl auch die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge nicht ausgeschlossen.<sup>84</sup> Ebenso kann als Minus zur Freiheitsstrafe eine Geldstrafe verhängt werden.<sup>85</sup> Bezüglich der Höhe einer Geldstrafe ergibt sich aufgrund des neuen § 43 S. 2 StGB<sup>86</sup> ein Problem. Zuvor waren Geldstrafen auf 360 Tagessätze begrenzt.<sup>87</sup> Aufgrund des nun geltenden Umrechnungsfaktors von 2:1 besteht jedoch die Möglichkeit im Beschleunigten Verfahren Geldstrafen von bis zu 720 Tagessätzen zu verhängen. Dem steht wiederum die Regelung des § 40 Abs. 1 S. 2 StGB entgegen, der das Höchstmaß einer Geldstrafe auf 360 Tagessätze begrenzt, wenn „das Gesetz nichts anderes bestimmt“. Eine hiervon abweichende Regelung enthält etwa § 54 Abs. 2 S. 2 StGB bezüglich der Gesamtstrafenbildung. Die Regelung des § 419 Abs. 1 S. 2 StPO enthält aber keine hiermit vergleichbare Bestimmung, da dies – bereits dem reinen Wortsinn nach – eine eindeutige Regelung erfordert. Dass sich der Gesetzgeber mit dieser Problematik befasst hat, ist den Gesetzgebungsmaterialien zu § 43 StGB allerdings nicht zu entnehmen.<sup>88</sup> Somit wird mittels § 43 S. 2 StGB „durch die Hintertür“ die Rechtsfolgenkompetenz im Beschleunigten Verfahren erweitert. Um dies zu vermeiden, sollte daher auch künftig eine Geldstrafe auf höchstens 360 Tagessätze begrenzt sein.<sup>89</sup>

**b) Erforschung der Täterpersönlichkeit**

Problematisch kann zudem die Erforschung der Täterpersönlichkeit sein. Gem. Nr. 146 Abs. 1 S. 2 RiStBV soll das Beschleunigte Verfahren nicht in Betracht kommen, „wenn Anlass besteht, die Person des Beschuldigten und sein Vorleben genau zu erforschen“. Die Persönlichkeit des Täters spielt etwa bei der Bewährungsprognose (§ 56 StGB; dort ist Aussetzung zur Bewährung von einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr der Regelfall, § 56 Abs. 1, 3 StGB), bei der Strafzumessung (z.B. „das Vorleben des Täters“, § 46 Abs. 2 StGB) oder bei der ausnahmsweisen Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe unter sechs Monaten („besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen“, § 47 Abs. 1 StGB). Insoweit hat das Gericht Sorge dafür zu tragen, dass die Erforschung der Täterpersönlichkeit trotz der Verfahrensbeschleunigung nach den §§ 417 ff. StPO ausreichend gewährleistet ist. Treten hierbei Komplikationen auf, entfällt zudem in der Regel die Einfachheit des Sachverhalts und damit die Eignung für das Beschleunigte Verfahren.<sup>90</sup>

**c) § 419 Abs. 1 S. 3 StPO**

Auch bei der Eignungsprüfung zum Führen eines Kraftfahrzeuges gem. § 69 Abs. 1, 2 StGB kommt es auf die Persönlichkeit des Täters an. Im Beschleunigten Verfahren kann die Entziehung ohne zeitliche Grenze erfolgen, § 69a Abs. 1 S. 2 StGB. Dies ist im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der Regelung,

<sup>84</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, § 419 StPO Rn. 1; Metzger, in: KMR-StPO, 104. Lfg., Stand: 1.2.2021, § 419 Rn. 7; Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 419 Rn. 3.

<sup>85</sup> Weiler, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 419 Rn. 2.

<sup>86</sup> Geändert durch das Gesetz zur Änderung des Sanktionenrechts vom 26.7.2023 = BGBl. I; in Kraft getreten am 1.10.2023.

<sup>87</sup> Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 419 Rn. 3; Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 419 Rn. 9.

<sup>88</sup> Zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 20/5913.

<sup>89</sup> A.A. Eckstein, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 9, 2023, § 66 Rn. 177; Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 419 Rn. 6; Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 419 Rn. 3, stellen pauschal auf (die alte Fassung von) § 43 S. 2 StGB als Umrechnungsnorm bei § 419 Abs. 1 S. 2 StPO ab.

<sup>90</sup> Paeffgen, in: SK-StPO, Bd. 8, 5. Aufl. 2020, § 417 Rn. 23; Rosenau, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 417 Rn. 13.

trotz der Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung, kritisch zu sehen. Als Beispiel hierfür können etwa die enormen persönlichen und wirtschaftlichen Folgen eines Entzugs der Fahrerlaubnis für einen Berufskraftfahrer dienen. Jedenfalls entfällt in den Fällen einer unbegrenzten Entziehung der Fahrerlaubnis aber die Einfachheit des Sachverhaltes.<sup>91</sup> Vorzugswürdig erscheint es deshalb, wie im Strafbefehlsverfahren gem. § 407 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StPO, eine zeitliche Begrenzung der Sperrzeit auf bis zu zwei Jahre festzulegen.

#### 4. Verteidigerbestellung (§ 418 Abs. 4 StPO)

§ 418 Abs. 4 StPO ergänzt die Regelungen der §§ 140 ff. StPO.<sup>92</sup> Hiernach ist dem Beschuldigten ein Verteidiger zu bestellen, wenn eine Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten zu erwarten ist. Dahingehend bedarf es einer fortlaufenden Einschätzung der Staatsanwalt bzw. des Gerichts. In der Praxis ist dabei gelegentlich zu beobachten, dass im Beschleunigten Verfahren eine Freiheitsstrafe von fünf Monaten und zwei Wochen (vgl. § 39 StGB) verhängt wird,<sup>93</sup> obwohl dies ausweislich des § 47 StGB nur ausnahmsweise möglich sein soll. Dadurch wird die Pflichtverteidigerbestellung faktisch ausgehöhlt. Die Staatsanwaltschaft und das Gericht könnten sich daher fragen, ob sie lieber im Beschleunigten Verfahren mit Verteidiger oder aber in einem zügigen Normalverfahren ohne Verteidiger verhandeln wollen.<sup>94</sup> Zudem ist auch in den Fällen des § 127b StPO wegen § 141 Abs. 2 S. 2 StPO eine Verteidigerbestellung anders als bei einer regulären Untersuchungshaft (§ 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StPO) nicht zwingend, was den Schutz des Beschuldigten zusätzlich gefährdet.

Zudem gilt die Pflicht zur Verteidigerbestellung aufgrund des eindeutigen Wortlautes des § 418 Abs. 4 StPO nur für das Beschleunigte Verfahren vor dem Amtsgericht. Somit entfällt die Verteidigerbestellung, wenn das Verfahren wegen § 419 Abs. 3 StPO in das Normalverfahren oder in die Rechtsmittelinstanzen übergeht.<sup>95</sup> Dies führt dazu, dass aufgrund einer erhöhten Komplexität des Falles, etwa als Grund für die Ablehnung der Eignung, die Pflicht zur Verteidigerbestellung nachträglich entfällt.<sup>96</sup> Um diese unbefriedigende Situation zu lösen, bedarf es einer extensiven Anwendung des § 140 Abs. 2 StPO.<sup>97</sup>

#### 5. §§ 417 ff. StPO im Instanzenzug

Nicht nur die Vorschrift des § 418 Abs. 4 StPO gilt allein in Verfahren vor dem Amtsgericht. Die

---

<sup>91</sup> Rosenau, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 419 Rn. 6; Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 419 Rn. 4; Metzger, in: KMR-StPO, 104. Lfg., Stand: 1.2.2021, § 419 Rn. 6.

<sup>92</sup> § 418 Abs. 4 StPO ist ein „subsidiärer Spezialfall“ zu den §§ 140 ff. StPO, Weiler, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 418 Rn. 11. Die Spezialität ergibt sich aufgrund der Modifikation der §§ 140, 141 StPO bezüglich der Rechtsfolgenerwartung. Die Subsidiarität besteht, da stets zunächst die §§ 140 ff. StPO – beispielsweise aufgrund eines Verbrechens, § 141 Abs. 1 Nr. 2 StPO – zu prüfen sind, Putzke/Scheinfeld, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 418 Rn. 24.

<sup>93</sup> Dury, DRiZ 2001, 207 (209); Weiler, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 418 Rn. 11.

<sup>94</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO Vor. § 418 Rn. 5.

<sup>95</sup> Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 418 Rn. 12; Temming, in: BeckOK StPO, Stand: 1.10.2023, § 418 Rn. 3; Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 418 Rn. 14 f. A.A. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 418 Rn. 15.

<sup>96</sup> Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 418 Rn. 14.

<sup>97</sup> Temming, in: BeckOK StPO, Stand: 1.10.2023, § 418 Rn. 3; Graf, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 418 Rn. 14. Im Ergebnis ebenso Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 418 Rn. 15.

§§ 417 ff. StPO sind insgesamt nur im erstinstanzlichen Verfahren am Amtsgericht anwendbar.<sup>98</sup> Dies ergibt sich aus dem Wortlaut und der Systematik der §§ 417 ff. StPO. § 417 StPO spricht vom „Verfahren vor dem Strafrichter oder dem Schöffengericht“. Dort ist aber keine Berufungsverhandlung möglich. Eine Revision kommt vor dem Amtsgericht gleichfalls nicht in Betracht, da es sich dabei nicht um eine Tatsacheninstanz handelt. Ferner spricht § 419 Abs. 1 StPO von „diesem Verfahren“. Damit ist allein das Beschleunigte Verfahren und nicht der gesamte Instanzenzug gemeint. Zudem dient der Instanzenzug (unter anderem) dazu, die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zum Beschleunigten Verfahren zu kontrollieren. Hierin ist dann eine Kompensation für die, die Rechte des Beschuldigten beschneidenden, Maßnahmen der §§ 417 ff. StPO zu erblicken. Schließlich hat sich, sobald ein Rechtsmittel eingelegt wurde, der Sinn und Zweck der §§ 417 ff. StPO in Gestalt einer beschleunigten Verfahrenserledigung ohnehin erübrigt,<sup>99</sup> sodass auch kein Bedürfnis mehr für die fortdauernde Anwendung der Regelungen zum Beschleunigten Verfahren besteht.

#### IV. Verhältnis zu anderen Instrumenten des Strafprozessrechts

Die §§ 417 ff. StPO dürfen aber nicht nur isoliert betrachtet werden. Sie müssen vielmehr auch in Relation zu anderen, für die juristische Ausbildung relevanten strafprozessualen Handlungsmöglichkeiten gesetzt werden.

##### 1. Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO)

Zuvorderst ist das Verhältnis zum Strafbefehlsverfahren nach den §§ 407 ff. StPO bedeutsam. Dieses ist, wie ein einfacher Blick ins Gesetz zeigt, weit ausführlicher und ausdifferenzierter gesetzlich geregelt als das Beschleunigte Verfahren. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Strafbefehlsverfahren stets vorrangig sein, da es sich hierbei um die einfachere und weniger aufwändige Form der Verfahrenserledigung handelt.<sup>100</sup> Diese gesetzgeberische Wertung hat jedoch weder in der StPO noch in der RiStBV unmittelbar Niederschlag gefunden. Daher verbleibt der Staatsanwaltschaft ein gewisser Entscheidungsspielraum, dem allerdings durch die möglichen Rechtsfolgen Grenzen gesetzt werden. So ist das Strafbefehlsverfahren zu beschreiten, wenn die Staatsanwaltschaft nach dem Ergebnis ihrer Ermittlungen eine mündliche Hauptverhandlung nicht für erforderlich hält, § 407 Abs. 1 S. 2 StPO. Dies kann etwa in *Beispielsfall 2* erwogen werden, wenn die Staatsanwaltschaft zu dem Ergebnis kommt, dass es keiner zusätzlicher Erforschung der Täterpersönlichkeit innerhalb einer mündlichen Hauptverhandlung bedarf. Das Beschleunigte Verfahren kommt dagegen in Betracht, wenn ausnahmsweise (vgl. § 56 Abs. 1, 3 StGB) eine Freiheitsstrafe von unter einem Jahr ohne Bewährung verhängt werden soll. Im Strafbefehlsverfahren ist eine Freiheitsstrafe generell nur möglich, wenn dem Betroffenen ein Verteidiger bestellt wird (§§ 407 Abs. 2 S. 2, 408b StPO). Deren Vollstreckung muss aber zwingend zur Bewährung ausgesetzt werden. Über § 418 Abs. 3 S. 3 StPO, der auf § 408a StPO verweist, ist ein nachträglicher Übergang vom Beschleunigten Verfahren in das Strafbefehls-

<sup>98</sup> Statt vieler *Gaede*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO Vor. § 417 Rn. 36 ff. m.w.N.; a.A. unter Verweis auf den Umkehrschluss zu § 420 Abs. 4 StPO und der auf für alle Verfahrensstadien Geltung beanspruchenden systematischen Stellung der §§ 417 ff. StPO im sechsten Buch der StPO, *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 66. Aufl. 2023, StPO § 419 Rn. 11, StPO § 420 Rn. 12. Vereinzelt wird aufgrund des fair trial Grundsatzes zumindest eine Bindung an § 419 Abs. 1 S. 2 StPO befürwortet, *Zöller*, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 419 Rn. 4.

<sup>99</sup> *Zöller*, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 419 Rn. 4.

<sup>100</sup> BT-Drs. 12/6853, S. 35. Ebenso *Rosenau*, in: SSW-StPO, 5. Aufl. 2023, § 417 Rn. 9



verfahren möglich. Ein solches Vorgehen ist zweckmäßig, wenn der Angeklagte der Hauptverhandlung fernbleibt.<sup>101</sup>

## 2. Verfahrenseinstellung (§§ 153 ff. StPO)

Die Einstellungs Vorschriften für das Gericht, beispielsweise gem. §§ 153 Abs. 2, 153a Abs. 2 StPO, während einer bereits laufenden Hauptverhandlung werden durch das Beschleunigte Verfahren nicht ausgeschlossen und können somit weiterhin Anwendung finden.

## 3. Verständigung (§ 257c StPO)

Selbiges gilt für eine Verständigung i.S.d. § 257c StPO. Zu beachten ist allerdings, dass die Vorschriften der §§ 202a, 212 StPO im Beschleunigten Verfahren mangels durchgeführtem Zwischenverfahren nicht anwendbar sind.

## 4. Privatklage (§§ 374 ff. StPO)

Eine Privatklage im Beschleunigten Verfahren sieht das Gesetz nicht vor, da allein die Staatsanwaltschaft den Antrag gem. § 417 StPO stellen kann. Jedoch wird die Staatsanwaltschaft in der Praxis regelmäßig geeignete Fälle, wie etwa eine einfache Körperverletzung, auf den Privatklageweg verweisen (vgl. § 374 Abs. 1 Nr. 4 StPO), da dies für sie der insgesamt einfachste und schnellste Weg ist, in Zeiten hoher Arbeitsbelastung ein Verfahren zeitnah zu erledigen.

## V. Umsetzung in der Praxis

In der Vergangenheit wurden verschiedene Modelle in der Praxis angewandt.<sup>102</sup> Entscheidend ist dabei vor allem, dass stets die Voraussetzungen der §§ 151, 152 Abs. 1 StPO gewahrt sind. Dies ist nur der Fall, wenn die Staatsanwaltschaft ihren Prüf- und Ermittlungspflichten nachkommt. Daher sind Vorgehensweisen unzulässig, in denen ausschließlich oder weit überwiegend die Polizei die Ermittlungen führt, die Akten an das Gericht weiterleitet oder aber gar selbst den Antrag nach § 417 StPO stellt.<sup>103</sup>

In letzter Zeit wird zudem verstärkt von der Möglichkeit, einzelnen Amtsgerichten schwerpunktmäßig Beschleunigte Verfahren gem. § 58 Abs. 1 GVG zuzuweisen, Gebrauch gemacht.<sup>104</sup> Auch dahingehend können Zuständigkeitsprobleme i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG beim Übergang ins Normalverfahren gem. § 419 Abs. 3 StPO entstehen. Dennoch sinkt die Anzahl der Anträge gem. § 417 StPO in Relation zur Gesamtverfahrenszahl in Deutschland in den letzten Jahren konstant (2005: 3,18 %; 2010: 2,51 %; 2021: 1,39 %).<sup>105</sup> Zudem bestehen regionale Unterschiede (OLG Brandenburg 2020: 8,48 %; OLG Stuttgart 2021: 0,14 %), die mit der personellen und sachlichen Ausstattung der einzelnen

<sup>101</sup> Zöller, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 418 Rn. 7; Weiler, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StPO § 418 Rn. 10.

<sup>102</sup> Eine Übersicht dazu bei Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO Vor. § 417 Rn. 45 ff.; Eckstein, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 9, 2023, § 66 Rn. 163 f.

<sup>103</sup> Gaede, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9/3, 27. Aufl. 2022, StPO Vor. § 417 Rn. 49, 58.

<sup>104</sup> So beispielsweise in Baden-Württemberg, vgl. <https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/startschuss-fuer-beschleunigte-strafverfahren-in-ulm#:~:text=In%20Baden%20DW%C3%BCrtemberg%20f%C3%BChrt%20die,Standort%20kommt%20jetzt%20Ulm%20dazu> (13.3.2024).

<sup>105</sup> Jeweils berechnet anhand der Angaben des Statistischen Bundesamts, Fachserie 10 Reihe 2.3, Tabelle 2.1.

Gerichte zusammenhängen dürften. Ebenfalls problematisch ist in diesem Kontext, dass bereits das Gesetz selbst einen Handlungsspielraum vorgibt, in dessen Rahmen Beschleunigte Verfahren durchgeführt werden können. So kann eine Hauptverhandlung im Beschleunigten Verfahren entweder „sofort“ (§ 418 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StPO) oder aber bis „sechs Wochen“ (§ 418 Abs. 1 S. 2 StPO) nach Antragstellung erfolgen. Eine uneinheitliche Handhabung auf Länderebene erscheint hierbei nahezu zwangsläufig, da auch erwogen werden kann, in den Nachtstunden oder am Wochenende beschleunigt zu verhandeln.

## VI. Das beschleunigte Verfahren in der juristischen Ausbildung

Für die juristische Ausbildung bietet das Beschleunigte Verfahren verschiedene Anknüpfungspunkte, durch die es Ausbildungsrelevanz erhält.

### 1. Prüfung des hinreichenden Tatverdachts

Zunächst kann als vergleichsweise untypischer, weil strafprozessualer, Einstieg auch im Rahmen der §§ 417 ff. StPO die Prüfung des hinreichenden Tatverdachts Bedeutung erlangen. Dahingehend besteht eine Parallele zur möglichen Fallfrage nach der Entscheidung der Staatsanwaltschaft am Ende eines Ermittlungsverfahrens, bei der es wegen §§ 170 Abs. 1, 203 StPO ebenfalls auf den hinreichenden Tatverdacht ankommt. Zu prüfen ist dann, ob die Verurteilung des Beschuldigten überwiegend wahrscheinlich ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn eine strafbare, beweisbare und verfolgbare Handlung besteht.<sup>106</sup> Da im Beschleunigten Verfahren keine mit § 408 Abs. 2 StPO vergleichbare Regelung existiert, ist es wichtig zu wissen, dass der hinreichende Tatverdacht als Teil der Eignung i.S.d. § 417 StPO zu verstehen ist.

### 2. Verhältnis zu den Prozessmaximen

Eher wahrscheinlich ist dagegen eine Fragestellung, bezüglich des Verhältnisses der §§ 417 ff. StPO zu den Maximen des Strafprozesses als schriftliche Zusatzfrage oder im Rahmen der mündlichen Prüfung.<sup>107</sup> Wie zuvor bereits hinsichtlich der §§ 151, 152 Abs. 2 StPO und des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG erwähnt, gibt es hierfür zahlreiche weitere Anknüpfungspunkte.

So wird insgesamt durch die Beschleunigung des Verfahrens und speziell durch die Ausgestaltung des § 418 Abs. 4 StPO die Möglichkeit einer effektiven Verteidigung gem. Art. 6 Abs. 3 lit. b, c EMRK beeinträchtigt. Hiernach muss es jedem Beschuldigten gestattet sein, ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der eigenen Verteidigung zu haben und hierfür gegebenenfalls einen Verteidiger zu konsultieren.<sup>108</sup> Dadurch soll eine ausreichende „Waffengleichheit“<sup>109</sup> zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten gewährleistet werden. Gerade die Konzeption einer sach- und interessengerechten Verteidigungsstrategie kann – je nach Einzelfall – mehr Zeit in Anspruch nehmen, als die Anberaumung eines Beschleunigten Verfahrens zulässt.

Durch die Modifikationen des § 420 StPO wird einerseits der in den §§ 250 S. 2, 261, 226 StPO verankerte Unmittelbarkeitsgrundsatz abgeschwächt. Andererseits besteht so die Gefahr, dass infolge

<sup>106</sup> Zum hinreichenden Tatverdacht *Kölbl/Neßeler*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2. Aufl. 2024, § 170 Rn. 14 ff.

<sup>107</sup> Umfassend hierzu *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 42 ff.; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 4 Rn. 12 ff., § 18 Rn. 1 ff.

<sup>108</sup> *Gaede*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/2, 2018, EMRK Art. 6 Rn. 165 ff.

<sup>109</sup> Dazu *Lohse/Jakobs*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, EMRK Art. 6 Rn. 45.

der freieren Ablehnung von Beweisanträgen, das dem Angeklagten zustehende rechtliche Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG unterlaufen wird.

Wird eine Verhandlung im Beschleunigten Verfahren tatsächlich „sofort“ (§§ 418 Abs. 1 S. 1 StPO) durchgeführt, ist auch das Öffentlichkeitsprinzip des § 169 GVG zu beachten. Hiernach muss die Öffentlichkeit über anstehende Verhandlungen Kenntnis erlangen können und zugleich Zugang zum Sitzungssaal erhalten.

Schließlich darf durch die Verfahrensbeschleunigung auch nicht die umfassende gerichtliche Wahrheitsermittlung gem. § 244 Abs. 2 StPO vernachlässigt werden. Gleichwohl ist das Gebot der Beschleunigung seinerseits über Art. 6 Abs. 1 EMRK und das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG ein in jedem Strafverfahren zu beachtender Prozessgrundsatz, der nicht nur der Verfahrensökonomie, sondern auch dem Schutz des Angeklagten dient. Dadurch wird auch ein zeitnahe Rechtsfriede, als Ziel eines jeden Strafverfahrens, gefördert. Insoweit bedingt das Beschleunigte Verfahren gewissermaßen Inkohärenzen.

### 3. Weitere Bezugspunkte

Zudem kann das Beschleunigte Verfahren Anlass bieten, über grundlegende strafprozessuale Begriffe, wie die Rechtshängigkeit oder die Prozessvoraussetzungen sowie über die Zwecke eines Strafprozesses in einer mündlichen Prüfung zu diskutieren. Infolge der Abweichungen zwischen dem Normalverfahren, einschließlich der §§ 140 ff. StPO, und den §§ 417 ff. StPO sowie dem Beschleunigten Verfahren und dem Vereinfachten Jugendverfahren (§§ 76 ff. JGG) können bezüglich Letzterem auch im Schwerpunktbereichsstudium unter Umständen Fragen auf die Studenten warten.

## VII. Fazit

Die Gesetzeslektüre des Beschleunigten Verfahrens ist wegen der rudimentären Regelungen (z.B. keine Regelung für den Zeitpunkt der Antragsstellung und der Antragsrücknahme und anders als in § 408 Abs. 2 StPO keine explizite Prüfpflicht des hinreichenden Tatverdachts) und der teils nur schwer verständlichen Normen (z.B. § 418 Abs. 3 S. 3 StPO oder § 419 Abs. 3 Hs. 2 StPO) nur bedingt aufschlussreich und daher nicht einfach. Ohne jegliches Fachwissen lässt sich das Beschleunigte Verfahren weit weniger einfach erfassen als beispielsweise das Strafbefehlsverfahren. Es ist daher ratsam, sich zumindest gewisse Grundkenntnisse anzueignen, um eine vollständige Examensvorbereitung zu gewährleisten.

Um die derzeit bestehenden rechtlichen Unsicherheiten zu minimieren, sind künftig zudem verschiedene Reformen wünschenswert. Dies betrifft zunächst die eindeutige Regelung des Zeitpunkts der Antragsstellung und die Möglichkeit zur Rücknahme des Antrags. Außerdem sollte dem Angeklagten zu seinem Schutz im Beschleunigten Verfahren und in Fällen des § 127b StPO stets ein Verteidiger bestellt werden und die Einlegung eines Rechtsmittels möglich sein, was derzeit wegen der Annahmberufung nach § 313 StPO nicht zwingend ist.<sup>110</sup> Zudem sollte eine Frist zur Entziehung der Fahrerlaubnis und eine Obergrenze von 360 Tagessätzen für Geldstrafen ergänzend eingeführt werden. Schließlich ist zu erwägen, die sprachlich missverständliche Formulierung des § 417 StPO („oder“) aufzulösen und den Paragraphen neuzugestalten, sodass die Eignung wie bei Nr. 146 Abs. 1 S. 1 RiStBV im Fokus steht. Eine mögliche Neuregelung könnte lauten:

---

<sup>110</sup> Üblicherweise wird in der Praxis ein Urteil i.S.d. § 313 StPO mit einer Geldstrafe von maximal bis zu 15 Tagessätzen jedoch im Strafbefehlsverfahren ergehen, sodass das Beschleunigte Verfahren bereits nicht anwendbar ist.

„Im Verfahren vor dem Strafrichter *und dem Schöffengericht*<sup>111</sup> stellt die Staatsanwaltschaft schriftlich oder mündlich den Antrag auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren, wenn die Sache zur sofortigen Verhandlung geeignet ist. Die Eignung ist bei schwierigen Sachverhalten und unklaren Beweislagen zu verneinen.“

---

<sup>111</sup> Zur geringen praktischen Bedeutung des Schöffengerichts im Beschleunigten Verfahren II. 2.

## Dauerdelikte

Dr. Christian Rühls, Bochum\*

<b>I. Einleitung .....</b>	<b>324</b>
<b>II. Was sind Dauerdelikte? .....</b>	<b>324</b>
1. Typen von Delikten.....	324
2. Definition des Dauerdelikts und Beispiele der herrschenden Meinung; Besitzdelikte .....	325
3. Kritik an der Kategorie der Dauerdelikte und Präzisierung der Definition .....	328
a) Bezugspunkt der Definition: Abstrakt-generelle Norm oder konkret-individueller Einzelfall? .....	329
b) Ergänzung der abstrakten Definitionskriterien: Schwerpunkt des Unrechts.....	331
4. Diskussion ausgewählter Tatbestände.....	332
<b>III. Was folgt aus der Einordnung als Dauerdelikt? .....</b>	<b>337</b>
1. Vollendungszeitpunkt und Beendigungszeitpunkt.....	338
a) Vollendung.....	338
b) Beendigung.....	339
2. Verlängerte Beteiligungsphase .....	340
3. Verlängerte Qualifikationsphase .....	340
4. Verlängerte Notwehrlage nach § 32 StGB.....	341
5. Intertemporales Strafrecht und Strafanwendungsrecht/Gerichtsstand.....	342
a) Intertemporales Strafrecht und Tatzeit: §§ 2, 8 StGB .....	342
b) Strafanwendungsrecht und Tatort, Gerichtsstand: § 9 StGB und § 7 Abs. 1 StPO.....	343
6. Späterer Verjährungsbeginn .....	344
7. Spätere Verfristung des Strafantragsrechts .....	345
8. Konkurrenzen .....	345
a) Zusammentreffen des Dauerdelikts mit parallel verwirklichten Taten .....	345
b) Möglichkeit der Verklammerung.....	346
c) Behandlung einzelner Teilakte des Dauerdelikts; Unterbrechungen.....	347
<b>IV. Zusammenfassung.....</b>	<b>348</b>

---

\* Der Autor ist derzeit Wiss. Mitarbeiter in einer Rechtsanwaltskanzlei in Bochum.

## I. Einleitung

Die Einordnung eines Straftatbestands als Dauerdelikt hat nach herrschender Auffassung rechtliche Folgen insbesondere für den Beendigungszeitpunkt und damit den Verjährungsbeginn einer Tat. Im Einzelfall entscheidet sie daher über die Verfolgbarkeit und Bestrafung eines materiellrechtlich strafbaren Verhaltens. Die dogmatische Einordnung eines Delikts als Dauerdelikt ist damit nicht rein akademischer Natur, sondern ist auch für die Strafverfolgungspraxis relevant. Dieser Beitrag diskutiert die dogmatischen Grundlagen der Gruppe der Dauerdelikte samt ihrer Kritik (II.) und veranschaulicht die an die Charakteristik von Dauerdelikten anknüpfenden rechtlichen Folgen (III.), von denen eine verlängerte Beendigungsphase und ein späterer Verjährungsbeginn nur einige sind.

## II. Was sind Dauerdelikte?

Als erstes soll geklärt werden, was Dauerdelikte überhaupt sind bzw. nach herrschender Auffassung sein sollen. Hierzu werden ein paar Bemerkungen zum Verhältnis dogmatischer Deliktstypen vorausgeschickt (1.), bevor eine abstrakte Definition des Dauerdelikts, flankiert von konkreten Beispielen aus Perspektive der herrschenden Meinung, präsentiert wird (2.). Auch auf die wissenschaftliche Kritik zur Kategorie der Dauerdelikte soll eingegangen werden. Aus ihrer Diskussion ergeben sich notwendige Präzisierungen für die Definition der Dauerdelikte. Im Zuge dessen wird, ausgehend von der Rechtsprechung zur Kategorie der Dauerdelikte, ein zentrales Kriterium für die Einstufung von Tatbeständen als Dauerdelikte vorgeschlagen: Der Schwerpunkt des durch den Tatbestand erfassten Unrechts, anhand dessen jedes Delikt auf seine Zugehörigkeit zu den Dauerdelikten hin untersucht werden kann (3.). Sodann sollen die so gewonnenen Einstufungskriterien auf ausgewählte Tatbestände angewendet werden (4.).

### 1. Typen von Delikten

Straftatbestände bzw. Delikte lassen sich, je nach Betrachtungsweise und je nach dem Zweck, den man mit der Systematisierung erreichen will, in verschiedene dogmatische oder auch nur beschreibende<sup>1</sup> Typen oder Gruppen einordnen. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum findet sich ein reichhaltiges Angebot zu entsprechenden Systematisierungen.<sup>2</sup> Delikte können als Vorsatzdelikte<sup>3</sup> und Fahrlässigkeitsdelikte<sup>4</sup> oder als Kombination beider Formen<sup>5</sup> typisiert werden, sie können Begehungs-

---

<sup>1</sup> Die dogmatische Relevanz des Typus des Dauerdelikts stellt *Wagner*, *ZfStw* 6/2023, 349 (352) in Frage und schlägt vor, den Unrechtsgehalt von Dauerdelikten mit der Konstruktion einer nachfolgenden Unterlassungsstrafbarkeit aufzufangen. Diesem Vorschlag im Speziellen wird hier nicht gefolgt. Wohl aber soll *Wagners* Differenzierung zwischen einer dogmatischen Kategorie, die bestimmte rechtliche Folgen nach sich zieht, und einer bloß phänomenologischen Beschreibung (einer Verwirklichungsform einer Straftat im Einzelfall) im Folgenden aufgegriffen werden.

<sup>2</sup> Umfassend *Baur*, *ZJS* 2017, 529 ff. und 655 ff.; *Sachse/Latz*, *Ad Legendum* 2022, 237 ff.; siehe auch *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 37 ff.; v. *Heintschel-Heinegg*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2023, *Lexikon des Strafrechts, Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten*; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 31 ff.

<sup>3</sup> Wegen § 15 StGB ist das Vorsatzdelikt die Grundform von Tatbeständen des StGB.

<sup>4</sup> Z.B. § 222 StGB.

<sup>5</sup> So in Form erfolgsqualifizierter Delikte gem. § 18 StGB, von denen z.B. die Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 StGB eines ist, *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 227 Rn. 1.

delikte<sup>6</sup> oder (echte<sup>7</sup> oder unechte<sup>8</sup>) Unterlassungsdelikte sein, Erfolgsdelikte oder Tätigkeitsdelikte<sup>9</sup>, abstrakte Gefährdungsdelikte<sup>10</sup> oder konkrete Gefährdungsdelikte<sup>11</sup>; eigenhändige<sup>12</sup> oder nicht zwingend eigenhändige Delikte usw. Häufig wird bei diesen Einordnungen mit gegensätzlichen Begriffspaaren gearbeitet, um bestimmte Deliktstypen voneinander abzugrenzen. Dabei ist aber nicht jedes Delikt immer nur einem einzigen Typus zugeordnet, der sämtliche andere Zuordnungen ausschließen würde. Vielmehr ist die Charakteristik eines jeden Delikts potentiell gemischt:<sup>13</sup> So können Erfolgsdelikte wie auch Tätigkeitsdelikte als Vorsatzdelikte oder Fahrlässigkeitsdelikte auftreten;<sup>14</sup> ein abstraktes Gefährdungsdelikt ist mangels vorausgesetztem Erfolgseintritt in der Regel ein Tätigkeitsdelikt;<sup>15</sup> ein konkretes Gefährdungsdelikt kann den Gefahrenereignis fahrlässig oder vorsätzlich herbeiführen;<sup>16</sup> ein unechtes Unterlassungsdelikt kann ebenfalls vorsätzlich<sup>17</sup> oder fahrlässig<sup>18</sup> verwirklicht werden.

## 2. Definition des Dauerdelikts und Beispiele der herrschenden Meinung; Besitzdelikte

Inmitten der oben aufgezeigten Gemengelage befindet sich auch der Typus des Dauerdelikts. Er wird als Gegensatz zum Typus des sog. Zustandsdelikts<sup>19</sup> begriffen.<sup>20</sup>

Wie auch für die anderen Deliktsarten findet sich im Strafgesetzbuch selbst keine abstrakte Definition, was ein Dauerdelikt ist und wie es von einem Zustandsdelikt abzugrenzen ist. Mehr noch kennt

<sup>6</sup> Ein Delikt, das ein aktives Tun des Täters voraussetzt, ist ein Begehungsdelikt, v. *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, Lexikon des Strafrechts, Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten, Rn. 10. Dies ist der Grundfall der Tatbestände des StGB.

<sup>7</sup> Echte Unterlassungsdelikte sind solche, deren Unrechtsgehalt sich im bloßen Verstoß gegen eine Verhaltensnorm erschöpft, in der Regel ohne einen weitergehenden Unterlassungserfolg vorauszusetzen, *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 52, z.B. § 323c Abs. 1 StGB.

<sup>8</sup> Unechte Erfolgsdelikte bilden per § 13 Abs. 1 StGB eine Komplementäerscheinung zu den Tatbeständen der jeweiligen Begehungsdelikte, *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 51.

<sup>9</sup> Z.B. die Aussagedelikte der §§ 153, 154 StGB, siehe *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023; § 153 Rn. 3; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 39.

<sup>10</sup> Z.B. §§ 153, 154 StGB, siehe *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, § 153 Rn. 3; *Müller*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, Vor § 153 Rn. 18.

<sup>11</sup> Konkrete Gefährdungsdelikte setzen im Gegensatz zu abstrakten Gefährdungsdelikten einen konkret eingetretenen Gefahrenereignis voraus, wie z.B. in § 315c StGB, *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 43.

<sup>12</sup> Z.B. § 160 StGB, siehe v. *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, Lexikon des Strafrechts, Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten, Rn. 17.

<sup>13</sup> *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 37; v. *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, Lexikon des Strafrechts, Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten.

<sup>14</sup> Beispiele für fahrlässige Tätigkeitsdelikte sind § 316 Abs. 2 StGB und § 161 Abs. 1 StGB.

<sup>15</sup> *Baur*, ZJS 2017, 655 (662); Beispiel: § 153 StGB, vgl. hierzu *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, § 153 Rn. 3.

<sup>16</sup> Siehe z.B. die verschiedenen Kombinationsmöglichkeiten in § 315c Abs. 3 StGB.

<sup>17</sup> Z.B. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB.

<sup>18</sup> Z.B. §§ 222 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB.

<sup>19</sup> Es existieren auch noch eine andere Verwendung des Wortes „Zustandsdelikt“, die aber nicht als Gegenbegriff zum Dauerdelikt gemeint ist, sondern wo im Zusammenhang mit der dogmatischen Einordnung von Besitzdelikten der „Zustand“ den Gegenbegriff zum Verhalten in Form eines Handelns oder Unterlassens bildet, siehe v.a. *Eckstein*, ZStW 117 (2005), 107 (113); dazu auch *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 15; *Schroeder*, ZIS 2007, 444 (448 f.). Diese Begriffsverwendung ist hier und im Folgenden aber nicht gemeint.

<sup>20</sup> Die von *Hruschka*, GA 1968, 193 (200 f.) vorgeschlagene Aufteilung zwischen Dauerdelikten einerseits, „Augenblicksdelikten“ andererseits und dem Zustandsdelikt als Zwischenform hat sich nicht durchgesetzt.

das Gesetz diese Begriffe gar nicht. Die Vorstellungen darüber, was ein Delikt zum Dauerdelikt macht, werden damit allein von Wissenschaft und Rechtsprechung geprägt.

Die herrschende Lehre<sup>21</sup> bezeichnet diejenigen Delikte als Dauerdelikte, bei denen der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg erst herbeiführt und diesen Erfolg sodann über einen längeren Zeitraum willentlich aufrechterhält oder fort dauern lässt. Nicht nur die ursprüngliche Erfolgs- und Zustands-herbeiführung, sondern auch das willentliche Aufrechterhalten bzw. Fortdauernlassen des durch Erfolgsherbeiführung hergestellten, rechtswidrigen Zustands verwirklichen den jeweiligen gesetzlichen Tatbestand.<sup>22</sup> Voraussetzung ist damit eine gewisse Herrschaft des Täters über den von ihm geschaffenen Zustand.<sup>23</sup> Zuweilen werden innerhalb der Dauerdelikte zwei Verwirklichungsformen unterschieden: Zum einen kann die zeitlich ausgedehnte Tatbestandsverwirklichung an eine entsprechend lang andauernde Tathandlung (oder Unterlassung)<sup>24</sup> angeknüpft werden (so z.B. bei § 316 StGB), zum anderen kann an den dauerhaft aufrechterhaltenen Taterfolg angeknüpft werden, der mit einem sich stetig vermehrenden Leiden des Opfers korrespondiert (Fall des § 239 StGB).<sup>25</sup>

Bei Zustandsdelikten dagegen erschöpft sich das gesamte verwirklichte Unrecht bereits in der erst- und einmaligen Herbeiführung eines Erfolgs und damit eines rechtswidrigen Zustands.<sup>26</sup> Die sich zeitlich daran anschließende Phase hat für die Tatbestandsverwirklichung keinerlei Bedeutung mehr. Zustandsdelikte sind damit eher ein Normalfall oder Standardfall von Delikten, wohingegen Dauerdelikte den davon abweichenden Sonderfall darstellen, weil sie ein Mehr gegenüber der bloßen Herbeiführung eines Zustands beinhalten. Anschauliche Beispiele für Zustandsdelikte sind die Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB, die Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB oder der Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB<sup>27, 28</sup>. Hier bewirkt der Täter mit einem zeitlich eingegrenzten Akt einen rechtswidrigen Zustand (also z.B. einen Verletzungserfolg, eine Beschädigung oder einen Gewahrsamsverlust). Dieser Zustand mag dann auch nach Abschluss der Tathandlung weiter fort dauern, bis er ausheilt oder behoben wird. Diese Fortdauer geschieht aber grundsätzlich unabhängig vom Willen und vom Einfluss des Täters und damit unabhängig von einem weiteren Tatverhalten. Auch liegt in der Regel kein sich stetig aktualisierender, das Opferleiden vermehrender, weiterlaufender Taterfolg vor – jedenfalls keiner, der willentlich vom Täter aufrechterhalten würde und der

<sup>21</sup> Zu abweichenden Definitionsangeboten *Schmitz*, Unrecht und Zeit, 2011, S. 30 ff.

<sup>22</sup> *Baur*, ZJS 2017, 655 (663); *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 31 Rn. 35; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 10 Rn. 20; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 105; v. *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, Lexikon des Strafrechts, Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten, Rn. 19; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 47.

<sup>23</sup> Vgl. *Pfuhl*, JR 2014, 234 (237).

<sup>24</sup> Jedenfalls echte Unterlassungsdelikte können auch Dauerdelikte sein, z.B. § 323c Abs. 1 StGB (*Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 323c Rn. 2), § 123 Abs. 1 Var. 2 StGB (*Rackow*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, § 123 Rn. 3) und § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG (*Dastis*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, AufenthG § 95 Rn. 18). Vertiefend zum Verhältnis von Dauerdelikten und Unterlassungsdelikten *Schmitz*, Unrecht und Zeit, 2011, S. 54 ff.

<sup>25</sup> *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 58; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 225; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 14 Rn. 26; krit. zu dieser Dualität der Kategorisierungsansätze *Wagner*, ZfStw 6/2023, 349 (350).

<sup>26</sup> *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 58; *Baur*, ZJS 2017, 655 (663); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 28.

<sup>27</sup> Gegen die Einordnung des Diebstahls als Zustandsdelikt *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 8 Rn. 27.

<sup>28</sup> Vgl. *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 58; *Baur*, ZJS 2017, 655 (663); v. *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, Lexikon des Strafrechts, Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten, Rn. 43; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 48.



für die Tatbestandserfüllung weitere Bedeutung hätte.

Die Rechtsprechung folgt für die Einteilung von Delikten in die Gruppe der Dauerdelikte im Wesentlichen der gleichen Linie wie die Literatur: Dauerdelikte sind danach diejenigen Delikte, bei denen der Täter den von ihm in deliktischer Weise geschaffenen rechtswidrigen Zustand willentlich aufrechterhält oder die deliktische Tätigkeit ununterbrochen fortsetzt, sodass sich der strafrechtliche Vorwurf sowohl auf die Herbeiführung als auch auf die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes bezieht.<sup>29</sup> Ob dies bei einem Delikt der Fall ist, ist für den jeweiligen Tatbestand anhand seiner Tatbestandsmerkmale zu bestimmen.<sup>30</sup> Auf diesen Ansatz der Rechtsprechung ist weiter unten noch einmal zurückzukommen (3. b)).

Als klassische Beispiele für Dauerdelikte gelten die Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 StGB<sup>31</sup> und der Hausfriedensbruch nach § 123 Abs. 1 StGB<sup>32</sup>. Ebenfalls in die Gruppe der Dauerdelikte eingeordnet werden zum Beispiel die Trunkenheit im Verkehr gem. § 316 StGB<sup>33</sup>, der unbefugte Gebrauch eines Fahrzeugs nach § 248b Abs. 1 StGB<sup>34</sup> und die Beförderungerschleichung nach § 265a Abs. 1 StGB<sup>35, 36</sup>. Das leuchtet im Grundsatz<sup>37</sup> ein: Alle diese Tatbestände sind auf ein Täterverhalten von gewisser Dauer ausgelegt. Die jeweiligen Delikte decken typischerweise eine gewisse Zeitspanne ab, mag diese im Einzelfall auch einmal sehr kurz sein. Bei der Freiheitsberaubung greift auch die weiter oben vorgestellte Variante des einmal herbeigeführten (Freiheitsberaubungs-)Erfolgs, dessen Fortdauer mit einem sich stetig vermehrenden Leiden des gefangenen Opfers korrespondiert, ohne dass hierzu eine auf Dauer angelegte Tathandlung erforderlich wäre: Es genügt, dass der Täter einmal den Schlüssel im Schloss umdreht und sodann das Opfer sich selbst überlässt.<sup>38</sup>

Als Beispiel für ein Dauerdelikt herangezogen werden kann auch der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG.<sup>39</sup> Dieser Tatbestand ist dabei einer Untergruppe zuzuordnen, die „Besitzdelikte“ genannt wird.<sup>40</sup> Besitzdelikte können den Dauerdelikten zugeordnet werden.<sup>41</sup>

<sup>29</sup> BGHSt 42, 215 (216); 36, 255 (257).

<sup>30</sup> BGHSt 42, 215 (217).

<sup>31</sup> *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 239 Rn. 3; *Wieck-Noodt*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 8.

<sup>32</sup> *Hilgendorf*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 8 Rn. 13; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 26; *Eschelbach*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 123 Rn. 10.

<sup>33</sup> *Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2022, § 316 Rn. 2; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 316 Rn. 1.

<sup>34</sup> *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 248b Rn. 5; *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, § 248b Rn. 1.

<sup>35</sup> *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 4; *Hellmann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 265a Rn. 10.

<sup>36</sup> Auch im Ordnungswidrigkeitenrecht existiert der Typus der Dauertat, insbesondere im Bereich der Straßenverkehrsordnungswidrigkeiten, siehe dazu überblicksweise *Krumm*, DAR 2017, 375 (376).

<sup>37</sup> Zu einer differenzierenden Sichtweise auf § 123 Abs. 1 StGB siehe unten 4.

<sup>38</sup> Zum Einsperren *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 11. Aufl. 2019, § 14 Rn. 5.

<sup>39</sup> *Oğlakcioğlu*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rn. 1053; *Weber*, in: Weber/Kornprobst/Maier, BtMG, Kommentar, 6. Aufl. 2021, § 29 Rn. 1326; *Wettley*, in: BeckOK BtMG, Stand: 15.12.2023, § 29 Rn. 490.

<sup>40</sup> *Oğlakcioğlu*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rn. 1054; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 13 Rn. 42.

<sup>41</sup> *Mitsch*, JA 2017, 407 (408); *Hoppen/Jansen*, JuS 2021, 1132 (1133); *Viveiros*, ZStW 133 (2021), 35 (38, 59); vgl. auch *Oğlakcioğlu*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rn. 1054. Die in der Literatur für Besitzdelikte teils vorgeschlagene Kategorie der „Zustandsdelikte“ darf hierbei nicht mit dem hier verwendeten Begriff des Zustandsdelikts als Gegenbegriff zum Dauerdelikt verwechselt werden, sondern ist als Deliktstypus jen-

Ein weiterer Vertreter der Untergruppe der Besitzdelikte ist zum Beispiel der Besitz kinderpornographischer<sup>42</sup> Inhalte gem. § 184b Abs. 3 Var. 2 StGB.<sup>43</sup> Kennzeichnend für diese Art von Besitzdelikten<sup>44</sup> ist, dass der strafrechtliche Vorwurf allein an das Besitzen des verbotenen Gegenstands anknüpft und damit an ein Täterverhalten, welches grundsätzlich auf eine gewisse Dauer angelegt ist, mag die Zeitspanne des Besitzes im Einzelfall auch einmal sehr kurz sein.<sup>45</sup>

### 3. Kritik an der Kategorie der Dauerdelikte und Präzisierung der Definition

Der Begriff bzw. die Kategorie der Dauerdelikte erfährt im rechtswissenschaftlichen Schrifttum von verschiedener Seite Kritik.

Zum einen wird die dogmatische Relevanz der Einordnung eines Delikts als Dauerdelikt bestritten. Mitunter wird an der Einteilung kritisiert, dass sie allenfalls als phänomenologische Beschreibung eines Delikts taugte, zur Lösung rechtlicher Fragestellungen aber überflüssig oder nicht leistungsfähig genug sei.<sup>46</sup> Unabhängig von der dogmatischen Relevanz der Kategorie der Dauerdelikte wird außerdem bemängelt, dass die Kriterien zur Einstufung von Dauerdelikten, insbesondere in ihrer Abgrenzung zu Zustandsdelikten, zu unscharf seien.<sup>47</sup>

Da die Kategorie der Dauerdelikte, trotz Kritik an ihrer dogmatischen Relevanz, in Rechtsprechung und Lehre weiterhin als etabliert gelten darf, soll diese Kategorie als solche hier nicht in Frage gestellt werden.<sup>48</sup> Der Kritik an der Vagheit und Unschärfe der Kriterien zur Einstufung von Delikten als Dauerdelikte muss aber in jedem Fall nachgegangen werden. Zuzugeben ist, dass bei einigen Tatbeständen tatsächlich über deren Einordnung als Dauerdelikt gestritten wird und wurde.<sup>49</sup> Selbst vermeintlich klare Fälle wie die Einordnung von Körperverletzungsdelikten als Zustandsdelikte (also gerade nicht Dauerdelikte) waren Gegenstand der Rechtsprechung<sup>50</sup> und sind weiterhin durchaus debattierbar. So lässt sich eine andauernde, fortlaufende Körperverletzung mit sich vermehrendem Opferleiden auch in der Konstellation einer Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB erkennen, in welcher der Garant, z.B. eine Ärztin, eine gebotene Behandlung unterlässt, wodurch sich der Gesundheitszustand des Patienten fortlaufend verschlechtert und dessen Schmerzen immer intensiver werden. Bei dieser Art und Weise der Tatbegehung wären die materiellen Kriterien eines

---

seits eines strafrechtlichen Handelns oder Unterlassens erdacht worden, siehe *Eckstein*, ZStW 117 (2005), 107 (113); *Schroeder*, ZIS 2007, 444 (448 f.).

<sup>42</sup> Die von verschiedenen Stellen erhobene Forderung, den teils als verharmlosend empfundenen Begriff der „Kinderpornographie“ durch die Formulierung „Darstellungen von sexuellem Kindesmissbrauch“ zu ersetzen (vgl. nur die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 11. März 2015 zum sexuellen Missbrauch von Kindern im Internet [2015/2564(RSP)], Abs. 12), hat sich bislang nicht durchsetzen können.

<sup>43</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 184b Rn. 37.

<sup>44</sup> Innerhalb der Gruppe der Besitzdelikte kann unterschieden werden zwischen den hier beschriebenen reinen Besitzdelikten und solchen, die zusätzlich zum Besitz noch weitere Merkmale aufweisen, z.B. eine Verwendungsabsicht des Täters, dazu *Eckstein*, Besitz als Straftat, 2001, S. 41 ff, 84 f.

<sup>45</sup> *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 60; *Eckstein*, ZStW 117 (2005), 107 (108).

<sup>46</sup> Siehe vor allem *Wagner*, ZfIStw 6/2023, 349, der als Ersatz für die Kategorie des Dauerdelikts eine Konstruktion über nachgelagerte Unterlassenstrafbarkeiten vorschlägt. Zur Kritik siehe auch *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 6. Abschn. Rn. 80; *Walter*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 62.

<sup>47</sup> So schon *Hruschka*, GA 1968, 193 f.; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 59; *Wagner*, ZfIStw 6/2023, 349 f.; vgl. auch *Walter*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 62.

<sup>48</sup> Für einen Abschied von der Kategorie der Dauerdelikte *Wagner*, ZfIStw 6/2023, 349.

<sup>49</sup> Beispielsfälle: BGHSt 42, 215; 36, 255; LG Frankfurt NStZ 1990, 592.

<sup>50</sup> BGH NStZ-RR 2013, 10; LG Frankfurt NStZ 1990, 592.

Dauerdelikts erfüllt.<sup>51</sup> Ein minutenlanger Würgegriff kann bei unbefangener Betrachtung ebenfalls als andauernde Körperverletzung im Sinne eines Dauerdelikts begriffen werden.<sup>52</sup> Auch hinsichtlich einer Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB lässt sich anführen, dass der Täter das unterschlagene Gut dem Eigentümer dauerhaft vorenthält, was ebenfalls, jedenfalls auf phänomenologisch-beschreibender Ebene, Züge eines Dauerdelikts trägt.<sup>53</sup> Und warum eigentlich sollte eine Beleidigung nach § 185 StGB, die in Textform auf einer Internetseite verewigt wird und von jedermann neu und wiederholt abrufbar ist, nicht ebenfalls als Dauerdelikt begriffen werden?<sup>54</sup>

Eine gewisse Unschärfe bei der Beurteilung, ob ein Tatbestand ein Dauerdelikt normiert, verbleibt daher. Dieser Unschärfe kann aber begegnet werden. Als Ausgangspunkt hierzu kann die Definition der herrschenden Meinung durchaus dienen. Bei Anwendung der Definition muss aber Klarheit darüber bestehen, ob die geforderten Kriterien für die Annahme eines Dauerdelikts für jeden Einzelfall der tatbestandlichen Deliktsbegehung gesondert zu prüfen sind, oder ob allein der abstrakte Tatbestand als solches daraufhin zu überprüfen ist, ob er die Merkmale eines Dauerdelikts aufweist (unten a)). Bei erster Herangehensweise wäre es möglich, dass ein Tatbestand sowohl in Form eines Dauerdelikts als auch in Form eines Zustandsdelikts erfüllt werden kann, je nach Tatbegehung im Einzelfall und deren Bewertung. Beim zweiten Ansatz würde ein Tatbestand stets und ohne Rücksicht auf die konkrete Tatbegehung des jeweiligen Einzelfalls entweder der Gruppe der Dauerdelikte oder dem Typus des Zustandsdelikts zugeordnet. Wählt man den – im Folgenden auch hier vertretenen – zweiten Ansatz, so sind die abstrakten Kriterien zur Annahme eines Dauerdelikts insoweit zu ergänzen, als sie eine generalisierende Einstufung des Tatbestandes als Dauerdelikt oder Zustandsdelikt zulassen, auch dann, wenn die Erfüllung des Tatbestandes in Einzelfällen rein äußerlich das Erscheinungsbild des jeweils anderen Deliktstypus aufweisen kann (unten b)).

#### a) Bezugspunkt der Definition: Abstrakt-generelle Norm oder konkret-individueller Einzelfall?

Die Frage, ob ein Delikt ein Dauerdelikt ist, kann nur entschieden werden, wenn klar ist, auf welcher Ebene die Frage gestellt wird. Mit anderen Worten: Es muss geklärt werden, wie genau die Frage eigentlich lautet. Geht es darum, ob ein Delikt an sich, also der abstrakte Tatbestand, als Dauerdelikt eingestuft werden soll, oder soll die konkrete Begehungsweise, also die Tatbestandsverwirklichung im Einzelfall daraufhin untersucht werden, ob sie sich als Dauerdelikt darstellt?

Im Schrifttum wird diese Frage nur selten so explizit aufgeworfen.<sup>55</sup> Den Formulierungen und inhaltlichen Ansätzen der Lehrbuch- und Kommentarliteratur lässt sich aber implizit entnehmen, dass die herrschende Lehre von einer abstrakt-generellen Betrachtungsweise ausgeht.<sup>56</sup> Nicht der konkret-individuelle Einzelfall, also die jeweilige Tatbegehung und Art und Weise der Tatbestandserfüllung soll als Dauerdelikt oder Zustandsdelikt eingestuft werden, sondern die abstrakt-generelle Norm, d.h. der Tatbestand an sich. Danach normiert § 239 StGB mit der Freiheitsberaubung ein Dauerdelikt,

<sup>51</sup> Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 59.

<sup>52</sup> Walter, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 62.

<sup>53</sup> Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 59.

<sup>54</sup> Vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 916 Rn. 13 mit ausführlicher Besprechung bei Baader/Trautmann, famos 08/2023; zum Phänomen der Beleidigung über das Internet unter allen strafrechtlichen Gesichtspunkten ausführlich Kargl, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 185 Rn. 35 ff.

<sup>55</sup> Hruschka, GA 1968, 193 (195 f.), der zwischen Dauerdelikten im abstrakten Sinne und Dauerstraftaten im konkreten Sinne unterscheidet; Wagner, ZfStw 6/2023, 349 (350).

<sup>56</sup> Zu diesem Befund Wagner, ZfStw 6/2023, 349 (350). Explizit für eine abstrakt-generelle Betrachtung des Tatbestands sprechen sich aus Eckel/Rottmeier, NSTZ 2021, 1 (4). Für eine konkret-individuelle Betrachtung der jeweiligen Tat sprechen sich aus Schmitz, Unrecht und Zeit, 2011, S. 45; Schünemann/Greco, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 47.

egal, wie sich die Tatbestandserfüllung im konkreten Einzelfall darstellt<sup>57</sup>; und der Tatbestand der Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB ist immer ein Zustandsdelikt, egal, ob sich die körperliche Misshandlung oder der Verletzungserfolg über einen längeren Zeitraum hinzieht<sup>58</sup>.

Im Vergleich dazu ist der Rechtsprechung deutlicher zu entnehmen, dass sie von einer abstrakt-generellen Betrachtungsweise ausgeht. Sie fragt bei der Einstufung von Dauerdelikten explizit danach, worauf sich der „strafrechtliche Vorwurf“ bezieht und prüft dies anhand des jeweiligen Tatbestands und seiner Tatbestandsmerkmale.<sup>59</sup> Daraus geht hervor, dass es der Rechtsprechung eher nicht um die jeweilige Tatbegehung im Einzelfall geht, sondern dass sie davon unabhängig den abstrakten Tatbestand generalisierend betrachtet.<sup>60</sup>

Diese abstrakt-generelle Betrachtungsweise hat für sich, dass sie den Anspruch an eine streng dogmatische Einteilung von Delikten (bzw. Tatbeständen) in bestimmte Typen am ehesten erfüllt und insofern auch eine größere Klarheit schafft, als es eine ständige Neubewertung von konkreten Tatbegehungen im individuellen Einzelfall vermag. Mit anderen Worten: Nur eine Einstufung von abstrakt-generellen Tatbeständen ist wirklich eine Einstufung, die eine bestimmte Systematik und eine Kategorie von Delikten erzeugen kann. Eine Einstufung im jeweiligen Einzelfall dagegen führt zu keinem dogmatischen System und bringt keinen Mehrwert in der Rechtsanwendung. Mit ihr würde das Dauerdelikt als dogmatischer Typus vielmehr aufgegeben. Dies hätte zur Folge, dass die Anwendungsfragen im konkreten Einzelfall, die durch diese Einstufung gerade gelöst werden sollen (zu den Rechtsfolgen der Einstufung als Dauerdelikt siehe unten III.), ohnehin jeweils einzeln gelöst werden müssten, ohne dass das Etikett „Dauerdelikt“ dabei noch helfen würde.<sup>61</sup>

Der Nachteil dieser abstrakt-generellen Betrachtungsweise ist, dass sie die Entscheidung, ob ein Tatbestand ein Dauerdelikt normiert, verkompliziert. Je unterschiedlicher die konkret-individuellen Verhaltensweisen sein können, die den Tatbestand erfüllen, desto schwieriger ist es, zu entscheiden, ob der Tatbestand insgesamt der Gruppe der Dauerdelikte zuzuordnen ist. An einem plastischen Beispiel illustriert: Wenn die Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB sowohl dadurch verwirklicht werden kann, dass der Täter die Urkunde wegnimmt und dann schlicht unwiederbringlich von einem Sturm hinfort tragen lässt, als auch dadurch, dass er die Urkunde für Jahre versteckt in seinem Gewahrsam behält und dann irgendwann wieder herausgibt<sup>62</sup> – ist der Tatbestand dann insgesamt den Dauerdelikten zuzuordnen oder den Zustandsdelikten? In der ersten Begehungsweise wird ein nahezu endgültiger Zustand des Urkundenverlusts geschaffen, der, einmal eingetreten, unabhängig vom Täterwillen und Täterverhalten fortbesteht – dies entspräche einem Zustandsdelikt. In der zweiten Begehungsweise hängt die Unterdrückung der Urkunde maßgeblich vom Willen des Täters ab, der die Urkunde für eine bestimmte Dauer in seinem Gewahrsam hält und damit fortlaufend das Beweisführungsrecht des Berechtigten vereitelt, bis er diese dauerhafte Tathandlung willentlich abbricht bzw. rückgängig macht – dies entspräche einem Dauerdelikt. In der abstrakten Tatbestandsvariante des § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB stecken also potentiell mehrere konkrete Ver-

<sup>57</sup> Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239 Rn. 4, 11.

<sup>58</sup> Vgl. Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 223 Rn. 6 (mit Kritik an der Bezeichnung).

<sup>59</sup> BGHSt 42, 215 (216 f.); 36, 255 (257); siehe dazu schon oben 2.

<sup>60</sup> Abweichende Tendenz bei OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 916 Rn. 13, wo hinsichtlich einer Beleidigung nach § 185 StGB der Dauerdeliktscharakter des Tatbestands auf abstrakt-genereller Ebene offengelassen, für den Einzelfall aufgrund der konkreten Tatbegehung aber verneint wird.

<sup>61</sup> Wie oben (3.) dargestellt, sind die Kritiker der Kategorie der Dauerdelikte in diesem Sinne ohnehin der Meinung, dass eine dogmatische Kategorie der Dauerdelikte nicht als Gesamtlösung verschiedener rechtlicher Einzelprobleme taugt, siehe Wagner, ZfStw 6/2023, 349 (351 f.).

<sup>62</sup> Zu den unterschiedlichen Begehungsweisen der Urkundenunterdrückung siehe Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 14.

haltensweisen, die man bei Anlegung der oben (2.) vorgestellten Bewertungskriterien teils den Zustandsdelikten, teils den Dauerdelikten zuordnen würde. Wenn man nun aber mit der herrschenden Meinung eine einheitliche Einstufung des Tatbestands als entweder Dauerdelikt oder Zustandsdelikt befürwortet – wie entscheidet man sich?

Um diese Pattsituationen zwischen Dauerdelikt und Zustandsdelikt bei der abstrakt-generellen Einstufung von Tatbeständen zu vermeiden, sind die abstrakten Definitionskriterien um ein Wertungskriterium zu ergänzen. Insbesondere bei Tatbeständen, die eine Vielzahl unterschiedlicher Arten und Weisen der Tatbestandserfüllung zulassen, die bei individueller Betrachtungsweise der Tatbegehung sowohl als Zustandsdelikte als auch als Dauerdelikte angesehen werden können, ist danach zu fragen, wo der Schwerpunkt des Unrechts liegt, welches der Tatbestand bestrafen soll.

#### **b) Ergänzung der abstrakten Definitionskriterien: Schwerpunkt des Unrechts**

Will man Tatbestände abstrakt-generell als Dauerdelikte einstufen, so muss man die von der herrschenden Meinung vorgeschlagenen Definitionselemente auf eben dieser abstrakten Ebene anwenden. Da ein Tatbestand, wie oben dargelegt, häufig auf unterschiedliche, teils dauerbezogene, teils zustandsbezogene konkrete Arten und Weisen erfüllt werden kann, muss er zwecks Typenbestimmung generalisiert betrachtet werden.

Als Ausgangspunkt für diese generalisierte Betrachtung soll der Ansatz der Rechtsprechung dienen. Hiernach muss ausgehend vom Tatbestand und seiner Merkmale bestimmt werden, ob sich der strafrechtliche Vorwurf sowohl auf die Herbeiführung, als auch die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands bezieht.<sup>63</sup> Da sich aber, wie oben gezeigt, nicht jedem Tatbestand und seinen Merkmalen ein eindeutiges Entweder/Oder hinsichtlich einer dauerhaften Aufrechterhaltung eines herbeigeführten Zustands entnehmen lässt und da in den jeweiligen konkreten Einzelfällen der Tatbestandserfüllung phänomenologisch gesehen mal das Aufrechterhalten eines Erfolgs, mal dessen bloße Herbeiführung im Vordergrund steht, ist dieser Ansatz der Rechtsprechung zu präzisieren.

Zu fragen ist daher, ob das für Dauerdelikte charakteristische Element der gewissen Dauer, sei es in Form einer länger andauernden Tathandlung, sei es in Form eines fortlaufenden Erfolgs, für die Erfüllung des Tatbestandes unabdingbar ist<sup>64</sup> oder ihm wenigstens spezifisch anhaftet.<sup>65</sup> Ob das Element der gewissen Dauer dem Tatbestand spezifisch anhaftet und für ihn charakteristisch ist, ist danach zu beurteilen, ob der Schwerpunkt des Unrechts, welches durch den Tatbestand erfasst und kriminalisiert werden soll, gerade in der Dauerhaftigkeit der Tathandlung oder der fortdauernden Aufrechterhaltung des Taterfolgs liegt.

Zur Bestimmung, wo der Schwerpunkt des Unrechts im jeweiligen Tatbestand liegt – in der bloßen Herbeiführung eines Zustandes oder in dessen andauernden Aufrechterhaltung – muss der Tatbestand ausgelegt werden.<sup>66</sup> In Stellung gebracht werden können hierfür sämtliche der klassischen juristischen Auslegungscanones<sup>67</sup>: Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Zweck.<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> BGHSt 42, 215 (216 f.); 36, 255 (257); siehe dazu schon oben 2.

<sup>64</sup> Vgl. *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 166. Eine strenge Begrenzung auf die Notwendigkeit der Dauerhaftigkeit der Unrechtsverwirklichung für die Tatbestandserfüllung fordert *Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981, S. 32.

<sup>65</sup> Vgl. bereits die Formulierung in BGHSt 42, 215 (217): „Kern und Wesen des Tatbestands“.

<sup>66</sup> Vgl. *Schmitz*, Unrecht und Zeit, 2011, S. 43 ff.

<sup>67</sup> Hierzu *Wank/Maties*, Die Auslegung von Gesetzen, 7. Aufl. 2023, S. 41.

<sup>68</sup> Ein anschauliches Beispiel für die nahezu schulmäßige Auslegung zur Klärung der Eigenschaft eines Tatbestands als Dauerdelikt bietet BGHSt 42, 215 (216 f.).

Kommt die nach diesen Kriterien angestellte Bewertung zum Ergebnis, dass der Schwerpunkt des vom Tatbestand erfassten Unrechts durch die Dauerhaftigkeit des Täterhandelns bzw. des Fortdauernlassens des Taterfolgs begründet wird, ist der Tatbestand als Dauerdelikt einzustufen. Anderenfalls liegt ein Zustandsdelikt (oder ein ganz anderer Deliktstypus) vor. Ob und wie viel tatsächliche Dauerhaftigkeit dann der konkreten Tatbestandserfüllung im individuellen Einzelfall innewohnt, ist von dieser Bewertung unabhängig und berührt den Status des Delikts als Dauerdelikt oder Zustandsdelikt nicht. Mit anderen Worten: Individuelle Ausreißer in die eine oder andere Richtung, welche phänomenologisch gesehen zum jeweils anderen Deliktstypus – Dauerdelikt oder Zustandsdelikt – passen würden, ändern nichts an der generalisierenden Einordnung des abstrakten Tatbestands als Dauerdelikt.<sup>69</sup>

Ist ein Tatbestand in mehrere selbstständige Tatbestandsvarianten aufgefächert<sup>70</sup>, so müssen diese gesondert bewertet werden. Mit Blick auf die rechtlichen Folgen der Einordnung als Dauerdelikt (dazu unten III.) bedeutet dies, dass im Einzelfall die Zuordnung eines sicher tatbestandlichen Geschehens zu einer bestimmten Variante Relevanz entfaltet und daher unter diesem Gesichtspunkt nicht (wie sonst gelegentlich in der Fallbearbeitung) dahinstehen kann.

#### 4. Diskussion ausgewählter Tatbestände

Zur Illustration der Anwendung der ermittelten Kriterien sollen im Folgenden ein paar ausgewählte Tatbestände daraufhin untersucht werden, ob sie Dauerdelikte normieren.

Beim klassischen Beispiel der Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 StGB erkennt man recht schnell: Die Dauerhaftigkeit des Freiheitsverlustes ist dem Delikt bereits tatbestandlich immanent. Zum einen wird nach herrschender Meinung eine nur unerhebliche Beeinträchtigung der Fortbewegungsfreiheit als nicht ausreichend für die Erfüllung des Tatbestands angesehen; abgestellt wird hierbei auch darauf, ob die Beeinträchtigung von nur sehr kurzer Dauer ist.<sup>71</sup> In diesem Sinne kann das Element der gewissen Dauerhaftigkeit des geschaffenen Zustands bereits als konstitutiv für die Tatbestandserfüllung angesehen werden.<sup>72</sup> Zum anderen wird im Qualifikationstatbestand des § 239 Abs. 3 Nr. 1 StGB die Zeitspanne der Freiheitsberaubung zum qualifizierenden Merkmal gemacht, was ebenfalls die Bedeutung der Dauer für das Delikt hervorhebt. Der Qualifikationstatbestand des § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB beschreibt mit der Formulierung „während der Tat“ ebenfalls einen Zeitraum, also eine dauerhafte Phase, welche dem Delikt typischerweise innewohnt und die vom Täter willentlich aufrechterhalten wird.<sup>73</sup> Gleiches gilt für § 239 Abs. 4 StGB. Insgesamt lässt sich daraus folgern, dass der Schwerpunkt des in § 239 StGB kriminalisierten Unrechts weniger darin liegt, dass kurzfristig ein Zustand der Freiheitsbeschränkung geschaffen wird, sondern dass der Täter diesen Zustand über eine gewisse Dauer aufrechterhält. Erst diese gewisse Dauerhaftigkeit lässt den Freiheitsentzug

---

<sup>69</sup> Vgl. *Reinbacher*, JZ 2020, 558 (561 f.), der bei Zustandsdelikten, die im konkreten Einzelfall ähnlich einem Dauerdelikt über eine längere Dauer hinweg begangen werden, die Umschreibung „durative Tatbegehung“ vorschlägt.

<sup>70</sup> Unterschieden werden kann zwischen selbstständigen Tatbestandsvarianten wie z.B. in § 267 Abs. 1 StGB, siehe *Maier*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 267 Rn. 62, und bloß unselbstständig nebeneinanderstehenden Tatmodalitäten wie in § 223 Abs. 1 StGB, siehe *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 223 Rn. 2.

<sup>71</sup> BGH NStZ 2003, 371; *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 15 Rn. 17; *Wieck-Noodt*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 19; tendenziell noch restriktiver sogar *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 9 Rn. 23 ff.

<sup>72</sup> *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 166.

<sup>73</sup> *Schmitz*, Unrecht und Zeit, 2011, S. 24; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 349.

zum strafwürdigen Unrecht werden.

Hinsichtlich des zweiten klassischen Beispiels des Hausfriedensbruchs nach § 123 Abs. 1 StGB dürfte – entgegen der herrschenden Lehre<sup>74</sup> – zwischen den beiden Tatbestandsvarianten zu differenzieren sein.<sup>75</sup> Jedenfalls dem unberechtigten Verweilen gem. § 123 Abs. 1 Var. 2 StGB ist die Dauerhaftigkeit des Täterverhaltens immanent, denn hier wird gerade bestraft, dass der Täter sich – nach Aufforderung zum Verlassen durch den Hausrechtsinhaber – länger in den geschützten Räumlichkeiten aufhält, als er darf, indem er es unterlässt, sie zu verlassen.<sup>76</sup> Das Merkmal „darin verweilt“ ist bereits begrifflich auf ein willentliches Täterverhalten von gewisser Dauer ausgelegt. Hinsichtlich der Variante des Eindringens gem. § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB ist das Element der Dauerhaftigkeit dagegen wenig ausgeprägt und zudem auch nicht zentral für den Tatbestand und den darin umschriebenen Unrechtsvorwurf: Nicht die Länge der Verweildauer in einem geschützten Raum charakterisiert hier die kriminelle Energie des Täters, sondern der – auch punktuell mögliche – Akt der Grenzüberschreitung hinein in den geschützten Raum.<sup>77</sup> Der Täter wird hier nicht etwa deshalb bestraft, weil er stundenlang in einen Raum eindringt, sondern weil er in diesen Raum eingedrungen ist. Nicht ein dauerhaftes Verhalten, sondern der durch das Eindringen geschaffene rechtswidrige Zustand steht hier im Vordergrund. Das in der Variante des § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB umschriebene Unrecht erschöpft sich damit im Wesentlichen in dem zeitlichen Moment, in dem der Täter in den geschützten Raum eindringt.<sup>78</sup> Was der Täter nach diesem Akt des Eindringens tut, ist für die Tatbestandserfüllung des § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB nicht relevant. Auch ein sofortiges Verlassen der Räumlichkeit nach dem Eindringen berührt das mit dem Eindringen verwirklichte Unrecht nicht im wesentlichen Maße; das einmal verwirklichte Eindringen kann weder rückgängig gemacht oder abgemildert noch abgebrochen werden. Sofern in der Literatur argumentiert wird, dass auch bei dieser Tatbestandsvariante das deliktische Verhalten des Täters bis zur Beendigung des rechtswidrigen Zustandes andauert,<sup>79</sup> mag dies in phänomenologisch-beschreibender Hinsicht richtig sein: Typischerweise wird der Täter nach erstmaligem Eindringen noch ein wenig länger in der Räumlichkeit bleiben; und je schneller der Täter die Räumlichkeit verlässt, desto lieber wird das dem geschädigten Hausrechtsinhaber<sup>80</sup> sein.<sup>81</sup> Schon aus systematischer Sicht aber bezieht sich der zentrale deliktische Vorwurf bei der Tatbestandsvariante des Eindringens – im Gegensatz zu § 123 Abs. 1 Var. 2 StGB – nicht auf das Verweilen in Form der fortlaufenden, willentlichen Aufrechterhaltung des Unrechts, sondern auf den einmaligen Akt des Grenzübertritts. Hier kann man eine Parallele zum Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB ziehen, der von der herrschenden Lehre nicht als Dauerdelikt eingestuft wird: Auch hier wird durch den Wegnahme-

<sup>74</sup> Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 26; Feilcke, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 7; Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 123 Rn. 13; Kuhli, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 123 Rn. 3; Küpper/Börner, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 17; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 123 Rn. 10.

<sup>75</sup> Durch ihre Zitierweise eine Differenzierung jedenfalls andeutend auch Bauerkamp/Chastenier, *ZJS* 2020, 347 (351); Walter, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 62.

<sup>76</sup> § 123 Abs. 1 Var. 2 StGB ist ein echtes Unterlassungsdelikt, siehe Feilcke, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 49; Kuhli, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 123 Rn. 3.

<sup>77</sup> Vgl. Bock, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 2018, S. 316; Graf v. Schlieffen, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 123 Rn. 10; Kuhli, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 123 Rn. 27.

<sup>78</sup> Vgl. Wagner, *ZfStw* 6/2023, 349 (354).

<sup>79</sup> Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 8 Rn. 13; vgl. auch Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 26.

<sup>80</sup> Obwohl § 123 StGB gesetzessystematisch im Abschnitt über Straftaten gegen die öffentliche Ordnung eingeordnet ist, schützt der Tatbestand das individuelle Hausrecht, siehe Bock, *Strafrecht*, Besonderer Teil 1, 2018, S. 312 f.; Feilcke, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1.

<sup>81</sup> Einschränkung Schmitz, *Unrecht und Zeit*, 2011, S. 38.

akt eine längerfristige, potentiell sogar ewig andauernde rechtswidrige Vermögenslage geschaffen, und der Verlust der Sache kann den ursprünglichen Gewahrsamsinhaber und/oder Eigentümer<sup>82</sup> durchaus dauerhaft schmerzen. Der Täter wird außerdem häufig sein Übriges dazu tun, diese rechtswidrige Vermögenslage aufrechtzuerhalten, nämlich indem er die Tatbeute behält. Diesen längerfristigen Tatfolgen zum Trotz erhebt § 242 Abs. 1 StGB aber den punktuellen, einmaligen und gerade nicht dauerhaften oder fortlaufenden Akt der Wegnahme zum zentralen Merkmal des Tatbestands und Unrechtsgehalts des Delikts. Der Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB ist um den zeitlich punktuellen Moment des Gewahrsamsbruchs herum aufgebaut und nicht um den anschließenden Verlustzustand zulasten des Opfers. Die Unrechtsverwirklichung ist mit diesem Moment im Wesentlichen abgeschlossen; der Täter kann die Sache danach nicht weiterhin wegnehmen, sondern nur behalten.<sup>83</sup> Ähnlich verhält es sich mit dem einmaligen Akt der Zueignung aus § 246 Abs. 1 StGB.<sup>84</sup> Daher ist ebenso auch die Tathandlung des Eindringens in § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB bloß als Schaffung eines Zustands und nicht als Aufrechterhalten dieses Zustands zu bewerten, weshalb der Hausfriedensbruch in dieser Tatbestandsvariante nach hier vertretener Auffassung nicht als Dauerdelikt einzustufen ist.

Zur Diskussion und Anwendung der Kriterien des Dauerdelikts eignet sich auch der Tatbestand der Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Die Varianten des Vernichtens (Var. 1) und des Beschädigens (Var. 2) stellen, insoweit vergleichbar mit der Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB,<sup>85</sup> auf einen punktuellen Handlungsakt des Täters ab. In diesen Varianten führt der Täter einen – potentiell irreversiblen – Taterfolg in Form der Unbrauchbarkeit der Urkunde und damit endgültigen Vereitelung des Beweisführungsrechts herbei. Dieser Taterfolg wirkt zwar fort, dies aber unabhängig vom weiteren Verhalten und Willen des Täters. Der Täter verwirklicht das für den Tatbestand charakteristische Unrecht mit der einmaligen Vernichtung oder Beschädigung der Urkunde, mithin mit einem Verhalten, welches kein Element der Dauerhaftigkeit in sich trägt. Nicht die Dauer der Beschädigungs- oder Vernichtungshandlung oder die Aufrechterhaltung des daraus resultierenden Erfolgs wird in § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 und Var. 2 StGB bestraft, sondern allein der dadurch geschaffene rechtswidrige Zustand bzw. die Handlung, die diesen Zustand herbeigeführt hat. Hinsichtlich der namensgebenden Variante des Unterdrückens einer Urkunde gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB spricht dagegen schon mehr für ein spezifisches Element der Dauerhaftigkeit. Schon begrifflich beschreibt die „Unterdrückung“ einer Urkunde eher einen fortdauernden Vorgang als einen statischen Zustand. Dies greift auch die Definition der herrschenden Meinung auf: i.S.d. § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB ist danach jede Handlung, durch die dem Berechtigten die Benutzung der Urkunde als Beweismittel für eine nicht unerhebliche Zeit, d.h. zumindest vorübergehend und zeitweilig entzogen oder vorenthalten wird.<sup>86</sup> Im Gegensatz zu den ersten beiden Tatbestandsvarianten wird das Beweis-

<sup>82</sup> Zum Streit darüber, ob § 242 StGB nur das Eigentum oder auch den Gewahrsam schützt, siehe *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 1, § 6 Rn. 3.

<sup>83</sup> Vgl. *Schmitz*, Unrecht und Zeit, 2011, S. 49.

<sup>84</sup> Dass auch der Tathandlung der Zueignung und damit dem Tatbestand der Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB für gewöhnlich kein Dauercharakter zugesprochen wird, ergibt sich schon daraus, dass in Literatur und Rechtsprechung leidenschaftlich über die Möglichkeiten von wiederholten Zweitzueignungen nach der erstmaligen Zueignung gestritten wurde und wird, vgl. nur *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 51 ff.

<sup>85</sup> *Heghmanns*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 1592; *Koch*, in: *Dölling u.a.*, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 274 Rn. 6 f.; *Weidemann*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2023, § 274 Rn. 5 f.

<sup>86</sup> *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2018, S. 485; *Erb*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 14; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 274 Rn. 2; *Kindhäuser/Hilgendorf*,



führungsrecht des Berechtigten hierbei nicht (potentiell) irreversibel durch einen einzigen Handlungsakt des Täters endgültig vereitelt oder erschwert. Kern der Tatbestandsvariante und damit des Unrechtsvorwurfs ist hier vielmehr das auf gewisse Dauer angelegte<sup>87</sup> Vorenthalten der Urkunde und damit die zeitweilige Vereitelung der Beweisführung des Berechtigten,<sup>88</sup> deren Fortdauer grundsätzlich vom Täterverhalten abhängig ist und vom Täter durch Rückgabe oder Zurücklegen der Urkunde beendet werden kann. Letzteres trifft in reiner Form zwar nur auf Sachverhaltskonstellationen zu, in denen das Unterdrücken dadurch erfolgt, dass der Täter die Urkunde in eigenen Gewahrsam nimmt. Fälle dagegen, in denen der Täter die Urkunde zunächst an sich nimmt und sich ihrer sodann an einem stürmischen Tag durch achtlosen Abwurf in einen Wald, Gebüsch oder dergleichen entledigt, ohne die Urkunde dabei zu beschädigen oder zu vernichten, erfüllen ebenfalls die Variante der Unterdrückung,<sup>89</sup> sind vom Täter mangels fortdauernden Einflusses auf den Verbleib der Urkunde aber nicht mehr rückgängig zu machen. Hier ist es dann doch wieder bloß ein einmaliger Unterdrückungsakt, der im Mittelpunkt des konkreten Täterverhaltens steht. Sieht man von dieser Sachverhaltskonstellation, die rein phänomenologisch Züge eines Zustandsdelikts aufweist, einmal ab, spricht bei der hier befürworteten abstrakt-generalisierten Sichtweise aber vieles dafür, die Tatbestandsvariante des Unterdrückens gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB mit seiner im Vergleich zu den anderen Tatbestandsvarianten stärkeren Fokussierung auf eine Dauerhaftigkeit des Täterverhaltens und des Taterfolgs als Dauerdelikt anzusehen. Soweit ersichtlich, ist diese Frage bisher weder von der Rechtsprechung entschieden noch vom Schrifttum diskutiert worden.

Die entscheidende Bedeutung der Differenzierung zwischen abstrakt-genereller Ebene und konkret-individueller Tatbestandsverwirklichung zeigt sich auch anhand des eingangs (oben 3.) vorgestellten Beispiels der Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB. Zwar lassen sich Fallgestaltungen ersinnen, in denen ein Beschützergarant, z.B. ein behandelnder Arzt, eine gebotene Heilbehandlung fortlaufend unterlässt und somit sozusagen dabei zusieht, wie sein zu beschützender Patient immer weitere Körperverletzungs- bzw. Gesundheitsschädigungserfolge in Form von sich intensivierenden Schmerzen, nach und nach ausfallenden Organfunktionen etc. erleidet.<sup>90</sup> Diesem unterlassenden Verhalten wohnt ein vom Täter willensgesteuertes Element der Dauerhaftigkeit inne und kommt damit zumindest auf phänomenologischer Ebene einem Dauerdelikt gleich. Betrachtet man aber, wo der Schwerpunkt des Unrechts liegt, welches durch den Tatbestand der Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB bestraft werden soll, dann kommt man leicht

---

Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 274 Rn. 11; *Maier*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 274 Rn. 17; *Wittig*, in: *SSW-StGB*, 5. Aufl. 2021, § 274 Rn. 13.

<sup>87</sup> Einige Autoren, wie z.B. *Erb*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 14; *Koch*, in: *Dölling u.a.*, *Gesamtes Strafrecht*, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 274 Rn. 8 und *Weidemann*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2023, § 274 Rn. 7 betonen, dass keine „Dauerhaftigkeit“ vorausgesetzt werde, womit aber offenbar weniger das einer Unterdrückung innewohnende zeitliche Element in Abrede gestellt als vielmehr klargestellt werden soll, dass das Vorenthalten der Urkunde nicht für immer und ewig stattfinden muss, sondern dass auch nur zeitweilige Unterdrückungsphasen den Tatbestand erfüllen können, vgl. in diesem Sinne deutlicher *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 33 Rn. 30a; *Heine/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 274 Rn. 10.

<sup>88</sup> Im Gegensatz zu § 267 StGB schützt § 274 StGB nach h.M. nicht das Kollektivrechtsgut der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs, sondern allein ein Individualrechtsgut, nämlich das Recht des einzelnen Berechtigten, mit der Urkunde Beweis zu führen, siehe *Erb*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 2; *Krell*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 274 Rn. 1; *Puppe/Schumann*, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 274 Rn. 1; abw. *Maier*, in: *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 274 Rn. 1, der daneben auch ein Gemeininteresse am Bestandsschutz von Urkunden sieht.

<sup>89</sup> Vgl. *Erb*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 14; *Krell*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 274 Rn. 15.

<sup>90</sup> *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 59; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 223 Rn. 22.

dazu, dass es im Grundsatz um die Schaffung eines rechtswidrigen Verletzungszustands geht. Selbst wenn die Merkmale „körperlich misshandelt“ und „an der Gesundheit schädigt“ ihrem Wortlaut nach einen Anknüpfungspunkt für ein dauerhaftes Täterverhalten bieten, so ist Zweck des Körperverletzungstatbestandes doch, den Ist-Zustand der körperlichen Integrität<sup>91</sup> des Einzelnen zu schützen. Bestraft wird damit die Herbeiführung eines von diesem Ist-Zustand negativ abweichenden Zustands.<sup>92</sup> Über die Dauer und die Folgen (z.B. in Form von Schmerzen oder bestimmten Verletzungen wie in § 226 Abs. 1 StGB) dieses einmal herbeigeführten Zustandes hat der Täter nach Abschluss seiner Tat handlung in aller Regel aber keine Herrschaft mehr.<sup>93</sup> Darin liegt die Einstufung der Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB als Zustandsdelikt begründet. Nichts anderes kann dann aber für die Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB gelten. Auch hier ist der zentrale Bezugspunkt der Norm und damit der Schwerpunkt des bestraften Unrechts die Schaffung eines rechtswidrigen Zustands in Form einer Verletzung bzw. Gesundheitsschädigung. Ob und inwieweit diese Verletzung sich fortlaufend verschlimmert oder wie lang andauernd das Täterverhalten hierbei ist, ist eine Frage der konkreten Tatbegehung im Einzelfall, welche für die Bestimmung der Deliktsnatur grundsätzlich außer Betracht zu bleiben hat. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die beispielgebende Konstellation der fortlaufenden Weiterschädigung des Opfers nur eine von vielen Tatmodalitäten zur Begehung einer Körperverletzung durch Unterlassen ist. Selbige kann genauso gut durch eine einmalige Verletzung ohne gewillkürtes Fortdauern der Handlung bzw. der Aufrechterhaltung des sich fortlaufend intensivierenden Erfolgs begangen werden.

*Beispiel:* Ein überfordertes Elternteil als Beschützergarant<sup>94</sup> bewahrt sein ahnungsloses Kind bewusst nicht davor, auf eine heiße Herdplatte zu packen. Nach dem Eintritt der daraus resultierenden Verletzung versorgt das Elternteil sein Kind aber sofort nach bestem Wissen und Gewissen und zieht ärztliche Hilfe hinzu, um die Verbrennung zu behandeln. Hier geschieht die Körperverletzung durch Unterlassen nicht im Rahmen einer andauernden Zeitspanne, sondern punktuell aus dem Moment heraus. Der einmal herbeigeführte Verletzungserfolg wird vom Täter gerade nicht über eine längere Dauer aufrechterhalten oder intensiviert.

Hierzu ließen sich noch mehrere, auch weit weniger komplizierte Beispiele bilden, die allesamt zeigen, dass die fortlaufende Körperverletzung durch Unterlassen eher einen Sonderfall i.R.d. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB darstellt, der für dieses Delikt nicht charakteristisch ist. Zudem: Auch der gar nicht so seltene Fall der aktiven Körperverletzung, die in Form von Gewalthandlungen über mehrere Minuten oder gar Stunden (z.B. in Form der Folter) begangen wird, kommt aufgrund der Dauerhaftigkeit der willentlich vom Täter aufrechterhaltenen Schmerzzustände phänomenologisch gesehen einem Dauerdelikt gleich.<sup>95</sup> Die Existenz solcher Dauerfälle wird aber zu Recht auch nicht zum Anlass genommen, den Tatbestand der Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB als Dauerdelikt statt als Zustandsdelikt einzustufen.<sup>96</sup>

<sup>91</sup> Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 1; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 11. Aufl. 2019, § 8 Rn. 3, § 9 Rn. 4.

<sup>92</sup> Die h.M. definiert die Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 Abs. 1 Var. 2 StGB bekanntlich als Hervorrufen oder Steigern eines krankhaften Zustands, also eines Zustands, der nachteilig vom körperlichen Normalzustand des Opfers abweicht, siehe nur Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 47. Aufl. 2023, Rn. 213.

<sup>93</sup> Vgl. Zieschang, in: FS Rissing-van Saan, 2011, S. 787 (788).

<sup>94</sup> Zu den verschiedenen Garantenstellungen siehe Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 50 Rn. 1 ff.

<sup>95</sup> Hruschka, GA 1968, 193 (196).

<sup>96</sup> Vgl. Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 718; Reinbacher, JZ 2020, 558 (560); Walter, in: LK-

Zuletzt soll noch einmal auf die bereits erwähnte Beleidigung nach § 185 StGB zurückgekommen werden. Diese kann der Täter auch dadurch verwirklichen, dass er den beleidigenden Inhalt auf einer Internetseite verewigt und somit dauerhaft vorrätig hält und zur Schau stellt.<sup>97</sup> Auch beleidigende Aushänge oder Plakatierungen im öffentlichen Raum sind denkbar.<sup>98</sup> Diese Art der konkreten Tatbestandsverwirklichung trägt allemal die phänomenologischen Züge eines Dauerdelikts.<sup>99</sup> Sie ist aber nur eine von vielen möglichen. Der Klassiker wird vielmehr die aus dem Moment heraus begangene, gesprochene, gezeigte oder getextete Beleidigung sein, deren Unrecht sich bereits im Moment des Aussprechens an das die Beleidigung wahrnehmende<sup>100</sup> Gegenüber<sup>101</sup> erschöpft. Im Aussprechen – und nicht in einem etwaigen Aufrechterhalten – der Beleidigung ist beim generalisierten Blick auf den abstrakten Tatbestand des § 185 StGB sodann auch der Schwerpunkt des Unrechts zu sehen. Denn definiert wird die Beleidigung üblicherweise als die Kundgabe eigener Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung einer anderen Person.<sup>102</sup> Beschrieben wird damit ein Angriff auf die individuelle Ehre der anderen Person in Form einer den Achtungsanspruch verletzenden Herabsetzung.<sup>103</sup> Nach dem einmaligen, in sich abgeschlossenen Akt der Kundgabe ist das geschützte Rechtsgut verletzt; dies grundsätzlich unabänderlich und unabhängig davon, was der Täter, das Opfer oder Dritte danach an Kompensationsbemühungen anstellen mögen. Die Kundgabe ist ein Handlungsakt und nicht etwa ein Dauerzustand, der aufrechterhalten würde.<sup>104</sup> Mit der Kundgabe der Missachtung ist die Beleidigung sozusagen „raus“; was danach passiert, hat für die Tatbestandserfüllung und die Unrechtsverwirklichung keine wesentliche Bedeutung. Insoweit ist der Tatbestand der Beleidigung vergleichbar mit dem der Körperverletzung: In beiden Fällen wird schwerpunktmäßig die Herbeiführung eines Verletzungserfolgs unter Strafe gestellt, nicht aber dessen willentliche Aufrechterhaltung im Sinne eines Dauerzustands. Die Beleidigung gem. § 185 StGB ist folglich kein Dauerdelikt.<sup>105</sup>

### III. Was folgt aus der Einordnung als Dauerdelikt?

Die Einordnung eines Delikts als Dauerdelikt ist keine bloße Dogmatik um der Dogmatik willen, sondern zieht rechtliche Folgen nach sich. Zum einen wirkt sich die Einordnung eines Delikts als Dauerdelikt auf den Zeitpunkt der Tatbeendigung aus (1.). Zum anderen ergeben sich bei Dauerdelikten verlängerte Beteiligungs- (2.) und Qualifikationsphasen (3.) sowie eine verlängerte Gegenwärtigkeit des Angriffs im Sinne des Notwehrrechts (4.). Auswirkungen ergeben sich ferner auf das intertemporale Strafrecht und Strafanwendungsrecht (5.), den Verjährungsbeginn (6.), die Strafantragsfrist (7.) und die Konkurrenzen (8.).

---

StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 62.

<sup>97</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 916; *Kargl*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 185 Rn. 35 f.

<sup>98</sup> *Hruschka*, GA 1968, 193 (196).

<sup>99</sup> Wenn auch nicht immer vollständig und ohne Weiteres, vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 916 Rn. 13; zweifelnd *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 215 (218 f.).

<sup>100</sup> *Schneider*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 185 Rn. 25.

<sup>101</sup> Dies kann auch ein Dritter sein, siehe *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 559, 567.

<sup>102</sup> *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 185 Rn. 1; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 185 Rn. 3; *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, § 185 Rn. 16.

<sup>103</sup> *Kargl*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 185 Rn. 1; *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, § 185 Rn. 16.

<sup>104</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 18.9.1986 – 4 StR 432/86, Rn. 10 (juris).

<sup>105</sup> BGH, Urt. v. 18.9.1986 – 4 StR 432/86, Rn. 10 (juris); *Eckel/Rottmeier*, NSTz 2021, 1 (4); vgl. auch *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 215 (218 f.); abw. *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 47, die Dauerdelikte aber entgegen der h.M. nicht als Typus auf abstrakt-genereller Ebene ansehen, sondern offenbar als Erscheinungsform von Taten im konkret-individuellen Einzelfall betrachten.

Dabei ist zu beachten: Für die jeweilige dargestellte rechtliche Folge ist die Einordnung eines Tatbestandes als Dauerdelikt nicht immer konstitutiv. Eine verlängerte Beendigungsphase oder Beteiligungsphase z.B. kann und wird im Einzelfall auch bei solchen Delikten vorkommen, die keine Dauerdelikte sind. Für derartige Einzelfragen ist der kategorische Unterschied zwischen Dauerdelikten und Zustandsdelikten also nicht per se und abschließend entscheidend.<sup>106</sup> Die im Folgenden dargestellten rechtlichen Auswirkungen ergeben sich aber jedenfalls typischerweise bei Dauerdelikten.

## 1. Vollendungszeitpunkt und Beendigungszeitpunkt

Stellt man sich die Begehung eines Delikts auf einer Zeitachse vom grundsätzlich straflosen Vorbereitungsstadium<sup>107</sup> bis hin zur Beendigung der Tat vor, so bilden der Zeitpunkt der Vollendung (a)) und der Zeitpunkt der Beendigung der Tat (b)) – neben dem teils schwierig zu bestimmenden Zeitpunkt des Versuchsbeginns mittels unmittelbarem Ansetzens gem. § 22 StGB<sup>108</sup> – entscheidende Zeitmarker.<sup>109</sup> Jedenfalls für letzteren Zeitpunkt hat die Einstufung eines Tatbestands als Dauerdelikt Konsequenzen.

### a) Vollendung

Grundsätzlich ist erst ab dem Zeitpunkt der Vollendung einer Tat die Bestrafung des Täters aus dem jeweiligen Tatbestand legitimiert.<sup>110</sup> Davor kommt regelmäßig nur eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht, sofern diese nach den Regeln des § 23 Abs. 1 StGB besteht; bei Verbrechen kann davor auch § 30 StGB eingreifen. Eine Tat ist dann vollendet, wenn der Täter alle – geschriebenen und ungeschriebenen<sup>111</sup> – Merkmale eines Tatbestands in objektiver und subjektiver Hinsicht verwirklicht hat.<sup>112</sup> Für Dauerdelikte bestehen hier wenig Besonderheiten: Die Tat ist vollendet, sobald der im Tatbestand umschriebene Zustand, an den das Dauerdelikt anknüpft, eingetreten ist.<sup>113</sup> Die Frage, ob dies im konkreten Einzelfall so ist, dürfte in der Regel nur wenig Anlass zu Diskussionen bieten.<sup>114</sup>

<sup>106</sup> Hierauf bezieht sich die bereits oben (II. 3.) erwähnte Kritik, der dogmatische Typus des Dauerdelikts sei zur Lösung rechtlicher Einzelfragen entweder überflüssig oder aber nicht leistungsfähig genug. Positiver formuliert es *Reinbacher*, JZ 2020, 558 (561): „Die kategorische Unterscheidung der Deliktstypen in Zustands- oder Dauerdelikt im Sinne einer allgemeinen Deliktslehre ist noch nicht der Endpunkt jeder Überlegung.“

<sup>107</sup> Für Vorstufen der Beteiligung an einem Verbrechen indes sieht § 30 StGB Strafbarkeiten vor, zur Systematik siehe *Kölbel*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 56 Rn. 39. Auch können Verhaltensweisen, die strukturell das an sich straflose Vorbereitungsstadium einer strafbaren Tat darstellen, durch eigenständige Straftatbestände kriminalisiert sein, so z.B. in §§ 89a, 176b oder 275 StGB; siehe zum Ganzen *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 62.

<sup>108</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 948 ff.

<sup>109</sup> Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 39 Rn. 28, 36; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 61.

<sup>110</sup> *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 39 Rn. 1.

<sup>111</sup> Zur Problematik ungeschriebener Tatbestandsmerkmale *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 6 Rn. 28; Beispiele bei *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 8 Rn. 9.

<sup>112</sup> *Friester*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 7 Rn. 18; *Mitsch*, JA 2017, 407; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 64.

<sup>113</sup> *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 10 Rn. 20; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 47.

<sup>114</sup> Vgl. *Kudlich*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, Vor §§ 13 ff. Rn. 31. Allenfalls bei Besitzdelikten kann es vorkommen, dass die objektive Besitzlage zu einem bestimmten Zeitpunkt zwar feststeht, der in subjektiver Hinsicht zur Tatbestandserfüllung in der Regel (§ 15 StGB) erforderliche Vorsatz aber zweifelhaft ist. Besonders relevant wird dieses Problem beim Besitz von elektronisch gespeicherten Daten, z.B. in Form kinderpornographischer Inhalte gem. § 184b Abs. 3 StGB, wenn diese beim Surfen im Internet automatisch in den Cache-Speicher des

## b) Beendigung

Neben der Dauer der Beteiligungsphase (unten 2.) sowie der Dauer der Qualifikationsphase (unten 3.) spielt der Beendigungszeitpunkt einer Tat<sup>115</sup> vor allem für den Beginn der Verjährung eine Rolle (unten 6).

Der Beendigungszeitpunkt ist je nach Tat und Tatbestand unterschiedlich nach Wertungsgesichtspunkten zu ermitteln, und zwar danach, ob das strafbare Unrecht seinen Abschluss gefunden hat.<sup>116</sup> Anknüpfungspunkt hierfür ist nicht allein die – für die Vollendung relevante – Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale. Die Tatbeendigung kann vielmehr darüber hinaus von weiteren Umständen abhängen, die nicht mehr von der objektiven Tatbestandsumschreibung umfasst werden, aber zum materiellen Unrechtsgehalt der Tat gehören und den Angriff auf das vom Tatbestand geschützte Rechtsgut vertiefen.<sup>117</sup> Wann eine Tat beendet ist, hängt also einerseits vom Delikt ab, um das es geht, und ist andererseits eine Frage des konkreten Einzelfalls.<sup>118</sup>

Die Frage des Zeitpunkts der Tatbeendigung kann sich potentiell bei jedem Delikt stellen und wird längst nicht nur bei Dauerdelikten virulent.<sup>119</sup> Der Beendigungszeitpunkt kann und wird außerhalb von Dauerdelikten häufig mit dem Vollendungszeitpunkt zusammenfallen. Zwingend ist dies jedoch nicht.<sup>120</sup> Prominentes Beispiel für das zeitliche Auseinanderfallen von Vollendung und Beendigung der Tat ist der Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB. Hier findet der für die Tatvollendung maßgebliche Gewahrsamswechsel typischerweise recht früh im Gesamtgeschehen statt; die Beendigung in Form der endgültigen Sicherung des Gewahrsams aber ist nicht selten zeitlich nachgelagert, weil der Täter z.B. erst eine fremde Gewahrsamssphäre verlassen muss oder er – auf frischer Tat ertappt – vom ursprünglichen Gewahrsamsinhaber verfolgt wird.<sup>121</sup> Auch bei einer Beleidigung nach § 185 StGB können Tatvollendung und Tatbeendigung zeitlich auseinanderfallen, so z.B. wenn die Beleidigung in Text- oder Bildform nach erstmaliger Kundgabe längerfristig aufrecht erhalten wird.<sup>122</sup>

Für Dauerdelikte ist generell anerkannt, dass sie erst dann beendet sind, wenn der rechtswidrige Dauerzustand endet.<sup>123</sup> Das kann durch Aufgabe bzw. Rückgängigmachung durch den Täter geschehen<sup>124</sup> oder durch Aufhebung des Zustands durch einen anderen; bei einem Delikt wie der Freiheitsberaubung neben der Freilassung auch dadurch, dass das Tatopfer in Gefangenschaft stirbt.<sup>125</sup> Bei

---

Browsers bzw. des verwendeten Endgeräts geladen werden, dazu ausführlich *Hörnle*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 184b Rn. 46 ff.

<sup>115</sup> Die Frage der Tatbeendigung ist nicht zu verwechseln mit der Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, die für die Bestimmung der Rücktrittsbedingungen nach § 24 Abs. 1 StGB eine Rolle spielt, dazu *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1035 ff.

<sup>116</sup> *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 7; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 65 ff.

<sup>117</sup> BGH BeckRS 2022, 10186 Rn. 28.

<sup>118</sup> Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 66.

<sup>119</sup> Vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 916 Rn. 13 f.

<sup>120</sup> *Hoffmann-Holland*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, Rn. 585; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 66.

<sup>121</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 195a; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 114 f.

<sup>122</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 916 Rn. 14.

<sup>123</sup> *Baur*, ZJS 2017, 655 (663); *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, Vor § 52 Rn. 57; *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil 2, 8. Aufl. 2014, § 39 Rn. 56; *Otto*, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 18 Rn. 6; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 47.

<sup>124</sup> Wobei diese Handlungen, da die Tat mit erstmaliger Schaffung des Zustands bereits vollendet wurde, keinen Rücktritt i.S.d. § 24 StGB mehr begründen können, vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1010.

<sup>125</sup> *Küpper/Börner*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 14; *Mitsch*, JA 2017, 407 (408).

Dauerdelikten ist es damit die Regel, dass die Zeitpunkte der Vollendung und der Beendigung auseinanderfallen.<sup>126</sup> Zwischen diesen Zeitpunkten können, je nach Delikt, im Einzelfall sogar mehrere Jahre liegen.

## 2. Verlängerte Beteiligungsphase

Die Einstufung eines Tatbestands als Dauerdelikt hat auch Auswirkungen auf die Beteiligungsmöglichkeiten an einer entsprechenden Tat. Während für Zustandsdelikte umstritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Tatbeteiligung in Form der sukzessiven Beihilfe oder sukzessiven Mitäterschaft auch noch nach Vollendung der Tat (in der sog. Beendigungsphase) möglich ist,<sup>127</sup> ist diese Möglichkeit bei Dauerdelikten überwiegend anerkannt.<sup>128</sup> Voraussetzung hierfür ist lediglich, dass die Tat noch nicht beendet ist, die Tathandlung also noch andauert oder der widerrechtliche Zustand noch willentlich aufrechterhalten wird.<sup>129</sup> An einer Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 StGB, die ein Einzeltäter zunächst durch das Einschließen eines Opfers in einer Kammer vollendet, können sich während der Phase des Eingeschlossenseins bis zur Freilassung (oder dem Tod<sup>130</sup>) des Opfers weitere Täter oder Teilnehmer beteiligen, indem sie z.B. die Bewachung des Opfers übernehmen oder Fluchtversuche des Opfers vereiteln.<sup>131</sup> Dies kann im Extremfall auch noch Jahre nach dem ursprünglichen Einsperren des Opfers geschehen. Die potentielle Beteiligungsphase ist bei Dauerdelikten im Vergleich zu Zustandsdelikten mitunter also deutlich verlängert.

## 3. Verlängerte Qualifikationsphase

Aus den gleichen Gründen, aus denen sich die oben (2.) geschilderte verlängerte Beteiligungsphase ableitet, muss sich bei Dauerdelikten auch eine verlängerte Qualifikationsphase ergeben. Auch hier ist bei Zustandsdelikten umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Tat in der Beendigungsphase nach Vollendung noch qualifiziert werden kann (z.B. der einfache Diebstahl gem. § 242 Abs. 1 StGB zu einem Diebstahl mit Waffen gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB, wenn der Täter vor endgültiger Sicherung des erlangten Gewahrsams<sup>132</sup> eine Waffe ergreift).<sup>133</sup> Bei Dauerdelikten hingegen stellt sich diese Streitfrage aufgrund der spezifischen Deliktsstruktur, der eine verlängerte Tat- und Beendigungsphase mit fortlaufend verwirklichtem Unrecht immanent ist, nicht in gleicher Weise.

---

<sup>126</sup> Baader/Trautmann, famos 08/2023, 44; Hoffmann-Holland, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2023, Rn. 57; Hruschka, GA 1968, 193 (202); vgl. auch Hau, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen, 1974, S. 71.

<sup>127</sup> Hierzu Murmann, ZJS 2008, 456; Wagner, ZfStw 6/2023, 349 (350); Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 838. Die Rechtsprechung bejaht diese Möglichkeit, siehe nur BGH NSTZ-RR 2020, 348.

<sup>128</sup> BGH HRRS 2017 Nr. 351; BGH NSTZ 2004, 44; Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 82; Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 718; Murmann, ZJS 2008, 456 (457); Reinbacher, JZ 2020, 558 (560); Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 838.

<sup>129</sup> Wagner, ZfStw 6/2023, 349 (350).

<sup>130</sup> Küpper/Börner, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 14; Mitsch, JA 2017, 407 (408).

<sup>131</sup> Murmann, ZJS 2008, 456 (457); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 239 Rn. 8; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 126, 235; Rönnau/Wegner, JuS 2019, 970.

<sup>132</sup> Der Diebstahl gem. § 242 StGB ist mit der Wegnahme vollendet, aber erst mit der endgültigen Sicherung des Gewahrsams – z.B. per Verlassen des Tatorts – beendet, siehe Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 195a; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, *Strafrecht, Besonderer Teil 2*, 46. Aufl. 2023, Rn. 114 f.

<sup>133</sup> Bejahend die st. Rspr., BGH NSTZ 2007, 332 und Teile der Lit., Schmidt, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 244 Rn. 7; ablehnend z.B. Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 244 Rn. 21; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, *Strafrecht, Besonderer Teil 2*, 46. Aufl. 2023, Rn. 278.

Zudem lässt sich bereits den Qualifikationstatbeständen der Freiheitsberaubung in § 239 Abs. 3 und Abs. 4 StGB entnehmen, dass das Gesetz bei Dauerdelikten von der Möglichkeit der Qualifizierung im Tatstadium nach der Vollendung ausgeht, denn die dortigen qualifizierenden Merkmale knüpfen zeitlich an die Phase nach der Tatvollendung an.<sup>134</sup> Relevant wird diese potentiell verlängerte Qualifikationsphase selbstverständlich nur, wenn die Strafvorschriften zum jeweiligen Dauerdelikt entsprechende Qualifikationstatbestände überhaupt vorsehen, was längst nicht immer der Fall ist.

#### 4. Verlängerte Notwehrlage nach § 32 StGB

Aus der verlängerten Unrechtsstruktur des Dauerdelikts mit typischerweise ausgedehnter Beendigungsphase (oben 1. b)) ergibt sich auch eine verlängerte Notwehrlage bzw. ein verlängerter Angriff im Sinne des Notwehrrechts nach § 32 StGB, sofern der Angriff in Form eines Dauerdelikts verübt wird.

Unter einem Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB versteht man jedes menschliche Verhalten, das ein rechtlich geschütztes (Individual-)Interesse bedroht oder verletzt.<sup>135</sup> Der Angriff ist nach allgemeiner Definition gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.<sup>136</sup> Der in der Begehung eines Dauerdelikts liegende Angriff ist somit so lange gegenwärtig, wie der rechtswidrige Zustand andauert.<sup>137</sup> Hieran lassen sich erneut die Unterschiede zwischen einem Dauerdelikt und einem Zustandsdelikt illustrieren:

Bei einer Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 StGB ist die Tat zwar bereits mit dem Einsperren des Opfers vollendet. Der rechtswidrige Angriff auf die Fortbewegungsfreiheit des Opfers ist dadurch aber noch nicht erloschen. Vielmehr dauert er in der Beendigungsphase der Freiheitsberaubung fort, bis das Opfer wieder freigelassen wird. Der Angriff ist damit weiterhin gegenwärtig i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB, da der Täter mit dem bewussten Aufrechterhalten der Freiheitsberaubung willentlich in das Rechtsgut der Fortbewegungsfreiheit des Opfers eingreift. Der Täter übt weiterhin die Herrschaft über den das Opfer angreifenden Dauerzustand aus und verletzt damit fortlaufend ein Rechtsgut.<sup>138</sup>

Bei einem Zustandsdelikt wie der Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB ist der hierin liegende Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB dagegen in vielen Fällen mit der Vollendung bereits abgeschlossen. Der Täter, der dem Opfer mit einem Fausthieb ein blaues Auge verpasst und sodann zurückweicht, hat mit dieser einmaligen Handlung die Körperverletzungstat vollendet und gleichzeitig beendet. Der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Opfers dauert hier zwar gewissermaßen fort, bis der Bluterguss am Auge des Opfers und die damit verbundenen Schmerzen abgeklungen sind. Dieser der eigentlichen Körperverletzung nachgelagerte Schmerzzustand beim Opfer entzieht sich aber der Herrschaft des Täters und wird somit nicht durch ein menschliches Verhalten aufrechterhalten. Seinen Angriff hat der Täter mit dem einmaligen Fausthieb bereits vollständig abgeschlossen; lediglich dessen Folgen wirken fort.<sup>139</sup> Trotz der andauernden Schmerzen geht vom Täter nach Abschluss des

---

<sup>134</sup> Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 718.

<sup>135</sup> Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2024, § 16 Rn. 6; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 18 Rn. 6.

<sup>136</sup> Kindhäuser/Zimmermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2024, § 16 Rn. 18; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 18 Rn. 19.

<sup>137</sup> Jescheck/Weigend, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 342; Krey/Esser, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 495; Roxin/Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 28; vgl. auch Hruschka, GA 1968, 193 (202); Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 18 Rn. 24.

<sup>138</sup> Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 45; vgl. auch Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 32 Rn. 44.

<sup>139</sup> Vgl. Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 18 Rn. 24.

Fausthiebs kein gegenwärtiger Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB mehr aus, sofern er nicht zu einem weiteren Fausthieb ansetzt.

## 5. Intertemporales Strafrecht und Strafanwendungsrecht/Gerichtsstand

Aus der Struktur des Dauerdelikts, das eine andauernde Tathandlung oder einen fortlaufend aufrechterhaltenen und ggf. intensivierten Taterfolg voraussetzt und damit den Zeitpunkt der Beendigung (oben 1. b)) nach hinten verschiebt, ergeben sich wesentliche Konsequenzen für das intertemporale Strafrecht und das Strafanwendungsrecht der §§ 1 ff. StGB.

### a) Intertemporales Strafrecht und Tatzeit: §§ 2, 8 StGB

Die Einstufung eines Tatbestands als Dauerdelikt hat zum einen Konsequenzen für die zeitliche Geltung von Strafgesetzen bzw. das Rückwirkungsverbot des § 1 StGB, das in § 2 StGB konkretisiert wird.<sup>140</sup> § 2 Abs. 1 StGB regelt den Grundsatz, dass die Strafe und ihre Nebenfolgen sich nach dem Gesetz bestimmen, das „zur Zeit der Tat“ gilt. Die Zeit der Tat in diesem Sinne ist in § 8 StGB definiert:<sup>141</sup> Eine Tat ist zu der Zeit begangen, zu welcher der Täter oder Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen. Grundsätzlich kommt es für diesen beschriebenen Zeitpunkt auf die tatbestandsmäßige Handlung bzw. die erfolgsherbeiführende Handlung an.<sup>142</sup> Bei Dauerdelikten endet die Tatzeit aufgrund der Deliktsstruktur und der fortdauernden Unrechtsverwirklichung hingegen erst mit dem Abschluss des vorwerfbaren Dauerverhaltens.<sup>143</sup> Die entscheidende zeitliche Grenze für das in § 8 StGB beschriebene Verhalten ist für Dauerdelikte damit also nicht der Zeitpunkt der Vollendung, sondern der Zeitpunkt der Beendigung der Tat.

Auch die Regelungen in § 2 Abs. 2 und Abs. 3 StGB knüpfen für die Fälle der Gesetzesänderung während der Tatbegehung (Abs. 2) und nach der Tatbegehung (Abs. 3) an den Zeitpunkt der Beendigung an. Insbesondere die Regelung des § 2 Abs. 2 StGB, nach der bei Änderung der Strafdrohung während der Tatbegehung dasjenige Gesetz anzuwenden ist, das bei Beendigung der Tat gilt, hat Relevanz für Dauerdelikte.<sup>144</sup> Denn bei einer sehr langen Begehungsdauer, möglicherweise über mehrere Jahre, kann es durchaus passieren, dass in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung der Tat eine Gesetzesänderung in Kraft tritt, die sich auf die Strafdrohung des jeweiligen Tatbestands auswirkt. Sperrt der Täter einer Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 StGB sein Opfer im Jahr 2024 ein und kommt es im Frühjahr 2025 zu einer Gesetzesänderung, welche die Mindeststrafe für die Freiheitsberaubung auf drei Monate Freiheitsstrafe (statt Geldstrafe) heraufsetzt, so gilt bei Tatbeendigung im Jahr 2026 der verschärfte Strafrahmen.<sup>145</sup> Entsprechendes gilt selbstverständlich auch für den umgekehrten Fall, dass zwischen Einsperren und Freilassen des Opfers der Strafrahmen des § 239 Abs. 1 StGB abgesenkt wird.

<sup>140</sup> Gaede, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1.

<sup>141</sup> Eisele, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 7 Rn. 47; v. *Heintschel-Heinegg*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2023, § 2 Rn. 2.

<sup>142</sup> v. *Heintschel-Heinegg*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2023, § 2 Rn. 5; *Zöller*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 8 Rn. 3.

<sup>143</sup> *Ambos*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 9; *Basak*, in: *Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 4; v. *Heintschel-Heinegg*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2023, § 2 Rn. 5; *Zöller*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 8 Rn. 3.

<sup>144</sup> *Eisele*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 7 Rn. 48; *Gaede*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 2 Rn. 2; *Hecker*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 2 Rn. 11.

<sup>145</sup> *Eisele*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 7 Rn. 48.



Bei genauerer Betrachtung ergibt sich für Dauerdelikte aus der Regelung des § 2 Abs. 2 StGB aber nichts, was sich nicht schon aus § 2 Abs. 1 StGB ergeben würde: Da bei Dauerdelikten der Tatbegehungszeitraum i.S.d. §§ 2 Abs. 1, 8 S. 1 StGB wie oben dargelegt ohnehin bis zur Tatbeendigung ausgedehnt ist, erfasst § 2 Abs. 1 StGB bereits eigenständig die in § 2 Abs. 2 StGB beschriebenen Gesetzesänderungen zur Strafdrohung.<sup>146</sup> Insoweit hat § 2 Abs. 2 StGB für Dauerdelikte eher eine klarstellende Funktion.

#### b) Strafanwendungsrecht und Tatort, Gerichtsstand: § 9 StGB und § 7 Abs. 1 StPO

Die Einstufung eines Tatbestands als Dauerdelikt hat auch Konsequenzen für die Bestimmung des Tatorts nach § 9 StGB, der für das Strafanwendungsrecht und die Ermittlung des Gerichtsstands nach § 7 Abs. 1 StPO relevant ist.

Gem. § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB ist eine Tat an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat. Bei einem Besitzdelikt, welches ein Dauerdelikt darstellt (siehe oben II. 2.), lassen sich hier hinsichtlich eines einzigen Tatobjekts sehr viele Handlungsorte (oder Unterlassungsorte i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 2 StGB)<sup>147</sup> vorstellen.<sup>148</sup> Der Täter, der in Bochum ein Tütchen Kokain in Besitz nimmt, dann zum Flughafen nach Dortmund fährt, dort in den Flieger nach Palma de Mallorca steigt, nach Landung einen Abstecher nach Alcudia macht und später einen Rückflug nach Düsseldorf nimmt, hat § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG – vorbehaltlich des § 7 Abs. 2 StGB – an allen diesen genannten Orten fortlaufend verwirklicht, indem er das tatbestandliche Verhalten des Besitzens durchgehend begangen hat (soweit er das Kokain unterwegs nicht vollständig verbraucht oder verloren hat). Diese Vielzahl an Handlungsorten wäre bei einem Diebstahl einer Schachtel Zigaretten gem. § 242 Abs. 1 StGB, die der Täter sodann auf der gleichen Reiseroute mitnimmt, nicht gegeben. Denn § 242 Abs. 1 StGB bestraft nicht das Besitzen der Diebesbeute, sondern den Akt der Wegnahme in Form des Gewahrsamsbruchs. Bei einem Diebstahl in Bochum wäre nur Bochum Tatort gem. § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB, nicht aber die anderen genannten Städte. Denn für Zustandsdelikte wie auch die anderen Deliktgruppen abseits der Dauerdelikte gilt grundsätzlich, dass Handlungen nach dem Vollendungszeitpunkt einen Tatort i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB nicht begründen können.<sup>149</sup> Für Dauerdelikte ist hingegen – mehrheitlich und zu Recht – anerkannt, dass aufgrund des fortdauernd verwirklichten Unrechts auch Handlungen im Stadium nach der Vollendung tatortbegründend i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB sind. Jeder Teilakt, der den geschaffenen rechtswidrigen Zustand aufrechterhält, ist damit tatortbegründend.<sup>150</sup> Daraus folgt

<sup>146</sup> Vgl. *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 2 Rn. 17 ff.

<sup>147</sup> Bei Besitzdelikten ist umstritten, woran der strafrechtliche Vorwurf anknüpft: An ein Besitzen und Aufrechterhalten des Besitzes im Sinne eines aktiven Handelns oder an das Unterlassen der Aufgabe des Besitzes, siehe *Eisele*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 9 Rn. 44 ff.; *Oğlakcioğlu*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, BtMG § 29 Rn. 1054. Manche wollen hierfür sogar eine dritte Kategorie namens „Zustandsdelikt“ jenseits von Handeln oder Unterlassen einführen, die aber nicht mit dem „Zustandsdelikt“ im Sinne des Gegenbegriffs zum Dauerdelikt verwechselt werden darf, siehe *Eckstein*, *ZStW* 117 (2005), 107 (113); *ders.*, *Besitz als Straftat*, 2001, S. 226 ff.; *Schroeder*, *ZIS* 2007, 444 (448 f.). Der Einfachheit halber soll hier von einer Handlung i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB ausgegangen werden, wobei die Annahme eines Unterlassens aufgrund der Gleichwertigkeit nach § 9 Abs. 1 Var. 2 StGB nichts am oben dargestellten Beispiel ändern würde.

<sup>148</sup> Vgl. am Beispiel einer Freiheitsberaubung auch *Rotsch*, *ZIS* 2006, 17 (20).

<sup>149</sup> *Basak*, in: *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 9 Rn. 4; *Eser/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 9 Rn. 4; v. *Heintschel-Heinegg*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2023, § 9 Rn. 2; *Wagner*, *ZfStW* 6/2023, 349 (351); *abw. Ambos*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 9 Rn. 9.

<sup>150</sup> *Böse*, in: *NK-StGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 9 Rn. 7; *Eser/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 9 Rn. 4a; *Hartmann*, in: *Dölling u.a.*, *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl.

aber auch: Muss der Täter für die Fortdauer des rechtswidrigen Zustands nichts weiter tun, verweist er also auf oben angegebener Route, nachdem er ein Opfer gem. § 239 Abs. 1 StGB in Bochum eingesperrt und sich selbst überlassen hat, so werden in den anderen Städten mangels weiterer freiheitsberaubender Handlungen keine Tatorte begründet.

Die Begründung von Tatorten i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB auch noch durch Handlungen in der Beendigungsphase wirkt sich sekundär auf die Begründung des Gerichtsstands des Tatortes nach § 7 Abs. 1 StPO aus. Der Tatort i.S.d. § 7 Abs. 1 StPO richtet sich nämlich nach der Regelung des § 9 Abs. 1 StGB.<sup>151</sup> Im oben geschilderten Beispiel des fortlaufenden Kokainbesitzes ist ein (deutscher) Gerichtsstand gem. § 7 Abs. 1 StPO damit sowohl in Bochum als auch in Dortmund und Düsseldorf begründet.

## 6. Späterer Verjährungsbeginn

§ 78a S. 1 StGB bestimmt, dass die (Verfolgungs-)Verjährung einer Tat beginnt, sobald diese beendet ist, sofern nicht – § 78a S. 2 StGB – ein zum Tatbestand gehörender Erfolg später eintritt.<sup>152</sup> Damit ist nicht der Zeitpunkt der Vollendung, sondern – jedenfalls nach herrschender Meinung – allein der Zeitpunkt der Beendigung der Tat maßgeblich für den Verjährungsbeginn.<sup>153</sup> Diese Unterscheidung wird somit insbesondere für Dauerdelikte relevant, denn bei ihnen fallen Vollendungszeitpunkt und Beendigungszeitpunkt typischerweise auseinander (siehe oben 1. b)).

Für Dauerdelikte ist der Verjährungsbeginn (und damit auch der Eintritt der Verjährung mit der Folge des § 78 Abs. 1 StGB) somit potentiell weit nach hinten verschoben,<sup>154</sup> typischerweise deutlich weiter als bei Zustandsdelikten, bei denen Vollendung und Beendigung regelmäßig<sup>155</sup> zusammenfallen. Das Beispiel der Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 StGB illustriert, dass dieser späte, an den Beendigungszeitpunkt gekoppelte Verjährungsbeginn auch kriminalpolitisch sinnvoll ist: Würde die Verjährungsfrist bereits mit dem Einsperren des Opfers (d.h. mit der Tatvollendung) zu laufen beginnen, so könnte bei entsprechend langer Dauer der Freiheitsberaubung die Verfolgungsverjährung noch während der laufenden Tatbegehung eintreten.<sup>156</sup> Der Täter bräuchte die Freiheitsberaubung also nur lange genug aufrechtzuerhalten, um sich der Strafverfolgung zu entziehen. Das wäre ein Ergebnis, was so ziemlich jeder Vorstellung von materieller Gerechtigkeit widersprechen dürfte.

---

2022, StGB § 9 Rn. 2; v. *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, § 9 Rn. 6; *Zöller*, in: *Anwalt-Kommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 9 Rn. 5.

<sup>151</sup> *Geilhorn*, in: *KK-StPO*, 9. Aufl. 2023, § 7 Rn. 1; *Rotsch*, ZIS 2006, 17 (22).

<sup>152</sup> § 78a StGB wird in der Kommentarliteratur häufig als gesetzgebungstechnisch misslungen bezeichnet, weil zum deliktischen Gesamtgeschehen, dessen Ende die Beendigung (S. 1) eigentlich markiert, notwendigerweise auch der in S. 2 in Bezug genommene Taterfolg gehört, siehe zur Kritik nur *Dietmeier*, in: *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 78a Rn. 1; *Mitsch*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 78a Rn. 1.

<sup>153</sup> BGH BeckRS 2022, 10186 Rn. 27 f.; *Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 78a Rn. 1; *Dallmeyer*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, § 78a Rn. 2; *Dietmeier*, in: *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 78a Rn. 1; *Saliger*, in: *NK-StGB*, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 78a Rn. 7; abw. *Wagner*, ZfStw 6/2023, 349 (350 f.), der aus der Gegenüberstellung von § 78a S. 1 mit S. 2 StGB ableitet, dass der dortige Begriff der Beendigung nicht mit dem in der Strafrechtsdogmatik verwendeten Begriff der (materiellen) Tatbeendigung identisch ist, sondern vielmehr das Ende der tatbestandsmäßigen Handlung meint; auf gleicher Linie *Mitsch*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 78a Rn. 5; siehe auch *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 78a Rn. 1 ff. mit einer ausdifferenzierten, vom Begriff der materiellen Beendigung abgekoppelten Bestimmung des Verjährungsbeginns. Überblick zum gesamten Streitstand bei *Saliger*, in: *NK-StGB*, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 78a Rn. 6.

<sup>154</sup> Zu älteren, differenzierenden Ansätzen zum Verjährungsbeginn bei Dauerdelikten *Schmitz*, *Unrecht und Zeit*, 2011, S. 233 ff.

<sup>155</sup> Aber nicht zwingend, siehe dazu bereits oben 1. b).

<sup>156</sup> *Wagner*, ZfStw 6/2023, 349 (352).

## 7. Spätere Verfristung des Strafantragsrechts

Bei Antragsdelikten (z.B. Hausfriedensbruch, § 123 Abs. 2 StGB) ist der zur Strafverfolgung erforderliche Strafantrag gem. § 77b Abs. 1 S. 1 StGB innerhalb einer Frist von drei Monaten zu stellen. § 77b Abs. 2 S. 1 StGB präzisiert, dass die Frist mit dem Ablauf des Tages beginnt, an dem der Antragsberechtigte (§ 77 StGB) von der Tat und der Person des Täters Kenntnis erlangt.

Legt man den reinen Wortlaut dieser Vorschriften zugrunde, so bedeutete dies für einen z.B. im Wege einer Hausbesetzung auf mehrere Monate angelegten Hausfriedensbruch i.S.d. § 123 Abs. 1 StGB, dass die Frist bereits mit Vollendung der Tat zu laufen begönne, sofern der geschädigte Hausrechtsinhaber die in § 77b Abs. 1 S. 1 StGB geforderte Kenntnis<sup>157</sup> hätte. Die Strafantragsfrist würde damit z.B. bereits mit dem vom Hausrechtsinhaber beobachteten Eindringen ins Haus beginnen oder aber mit der erstmaligen Aufforderung zum Verlassen der Räumlichkeit.<sup>158</sup> Setzten die Besetzer den Hausfriedensbruch daraufhin mindestens drei Monate lang fort und stellte der – mit dem Aufenthalt nicht einverständene, aber sehr eingeschüchterte – Hausrechtsinhaber innerhalb dieses Zeitraums keinen Strafantrag, so wäre sein Strafantragsrecht nach Ablauf dieses Zeitraums verfristet und die Hausbesetzer könnten für die Tat nach § 123 Abs. 1 StGB grundsätzlich nicht mehr strafrechtlich verfolgt werden.

Dieses Ergebnis wäre aus Gesichtspunkten materieller Gerechtigkeit möglicherweise unbefriedigend. Es passt außerdem nicht zur Natur und Begehungsstruktur von Dauerdelikten, denen eine fortgesetzte Unrechtsverwirklichung immanent ist. Deswegen ist § 77b Abs. 2 S. 1 StGB bei Dauerdelikten dahingehend auszulegen, dass die Strafantragsfrist erst mit Aufhebung des rechtswidrigen Zustands (und der entsprechenden Kenntnis des Antragsberechtigten hiervon) beginnt.<sup>159</sup> Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn des § 77b Abs. 2 S. 1 StGB ist damit jedenfalls für Dauerdelikte richtigerweise nicht die Vollendung<sup>160</sup>, sondern die Beendigung der Tat.<sup>161</sup> Somit ist bei Dauerdelikten der Fristbeginn des Antragsrechts wie auch dadurch dessen Verfristung zeitlich nach hinten verschoben.

## 8. Konkurrenzen

Verwirklicht der Täter während eines laufenden Dauerdelikts weitere Straftaten oder wird das Dauerdelikt in mehreren Teilakten begangen, so sind die Konkurrenzen der einzelnen Handlungen zueinander zu klären.

### a) Zusammentreffen des Dauerdelikts mit parallel verwirklichten Taten

Da ein Dauerdelikt im Einzelfall über seine sehr lange Zeitspanne hinweg begangen werden kann, stellt sich die Frage, inwiefern über diese Verwirklichungszeitspanne hinweg begangene andere Taten mit dem Dauerdelikt konkurrieren. Auf den ersten Blick scheint hier alles für eine Tateinheit i.S.d.

<sup>157</sup> Zu diesen Anforderungen siehe *Eckstein*, in: SK-StGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, § 77b Rn. 8 ff.

<sup>158</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist der Hausfriedensbruch nur in der Variante des Verweilens gem. § 123 Abs. 1 Var. 2 StGB ein Dauerdelikt; die h.M. differenziert dagegen nicht zwischen den beiden Tatbestandsvarianten, siehe dazu bereits oben II. 4.

<sup>159</sup> BayObLG NJW 1995, 2862 (2864); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 77b Rn. 8; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 77b Rn. 3; *Kargl*, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 77b Rn. 8.

<sup>160</sup> Im Falle eines strafbaren Versuchs kann freilich nicht auf die Tatvollendung abgestellt werden, sondern nur auf die Kenntnis des Antragsberechtigten von denjenigen Tatsachen, welche die Versuchsstrafbarkeit ausfüllen, siehe *Mitsch*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 77b Rn. 18.

<sup>161</sup> *Eckstein*, in: SK-StGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, § 77b Rn. 5, 10; *Greger/Weingarten*, in: LK-StGB, Bd. 6, 13. Aufl. 2020, § 77b Rn. 6; a.A. *Asholt*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 77b Rn. 5.

§ 52 StGB zu sprechen, wenn während einer laufenden Freiheitsberaubung oder des Besitzes illegaler Betäubungsmittel noch ein Tankstellenbetrug nach § 263 Abs. 1 StGB begangen wird – die Taten finden ja immerhin gleichzeitig statt, da das Dauerdelikt im Hintergrund beständig weiterläuft. So sieht es die herrschende Auffassung aber zu Recht nicht: Tateinheit zwischen einem Dauerdelikt und einem anderen Zustandsdelikt soll nur dann vorliegen, wenn entweder eine Teilidentität der jeweiligen Ausführungshandlungen oder eine sonstige hinreichende sachliche Überschneidung zwischen den Delikten besteht, z.B. indem das Zustandsdelikt dabei hilft, das Dauerdelikt aufrechtzuerhalten oder umgekehrt (Zweckzusammenhang).<sup>162</sup> Ein bloß zufälliges zeitliches Zusammentreffen der Delikte ohne weiteren sachlichen Zusammenhang genügt für die Annahme von Tateinheit danach nicht.<sup>163</sup> Da der im Beispiel genannte Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB ersichtlich nur zufällig parallel zum Dauerdelikt begangen wird, aber keine inhaltlichen Berührungspunkte zu diesem aufweist, ist Tatmehrheit i.S.d. § 53 StGB anzunehmen.<sup>164</sup>

### b) Möglichkeit der Verklammerung

Bei Dauerdelikten wird insbesondere die Rechtsfigur der Verklammerung mehrerer Taten relevant, die auch in anderen Zusammenhängen – z.B. bei mehraktigen Delikten<sup>165</sup> – anerkannt ist.<sup>166</sup> Bei einer Verklammerung im Sinne der Konkurrenzlehre<sup>167</sup> werden mehrere parallel begangene Taten zu einer Tateinheit verklammert (d.h. zusammengefasst), die ansonsten möglicherweise in Tatmehrheit zueinander stünden.<sup>168</sup> Voraussetzung dafür ist, dass das Dauerdelikt mit jedem der anderen Delikte jeweils in Tateinheit steht und dass das Dauerdelikt nicht das am wenigsten schwerwiegende Delikt von den parallel verwirklichten Taten ist.<sup>169</sup> Die Schwere der Taten wird dabei nach teilweise vertretener Ansicht anhand der jeweiligen abstrakten Strafandrohung im Gesetz bewertet;<sup>170</sup> die wohl herrschende Meinung spricht sich dafür aus, das mit der jeweils konkreten Tatbegehung verwirkliche

<sup>162</sup> Baur, ZJS 2017, 655 (664); Gropp/Sinn, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 72 ff.; Kindhäuser/Hilgendorf, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 9. Aufl. 2022, § 52 Rn. 13; Puppe/Grosse-Wilde, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 52 Rn. 40; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 1287; Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 9 Rn. 38; präzisierend Zieschang, in: FS Rissing-van Saan, 2011, S. 787 (789 ff.); vgl. auch OLG Hamm NStZ 2019, 695 m. Bespr. Wagner, ZJS 2020, 288 (292).

<sup>163</sup> Baur, ZJS 2017, 655 (664); Kindhäuser/Hilgendorf, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 9. Aufl. 2022, § 52 Rn. 14; Puppe/Grosse-Wilde, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 52 Rn. 40; v. Heintschel-Heinegg, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, § 52 Rn. 48.

<sup>164</sup> Vgl. Baur, ZJS 2017, 655 (664).

<sup>165</sup> Mehraktige Delikte sind solche, die mehrere Handlungen zu einer neuen rechtlichen Bewertungseinheit im Rahmen eines eigenständigen Tatbestands zusammenführen, so z.B. der Raub nach § 249 StGB, der eine Nötigungshandlung nach § 240 StGB und eine Wegnahmehandlung nach § 242 StGB miteinander verbindet, Baur, ZJS 2017, 655 (663); Laue, in: Dölling u.a., *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, StGB § 52 Rn. 9; weiter differenzierend Gropp/Sinn, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 51 f.; die begrifflich zwischen mehraktigen Delikten (§ 252 StGB) und zusammengesetzten Delikten (§ 249 StGB) unterscheiden; siehe auch Dorn-Haag, *Jura* 2020, 322 (325).

<sup>166</sup> Baur, ZJS 2017, 655 (664); Laue, in: Dölling u.a., *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, StGB § 52 Rn. 10; Puppe/Grosse-Wilde, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 52 Rn. 42. Krit. zur Rspr. zur Verklammerung Becker, NStZ 2014, 272; v. Heintschel-Heinegg, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2023, § 52 Rn. 51, 55.

<sup>167</sup> Zur Verklammerungswirkung von Dauerdelikten im Kontext des prozessualen Tatbegriffs i.S.d. § 264 StPO siehe Eschelbach, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2024, § 264 Rn. 11.

<sup>168</sup> BGH NStZ 2013, 158; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 33; Laue, in: Dölling u.a., *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, StGB § 52 Rn. 10.

<sup>169</sup> BGHSt 31, 29 (30 f.); BGH NStZ 2013, 158; Baur, ZJS 2017, 655 (664 f.); Puppe/Grosse-Wilde, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 52 Rn. 43.

<sup>170</sup> BGH NStZ 2013, 158; Bußmann, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 52 Rn. 27.

Unrecht den Ausschlag geben zu lassen, wofür der gesetzliche Strafraum aber mittelbar eine Rolle spielt.<sup>171</sup>

*Beispiel:* Begeht der Täter während einer mehrwöchigen Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB an deren Tag 10 eine Bedrohung gem. § 241 Abs. 1 StGB und an Tag 12 eine Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB zulasten des eingesperrten Opfers um dieses einzuschüchtern, so sollen alle diese Taten aufgrund der Verklammerungswirkung des Dauerdelikts zueinander in Tateinheit i.S.d. § 52 StGB stehen.<sup>172</sup> Die Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB ist hierbei nicht das am wenigsten schwerwiegende Delikt, da seine Strafandrohung (ein Jahr bis zu zehn Jahre Freiheitsstrafe) bereits diejenige der Bedrohung (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe) übersteigt und das Delikt auch bei konkreter Tatbewertung schwerwiegender sein dürfte. Ohne die verklammernde Wirkung der Freiheitsberaubung stünden die Bedrohung und die Körperverletzung zueinander in Tatmehrheit i.S.d. § 53 StGB.

### c) Behandlung einzelner Teilakte des Dauerdelikts; Unterbrechungen

Bei Dauerdelikten ist auf Konkurrenzebene zudem die Frage zu klären, wie mit denjenigen Teilakten umzugehen ist, die lediglich der Aufrechterhaltung des einmal geschaffenen Dauerzustands dienen. Als Beispiel kann hier wieder die Freiheitsberaubung dienen: Wenn der Täter das Opfer zunächst im heimischen Keller einschließt, das Opfer an Tag 4 der Freiheitsberaubung dann fesselt, in sein Auto verbringt, in den Wald fährt und dort in einer abgelegenen Hütte erneut einsperrt – wie viele Taten nach § 239 Abs. 1 StGB liegen dann vor? Die Antwort lautet: Lediglich eine.<sup>173</sup> Denn es entspricht gerade der Natur des Dauerdelikts, dass ein andauerndes Verhalten bzw. ein fortlaufender, immer weiter aufrechterhaltener Erfolg und die zu seiner Aufrechterhaltung ergriffenen Gesamtmaßnahmen als eine einheitliche Tat bestraft werden sollen.<sup>174</sup> Das Aufspalten dieser dauerhaften Tatbegehung in einzelne Teilakte und deren selbstständige Bestrafung widerspräche diesem Gedanken. In diesem Sinne führen auch lediglich kurzfristige Unterbrechungen des vom Täter auf Dauer angelegten rechtswidrigen Zustandes nicht zu mehreren Taten, sofern der Unterbrechung nicht – wie bei Verkehrsunfällen im Rahmen einer Trunkenheitsfahrt gem. § 316 StGB – eine Zäsurwirkung beigemessen werden kann.<sup>175</sup>

<sup>171</sup> BGH NStZ-RR 2013, 147; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 78; *Schiemann*, NStZ 2015, 345; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 1288; krit. dazu *Becker*, NStZ 2014, 272.

<sup>172</sup> Vgl. *Baur*, ZJS 2017, 655 (665); krit. zu dieser täterbegünstigenden Klammerwirkung mit Blick auf Folter-situationen *Mitsch*, KriPoZ 2021, 272 (277).

<sup>173</sup> Vgl. *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 53; *Murmann*, ZJS 2008, 456 (457); *Bauerkamp/Chastenier*, ZJS 2020, 347 (351); *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1421; *Hoffmann-Holland*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, Rn. 881.

<sup>174</sup> Vgl. *Bauerkamp/Chastenier*, ZJS 2020, 347 (351); *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 26; *Bußmann*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 52 Rn. 9; *Dorn-Haag*, Jura 2020, 322 (325); *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, Vor § 52 Rn. 11; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, Vor §§ 52–55 Rn. 25; *Otto*, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 23 Rn. 9; vgl. zu Besitzdelikten noch weitergehend BGH NStZ 2015, 344 m. Anm. *Schiemann*.

<sup>175</sup> *Bauerkamp/Chastenier*, ZJS 2020, 347 (351 f.); *Hau*, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen, 1974, S. 88 ff.; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, Vor § 52 Rn. 11; *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 52 ff. Rn. 84 f.; v. *Heintschel-Heinegg*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2023, § 52 Rn. 32.

#### IV. Zusammenfassung

Dauerdelikte bilden im Strafrecht eine relevante dogmatische Deliktskategorie. Sie sind insbesondere von Zustandsdelikten abzugrenzen. Nach herrschender Auffassung sind Dauerdelikte solche Delikte, denen eine gewisse Dauerhaftigkeit der Tathandlung immanent ist oder bei denen der Täter den tatbestandsmäßigen Zustand erst herbeiführt und diesen Zustand sodann über einen längeren Zeitraum willentlich fort dauern lässt. Die Gruppe der Besitzdelikte kann ebenfalls den Dauerdelikten zugeordnet werden.

Zur Einstufung eines Delikts als Dauerdelikt ist der jeweilige Tatbestand einer abstrakt-generalisierten Betrachtung dahingehend zu unterziehen, ob das Element der Dauer für seine Erfüllung unabdingbar oder jedenfalls charakteristisch ist. Letzteres ist danach zu beurteilen, ob der Schwerpunkt des Unrechts, welches durch den Tatbestand erfasst und kriminalisiert werden soll, gerade in der Dauerhaftigkeit der Tathandlung oder der Aufrechterhaltung des tatbestandlichen Erfolgszustands liegt. Für diese Bestimmung sind im Zweifel die gängigen juristischen Auslegungsmaximen heranzuziehen.

Die Einstufung als Dauerdelikt hat verschiedene rechtliche Konsequenzen. Zum einen fallen Vollendungszeitpunkt und Beendigungszeitpunkt bei einem Dauerdelikt ganz typischerweise auseinander. Im Vergleich zu Zustandsdelikten existiert bei Dauerdelikten eine verlängerte Beteiligungs- und Qualifikationsphase. Im Bereich des Notwehrrechts begründet ein Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB, der in Form eines Dauerdelikts verübt wird, eine gegenwärtige Notwehrlage, die erst mit der Aufhebung des rechtswidrigen Zustands endet. Dauerdelikte begründen im Vergleich zu Zustandsdelikten schneller mehrere Tatorte i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB, was Relevanz sowohl für das Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB als auch für die Bestimmung des Gerichtstands nach § 7 Abs. 1 StPO entfaltet. Auch für die Regelungen des intertemporalen Strafrechts in § 2 StGB hat die Einordnung als Dauerdelikt Bedeutung. Der typischerweise späte Beendigungszeitpunkt von Dauerdelikten hat außerdem Bedeutung sowohl für den Beginn der Verjährung nach § 78a StGB als auch für den Lauf der Strafantragsfrist nach § 77b Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 StGB. Auf Ebene der Konkurrenzen können Dauerdelikte mehrere parallel begangene Taten zu einer Tateinheit i.S.d. § 52 StGB verklammern.

## Klausur Sachenrecht: „Zwischen Forderung und Eigentum: Die Anwendbarkeit von allgemeinem Schadensersatzrecht auf dingliche Ansprüche“

Wiss. Mitarbeiter Lars Regula, Wiss. Mitarbeiter Raoul Schlichting, Hamburg\*

Die Klausur basiert in ihrer ersten Fragestellung auf dem Urteil BGHZ 209, 270 („VHS-Geräte“), welches sich mit der streitigen Frage der Anwendbarkeit des Schadensersatzes statt der Leistung auf den Vindikationsanspruch aus § 985 BGB auseinandersetzt. Die anspruchsvollere zweite Frage beschäftigt sich mit den Konsequenzen einer Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungenrechtes auf den Vindikationsanspruch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung. Die Fallfortführung widmet sich der Frage der Anwendbarkeit des Schadensersatzes statt der Leistung wegen Nichtleistung auf die *actio negatoria* gem. § 1004 Abs. 1 BGB.

### Ausgangsfall

A und B sind im Klausurenstress und bereiten sich auf die anstehende Klausur im Sachenrecht vor. Da die Prüfungsordnung keine elektronischen Geräte erlaubt und der Prüfungsraum nicht mit einer Wanduhr ausgestattet ist, braucht B, der nur eine Smartwatch besitzt, eine klassische Armbanduhr. B fragt daher A, der stolzer Besitzer einer kleinen Sammlung von Armbanduhren ist, ob er ihm eine von seinen Uhren leihen könnte. A willigt ein und überlässt B für dessen Klausur sein liebstes Exemplar, eine „Dünning“ vom Typ „Aviator“, die einen Marktwert von 500 € hat. Hierbei handelt es sich um ein Erbstück des Großvaters von A, welches ihm deshalb besonders ans Herz gewachsen ist.

Nachdem die Klausur geschrieben ist, denken A und B nur noch an das am Abend geplante Bier-Pong-Turnier und vergessen, die Uhr zurückzugeben. A nimmt die Uhr deshalb zunächst mit nach Hause, wo er sie in einem Schrank verstaut und vorerst vergisst. Nach einem halben Jahr findet C, die Schwester des B, die Uhr bei B und ist sofort an deren Erwerb interessiert. Da B wieder seine Smartwatch trägt und sich ansonsten auch nicht erinnert, wie diese Uhr in seinen Besitz gekommen ist, willigt er ein, die Uhr für 500 € an C zu verkaufen, welche diese gleich mitnimmt. Am Ende des Semesters benötigt B erneut eine analoge Uhr, diesmal für die Klausur im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Da B sich mittlerweile mit A zerstritten hat, sucht er C auf und fragt, ob er sich die zuvor an sie veräußerte Uhr noch einmal leihen dürfe. C, die Kunstgeschichte studiert, arbeitet als B sie wegen der Uhr fragt gerade in Gedanken versunken an ihrer Hausarbeit und entgegnet B auf die Frage, ob er sich die Uhr leihen dürfe nur mit einem „ja, ja“, um ihn möglichst schnell abzuwimmeln. Dass es B tatsächlich um das Ausleihen der Uhr ging und B diese auch sogleich von ihrem Schreibtisch genommen hat, hat C nicht mitbekommen.

Nach der Verwaltungsrechtsklausur bekommt B einen verärgerten Anruf von A, der bei der Klausur gesehen hat, dass B noch immer „seine“ Uhr trägt. A fordert B auf, die Uhr zurückzugeben. Erst jetzt wird B die Situation klar. Nachdem C gemerkt hat, dass ihre Uhr verschwunden ist, meldet auch sie

---

\* Der Verf. *Regula* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte, Neuere Privatrechtsgeschichte und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. *Tilman Reppen*) der Universität Hamburg. Der Verf. *Schlichting* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Versicherungsrecht (Prof. Dr. *Robert Koch*, LL.M. [McGill]) der Universität Hamburg.

sich bei A und verlangt die Rückgabe der Uhr. C hat diese nämlich bereits an ihren Freund D für 750 € verkauft und ihm versprochen, die Uhr am übernächsten Tag zu übergeben. Als B erwidert, dass sie ihm die Uhr doch ausgeliehen hätte, erklärt C, dass sie von einer Leihe nichts wüsste, eine dahingehende Vereinbarung allenfalls auf einem Missverständnis beruhen würde und sie sich an eine solche deshalb nicht gebunden fühle. Sie fordert B daher auf, ihr die Uhr „sofort, spätestens jedoch morgen,“ auszuhändigen. B entgegnet, dass die Uhr wohl eigentlich doch A gehören würde und der Verkauf auf einem Missverständnis beruhe. C erwidert, dass sie Eigentümerin der Uhr ist. Die Abmachungen zwischen A und B gingen sie nichts an. Obwohl B erkennt, dass er die Uhr wohl an C herauszugeben hat, lässt er die von C gesetzte Frist verstreichen, da er sich auch A gegenüber verpflichtet. Daraufhin meldet sich C noch einmal bei B und teilt mit, dass D aufgrund der nicht rechtzeitigen Leistung vom Vertrag durch Rücktritt Abstand genommen hat und das Geschäft mit D daher „geplatzt“ sei. Verärgert verlangt sie nun Schadensersatz von B i.H.v. 750 €. A wiederum fragt sich, ob er gegen B in Bezug auf das geliebte Erbstück seines Großvaters Ansprüche hat.

### Frage 1

Hat C gegen B einen durchsetzbaren Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 €?

### Frage 2

Welche Ansprüche hat A gegen B in Bezug auf die Uhr und/oder den Verkaufserlös?

### Fallfortführung

Nicht nur mit der Armbanduhr hat C Ärger. Zu allem Überfluss steht sie seit einiger Zeit mit ihrem Nachbarn N in Konflikt, der ein auf dem Nachbargrundstück der C befindliches Einfamilienhaus bewohnt. Das Grundstück der C hat diese von ihren früh verstorbenen Eltern geerbt. C wohnt auf diesem seit Aufnahme ihres Studiums der Kunstgeschichte. Grund für den Konflikt sind Wurzeln der auf dem Grundstück des N wachsenden Bäume, die sich unterirdisch über die Grundstücksgrenze hinweg auf dem Grundstück der C dadurch bemerkbar machen, dass sie einige der auf der Terrasse der C verlegte Gehwegplatten anheben. C ist hierüber aus ästhetischen, nicht zuletzt aber auch aus Gründen der gesteigerten Stolper- und Verletzungsgefahr verärgert. Von ihrem Bruder B hat C gehört, dass sie sich dies als Eigentümerin keinesfalls gefallen lassen müsse, sondern Anspruch darauf habe, dass N den Bodentrieb auf ihrem Grundstück entfernt und dafür Sorge trägt, dass künftiger Wurzelaustrieb auf ihrem Grundstück unterbleibt. Nachdem C den N mehrfach erfolglos darum gebeten hat, etwas gegen die Wurzelwucherungen zu unternehmen, setzt sie N schlussendlich eine Frist zum Tätigwerden. N reagiert weiterhin nicht auf die Aufforderungen der C. Die Kosten für die Beseitigung der Wurzeln aus dem Erdreich und die Wiederherrichtung der Gehwegplatten in den Boden betragen 2.000 €. Da C neben ihrem Studium nur eine geringfügige Beschäftigung als studentische Hilfskraft am kunstgeschichtlichen Seminar ausübt und ohnehin Mühe hat, das Grundstück mit den ihr zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln zu unterhalten, fragt Sie sich, ob N ihr gegenüber verpflichtet ist, die anfallenden Kosten vorzustrecken.

### Frage 3

Hat C gegen N Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 für die Kosten der Beseitigung der Wurzeln und die Wiederherstellung der Gehwegplatten?



**Bearbeitungsvermerk**

Ansprüche aus einem möglichen Leihverhältnis B–C im Ausgangsfall sind nicht zu prüfen. Gehen Sie davon aus, dass C im Ausgangsfall einem Irrtum unterlag und eine Anfechtung daher wirksam ist. Gehen Sie ferner davon aus, dass es C im Ausgangsfall primär um Schadensersatz geht.

**Lösungsvorschlag**

<b>Ausgangsfall</b> .....	<b>354</b>
<b>Frage 1: Schadensersatzansprüche C gegen B</b> .....	<b>354</b>
<b>I. Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB</b> .....	<b>354</b>
1. Vindikationslage .....	354
a) C = Eigentümerin?.....	354
aa) Eigentumsverlust an B, § 929 S. 1 BGB? .....	354
bb) Eigentumsverlust an C, §§ 929 S. 1, 932 BGB?.....	354
cc) Zwischenergebnis .....	355
b) B = Besitzer?.....	355
c) Recht zum Besitz, § 986 BGB? .....	355
d) Zwischenergebnis.....	355
2. Verletzungshandlung .....	355
3. Zwischenergebnis.....	356
<b>II. Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB i.V.m. § 985 BGB</b> .....	<b>356</b>
1. Anspruch entstanden .....	356
a) Schuldverhältnis.....	356
aa) Erste Ansicht: §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB findet auf § 985 BGB keine Anwendung .....	356
bb) Zweite Ansicht: §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB uneingeschränkt anwendbar .....	356
cc) Dritte Ansicht: §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB eingeschränkt anwendbar ...	356
dd) Stellungnahme.....	357
b) Pflichtverletzung .....	358
c) Fristsetzung .....	358
d) Vertretenmüssen .....	358
e) Schaden .....	358
f) Bösgläubigkeit des B? .....	359
g) Zwischenergebnis.....	359
2. Anspruch untergegangen.....	359

3. Anspruch durchsetzbar .....	359
a) Fälliger Anspruch B gegen C auf Übertragung des Eigentums an der Uhr? .....	359
aa) 1. Möglichkeit: Dauerhaftes Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz ..	359
bb) 2. Möglichkeit: Eigentumserwerb des Besitzers nach § 255 BGB analog .....	360
cc) Stellungnahme .....	360
dd) Zwischenergebnis .....	361
b) Konnexität .....	361
c) Kein Ausschluss .....	361
d) Zwischenergebnis.....	361
4. Zwischenergebnis.....	361
<b>III. Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € aus § 823 Abs. 1 BGB .....</b>	<b>361</b>
1. Anwendbarkeit .....	361
a) Eine Ansicht .....	362
b) Andere Ansicht.....	362
c) Stellungnahme .....	362
2. Rechtsgutsverletzung.....	363
a) Verletzung der Sachsubstanz.....	363
b) Beeinträchtigung des Gebrauchs der Sache .....	363
c) Zwischenergebnis.....	363
3. Verletzungshandlung .....	363
4. Kausalität.....	363
5. Verschulden .....	363
6. Widerrechtlichkeit .....	363
7. Schaden .....	363
8. Zwischenergebnis.....	364
<b>IV. Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB i.V.m. § 990 Abs. 2 BGB.....</b>	<b>364</b>
<b>V. Ergebnis zu Frage 1 .....</b>	<b>365</b>
<b>Frage 2: Ansprüche in Bezug auf die Uhr und/oder den Verkaufserlös .....</b>	<b>365</b>
<b>I. § 604 Abs. 2 S. 1 BGB.....</b>	<b>365</b>
1. Anspruch entstanden .....	365
2. Anspruch untergegangen.....	365
3. Anspruch durchsetzbar .....	366
4. Zwischenergebnis.....	366
<b>II. § 280 Abs. 1 BGB.....</b>	<b>366</b>

1. Schuldverhältnis.....	366
2. Pflichtverletzung .....	366
3. Vertretenmüssen .....	366
4. Schaden .....	367
5. Anspruch untergegangen.....	367
6. Zwischenergebnis.....	367
<b>III. § 285 BGB.....</b>	<b>368</b>
1. Schuldverhältnis.....	368
2. Unmöglichkeit der Leistungserbringung.....	368
3. Zwischenergebnis.....	368
<b>IV. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 677, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB .....</b>	<b>368</b>
1. Voraussetzungen angemaßte Eigengeschäftsführung .....	368
2. Zwischenergebnis.....	369
<b>V. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB.....</b>	<b>369</b>
<b>VI. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 246 StGB.....</b>	<b>369</b>
<b>VII. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.....</b>	<b>369</b>
1. Verfügung des B.....	369
2. Nichtberechtigung des B.....	369
3. Wirksamkeit gegenüber A .....	369
4. Rechtsfolge: Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten.....	369
a) 1. Möglichkeit: Befreiung von einer Verbindlichkeit.....	369
b) 2. Möglichkeit: Zugeflossener Erlös .....	370
c) 3. Möglichkeit: Der Anspruch aus § 255 BGB analog .....	370
d) Stellungnahme .....	370
5. Entreicherung.....	370
6. Zwischenergebnis.....	371
<b>VIII. Konkurrenzen .....</b>	<b>371</b>
<b>IX. Ergebnis zu Frage 2 .....</b>	<b>371</b>
<b>Fallfortführung .....</b>	<b>371</b>
<b>Frage 3: Anspruch der C gegen N auf Zahlung eines Vorschusses.....</b>	<b>371</b>
<b>I. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.....</b>	<b>371</b>
<b>II. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB .....</b>	<b>371</b>
1. Schuldverhältnis.....	372

a) Eine Ansicht .....	372
b) Andere Ansicht.....	372
c) Streitentscheid .....	373
2. Ergebnis .....	374
<b>III. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog .....</b>	<b>374</b>
<b>IV. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus §§ 683 S. 1, 670, 684 S. 1, 818 BGB.....</b>	<b>374</b>
<b>V. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB .....</b>	<b>374</b>
<b>VI. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus § 823 Abs. 1 BGB.....</b>	<b>374</b>
<b>VII. Ergebnis Fallfortführung .....</b>	<b>375</b>

## Ausgangsfall

### Frage 1: Schadensersatzansprüche C gegen B

#### I. Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB<sup>1</sup>

C könnte gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € gem. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB haben.

##### 1. Vindikationslage

Dazu muss zunächst eine Vindikationslage gem. § 985 BGB zwischen C und B bestehen.

##### a) C = Eigentümerin?

C muss Eigentümerin der Uhr sein. Zunächst war A Eigentümer der Uhr. Dieser könnte sein Eigentum jedoch rechtsgeschäftlich durch Übereignung verloren haben.

##### aa) Eigentumsverlust an B, § 929 S. 1 BGB?

Dies würde eine Einigung über den Eigentumsübergang voraussetzen. A wollte B die Uhr indes nur leihen, womit keine Einigung über die Eigentumsverschaffung verbunden war.

##### bb) Eigentumsverlust an C, §§ 929 S. 1, 932 BGB?

A könnte sein Eigentum jedoch im Wege des rechtsgeschäftlichen Erwerbes gem. § 929 S. 1 BGB an C verloren haben. Da B nicht Eigentümer der Uhr gewesen ist, kommt nur ein gutgläubiger Erwerb unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 932 BGB in Betracht. B und C haben sich dinglich auf

<sup>1</sup> Möglich ist auch, direkt mit einer Prüfung der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB zu beginnen. Dies würde jedoch bedeuten, dass man Wertungen aus dem EBV, das man an dieser Stelle noch gar nicht geprüft hat, vorgezogen in die Prüfung einbauen müsste. Geschickter erscheint es daher, zunächst das EBV zu prüfen und die Prüfung der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB „nachzuschieben“.

einen Eigentumsübergang geeinigt. B müsste die Uhr auch C übergeben haben. Damit ist willentlicher und vollständiger Besitzverlust auf Veräußerer- und Erwerb zumindest mittelbaren Besitzes auf Erwerberseite gemeint.<sup>2</sup> Indem C die Uhr mitnahm, erlangte sie unmittelbaren Besitz, während B seinen Besitz vollständig verlor. Damit wurde die Uhr übergeben. Jedoch war B nicht Eigentümer oder sonst dinglich berechtigt, das Eigentum an der Uhr der C zu verschaffen. C könnte die Uhr jedoch gutgläubig erworben haben. Anknüpfungspunkt für den guten Glauben ist nach § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB der unmittelbare Besitz des B. C war in Unkenntnis der wahren Eigentumsverhältnisse und hätte diese auch nicht kennen müssen. Somit war sie i.S.v. § 932 Abs. 2 BGB im guten Glauben. Vor dem Hintergrund, dass A den unmittelbaren Besitz an der Uhr freiwillig aufgegeben hat, liegt auch kein Abhandenkommen gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB vor. C hat somit gutgläubig Eigentum an der Uhr erworben.

#### cc) Zwischenergebnis

C ist somit Eigentümerin der Uhr.

#### b) B = Besitzer?

B ist unmittelbarer Besitzer der Uhr, § 854 Abs. 1 BGB.

#### c) Recht zum Besitz, § 986 BGB?

Als Recht zum Besitz kommt allenfalls ein Leihvertrag gem. § 598 BGB in Betracht. Diesen hat C allerdings gem. § 142 Abs. 1 BGB wegen Inhaltsirrtums (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB) wirksam angefochten.<sup>3</sup> B hat kein Recht zum Besitz.

#### d) Zwischenergebnis

Somit liegt eine Vindikationslage vor.

## 2. Verletzungshandlung

Es müsste auch eine Verletzungshandlung vorliegen. Dies wäre gem. § 989 BGB der Fall, wenn sich die Uhr verschlechtert hätte, untergegangen wäre oder aus einem sonstigen Grund nicht herausgegeben werden könnte. Dies ist hingegen nicht der Fall. Die Uhr befindet sich nach wie vor in einwandfreiem Zustand im Besitz des B und könnte von diesem auch ohne Probleme herausgegeben werden. Allenfalls in Betracht käme die Geltendmachung eines sog. Vorenthaltungsschadens, der von § 989 BGB ausweislich seines Wortlauts jedoch nicht ersetzt wird.<sup>4</sup> Eine Verletzungshandlung liegt daher nicht vor.

<sup>2</sup> Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 929 Rn. 60; Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 929 Rn. 11; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 38 Rn. 2; Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 4 Rn. 22.

<sup>3</sup> Somit kommt es auch nicht auf die streitige Frage an, inwieweit dem Entleiher, vor dem Hintergrund, dass er gegenüber dem Verleiher zur jederzeitigen Herausgabe verpflichtet ist (§ 604 Abs. 3 BGB), überhaupt ein Besitzrecht zusteht. Siehe hierzu m.w.N. Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2024, § 986 Rn. 32.

<sup>4</sup> BGH ZIP 2016, 1733 (1734); Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 989 Rn. 12; Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 989 Rn. 6.

### 3. Zwischenergebnis

Ein Anspruch C gegen B aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB besteht nicht.

## II. Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB i.V.m. § 985 BGB

C könnte gegen B jedoch einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB i.V.m. § 985 BGB haben.

### 1. Anspruch entstanden

#### a) Schuldverhältnis

Zunächst müsste ein Schuldverhältnis zwischen C und B bestehen. Ein Schuldverhältnis ist ein Rechtsverhältnis, kraft dessen der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, § 241 Abs. 1 BGB. Kraft der zuvor festgestellten Vindikationslage nach § 985 BGB ist C berechtigt, die Einräumung des Besitzes an der Uhr an sich zu verlangen. Bei § 985 BGB handelt es sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis. Ausweislich des Wortlautes von § 280 Abs. 1 S. 1 BGB differenziert dieser nicht zwischen vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen. Dennoch wird teilweise bestritten, dass die §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf den Vindikationsanspruch aus § 985 BGB Anwendung finden.

#### aa) Erste Ansicht: §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB findet auf § 985 BGB keine Anwendung

Eine in der Literatur vertretene Ansicht verneint die Anwendbarkeit des Schadensersatzes statt der Leistung aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf den Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB.<sup>5</sup> Diese Ansicht sieht das EBV als sachenrechtliches Sonderregime an, welches den Normen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts vorgeht. § 985 BGB erschaffe insofern keinen eigenen Wert, sondern sei darauf gerichtet, die von § 903 BGB ohnehin gebotene Zuordnung zwischen Eigentum und Besitz wiederherzustellen.<sup>6</sup> Insbesondere die §§ 989, 990 BGB seien im Verhältnis zu den allgemeinen §§ 280 ff. BGB *leges specialis*.<sup>7</sup> Nach dieser Ansicht wäre ein Schadensersatz nach den §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB nicht gegeben.

#### bb) Zweite Ansicht: §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB uneingeschränkt anwendbar

Nach einer Gegenansicht ist das allgemeine Leistungsstörungenrecht uneingeschränkt auf den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB anwendbar. Diese Ansicht weist darauf hin, dass der Gesetzgeber auf eine Einschränkung des Wortlautes in § 280 Abs. 1 S. 1 BGB bewusst verzichtet habe.<sup>8</sup>

#### cc) Dritte Ansicht: §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB eingeschränkt anwendbar

Die dritte Ansicht, die in der Rechtsprechung und Teilen der Literatur vertreten wird, lässt eine Anwendbarkeit der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf § 985 BGB mit Einschränkungen zu.<sup>9</sup> Die Anwendbarkeit

<sup>5</sup> Baldus, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 158; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 30 Rn. 23; kritisch auch Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 985 Rn. 30.

<sup>6</sup> Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 30 Rn. 23.

<sup>7</sup> Baldus, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 158.

<sup>8</sup> Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 7 Rn. 36.

<sup>9</sup> BGH ZIP 2016, 1733 (1735); a.A. die Vorinstanz OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.3.2015 – 7 U 189/14, Rn. 37 ff.; Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 985 Rn. 14; mit Gurskys Tradition i.E. brechend nun

setze demnach voraus, dass der Schuldner bösgläubig oder verklagt ist, um die Wertungen des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB, den redlichen unverklagten Besitzer zu schützen, nicht zu konterkarieren.

#### dd) Stellungnahme

Der Streit bedarf der Entscheidung. Da die zweite und dritte Ansicht – zumindest in Bezug auf die Anwendbarkeit – zum selben Ergebnis kommen, kann eine Entscheidung zwischen diesen Ansichten an dieser Stelle offenbleiben. In systematischer Hinsicht ist festzustellen, dass die vier Bücher des besonderen Teils als eigene, nebeneinanderstehende Kosmen mit ihren eigenen Rechtsfragen und Wertungskonzepten zueinanderstehen. So ist die grundsätzliche Selbstständigkeit des Sachenrechts allgemein anerkannt.<sup>10</sup> Diese Eigenständigkeit gebietet es, zunächst erstmal skeptisch gegenüber der Anwendung von Instituten aus anderen Büchern – abgesehen von jenen des Allgemeinen Teils – zu sein. Insofern erscheint es zunächst überzeugend, in § 985 BGB einen rein sachenrechtlichen Gehalt zu sehen, der darauf abzielt, Eigentum und Besitz zusammenzuführen.<sup>11</sup>

Auf der anderen Seite lässt sich ebenso wenig abstreiten, dass die Segmentierung verschiedener Institute in die Bücher des BGB vom Gesetzgeber nicht trennscharf vollzogen wurde.<sup>12</sup> So finden sich beispielsweise gerade auch Schuldverhältnisse außerhalb des zweiten Buches. § 985 BGB ist nur eines davon. Diese Schuldverhältnisse sind dabei im Detail nur sporadisch geregelt. Das ist freilich kein gesetzgeberisches Versäumnis, sondern entspricht normaler Kollisionsdogmatik. Wo diese Schuldverhältnisse keine speziellen Regelungen aufweisen, kann daher auf die *leges generalis* zurückgegriffen werden. Vor diesem Hintergrund lassen sich beide vorgenannten Ansichten mit systematischen Erwägungen begründen.

Der Streit entscheidet sich daher am Normzweck und damit anhand der Frage, ob der Gesetzgeber mit dem Sonderleistungsstörungenrecht des EBV eine abschließende, die allgemeinen Normen sperrende Regelung treffen wollte. Dies ist mit Hinweis auf § 990 Abs. 2 BGB zu verneinen, dessen Voraussetzungen gänzlich außerhalb des EBV in § 286 BGB geregelt sind.<sup>13</sup> Der Gesetzgeber lässt an dieser Stelle ausdrücklich den Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen zum Verzugsschadensersatz zu.

In teleologischer Hinsicht ist weiter zu berücksichtigen, dass ein Bedürfnis zum Schadensersatz statt der Herausgabe besteht, wenn beispielsweise der Gläubiger den Ort der Sache nicht aufklären kann.<sup>14</sup> Es ist nicht einzusehen, den dinglichen Gläubiger schlechter zu stellen als den schuldrechtlichen. Der dingliche Gläubiger hat – ebenso wie der schuldrechtliche Gläubiger – ein Interesse daran, seinem Herausgabeverlangen durch eine Fristsetzung, deren fruchtloser Ablauf den Gläubiger zum Schadensersatz statt der Leistung berechtigt, Nachdruck zu verleihen und gegebenenfalls ein Deckungsgeschäft auf Kosten des Vindikationsschuldners vorzunehmen.<sup>15</sup> Der Vindikationsgläubiger müsste sich anderenfalls darauf verweisen lassen, langwierige Prozesse gerichtet auf Herausgabe der Sache zu führen.

---

*Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 985 Rn. 30.

<sup>10</sup> *Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2018, Einf. zum SachenR Rn. 30; *Herrler*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, Einl. v. § 854 Rn. 12; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 2.

<sup>11</sup> *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 30 Rn. 23.

<sup>12</sup> *Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2018, Einf. zum SachenR Rn. 171; *Herrler*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, Einl. v. § 854 Rn. 13; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 8.

<sup>13</sup> So auch *Baldus*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 990 Rn. 38 f.

<sup>14</sup> BGH ZIP 2016, 1733 (1736); *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 985 Rn. 29.

<sup>15</sup> *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand 1.4.2021, § 280 Rn. 63.

Schließlich drohten, wollte man eine Anwendung der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB verneinen, dogmatisch fragwürdige Ergebnisse: Verlangt der Verleiher vom Entleiher Schadensersatz statt der Rückgabe der Leihsache gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB, könnte er gem. § 281 Abs. 4 BGB nicht mehr die Herausgabe derselben aus § 604 BGB verlangen. Dogmatisch unklar bleibt dann aber das Schicksal des Vindikationsanspruches aus § 985 BGB. Im Ergebnis kann es nicht angehen, dass der Verleiher wegen der Verletzungen der leihvertraglichen Rückgabepflicht Schadensersatz statt der Leistung in Geld verlangen und daneben noch Auskehr des Besitzes aus § 985 BGB beanspruchen kann. Somit erscheint es auch bezüglich dieses Aspektes konsequent, § 281 BGB und damit auch § 281 Abs. 4 BGB auf den Vindikationsanspruch anzuwenden, der in den Fällen des Schadensersatzverlangens statt der Leistung ausgeschlossen ist.<sup>16</sup>

Im Ergebnis überzeugen daher die Ansichten, welche eine Anwendung der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf § 985 BGB bejahen.

### b) Pflichtverletzung

Es muss auch eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt worden sein. Nach § 985 BGB ist es die Pflicht des Schuldners, dem Eigentümer den Besitz an der Sache zu verschaffen und somit die Vereinigung von Eigentum und Besitz zu ermöglichen.<sup>17</sup> Diese Pflicht besteht nach § 271 Abs. 1 BGB grundsätzlich sofort bei Entstehung des Anspruchs, im Falle des § 985 BGB also regelmäßig bei Wegfall des Besitzrechts nach § 986 Abs. 1 S. 1 BGB. Durch die Formulierung der C, ihr den Besitz „sofort, spätestens jedoch bis morgen“ zu verschaffen, hat diese die Leistung auch nicht gestundet. B hat die Uhr trotz Fälligkeit des Vindikationsanspruches und Möglichkeit der Herausgabe der C vorenthalten und somit seine Pflicht zur Herausgabe der Uhr verletzt. Eine Pflichtverletzung liegt folglich vor.

### c) Fristsetzung

C hat B eine Frist zur Nacherfüllung gem. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB gesetzt. Gemessen an den Umständen erscheint diese auch angemessen.

### d) Vertretenmüssen

B hat die Pflichtverletzung auch zu vertreten.

### e) Schaden

C müsste auch ein Schaden entstanden sein. Nach der sich aus § 249 Abs. 1 BGB ergebenden Differenzhypothese ist C dabei so zu stellen, als wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten.<sup>18</sup> Hätte B ordnungsgemäß geleistet, hätte C ihre Verpflichtung gegenüber D aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllen und aus diesem Geschäft einen Kaufpreis i.H.v. 750 € erzielen können. Da es sich bei § 985 BGB um ein einseitiges Schuldverhältnis handelt, kommt es auf eine Berechnung nach der Differenz- bzw. Surrogationsmethode nicht an.<sup>19</sup> C ist somit ein Schaden i.H.v. 750 € entstanden.

<sup>16</sup> BGH NJW 2018, 786 (787 Rn. 9 f.); *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 281 Rn. 133.

<sup>17</sup> *Herrler*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 985 Rn. 8; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 29 Rn. 23.

<sup>18</sup> *Mommsen*, Lehre von dem Interesse, Bd. 2, 1855, S. 3; *Höpfner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2021, Vor. §§ 249–254 Rn. 35; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, Vor. § 249 Rn. 10.

<sup>19</sup> Das ist zwar klar. Der Satz soll jedoch als Gedankenanstoß dienen, sich deutlich zu machen, dass Differenz-



### f) Bösgläubigkeit des B?

Grundsätzlich lägen damit die Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB vor. Fraglich erscheint jedoch, ob diese *in concreto* der Ergänzung bedürfen. Spezielle Wertung des EBV ist es, den redlichen und unverklagten Besitzer zu schützen. Insofern ist es überzeugend, diesen Maßstab auch bei der Prüfung der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB zu berücksichtigen. Diese vermittelnde Ansicht des BGH trifft nicht zuletzt auch in der Literatur auf Akzeptanz.<sup>20</sup> Zu Fragen ist daher, ob B i.S.v. von § 990 Abs. 1 BGB bösgläubig war. Bösgläubigkeit meint analog § 932 Abs. 2 BGB die positive Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des fehlenden Besitzrechts. B hatte gegenüber C nie ein Recht zum Besitz. Jedoch war B zum nach § 990 Abs. 1 S. 1 BGB maßgeblichen Zeitpunkt des Besitzerwerbs von seinem fehlenden Besitzrecht nicht in Kenntnis. Dagegen hatte B mit Erklärung der Anfechtung des Leihvertrages durch C positive Kenntnis von seinem fehlenden Besitzrecht, sodass er gem. § 990 Abs. 1 S. 2 BGB von diesem Zeitpunkt an in gleicher Weise haftet. B war somit zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung bösgläubig.

### g) Zwischenergebnis

Ein Schadensersatzanspruch des C auf 750 € gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB gegen B ist somit entstanden.

## 2. Anspruch untergegangen

Rechtsvernichtende Einwendungen sind nicht ersichtlich.

## 3. Anspruch durchsetzbar

Die Durchsetzbarkeit könnte jedoch aufgrund eines Zurückbehaltungsrechts des B gem. § 273 Abs. 1 BGB gehemmt sein.

### a) Fälliger Anspruch B gegen C auf Übertragung des Eigentums an der Uhr?

Dem Schadensersatzanspruch der C könnte ein fälliger Anspruch des B auf Übertragung des Eigentums an der Uhr gegenüberstehen. Zu beachten ist nämlich, dass der Primärleistungsanspruch der C – die Verschaffung des Besitzes aus § 985 BGB – aufgrund ihres Schadensersatzverlangens nach § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen ist. Dies bedeutet, dass C zwar weiterhin Eigentümerin der Uhr ist, diese jedoch nicht mehr herausverlangen kann. Eigentum und Besitz laufen also Gefahr, dauerhaft auseinanderzufallen. Fraglich ist daher, wie mit dieser Situation umzugehen ist.

#### aa) 1. Möglichkeit: Dauerhaftes Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz

Die erste Möglichkeit besteht darin, das dauerhafte Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz hinzunehmen. Wie bereits erwähnt, bewegt dieser Umstand einige in der Literatur, die Anwendbarkeit der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf die dingliche Ebene von vornherein abzulehnen.<sup>21</sup> Danach hätte B keinen Anspruch auf Übereignung der Uhr.

---

*hypothese und Differenzmethode nicht dasselbe sind.*

<sup>20</sup> Vgl. Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 985 Rn. 30.

<sup>21</sup> Baldus, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 990 Rn. 38 f.

### bb) 2. Möglichkeit: Eigentumserwerb des Besitzers nach § 255 BGB analog

Eine zweite Möglichkeit wäre, dem Besitzer im Gegenzug einen Anspruch aus § 255 BGB analog gerichtet auf Verschaffung des Eigentums zuzusprechen.<sup>22</sup> § 255 BGB ist ein „schadensrechtliches Bereicherungsverbot“ immanent, welches erlangte Ersatzansprüche abschöpft.<sup>23</sup> In analoger Anwendung brächte § 255 BGB daher das in § 281 Abs. 4 BGB angelegte Alternativverhältnis zwischen Schadensersatz (statt der Leistung) und dem Anspruch auf die Leistung zur Geltung. Danach wäre B Inhaber eines Anspruchs gegen C auf Übertragung des Eigentums an der Uhr gem. § 255 BGB analog geworden.<sup>24</sup>

### cc) Stellungnahme

Die erste Möglichkeit führt im Ergebnis zu einem nicht hinnehmbaren Zustand. B wäre nämlich dauerhaft unberechtigter Besitzer, der die Sache nicht nutzen und sich des Besitzes auch nicht entledigen könnte, ohne sich eines Schadensersatzanspruches aus § 823 Abs. 1 BGB ausgesetzt zu sehen, der durch den dauerhaften Ausschluss der Vindikationslage auch nicht durch § 991 Abs. 1 Hs. 2 BGB gesperrt wäre.<sup>25</sup> Umgekehrt könnte auch C nicht über die Sache verfügen, da ihr insbesondere ein Herausgabeanspruch fehlt, den sie nach § 931 BGB abtreten könnte.<sup>26</sup>

Für eine analoge Anwendung des § 255 BGB müssen gleichwohl die Analogievoraussetzungen einer planwidrigen Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage erfüllt sein. Der Gesetzgeber hat das Problem des Auseinanderfallens zwischen Eigentum und Besitz vor allem in miet- und leihvertraglichen Beziehungen zwar gesehen, jedoch als „recht theoretische Fallgestaltung“ in seiner Reichweite falsch eingeschätzt und daher offengelassen.<sup>27</sup> Insoweit kann von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden.

Ferner besteht auch eine die Analogie begründende vergleichbare Interessenslage. Auch in dem vorliegenden Fall würde eine Überkompensation drohen, wenn der Eigentümer das Eigentum behalten dürfte und daneben noch einen Schadensersatz statt der Leistung zugesprochen bekäme. Weiterhin ist zuzustimmen, dass § 255 BGB einen kondiktionsrechtlichen Abschöpfungsgedanken beinhaltet.<sup>28</sup> Nach § 249 Abs. 1 BGB ist der Gläubiger zwar so zu stellen, als sei das schädigende Ereignis nicht eingetreten, aber eben auch nicht besser. Dieses Ergebnis vermag die analoge Anwendung von § 255 BGB dadurch zu vermeiden, dass der Gläubiger, der sich durch die Wahl des Schadensersatzanspruches aktiv *für* den Schadensersatz und *gegen* den Besitz an der Sache entscheidet, zur Übertragung des Eigentums an den Schuldner verpflichtet ist. Das Argument, dies käme einem „Zwangsverkauf“ gleich, bei dem der Schuldner einfach so lange wartet, bis der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt, verfängt nicht.<sup>29</sup> Dem Gläubiger steht es nämlich frei, den Schuldner (nur) auf Her-

<sup>22</sup> Brandenburgisches OLG, Urt. v. 24.10.2012 – 3 U 196/11, Rn. 28; *Bittner/Kolbe*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 255 Rn. 70.

<sup>23</sup> Brandenburgisches OLG, Urt. v. 24.10.2012 – 3 U 196/11, Rn. 31; *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 255 Rn. 1.

<sup>24</sup> Soweit nach dieser Auffassung ein Anspruch auf Übereignung bejaht wird, stellt sich bei Erfüllung dieses Anspruchs die Folgefrage, wem das Eigentum an der Uhr zufällt. Herrschend wird beim sog. „Rückerwerb des Nichtberechtigten“ vertreten, dass das Eigentum an den ursprünglichen Eigentümer und nicht an den Nichtberechtigten fiele, statt vieler *Klinck*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2023, § 932 Rn. 75. Da hieraus aber nichts für die Frage des Verhältnisses zwischen B und C folgt, ist dies hier ohne Relevanz.

<sup>25</sup> Im Übrigen wäre B auch bösgläubig.

<sup>26</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.3.2015 – 7 U 189/14, Rn. 40.

<sup>27</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 139.

<sup>28</sup> Brandenburgisches OLG, Urt. v. 24.10.2012 – 3 U 196/11, Rn. 31.

<sup>29</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.3.2015 – 7 U 189/14, Rn. 40.

ausgabe zu verklagen und sich eventuell entstandene Mehrkosten als Verzugsschaden neben der Leistung ersetzen zu lassen. Ebenso steht es dem Schuldner frei, den Vindikationsanspruch durch Herausgabe der Sache vor Fristablauf zu erfüllen und somit der Ersatzhaftung, die einem „Zwangskauf“ gleichkommen soll, zu entgehen. Die Ansicht, welche dem Schadensersatzschuldner einen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums nach § 255 BGB analog zuspricht, erscheint daher vorzuzugswürdig.

#### dd) Zwischenergebnis

B hat somit einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der Uhr nach § 255 BGB analog gegen C. Der Anspruch ist mit dem Schadensersatzverlangen der C entstanden und gem. § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig. B steht somit ein fälliger Anspruch gegen C zu.

#### b) Konnexität

Beide Ansprüche beruhen auf demselben rechtlichen Verhältnis; sie sind mithin konnex.

#### c) Kein Ausschluss

Ein Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts ist nicht ersichtlich.

#### d) Zwischenergebnis

Der Schadensersatzanspruch der C gegen B gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB ist somit nur Zug-um-Zug gegen Übertragung des Eigentums an der Uhr durchsetzbar.

### 4. Zwischenergebnis

C hat gegen B somit einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 750 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB i.V.m. § 985 BGB Zug-um-Zug gegen Übertragung des Eigentums an der Uhr.

### III. Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € aus § 823 Abs. 1 BGB

C könnte gegen B ferner einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

#### 1. Anwendbarkeit

Fraglich ist zunächst, ob § 823 Abs. 1 BGB vor dem Hintergrund der Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB anwendbar ist.<sup>30</sup> Die §§ 987–992 BGB regeln die Ansprüche des Eigentümers gegen den redlichen Besitzer abschließend (Ausschließlichkeitsprinzip). Ausnahmsweise haftet nur der deliktische Besitzer gem. § 992 BGB auf Schadensersatz neben den §§ 987 ff. BGB. Umstritten ist jedoch, ob auch der unredliche oder verklagte Besitzer, der den Besitz nicht durch verbotene Eigenmacht oder eine Straftat erlangt hat, der Haftungsprivilegierung aus § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB unterfällt.

---

<sup>30</sup> Die Frage der Anwendbarkeit des Deliktsrechts ist – vor dem Hintergrund, dass C bereits ein Anspruch in voller Höhe aus den §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB i.V.m. § 985 BGB zusteht – keineswegs rein theoretischer Natur. Ein deliktischer Anspruch bringt gegenüber anderen Ansprüchen durchaus praktische Vorteile mit sich. So ist etwa eine Aufrechnung gegen eine Forderung aus unerlaubter Handlung gem. § 393 BGB nicht zulässig. Weitere Vorteile ergeben sich in der Insolvenz des Schuldners, wo vorsätzliche deliktische Forderungen von der Restschuldbefreiung ausgenommen werden (§ 302 Nr. 1 InsO).

### a) Eine Ansicht

Teilweise wird dies verneint.<sup>31</sup> Der bösgläubige Besitzer verdiene nicht den Schutz der Sperrwirkung. Im Übrigen sei nicht einzusehen, den unredlichen, verklagten Besitzer besser zu stellen als den gutgläubigen Besitzer, der im Falle des Fremdbesitzerexzesses aufgrund teleologischer Reduktion von § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB aus Delikt haftet.<sup>32</sup> Im Übrigen spricht auch die Überschrift von § 993 BGB („Haftung des redlichen Besitzers“) dafür, dass nur der redliche, unverklagte Besitzer in den Genuss der Sperrwirkung kommen soll.

### b) Andere Ansicht

Nach anderer Ansicht unterfällt auch der bösgläubige, verklagte Besitzer der Sperrwirkung des § 933 Abs. 1 Hs. 2 BGB.<sup>33</sup> Hierfür lässt sich ein Umkehrschluss zu § 992 BGB anführen.<sup>34</sup> Das Gesetz öffnet den Anwendungsbereich des Deliktsrechts über § 992 BGB nur zu Lasten des deliktischen Besitzers. Außerdem würde die Anwendung von § 823 Abs. 1 BGB auf den bösgläubigen Besitzer dazu führen, dass der Eigentümer neben dem bloßen Sachschaden auch den Vorenthaltungsschaden ersetzt verlangen könnte, der im EBV mit Ausnahme von § 990 Abs. 2 BGB nicht adressiert wird und auch nach dieser Vorschrift grundsätzlich erst nach Mahnung verlangt werden kann.<sup>35</sup>

### c) Stellungnahme

In der Tat ist es wertungswidersprüchlich, den bösgläubigen Besitzer durch die Anwendung von § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB gegenüber dem gutgläubigen Fremdbesitzer im Falle des Exzesses besser zu stellen, was gegen die Sperrwirkung in Bezug auf den bösgläubigen Besitzer spricht. Dem Argument der zweiten Ansicht, dass die Geltendmachung des Vorenthaltungsschadens neben dem EBV zum Schutz des Besitzers nicht gewollt gewesen ist, ist entgegenzuhalten, dass der Vorenthaltungsschaden, soweit man der Ansicht des BGH folgt, durch die Anwendung der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf den Vindikationsanspruch ohnehin ersetzt verlangt werden kann. Die besseren Gründe sprechen daher gegen die Anwendung von § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB auf den bösgläubigen Besitzer. Zu beachten ist aber, dass der Vorenthaltungsschaden über § 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB nur unter der weiteren Voraussetzung der Fristsetzung ersetzt verlangt werden kann. Um diese Voraussetzung nicht zu umgehen, erscheint es daher angemessen, für eine Anwendbarkeit von § 823 Abs. 1 BGB ebenfalls eine Fristsetzung zu verlangen. Hiermit wird ferner auch ein Gleichlauf zu §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB hergestellt, sodass der Vorenthaltungsschaden neben und statt der Leistung nur unter weiteren, den Schuldner warnenden Voraussetzungen, verlangt werden kann.

Demnach haftet der gutgläubige, unverklagte Besitzer nur nach Maßgabe des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Der bösgläubige nicht deliktische Besitzer haftet im Gleichlauf zu §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf den Vorenthaltungsschaden nur unter der zusätzlichen Voraussetzung der Fristsetzung. Allein der deliktische Besitzer ist gem. § 992 BGB der uneingeschränkten Haftung aus Deliktsrecht ausgesetzt. Ein solch abgestuftes Haftungsmodell entspricht der Wertung des Gesetzgebers, den deliktischen Besitzer nicht auf eine Stufe mit dem bösgläubigen Besitzer zu stellen. Letzterer wird durch

---

<sup>31</sup> Müller, JuS 1983, 516 (519).

<sup>32</sup> Müller, JuS 1983, 516 (519).

<sup>33</sup> Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, Vor. §§ 987 ff. Rn. 161; Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2024, § 992 Rn. 2.

<sup>34</sup> Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, Vor. §§ 987 ff. Rn. 165.

<sup>35</sup> Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2024, § 992 Rn. 3.

das Erfordernis der Fristsetzung gegenüber dem deliktischen Besitzer privilegiert. Andererseits vermag dieses Modell den Wertungswiderspruch aufzulösen, der entstünde, wenn man den bösgläubigen Besitzer dem gutgläubigen Besitzer im Rahmen des Fremdbesitzerexzesses gleichstellt.

C hat B erfolglos eine Frist zur Leistung gesetzt. Demnach kommt eine Sperrwirkung aufgrund von § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB nicht in Betracht. § 823 Abs. 1 BGB ist anwendbar.

## 2. Rechtsgutsverletzung

Vorliegend kommt lediglich eine Eigentumsverletzung in Betracht.

### a) Verletzung der Sachsubstanz

Eine Verletzung der Sachsubstanz liegt nicht vor.

### b) Beeinträchtigung des Gebrauchs der Sache

B könnte durch Vorenthaltung der Uhr das Eigentum jedoch dadurch geschädigt haben, dass C dieses nicht mehr nutzen konnte. Fraglich ist daher, ob B in den Zuweisungsgehalt des Eigentums eingegriffen hat. Laut § 903 S. 1 BGB kann der Eigentümer grundsätzlich nach eigenem Belieben mit der Sache verfahren. Dies schließt die Besitzeinräumung nach § 985 BGB genauso ein wie die Weiterveräußerung der Sache. Beides hat B durch seine Vorenthaltung vereitelt und objektiv verhindert.<sup>36</sup> B hat somit in den Zuweisungsgehalt des Eigentums eingegriffen.

### c) Zwischenergebnis

Eine Eigentumsverletzung liegt folglich vor.

## 3. Verletzungshandlung

Eine Verletzungshandlung liegt durch die Zurückbehaltung der Uhr vor.

## 4. Kausalität

Die Handlung war auch kausal für die Rechtsgutsverletzung.

## 5. Verschulden

B hat gem. § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu verschulden. Das Zurückbehalten der Uhr erfolgte vorsätzlich, weshalb ein Verschulden des B zu bejahen ist.

## 6. Widerrechtlichkeit

Die Handlung war auch widerrechtlich.

## 7. Schaden

Ein kausaler, ersatzfähiger Schaden liegt i.H.v. 750 € vor.

---

<sup>36</sup> BGHZ 55, 153 (159); Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 823 Rn. 129.

## 8. Zwischenergebnis

C hat somit einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € aus § 823 Abs. 1 BGB gegen B. Der Anspruch ist wiederum nur Zug-um-Zug gegen Übertragung des Eigentums an der Uhr durchsetzbar.

### IV. Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB i.V.m. § 990 Abs. 2 BGB

C könnte gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750 € gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB i.V.m. § 990 Abs. 2 BGB haben.

Über das Verhältnis von Schadensersatz statt und neben der Leistung im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB und der §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB herrscht Streit. Durch den Umstand, dass § 990 Abs. 2 BGB den Vorenthaltungsschaden neben der Leistung nach § 286 BGB im EBV für anwendbar erklärt, gerät dieser durch die Anwendung der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3 281 BGB im Rahmen des EBV auch hier mit dem Schadensersatz statt der Leistung in Konkurrenz. Es stellt sich also die Frage, wie die beiden Schadensarten zueinanderstehen.

Die im Detail heftig zerstrittenen Ansichten stimmen in dem Punkt überein, dass es im Ergebnis zu keiner Überkompensation kommen darf. Darüber hinaus ist man sich über die Abgrenzungskriterien jedoch uneins. In der Literatur wird mehrheitlich die Linie vertreten, dass es sich beim Schadensersatz statt und neben der Leistung um ein Alternativ- und somit abgrenzungsbedürftiges Verhältnis handelt.<sup>37</sup> Teilweise wird dabei auf den Schadenstyp abgestellt. Da der Schadensersatz statt der Leistung an die Stelle der ausbleibenden Leistung tritt, sollen nur diese Posten darunterfallen, die als Substitut das Leistungsinteresse des Gläubigers ersetzen.<sup>38</sup> Legt man diese Ansicht zu Grunde, so wäre der Weiterveräußerungsschaden ein Fall des Schadensersatzes statt der Leistung, da sich das Schadensersatzverlangen als Substitut der ausgebliebenen Leistung darstellt.

Dagegen stehen die Ansichten in der Literatur, die den Zeitpunkt des Schadenseintritts als maßgebliches Abgrenzungskriterium betrachten. Teils wird hier auf § 281 Abs. 4 BGB, also den Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens, abgestellt.<sup>39</sup> Andere sehen im Fristablauf den maßgeblichen Zeitpunkt.<sup>40</sup> Dies führt im Ergebnis zu einer Bestimmung danach, welche Schadensposten der Schuldner noch zum letztmöglichen Zeitpunkt hätte verhindern können.

Nach ersterer Ansicht käme man zu dem Ergebnis, dass, wenn B die Uhr am Tage des Fristablaufs an C übergeben hätte, dieser den Vertrag mit D am darauffolgenden Tag hätte erfüllen können. Folglich läge auch danach ein Schadensersatz statt der Leistung vor.

Nach zweiterer Ansicht jedoch fiel der Weiterveräußerungsschaden in den Zeitraum zwischen Ablauf der Frist und Schadensersatzverlangen. Danach würde der Weiterveräußerungsschaden somit unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB (Mahnung oder Entbehrlichkeit) i.H.v. 250 € neben den Anspruch auf Leistung treten.

Der BGH dagegen hält §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB uneingeschränkt neben §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB i.V.m. § 985 BGB für anwendbar, und zwar bezogen auf dieselbe Schadens-

<sup>37</sup> Bach, ZJS 2013, 1 (1 ff.); Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 281 Rn. B 134; Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 281 Rn. 7; Bachmann, Die elektive Konkurrenz, 2010, S. 247; a.A. Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 281 Rn. 129.

<sup>38</sup> Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (735); Bach, ZJS 2013, 1 (6).

<sup>39</sup> Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 281 Rn. B 135.

<sup>40</sup> Lorenz, in: FS Detlef Leenen, 2012, S. 149 f.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 2012, § 38 Rn. 468.

position (hier: 250 €).<sup>41</sup> Der Weiterveräußerungsschaden unterfällt demnach sowohl Schadensersatz statt (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB i.V.m. § 985 BGB) als auch Schadensersatz neben der Leistung (§§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB). Im Ergebnis darf es aber nicht zu einer doppelten Kompensation, also einem Nebeneinander von § 281 BGB und § 286 BGB in Bezug auf den entgangenen Gewinn kommen. Ansonsten könnte C die Geschäftschance doppelt verwerten. Ob nach Ansicht des BGH hier ausnahmsweise eine elektive Anspruchskonkurrenz zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung besteht, wird offengelassen.

Überzeugend ist daher, entweder den Anspruch i.H.v. 750 € über die §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 281 BGB zu liquidieren oder aber den Schaden getrennt i.H.v. 500 € über die §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB als Schadensersatz statt der Leistung und i.H.v. 250 € über die §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB zu gewähren. Da sich zuvor bereits dafür entschieden worden ist, den Weiterveräußerungsschaden über die §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB als Schadensersatz statt der Leistung zu kategorisieren, ist der erstgenannten Ansicht zu folgen. Damit liegt kein nach den §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB ersatzfähiger Schaden neben der Leistung vor.

C hat gegen B keinen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB.

## V. Ergebnis zu Frage 1

C hat somit einen Schadensersatzanspruch i.H.v. 750 € gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB sowie aus § 823 Abs. 1 BGB Zug-um-Zug gegen Übertragung des Eigentums an der Uhr gegen B.

## Frage 2: Ansprüche in Bezug auf die Uhr und/oder den Verkaufserlös

### I. § 604 Abs. 2 S. 1 BGB

A könnte gegen B einen Anspruch auf Rückgabe der Uhr gem. § 604 Abs. 1 BGB haben.

#### 1. Anspruch entstanden

Hierfür mussten A und B einen Leihvertrag gem. § 598 BGB geschlossen haben und B den sich aus dem Zweck der Leihe ergebenden Gebrauch gemacht haben. A und B einigten sich darüber, die Uhr an B für das Schreiben der Sachenrechtsklausur zu überlassen. Eine interessensgerechte Auslegung ergibt, dass beide Parteien auch ein Interesse an einer rechtlichen Bindung hatten (§ 133 BGB).<sup>42</sup> B hat ferner von dem Leihzweck, dem Gebrauch der Uhr während der Klausur, Gebrauch gemacht. Einen genauen Rückgabezeitpunkt haben die Parteien nicht vereinbart. Aus dem Leihzweck ergibt sich jedoch, dass der Gebrauch nur über den Zeitraum der Sachenrechtsklausur gestattet sein sollte. Ein Anspruch aus § 604 Abs. 2 S. 1 BGB ist somit entstanden.

#### 2. Anspruch untergegangen

Der Anspruch könnte jedoch wegen subjektiver Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB ausge-

---

<sup>41</sup> BGH ZIP 2016, 1733 (1737).

<sup>42</sup> Verfehlt wäre es, sofort auf den „objektiven Empfängerhorizont“ aus §§ 133, 157 BGB abzustellen. Raison d’être der Privatrechtsordnung ist nämlich zunächst die sich aus Art. 2 Abs. 1 GG ergebene Privatautonomie und somit der Parteienwille. Diesem wird jedoch allein § 133 BGB gerecht. Erst wenn die Auslegung des Willens keine Ergebnisse liefert, ist Raum für Korrekturmechanismen.

geschlossen sein. Subjektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn der Schuldner (dauerhaft) außerstande ist, die Leistung zu erbringen.<sup>43</sup> Zum Zeitpunkt der Veräußerung und Übergabe der Uhr an C war B außerstande, die Uhr an A zurückzugeben. Zu beachten ist jedoch, dass das Leistungshindernis durch Rückleihe der Uhr von C wieder entfallen ist. Die Herbeiführung des Leistungserfolges ist wieder problemlos möglich.<sup>44</sup> Der Anspruch aus § 604 Abs. 2 S. 1 BGB besteht.

### 3. Anspruch durchsetzbar

Fraglich ist jedoch, ob A den Anspruch durchsetzen kann. Dem Anspruch könnte eine Dolo-agit-Einrede des B entgegenstehen. Nach dem Grundsatz *Dolo agit, qui petit, quod redditurus est* kann derjenige die Herausgabe einer Sache verweigern, der sie sofort darauf zurückverlangen könnte. Zu beachten ist nämlich, dass B Inhaber des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums nach § 255 BGB analog ist. Insofern tritt zunächst B in die Eigentümerstellung an der Uhr ein. Gibt B die Uhr nun wegen § 604 Abs. 2 S. 1 BGB an A heraus, würde eine Vindikationslage entstehen, kraft derer B die Uhr nach § 985 BGB von A herausverlangen könnte. Die Voraussetzungen der Dolo-agit-Einrede liegen daher auf den ersten Blick vor. Dies lässt indes unberücksichtigt, dass die analog § 255 BGB zu erwerbende Eigentümerposition nicht endgültig ist.<sup>45</sup> Ein Dolo-agit-Einwand ist daher im Ergebnis zu verneinen. Der Anspruch aus § 604 Abs. 2 S. 1 BGB ist somit durchsetzbar.

### 4. Zwischenergebnis

A hat somit einen Anspruch aus § 604 Abs. 2 S. 1 BGB gegen B auf Rückgabe der Uhr.

## II. § 280 Abs. 1 BGB

A könnte gegen B einen Anspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB auf Verschaffung des Eigentums an der Uhr haben.

### 1. Schuldverhältnis

Mit dem Leihvertrag gem. § 598 BGB liegt ein Schuldverhältnis zwischen A und B vor.

### 2. Pflichtverletzung

Durch die Verfügung des B über das Eigentum des A hat B in das Eigentumsrecht des A eingegriffen und damit gleichsam die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter des A verletzt (§ 241 Abs. i.S.d. § 603 S. 1 BGB dar, weshalb diese pflichtwidrig ist (argumentum a minore ad maius § 603 S. 2 BGB) Eine Pflichtverletzung lag somit vor.

### 3. Vertretenmüssen

B hat die Pflichtverletzung auch zu vertreten.

---

<sup>43</sup> Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 275 Rn. 23.

<sup>44</sup> Vgl. Holzwarth/Walz, StudZR 2011, 33 (37).

<sup>45</sup> Siehe dazu sogleich.



#### 4. Schaden

A müsste auch einen Schaden erlitten haben. Nach der Differenzhypothese ist dies der Verlust des Eigentums an der Uhr. Fraglich erscheint jedoch, in welcher Art und Umfang A diesen zu ersetzen hat. Nach § 249 Abs. 1 BGB hat B grundsätzlich den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtete Umstand nicht eingetreten wäre. Daraus leitet sich der Grundsatz der Naturalrestitution ab.<sup>46</sup> Der Geldersatz stellt somit die Ausnahme dar und unterliegt den weiteren Voraussetzungen der §§ 250, 251 BGB.<sup>47</sup> Hätte B die Uhr nicht an C veräußert, wäre A noch Eigentümer derselben. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution ist B also grundsätzlich erst einmal verpflichtet, A das Eigentum an der Uhr wieder zu verschaffen. Denkbar wäre auch, die Verfügung über die Leihsache als Verletzung der Verpflichtung zur Rückgabe der Leihsache nach Beendigung der Leihdauer anzusehen, mit der Folge, dass Schadensersatz für die Verletzung dieser Leistungspflicht nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB gefordert werden könnte.<sup>48</sup> Der BGH hat diese Streitfrage für das Mietrecht dahingehend entschieden, dass Beschädigungen der Mietsache einen sofort fälligen Schadensersatzanspruch neben der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB begründen.<sup>49</sup> Wie im Mietrecht § 546 Abs. 1 BGB trifft auch der die Rückgabeverpflichtung im Leihvertragsrecht regelnde § 604 BGB keine Aussage darüber, in welchem Zustand die Sache zurückzugeben ist.<sup>50</sup> Daraus folgt, dass sich der Inhalt der Rückgabeverpflichtung nicht auf den Zustand der Sache selbst bezieht. Zudem betreffen Verletzungen des Eigentumsrechts vorwiegend das Integritätsinteresse des Vermieters und nicht dessen Leistungsinteresse. Eine hiervon abweichende Beurteilung für das Leihvertragsrecht erscheint nicht geboten. Der Verleiher kann daher ohne Fristsetzung und ohne Zuwarten auf die Beendigung des Leihvertrages bei Verletzungen seines Eigentumsrechts an der Leihsache Schadensersatz ohne weitere Voraussetzungen nach den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB verlangen.

B hat den Schaden des A somit dahingehend zu ersetzen, dass er ihm das Eigentum an der Uhr verschafft.

#### 5. Anspruch untergegangen

Subjektive Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB liegt nicht vor, da B sich analog § 255 BGB das Eigentum von C verschaffen kann. Dies begründet es auch, dass B Naturalrestitution und keine Entschädigung in Geld nach § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB zu leisten hat.

#### 6. Zwischenergebnis

A hat somit einen Anspruch gegen B auf Verschaffung des Eigentums nach § 280 Abs. 1 BGB. Zur Erfüllung dieses Anspruchs kann B ihm seinen Anspruch gegen C auf Verschaffung des Eigentums an der Uhr gem. § 255 BGB analog erfüllungshalber oder an Erfüllung statt abtreten oder aber den Anspruch gegen C in eigenem Namen geltend machen und dann das Eigentum A übertragen.

---

<sup>46</sup> Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 320.

<sup>47</sup> Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 320.

<sup>48</sup> Zum Streitstand BGH NJW 2018, 1746 (1746 Rn. 10).

<sup>49</sup> BGH NJW 2018, 1746.

<sup>50</sup> BGH NJW 2018, 1746 (1747 Rn. 24).

### III. § 285 BGB

Ferner könnte A einen Anspruch auf Auskehr des Verkaufserlöses i.H.v. 500 € gem. § 285 BGB haben.

#### 1. Schuldverhältnis

Ein Schuldverhältnis liegt in Form des Leihvertrages vor.

#### 2. Unmöglichkeit der Leistungserbringung

Die geschuldete Leistung aus dem Schuldverhältnis müsste B unmöglich sein. Nachdem B die Uhr im Gegenzug für die 500 € an C veräußert hat, ist die Herausgabe derselben B unmöglich. Fraglich ist hingegen, ob dieser zeitlich punktuelle Ansatz aufgrund der nachträglichen Möglichkeit zur Leistung maßgeblich sein kann.

Gegen diesen Ansatz sprechen systematische wie teleologische Gründe. § 285 BGB bildet mit § 816 Abs. 1 S. 1 BGB sowie in gewissem Maße auch den §§ 687 Abs. 2 S. 1, 677, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB eine Kategorie Ausgleichsnormen, die eine Vorteilsabschöpfung bei fehlerhafter Vermögensallokation bezwecken sollen.<sup>51</sup> Dabei geht das Gesetz jedoch von einer Beständigkeit dieser Fehlallokation aus. Deutlich wird dies in § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, der sich dem Gläubiger u.U. erst eröffnet, wenn er die Beständigkeit durch Genehmigung der Verfügung selbst herbeigeführt hat. Dies zeigt jedoch, dass genannter Normenkomplex und Ansprüche auf die Vermögensposition selber in einem Alternativverhältnis stehen müssen. Dem Gläubiger eröffnen sich Möglichkeiten zur Vorteilsabschöpfung, weil die Fehlallokation dauerhaft ist. Umgekehrt heißt dies für den maßgeblichen Zeitpunkt jedoch, dass dieser nicht punktuell auszulegen ist. Zeigt sich vielmehr, dass die Fehlallokation nicht beständig ist, weil sich beispielsweise, wie hier, die Unmöglichkeit der Leistung als doch nicht dauerhaft erwiesen hat, so ist Ansprüchen auf die Vermögensposition der Vorzug vor Ausgleichsnormen zu geben.

Die Leistung ist dem B daher nicht unmöglich.

#### 3. Zwischenergebnis

A hat keinen Anspruch auf Auskehr des Verkaufserlöses nach § 285 BGB.

### IV. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 677, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB

A könnte einen Anspruch auf den Verkaufserlös wegen angemaßter Eigengeschäftsführung nach §§ 687 Abs. 2 S. 1, 677, 681 S. 2, 667 BGB gegen B haben.

#### 1. Voraussetzungen angemaßte Eigengeschäftsführung

B muss ein objektiv fremdes Geschäft bewusst als sein eigenes geführt haben. B war indessen in dem Glauben, dass bei der Veräußerung der Uhr ein eigenes Geschäft führt. Folglich finden die Vorschriften der §§ 677–686 BGB gem. § 687 Abs. 1 BGB keine Anwendung.

---

<sup>51</sup> Hartmann, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007, S. 333; Dornis, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2022, § 285 Rn. 3; Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 285 Rn. 1; Ermann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 285 Rn. 2; Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 285 Rn. 1; Riesenhuber, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 667 Rn. 2; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 8. Aufl. 2020, § 667 Rn. 1; Martinek/Omlor, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, § 667 Rn. 1; Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 816 Rn. 1.

## 2. Zwischenergebnis

A hat somit keinen Anspruch auf den Verkaufserlös wegen angemaßter Eigengeschäftsführung nach §§ 687 Abs. 2 S. 1, 677, 681 S. 2, 667 BGB gegen B.

## V. §§ 989, 990 Abs. 1 BGB

A hat aufgrund der Gutgläubigkeit des B zum Zeitpunkt der Veräußerung an C ferner keinen Anspruch gegen B auf Verschaffung des Eigentums nach §§ 989, 990 Abs. 1 BGB.<sup>52</sup>

## VI. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 246 StGB

Deliktische Ansprüche sind gem. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen.

## VII. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

A könnte ferner ein Anspruch auf Zahlung der 500 € gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen B zustehen.

### 1. Verfügung des B

Zunächst müsste B über die Uhr des A verfügt haben. Eine Verfügung ist jede Aufhebung, Übertragung, Belastung oder Inhaltsänderung eines Rechts.<sup>53</sup> Mit dem Rechtsgeschäft gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB hat B das Eigentum an der Uhr an C übertragen und somit über die Uhr verfügt.

### 2. Nichtberechtigung des B

B müsste auch als Nichtberechtigter über die Uhr verfügt haben. Da B weder Eigentümer noch sonst dinglich berechtigt war, verfügte er als Nichtberechtigter über die Uhr des A.

### 3. Wirksamkeit gegenüber A

Nach §§ 929 S. 1, 932 BGB konnte C kraft gutgläubigen Erwerbs Eigentum erlangen. Die Verfügung des B war A gegenüber also wirksam.

### 4. Rechtsfolge: Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten

Nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB hat B dem A daher das „durch die Verfügung Erlangte“ herauszugeben. Nach dem Schadensersatzverlangen der C und dem daraus resultierenden Rückabwicklungsverhältnis zwischen C und B ist jedoch fraglich, was B erlangt hat.

#### a) 1. Möglichkeit: Befreiung von einer Verbindlichkeit

Durch die Verfügung des B erlosch nach § 362 Abs. 1 BGB erstmal „nur“ dessen Pflicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, C das Eigentum an der Sache zu verschaffen.<sup>54</sup> Unmittelbar erlangt hat B daher die Befrei-

<sup>52</sup> Fraglich ist, ob § 989 BGB bei kurzfristiger Verhinderung der Besitzauskehr anwendbar ist. Im Ergebnis ohne Belang, vgl. *Spohnheimer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2024, § 989 Rn. 15 ff.

<sup>53</sup> *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 185 Rn. 2.

<sup>54</sup> *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 816 Rn. 44.

ung von dieser Verbindlichkeit.

### b) 2. Möglichkeit: Zugeflossener Erlös

Der BGH und ein Teil der Literatur versteht § 816 Abs. 1 S. 1 BGB jedoch weiter und stellt auf den Gegenwert ab, der dem Nichtberechtigten aufgrund des Geschäfts zugeflossen ist, aufgrund dessen die Verfügung erfolgt ist.<sup>55</sup> Zugeflossen wären B also die 500 € Verkaufserlös.

### c) 3. Möglichkeit: Der Anspruch aus § 255 BGB analog

Der Erlös könnte jedoch ferner durch einen Rückgewähranspruch „ausgetauscht“ worden sein.<sup>56</sup> Danach hätte B den Anspruch aus § 255 BGB analog erlangt.

### d) Stellungnahme

Gegen die erste Möglichkeit spricht, dass, wie zuvor bereits ausgeführt, § 816 Abs. 1 S. 1 BGB mit § 285 BGB und im Übrigen auch den §§ 687 Abs. 2 S. 1, 677, 681 S. 2, 667 Alt. 2 BGB eine Kategorie Ausgleichsnormen bei fehlerhafter Vermögensallokation bildet.<sup>57</sup> Da der Gläubiger in § 285 BGB zumindest den Verkaufserlös erhält (ob Rückgewähransprüche eingeschlossen sind, musste oben nicht entschieden werden), erscheint es nicht überzeugend, den Gläubiger in § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Wertersatz zu verweisen.<sup>58</sup> Der Gläubiger kann demnach auch i.R.d. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Veräußerungserlös zugreifen.

Fraglich bleibt jedoch, ob auch der Anspruch aus § 255 BGB analog vom Kondiktionsanspruch erfasst wird. Hiergegen ließe sich einwenden, dass es bei § 816 Abs. 1 S. 1 BGB in Wahrheit nicht um den Zufluss des Erlöses, sondern allgemein der Gegenleistung aufgrund eines Kausalgeschäftes geht. Hiervon umfasst sind auch Ansprüche auf Rückgewähr, die aus dem Kausalgeschäft nach Umwandlung in ein Rückabwicklungsverhältnis folgen.<sup>59</sup> Dagegen spricht jedoch die erhebliche Dehnung des Wortlautes sowie die schwierige Übertragbarkeit auf § 285 BGB. Im Ergebnis kann die Frage, ob auch Rückgewähransprüche kondizierbar sind, hier offenbleiben. Der Anspruch aus § 255 BGB analog rührt nämlich zum einen aus einem völlig anderen Rechtsverhältnis als dem Kausalgeschäft (Kaufvertrag), nämlich aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, und ist darüber hinaus auch nicht durch die Verfügung, d.h. die Eigentumsübertragung an C, sondern erst durch deren Schadensersatzverlangen entstanden. Ferner steckt in § 816 Abs. 1 S. 1 BGB im Wort „durch“ ein Kausalitätserfordernis zwischen Verfügung und dem Erlangten, das gegen eine Austauschmöglichkeit spricht. Das durch die Verfügung Erlangte ist damit der Verkaufserlös i.H.v. 500 €.

## 5. Entreichung

B könnte entreichert sein. Dies wäre grundsätzlich der Fall, wenn sich das erlangte Etwas weder

---

<sup>55</sup> BGH ZIP 1996, 1981 (1983); *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 816 Rn. 10; *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2007, § 816 Rn. 24; *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 816 Rn. 17.

<sup>56</sup> So *Lopau*, Surrogationsansprüche und Bereicherungsrecht, 1971, S. 30.

<sup>57</sup> Zur Literatur siehe Fn. 50.

<sup>58</sup> *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 816 Rn. 17.

<sup>59</sup> *Lopau*, Surrogationsansprüche und Bereicherungsrecht, 1971, S. 32, der sich insofern auf *Kaduk*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 1957, § 323 Rn. 83 und *Ennercus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 1958, S. 202, beruft.

gegenständlich noch wertmäßig im Vermögen des Schuldners befände.<sup>60</sup> Dies ist hingegen dahingehend zu konkretisieren, dass es auf die Gegenständlichkeit bei Geld nur ausnahmsweise ankommen kann. Herauszugeben ist nämlich regelmäßig der Geldwert, welcher sich indes noch im Vermögen des B befindet. B ist daher nicht entreichert.

## 6. Zwischenergebnis

A hat somit einen Anspruch auf Zahlung der 500 € gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen B.

## VIII. Konkurrenzen

A hat folglich einen Anspruch aus § 604 Abs. 2 S. 1 BGB auf Rückgabe der Uhr, aus § 280 Abs. 1 BGB Anspruch auf Rückübereignung der Uhr sowie Anspruch auf Auskehr des Verkaufserlöses aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

Der Rückgabeanspruch und der Rückübereignungsanspruch stehen in kumulativer Anspruchskonkurrenz. Problematisch ist allein das Verhältnis des Schadensersatzanspruches zu dem Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach hier vertretener Auffassung stehen beide Ansprüche in elektiver Konkurrenz zueinander.<sup>61</sup> Dem Gläubiger steht mithin ein *ius variandi* zu, Schadensersatz oder Surrogat-herausgabe zu verlangen.

## IX. Ergebnis zu Frage 2

A hat somit einen Anspruch aus § 604 Abs. 2 S. 1 BGB auf Rückgabe der Uhr sowie wahlweise einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB oder einen Anspruch auf Herausgabe des Veräußerungserlöses gem. § 816 Abs. 1 BGB.

## Fallfortführung

### Frage 3: Anspruch der C gegen N auf Zahlung eines Vorschusses

#### I. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

Das nachbarschaftliche Verhältnis zwischen C und N selbst begründet kein Schuldverhältnis i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB, aus dem C Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung der Rücksichtnahmepflicht geltend machen könnte. Ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB besteht mithin nicht.

#### II. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB

C könnte gegen N einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 2.000 € gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB haben. Dies setzt voraus, dass N gegenüber C eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis verletzt hat.

---

<sup>60</sup> Martinek/Heine, in: juris PraxisKommentar BGB, Stand: 1.2.2023, § 818 Rn. 68.

<sup>61</sup> Zur Abgrenzung der elektiven Konkurrenz zur Wahlschuld gem. § 262 BGB siehe *Krafka*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2024, § 262 Rn. 13 f.

## 1. Schuldverhältnis

Fraglich ist, ob zwischen C und N ein Schuldverhältnis i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB besteht. Aufgrund der Eigentumsstörung des Grundstücks durch die Wurzeln kann C von N die Beseitigung der Wurzeln sowie das Unterlassen weiterer Eigentumsstörungen gem. § 1004 Abs. 1 BGB verlangen. Das Vorliegen eines Schuldverhältnisses nach dem § 241 Abs. 1 BGB zugrunde liegenden Verständnis ist demnach auf den ersten Blick zu bejahen. Umstritten ist jedoch, ob der Schadensersatzanspruch statt der Leistung wegen Nichtleistung gem. § 281 BGB auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB Anwendung findet. Konkret stellt sich also die Frage, ob der Eigentümer und Gläubiger des Anspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB statt der Beseitigung Schadensersatz in Geld vom Störer verlangen kann.

### a) Eine Ansicht

Nach einer teilweise in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht finden die §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auch auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB Anwendung. Dies wird damit begründet, dass es dem in seinem Eigentum gestörten Eigentümer nicht zuzumuten sei, die Beseitigungskosten zunächst vorzufinanzieren. Auch soll dem Eigentümer die Möglichkeit gewährt werden, die Störung gar nicht zu beseitigen und stattdessen eine Entschädigung in Geld zu erhalten („dulde und liquidiere“). Genauso wie bei § 985 BGB sei eine Schlechterstellung des dinglichen Gläubigers gegenüber dem persönlichen Gläubiger wertungswidersprüchlich. Schließlich lässt sich anführen, dass der Fall der Nichtleistung auf eine Verpflichtung aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB anders als beim Vindikationsanspruch mit den §§ 987 ff. BGB keine besondere Ausgestaltung erfahren hat und deshalb ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften des Leistungsstörungenrechts angezeigt sei.<sup>62</sup>

### b) Andere Ansicht

Die Gegenauffassung, der sich nunmehr auch der BGH ausdrücklich angeschlossen hat,<sup>63</sup> lehnt die Anwendung des § 281 BGB auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB ab. Die Beseitigung der Störung sei nach dieser Auffassung bereits nicht als Leistung i.S.d. § 281 BGB zu qualifizieren, weil § 1004 Abs. 1 BGB nicht auf ein positives Leistungsinteresse des Gläubigers, sondern lediglich auf Rechtsverwirklichung (Entstörung des Eigentums) gerichtet sei. In Ansehung der dem Gläubiger nach selbst vorgenommener Beseitigung der Eigentumsstörung zustehenden Ansprüche aus Bereicherungsrecht und der Geschäftsführung ohne Auftrag bestünde auch kein Anlass für eine (analoge) Anwendung des § 281 BGB. Der Gläubiger kann nach Titulierung seines Beseitigungsanspruchs im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens nach § 887 Abs. 2 ZPO einen Vorschuss für die Vornahme der Beseitigung beantragen. Gegen die Anwendung spräche zudem, dass die Rechtsfolge des Schadensersatzverlangens statt der Leistung nach § 281 Abs. 4 BGB nicht eintreten könne, da die

<sup>62</sup> Vgl. OLG Karlsruhe NJW 2012, 1520 (1521 Rn. 26 ff.); *Bezenberger*, JZ 2005, 373 (375 f.); *Riehm*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2022, § 280 Rn. 67 f.; *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 1004 Rn. 82 f.; *Herrler*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 83. Aufl. 2024, § 1004 Rn. 48; *Müller/Gruber*, Sachenrecht, 2016, § 42 Rn. 1245; *Schwab*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 812 Rn. 376.

<sup>63</sup> BGH, Urt. v. 23.3.2023 – V ZR 67/22 = BeckRS 2023, 9519 (für BGHZ vorgesehen); bereits kritisch aber im Ergebnis zunächst offenlassend BGH, Urt. v. 11.6.2021 – V ZR 41/19 = NJW-RR, 1166 (1167 Rn. 10). Zuvor hatte der BGH die Anwendbarkeit einiger Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB bejaht, vgl. BGH NJW 2008, 3122 (3122 Rn. 16 f. § 275 Abs. 2); BGHZ 135, 235 (239 f., § 254 BGB); BGH NJW-RR 2021, 671 (672 Rn. 14, §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB). In seinem Urteil vom 23.3.2023 verneint der BGH zudem auch die Anwendbarkeit von § 281 BGB auf den (in diesem Fall ausgeklammerten) Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, BGH BeckRS 2023, 9151 Rn. 37.

Eigentumsstörung faktisch fortbestehen und demnach der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB sofort wieder neu entstehen würde. Ein etwaig begründeter schuldrechtlicher Duldungszwang des Schadensersatzverlangenden Gläubigers entfaltet keine Wirkung für seine Rechtsnachfolger, weshalb auch durch einen solchen kein befriedigendes Ergebnis erreicht werden würde.<sup>64</sup>

### c) Streitentscheid

Problematisch ist in der Tat, dass die Rechtsfolge des § 281 Abs. 4 BGB konzeptionell nicht auf den Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB passt. Für eine Lösung über eine analog § 255 BGB begründete Eigentumsübertragung wie im Rahmen des Vindikationsanspruch ist im Zusammenhang mit § 1004 Abs. 1 BGB kein Raum, weil der Schadensersatzanspruch hier nicht an die Stelle des Eigentums, sondern lediglich an die Stelle der Beseitigung der Eigentumsstörung treten soll. Eine schuldrechtliche Duldungspflicht würde das Problem der sofortigen Wiederentstehung des Anspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB nur zeitweise lösen, da ein Erwerber der gestörten Sache nicht an diese Vereinbarung gebunden wäre. Der Störer wäre mithin der Gefahr ausgesetzt, erneut in Anspruch genommen zu werden. Der Störer könnte den geleisteten Schadensersatz zwar nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB beim ehemaligen Eigentümer kondizieren, wenn er vom Rechtsnachfolger auf Beseitigung in Anspruch genommen wird, indes besteht insoweit gleichwohl die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme. Einige Autoren halten dies dann für unproblematisch, wenn der Gläubiger eine dingliche Duldungspflicht gegen sich begründet oder die Störung nach dem Schadensersatzverlangen selbst beseitigt, da in diesen Fällen die doppelte Inanspruchnahme ausgeschlossen sei.<sup>65</sup> Dem wird für den Fall der später erfolgten Selbstvornahme entgegengehalten, dass kein Bedürfnis für die Anwendung von § 281 BGB besteht, da nach Selbstvornahme ohnehin aus Bereicherungsrecht und Geschäftsführung ohne Auftrag vorgegangen werden könne.<sup>66</sup> Dies greift indes zu kurz, da es bei § 281 BGB ja gerade um die Frage geht, ob der Eigentümer einen Vorschuss bereits nach Fristablauf verlangen und damit die Vorfinanzierung der Störungsbeseitigung vermeiden kann. Zudem sind die Ansprüche aus Bereicherungsrecht und Geschäftsführung ohne Auftrag auf Rechtsfolgenseiten schwächer ausgestaltet. Gleichwohl sprechen im Ergebnis die besseren Argumente gegen die Anwendbarkeit von § 281 BGB auf § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB. Ob der Eigentümer die Beseitigung der Störung tatsächlich vornehmen oder sich zugunsten des Gläubigers einer dinglichen Duldungspflicht unterwerfen wird, steht im Zeitpunkt des Schadensersatzverlangens noch nicht fest. Es stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage der Gläubiger nach Schadensersatzverlangen verpflichtet sein sollte, die Störung zu beseitigen oder eine entsprechende Duldungspflicht gegen sich zu begründen. Die Rechtsfolge des § 281 Abs. 4 BGB tritt indes bereits mit dem Schadensersatzverlangen ein, sodass in diesem Zeitpunkt auch Klarheit über das Schicksal des Primärleistungsanspruch bestehen muss. Überdies sieht § 281 BGB ein Wahlrecht des Gläubigers dergestalt vor, dass er zwischen Erfüllung und Schadensersatz wählen kann (elektive Konkurrenz). Dieses Wahlrecht steht dem Gläubiger im Falle des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB nach erfolgter Störungsbeseitigung aber nicht zu, da der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Beseitigung der Störung entfällt. Hieran wird deutlich, dass § 281 BGB

---

<sup>64</sup> Vgl. BGH BeckRS 2023, 9519 Rn. 17; Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 1004 Rn. 259 ff., 283, Olzen, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 20; Gursky, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, § 1004 Rn. 159, 168 f.; Münch, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2005, § 1004 Rn. 231; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 35 Rn. 19; Croon-Gestefeld, ZfPW 2022, 285 (303 ff.); Lettl, JuS 2005, 871 (874).

<sup>65</sup> Vgl. Spohnheimer, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2024, § 1004 Rn. 55.

<sup>66</sup> BGH BeckRS 2023, 9519 Rn. 35.

seiner Konzeption nach nicht auf den Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB passt.<sup>67</sup> Schließlich würde dem Schuldner durch die Anwendung von § 281 BGB das Wahlrecht über die Art und Weise der Störungsbeseitigung entzogen. Dies mag vor dem Hintergrund des Schutzes durch die Fristsetzung hinnehmbar erscheinen, indes wäre weiter fraglich, wie der Schadensersatzanspruch zu berechnen wäre, wenn zur Beseitigung der Störung mehrere Maßnahmen in Frage kämen.<sup>68</sup>

## 2. Ergebnis

Anders als auf den Vindikationsanspruch findet § 281 BGB mithin keine Anwendung auf § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB. Es liegt kein Schuldverhältnis vor. Ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB scheidet mithin aus.

### III. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog

Weiter kommt ein Anspruch der C gegen N auf Zahlung von 2.000 € analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB in Betracht. Es ist anerkannt, dass der in seinem Eigentum gestörte Eigentümer gegenüber dem Störer analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB auch dann einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich zusteht, wenn die Pflicht zur Duldung der Einwirkung auf das Grundeigentum nicht wie in § 906 Abs. 2 S. 1 BGB rechtlicher Natur, sondern rein faktisch dadurch begründet ist, dass der Eigentümer seinen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB nicht rechtzeitig durchsetzen kann und damit tatsächlich zur Duldung gezwungen wird. Hier liegt der Fall aber so, dass C nicht an der Durchsetzung ihres Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs gehindert ist. Mangels Schutzbedürftigkeit besteht eine für den Analogieschluss notwendige Regelungslücke nicht.

### IV. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus §§ 683 S. 1, 670, 684 S. 1, 818 BGB

C könnte gegen N einen Anspruch auf Zahlung von 2.000 € aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 683 S. 1, 670, 684 S. 1, 818 BGB haben. Hierfür müsste C ein Geschäft geführt haben, also in irgendeiner Weise tätig geworden sein, die Fremdbezug aufweisen kann. C indessen ist in Bezug auf die Beseitigung der Wurzeln weder selbst tätig geworden noch hat sie das Tätigwerden Dritter veranlasst. Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag scheiden mithin aus.

### V. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

Auch ein Anspruch aus Nichtleistungskondiktion in Gestalt der Aufwendungskondiktion<sup>69</sup> scheidet mangels tatsächlich vorgenommener Aufwendungen seitens der C aus. C hat die Störung nämlich noch nicht selbst beseitigt. Insoweit hat N auch nichts erlangt, was für einen Bereicherungsanspruch Voraussetzung ist.

### VI. Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses i.H.v. 2.000 € aus § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet mangels Verschuldens seitens des N aus.

---

<sup>67</sup> Vgl. BGH BeckRS 2023, 9519 Rn. 36.

<sup>68</sup> BGH BeckRS 2023, 9519 Rn. 31.

<sup>69</sup> Vgl. BGHZ 97, 231 (234); BGHZ 106, 142 (143); BGH NJW 1995, 395 (396); BGH NJW 2004, 603 (604); kritisch Gursky, NJW 1971, 782 (784 ff.); Picker, JuS 1974, 357 (361 f.).



*Regula/Schlichting: „Zwischen Forderung und Eigentum ...“*

## VII. Ergebnis Fallfortführung

C hat gegen N keinen Anspruch auf Zahlung von 2.000 €.

## Anfängerklausur: Keine Gene für die Kunst

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Johannes Freise,  
Wiss. Mitarbeiter Dr. iur. Dipl.-Jur., Dipl.-Biol. Timo Faltus, Halle (Saale)\*

*Die Regulierung von und der Umgang mit gentechnischen Verfahren sind seit mehreren Jahren Gegenstand juristischer sowie gesellschaftspolitischer Diskussionen. Vereinzelt werden solche Methoden auch von Kunstschaffenden zur Herstellung ihrer Werke verwendet.<sup>1</sup> Der Sachverhalt ist an diese Entwicklung in der Kunstszene angelehnt. Die Fallbearbeitung erfordert Kenntnisse hinsichtlich der verschiedenen vom BVerfG entwickelten Kunstbegriffe. Die Schwerpunkte der Klausur liegen daher zum einen auf der Erörterung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit und ihrem Verhältnis zur Berufsfreiheit, zum anderen auf der Verhältnismäßigkeitsprüfung.*

### Sachverhalt

K ist begeistert vom künstlerischen Ansatz der „Bio-Art“, bei der Künstler gentechnische Methoden zur Herstellung der Kunstwerke nutzen. Hierzu wird z.B. eine vom Künstler hergestellte dreidimensionale Skulptur mit ebenfalls vom Künstler gentechnisch veränderten Bakterien besiedelt, die in unterschiedlichen Farben leuchten. K will „Bio-Art“ nutzen, um z.B. Eindrücke von Tag/Nacht, Hell/Dunkel, Licht/Schatten umzusetzen und um damit persönliche Gefühle, aber auch gesellschaftliche Phänomene künstlerisch darzustellen. Für die theoretischen Konzepte hierzu wurde K bereits auf einem Kunstfestival ausgezeichnet.

Ermöglicht wird „Bio-Art“ dadurch, dass gentechnische Methoden durch den technischen Fortschritt so vereinfacht worden sind, dass deren Anwendung auch außerhalb professionalisierter, institutionalisierter Labore möglich ist. Die benötigten Geräte, Substanzen, Anleitungen werden legal über das Internet vertrieben. K sieht ihr Handeln neben der Kunstfreiheit auch von der Berufsfreiheit gedeckt und beginnt mit der praktischen Umsetzung an fünf „Bio-Art“ Kunstwerken, die sie später verkaufen möchte. Obwohl ihr das Ausleben der Kreativität wichtig ist, möchte sie den Erlös auch zur Deckung ihrer Lebenshaltungskosten verwenden. Dass von den gentechnisch veränderten Bakterien bei unsachgemäßer Handhabung schädliche Auswirkungen für Menschen und die Umwelt ausgehen können, ist K nicht bewusst.

Die für Durchführung des Gentechnikrechts zuständige Landesbehörde erfährt von den Arbeiten der K. Formell rechtmäßig ordnet die Behörde gegenüber K auf Grundlage von § 26 GenTG an, dass K die bereits hergestellten Kunstwerke in Übereinstimmung mit dem GenTG und weiterem Abfallrecht auf eigene Kosten vernichten muss. Die Behörde begründet den erlassenen Verwaltungsakt rechtlich und tatsächlich zutreffend unter anderem damit, dass bei den Arbeiten der K gesundheits- und umweltschädliche gentechnisch veränderte Organismen (GVO) i.S.v. § 3 Nr. 3 GenTG entstünden. Die Herstellung eines GMO sei gem. § 8 Abs. 1 S. 1 GenTG i.V.m. § 3 Nr. 4 GenTG nur in gentechni-

---

\* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Prof. Dr. Winfried Kluth). Die Autoren danken Dr. Frederic Stephan für seine hilfreichen Anmerkungen bei der Manuskripterstellung. Der Beitrag ist im Rahmen des von der Fritz-Thyssen-Stiftung geförderten Projekts „Analyse und Regulierung von therapieorientierten Citizen Science-Projekten“ (Az. 10.20.1.002.RE & Az. 10.22.1.003RE) entstanden.

<sup>1</sup> Vgl. Yetisen u.a., Trends in Biotechnology, 2015, S. 774; Zinkant, SZ v. 10.8.2018, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/wissen/speculative-design-vom-organoid-zum-objekt-1.4087357-0> (19.2.2024).

schen Anlagen zulässig, eine Voraussetzung, die das Atelier der K nicht erfüllen würde. Zudem habe K keine Ausbildung zum angemessenen Umgang mit GVO.

Schließlich führt die Behörde aus, ihrer Ermessensentscheidung zugrunde gelegt zu haben, dass die Tätigkeit der K sowohl in den Schutzbereich der Kunst- als auch der Berufsfreiheit falle. Jedoch sei die Anordnung, mit Verweis auf die in § 1 Nr. 1 GenTG genannten und durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sowie Art. 20a GG verfassungsrechtlich verankerten Schutzwecke, trotzdem verhältnismäßig.

Der Widerspruch der K gegen den Verwaltungsakt sowie der anschließend von ihr beschrittene Verwaltungsrechtsweg bleiben erfolglos. Auch das letztinstanzliche Gericht bestätigt nach umfassender Prüfung in seiner Entscheidung den ursprünglichen Bescheid.

### Aufgabe

Welche prozessuale Möglichkeit kann K noch nutzen, wenn sie die letztinstanzliche Klageabweisung nicht hinnehmen möchte? Prüfen Sie die Erfolgsaussichten dieser Prozessmöglichkeit in einem Rechtsgutachten. Gehen Sie dabei auf alle im Sachverhalt angesprochenen Rechtsfragen – ggf. in einem Hilfgutachten – ein.

### Bearbeitungsvermerk

Von der Verfassungsmäßigkeit der Normen des GenTG ist auszugehen. Eine Verletzung der Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG ist nicht zu prüfen. Abfallrechtliche Vorschriften sind nicht zu erörtern.

#### § 1 GenTG

1. Zweck dieses Gesetzes ist unter Berücksichtigung ethischer Werte, Leben und Gesundheit von Menschen, die Umwelt in ihrem Wirkungsgefüge, Tiere, Pflanzen und Sachgüter vor schädlichen Auswirkungen gentechnischer Verfahren und Produkte zu schützen und Vorsorge gegen das Entstehen solcher Gefahren zu treffen, ...

#### § 3 GenTG

Im Sinne dieses Gesetzes sind

2. gentechnische Arbeiten

a) die Erzeugung gentechnisch veränderter Organismen, [...]

3. gentechnisch veränderter Organismus

ein Organismus, mit Ausnahme des Menschen, dessen genetisches Material in einer Weise verändert worden ist, wie sie unter natürlichen Bedingungen [...] nicht vorkommt; ...

4. gentechnische Anlage

Einrichtung, in der gentechnische Arbeiten im Sinne der Nummer 2 im geschlossenen System durchgeführt werden und bei der spezifische Einschließungsmaßnahmen angewendet werden, um den Kontakt der verwendeten Organismen mit Menschen und der Umwelt zu begrenzen und ein dem Gefährdungspotenzial angemessenes Sicherheitsniveau zu gewährleisten, ...

#### § 8 GenTG

(1) Gentechnische Arbeiten dürfen nur in gentechnischen Anlagen durchgeführt werden. [...]

#### § 26 GenTG

(1) Die zuständige Behörde kann im Einzelfall die Anordnungen treffen, die zur Beseitigung festgestellter oder zur Verhütung künftiger Verstöße gegen dieses Gesetz [...] notwendig sind. Sie

kann insbesondere den Betrieb einer gentechnischen Anlage oder gentechnische Arbeiten ganz oder teilweise untersagen, wenn

1. die erforderliche Anzeige oder Anmeldung unterblieben ist, eine erforderliche Genehmigung oder eine Zustimmung nicht vorliegt, [...].

**Lösungsvorschlag**

<b>A. Zulässigkeit .....</b>	<b>379</b>
<b>I. Zuständigkeit des BVerfG .....</b>	<b>379</b>
<b>II. Beschwerdefähigkeit .....</b>	<b>379</b>
<b>III. Prozessfähigkeit .....</b>	<b>379</b>
<b>IV. Tauglicher Beschwerdegegenstand.....</b>	<b>379</b>
<b>V. Beschwerdebefugnis.....</b>	<b>380</b>
1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung .....	380
2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit .....	380
<b>VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität .....</b>	<b>381</b>
<b>VII. Form und Frist .....</b>	<b>381</b>
<b>VIII. Zwischenergebnis .....</b>	<b>381</b>
<b>B. Begründetheit.....</b>	<b>381</b>
<b>I. Grundrechtsverletzung durch Entscheidungsergebnis .....</b>	<b>381</b>
1. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG.....	382
a) Schutzbereich.....	382
aa) Sachlicher Schutzbereich .....	382
bb) Persönlicher Schutzbereich.....	383
b) Eingriff.....	383
c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	383
aa) Einschränkung.....	383
bb) Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage .....	384
cc) Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts .....	384
(1) Prüfungsmaßstab .....	384
(2) Verkennung eines Grundrechts.....	384
(3) Verhältnismäßigkeit .....	384
(a) Legitimer Zweck.....	384
(b) Geeignetheit.....	385
(c) Erforderlichkeit .....	385
(d) Angemessenheit.....	385

dd) Zwischenergebnis .....	386
d) Zwischenergebnis.....	386
2. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG .....	386
a) Grundrechtskonkurrenzen.....	386
b) Schutzbereich .....	387
c) Eingriff.....	388
d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	388
3. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG.....	388
<b>II. Grundrechtsverletzung durch Entscheidungsverfahren .....</b>	<b>388</b>
<b>C. Ergebnis.....</b>	<b>389</b>

K kann Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG erheben. Richtet sich eine Verfassungsbeschwerde, wie hier, zumindest auch gegen die letztinstanzliche Entscheidung eines Gerichts und wird dieser stattgegeben, hebt das Bundesverfassungsgericht gem. § 95 Abs. 2 BVerfGG die letztinstanzliche Entscheidung auf und verweist die Sache an das zuständige Gericht zurück.

Die Verfassungsbeschwerde hat Aussicht auf Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

## A. Zulässigkeit

### I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, § 13 Nr. 8a BVerfGG für die Entscheidung über Individualverfassungsbeschwerden zuständig.

### II. Beschwerdefähigkeit

Nach § 90 Abs. 1 BVerfGG ist jedermann, also alle grundrechtsfähigen Personen beschwerdefähig. K ist als natürliche Person Trägerin von Grundrechten und somit beschwerdefähig.

### III. Prozessfähigkeit

Obwohl die Prozessfähigkeit nicht im BVerfGG geregelt ist, wird vorausgesetzt, dass der Beschwerdeführer in der Lage ist, selbst oder durch einen selbstbestimmten Vertreter, Prozesshandlungen vorzunehmen.<sup>2</sup> Von der Prozessfähigkeit der K ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auszugehen.

### IV. Tauglicher Beschwerdegegenstand

Es muss ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen. Gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG kann jeder Akt

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 72, 122 (132 f.) = BeckRS 9998, 100251.

öffentlicher Gewalt, also i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG Akte der Exekutive, Legislative oder Judikative, tauglicher Beschwerdegegenstand sein. K möchte sich insbesondere, also unmittelbar, gegen das letztinstanzliche Urteil (einen Akt der Judikative) wenden. Zumindest mittelbar jedoch auch gegen den an sie gerichteten Verwaltungsakt sowie den betreffenden Widerspruchsbescheid (Akte der Exekutive). Folglich liegen taugliche Beschwerdegegenstände vor.

## V. Beschwerdebefugnis

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG muss K geltend machen können, in Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein. Die pauschale Behauptung einer Grundrechtsverletzung genügt nicht.<sup>3</sup> Im Sinne der Möglichkeitstheorie muss dies zumindest möglich erscheinen, also nicht von vornherein ausgeschlossen sein.<sup>4</sup> Ferner muss K selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.<sup>5</sup>

### 1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

K wurde behördlich angewiesen, die bereits vorhandenen, von ihr unter Verwendung gentechnischer Methoden erzeugten Werke zu vernichten. K meint daher, in der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG und der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt zu sein. Die von K hergestellten und durch Methoden der „Bio-Art“ gestalteten Skulpturen stellen die in einem kreativen Prozess entstandene Umsetzung verschiedener Eindrücke der Künstlerin dar. Folglich könnte es sich um Kunst handeln. Somit scheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass K in der Kunstfreiheit verletzt ist. Darüber hinaus will K den zu erwartenden Verkaufserlös zur Deckung ihrer Lebenshaltungskosten verwenden, weshalb auch eine Verletzung der Berufsfreiheit möglich erscheint.

*Hinweis:* Die Beschwerdebefugnis kann an dieser Stelle auch ausführlicher gestaltet werden, wobei dann bereits an dieser Stelle die Schutzbereiche der angesprochenen Grundrechte umfassend dargestellt werden. Entsprechend kürzer sind dann die Ausführungen zu den Schutzbereichen in der Begründetheit zu gestalten.<sup>6</sup> Ein solcher Aufbau geht auf die Erwägung zurück, dass im Rahmen der Beschwerdebefugnis bereits eindeutig festgestellt werden muss, ob eine Grundrechtsverletzung in Frage kommt, da eine Verfassungsbeschwerde sonst schon unzulässig wäre.<sup>7</sup> Unabhängig davon, welche der beiden Aufbauformen gewählt wird, wäre es trotz des Wortlauts von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in jedem Fall falsch, lediglich aufgrund der verbalen Behauptung der Beschwerdeführerin in Grundrechten verletzt zu sein, die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung anzunehmen. Grund dafür ist, dass sonst die filternde Funktion der Beschwerdebefugnis leerliefe.<sup>8</sup>

### 2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit

Als Adressatin der gegen sie ergangenen Entscheidungen ist K selbst betroffen.<sup>9</sup> Ferner hat die letzt-

<sup>3</sup> Vgl. Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 101. Lfg., Stand: Mai 2023, Art. 93 Rn. 368.

<sup>4</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 51 Rn. 23.

<sup>5</sup> BVerfGE 97, 157 (164) = NJW 1998, 1385; BVerfGE 102, 197 (206) = NVwZ 2001, 790.

<sup>6</sup> So etwa bei Kluth/Stephan, Fallbearbeitungen Verfassungsrecht, 2023, S. 319 f., 324, 370 f.

<sup>7</sup> Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 218.

<sup>8</sup> Vgl. Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 101. Lfg., Stand: Mai 2023, Art. 93 Rn. 368.

<sup>9</sup> Zur Betroffenheit des Beschwerdeführers Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 51

instanzliche gerichtliche Entscheidung den sie belastenden Verwaltungsakt bestätigt. Dieser wirkt fort und bedarf keines weiteren Umsetzungsakts. Folglich besteht eine gegenwärtige und unmittelbare Beschwerde.

## VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG kann eine Verfassungsbeschwerde nur nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Es liegt eine letztinstanzliche Entscheidung vor. K hat alle zur Verfügung stehenden Rechtsmittel erfolglos ausgeschöpft. Andere Rechtsschutzmöglichkeiten sind nicht ersichtlich. Somit hat K die Anforderungen des Subsidiaritätsgrundsatzes erfüllt.

## VII. Form und Frist

Ein Antrag beim Bundesverfassungsgericht ist nach den §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG schriftlich einzureichen und zu begründen.

Gem. § 93 Abs. 2 S. 1 BVerfGG muss die Verfassungsbeschwerde innerhalb eines Monats nach der letztinstanzlichen Entscheidung erhoben werden. Nach § 93 Abs. 2 S. 2 BVerfGG beginnt die Frist mit Zustellung der Entscheidung zu laufen.

## VIII. Zwischenergebnis

Eine Verfassungsbeschwerde der K ist bei form- und fristgerechter Erhebung zulässig.

## B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit das letztinstanzliche Urteil K in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt. K kann in der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG sowie der gem. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit verletzt sein.

### I. Grundrechtsverletzung durch Entscheidungsergebnis

*Hinweis:* Es empfiehlt sich, mit der Prüfung von Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG zu beginnen. Zwar wäre es nicht falsch, zuerst Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen, jedoch ist es hinsichtlich des Aufbaus des Gutachtens typischerweise geschickter, vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte wie die Kunstfreiheit vor solchen mit Schrankenvorbehalt zu prüfen. Grund dafür ist, dass bei Vorliegen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in ein vorbehaltloses Grundrecht regelmäßig, aber nicht zwingend, auch Beeinträchtigungen eines solchen mit Gesetzesvorbehalt gerechtfertigt sind. In einem solchen Fall kann dann zumindest teilweise auf die vorherige Prüfung verwiesen werden. Die Gestaltung des vorliegenden Sachverhalts legt außerdem einen Fokus auf die Kunstfreiheit nahe.

## 1. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG

### a) Schutzbereich

#### aa) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit kann eröffnet sein. Dazu muss es sich zunächst bei den von K hergestellten Arbeiten um künstlerische Werke i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG handeln.

Das BVerfG hat im Laufe seiner Rechtsprechung unterschiedliche Kunstbegriffe entwickelt. Diese sind weit auszulegen und schließen einander nicht aus, da eine trennscharfe Definition von Kunst nicht möglich ist.<sup>10</sup> Damit soll insbesondere das Entstehen eines „staatlichen Kunstrichtertums“ ausgeschlossen werden.<sup>11</sup>

Nach dem formalen Kunstbegriff sind nur Arbeiten klassischer Werkformen (etwa Poesie, Malerei und Bildhauerei) umfasst.<sup>12</sup> Zwar entspricht der Gebrauch gentechnisch veränderter Bakterien allein keiner solchen Kunstform, jedoch dienen diese nur der weiteren Gestaltung der zuvor durch K hergestellten Skulpturen, also Werken der Bildhauerei. Mithin ist bei einer weiten Auslegung von Kunst im Sinne des formalen Kunstbegriffs auszugehen.

*Hinweis:* Hier ist bezüglich der Subsumtion unter den formalen Kunstbegriff eine a.A. vertretbar. Allerdings darf dies in Anbetracht der weiteren Kunstbegriffe nicht zur Ablehnung der Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs führen.

Der materielle Kunstbegriff sieht das Wesen künstlerischer Betätigung in einer freien schöpferischen Gestaltung, in der durch eine Formensprache Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers zum Ausdruck kommen können.<sup>13</sup> K möchte Eindrücke von Kontrasten wie Tag/Nacht oder Licht/Schatten visuell darstellen. Dazu setzt K als Ergänzung zu bildhauerischen Methoden die durch die gentechnisch veränderten Bakterien erzeugten Farb- und Lichteffekte als Stilmittel ein. Sie verwendet folglich eine für „Bio-Art“ übliche Formensprache. Somit sind die Werke der K auch nach dem materiellen Kunstbegriff als Kunst anzusehen.

Gleiches gilt nach dem offenen Kunstbegriff, wonach Arbeiten, die unterschiedlichen Interpretationen offenstehen, als Kunst anzuerkennen sind.<sup>14</sup> Die Darstellung von Kontrasten in den Werken der K kann einerseits als Symbol für gesellschaftliche Spaltung, andererseits als die innere Zerrissenheit der Künstlerin interpretiert werden. Daneben sind zudem weitere Interpretationen der Werke möglich.

Als Kriterium kann außerdem die Anerkennung als Kunst durch Personen mit entsprechender Expertise herangezogen werden.<sup>15</sup> Das Konzept der K wurde, wenn auch nur in seiner theoretischen Planung, bei einem Kunstfestival ausgezeichnet. Somit ist bei den Werken der K nach allen Ansätzen von Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG auszugehen.

<sup>10</sup> BVerfGE 67, 213 (224 f.) = NJW 1985, 261 (262).

<sup>11</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 118.

<sup>12</sup> BVerfGE 67, 213 (226 f.) = NJW 1985, 261 (262).

<sup>13</sup> BVerfGE 30, 173 (188 f.) = NJW 1971, 1645; BVerfGE 119, 1 (20 f.) = NJW 2008, 39 (40).

<sup>14</sup> BVerfGE 67, 213 (227) = NJW 1985, 261 (262 f.).

<sup>15</sup> BVerfGE 23, 104 (111) = NJW 1966, 2374 (2375 f.); BVerfGE 30, 173 (188 f.) = NJW 1971, 1645.



Bei den von der K hergestellten und gestalteten Skulpturen handelt es sich somit um Kunst i.S.v. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG.

Allerdings ist fraglich, ob auch der von K beabsichtigte Verkauf ihrer Kunstwerke durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG geschützt wird. Der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG umfasst zum einen den „Werkbereich“, also Verhaltensweisen im Kontext der Schaffung von Werken. Darüber hinaus fällt auch der „Wirkbereich“, also Tätigkeiten im Kontext der Darbietung, in den Schutzbereich.<sup>16</sup> Zum Wirkbereich gehören neben der reinen Präsentation auch Verkaufstätigkeiten, soweit sie im Zusammenhang mit der Präsentation der Kunstwerke stehen.<sup>17</sup> Folglich sind auch Tätigkeiten der K zum Verkauf der von ihr hergestellten Werke vom sachlichen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG erfasst. Der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit ist somit eröffnet.

#### bb) Persönlicher Schutzbereich

Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG ist ein Jedermann-Grundrecht, auf das sich K als natürliche Person und Schöpferin der „Bio-Art“ Skulpturen berufen kann.

#### b) Eingriff

Der durch die letztinstanzliche Entscheidung bestätigte Verwaltungsakt kann einen Eingriff in die Kunstfreiheit der K darstellen. Im Sinne des modernen Eingriffsbegriffs stellt jede dem Staat zurechenbare Maßnahme, die unmittelbar oder mittelbar ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, erschwert oder unmöglich macht, einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff dar.<sup>18</sup> Nach „klassischem“ Verständnis ist ein staatliches Handeln, welches final, unmittelbar und mit Zwang durch Rechtsakt wirkt, notwendig.

*Hinweis:* Die Nennung beider Eingriffsbegriffe ist nicht zwingend erforderlich. Eine ausführliche Diskussion der unterschiedlichen Eingriffsbegriffe stellt jedenfalls eine falsche Schwerpunktsetzung dar.

K wird durch die rechtsförmliche Anweisung, die hergestellten Werke zu vernichten, die Präsentation sowie der Verkauf der Arbeiten zukünftig unmöglich gemacht (Eingriff in den Wirkbereich). Nach beiden Begriffsverständnissen besteht somit ein Eingriff in die Kunstfreiheit.

#### c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff in Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG kann verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dazu muss die Kunstfreiheit einschränkbar (Schranke) und die Grenzen der Einschränkbarkeit eingehalten sein (Schranken-Schranken).

##### aa) Einschränkbarkeit

Die Kunstfreiheit wird nach dem Wortlaut des Grundgesetzes vorbehaltlos gewährleistet. Die Übertragung des Gesetzesvorbehalts anderer Grundrechte kommt ebenfalls nicht in Betracht.<sup>19</sup> Mithin ist

<sup>16</sup> BVerfGE 30, 173 (188 f.) = NJW 1971, 1645.

<sup>17</sup> *Germelmann*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 3 Rn. 55 f.; *Kempfen*, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 5 Rn. 171.

<sup>18</sup> BVerfGE 105, 279 (300) = NJW 2002, 2626 (2628).

<sup>19</sup> BVerfGE 30, 173 (191 f.) = NJW 1971, 1645 (1646); BVerfGE 67, 213 (228) = NJW 1985, 261 (262).

die Kunstfreiheit nur durch kollidierendes Verfassungsrecht (verfassungsimmanente Schranken) bzw. dessen einfachgesetzlichen Ausgestaltungen einschränkbar.

Somit müssen sowohl Beschränkungen des Werk- als auch des Wirkungsbereichs stets durch oder auf Grundlage eines Gesetzes erfolgen, welches dem Schutz eines Rechtsguts von Verfassungsrang dient. Die Behörde erließ ihren Bescheid auf Grundlage von § 26 GenTG. Das GenTG hat gem. § 1 Nr. 1 GenTG unter anderem den Zweck, Leben und Gesundheit von Menschen zu schützen. Nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit eines Menschen verfassungsrechtlich garantiert. Die körperliche Unversehrtheit umfasst auch die Gesundheit in einem biologisch-physiologischen Sinn.<sup>20</sup> Der außerdem verfolgte Zweck des Schutzes der Umwelt und der Tiere vor negativen Auswirkungen hat nach Art. 20a GG ebenfalls Verfassungsrang.

#### bb) Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage

§ 26 GenTG muss als dem Einzelakt als Rechtsgrundlage dienende Norm verfassungsgemäß sein. Von der Verfassungsmäßigkeit der Norm ist auszugehen.

#### cc) Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts

Ferner muss auch der Einzelakt, also der gerichtlich bestätigte Verwaltungsakt, verfassungsgemäß sein.

##### (1) Prüfungsmaßstab

Das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz und prüft im Rahmen der Verfassungsbeschwerde nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.<sup>21</sup> Eine solche Verletzung liegt vor, wenn bei der Anwendung des § 26 GenTG, die Bedeutung eines Grundrechts, hier der Kunstfreiheit, nicht hinreichend gewürdigt wurde.

##### (2) Verkennung eines Grundrechts

Eine Grundrechtsverletzung kann darin bestehen, dass bei der Entscheidung die Bedeutung eines Grundrechts verkannt wird. Die Behörde hat aber zutreffend erkannt und im Rahmen der Ermessensausübung beachtet, dass es sich bei den Arbeiten der K um Kunst i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG handelt. Darüber hinaus ist die Behörde von der Eröffnung des Schutzbereichs der Berufsfreiheit ausgegangen. Zwar richtet sich die Verfassungsbeschwerde der K nur mittelbar gegen den behördlichen Verwaltungsakt und unmittelbar gegen die letztinstanzliche Entscheidung, jedoch hat das Gericht die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bestätigt. Eine Verkennung von Grundrechten, insbesondere auch im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung auf Ermessensfehler, ist nicht ersichtlich.

##### (3) Verhältnismäßigkeit

Die Anordnung, die vorhandenen Arbeiten zu vernichten, kann außerdem unverhältnismäßig sein.

##### (a) Legitimer Zweck

Die Maßnahme muss einem legitimen Zweck, also einem Gemeinwohlinteresse, dienlich sein. Die Behörde will verhindern, dass durch die verwendeten gentechnisch veränderten Bakterien Gefahren

---

<sup>20</sup> BVerfGE 56, 54 (73 ff.) = NJW 1981, 1655.

<sup>21</sup> Dazu *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 51 Rn. 60 ff.

für Leben und Gesundheit von Menschen sowie schädliche Auswirkungen auf die Umwelt, Tiere und Pflanzen (vgl. § 1 Nr. 1 GenTG) entstehen. Die Verhinderung von Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen dient dem Schutz von durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern und ist somit jedenfalls ein legitimer Zweck. Umwelt-, Tier- und Pflanzenschutz sind in Art. 20a GG als Staatszielbestimmung festgehalten und folglich auch ein Interesse des Gemeinwohls.

#### (b) Geeignetheit

Ferner muss der von der Behörde erlassene und gerichtlich bestätigte Verwaltungsakt zur Erreichung des legitimen Zwecks geeignet sein. Das ist der Fall, wenn er den legitimen Zweck zumindest in irgendeiner Weise fördert. Die Anordnung hat zur Folge, dass die Zahl der im Umlauf befindlichen gentechnisch veränderten Bakterien verkleinert bzw. nicht erhöht wird. Damit werden die von GVO ausgehenden Risiken zumindest gemindert. Folglich sind die Anforderungen an die Geeignetheit erfüllt.

#### (c) Erforderlichkeit

Außerdem muss die Anordnung erforderlich sein. Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn kein gleich wirksames, also zumindest ebenso effektives, milderes Mittel zur Verfügung steht. Ein milderes Mittel könnte die Verpflichtung darstellen, das Atelier in einer den Anforderungen einer gentechnischen Anlage i.S.d. § 8 GenTG entsprechenden Weise umzubauen. Ferner könnten Bedingungen der Lagerung der Skulpturen und Sicherungsmaßnahmen bei Ausstellung dieser entsprechend den Anforderungen des § 8 GenTG angeordnet werden. Zudem könnte die Behörde von K einen Nachweis einer Schulung zum Umgang mit GVO verlangen. Diese alternativen Mittel würden jedoch anders als das von der Behörde gewählte Mittel nicht sofort wirken, sondern allenfalls in einer unbestimmten Zukunft. In der Zwischenzeit würden die Gefahren für Gesundheit und Umwelt weiter bestehen. Mithin wären solche Maßnahmen nicht gleich wirksam wie der erlassene Verwaltungsakt.

#### (d) Angemessenheit

Darüber hinaus muss die Entscheidung angemessen sein, also darf der Eingriff in die Kunstfreiheit nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen. Hier besteht ein Eingriff mit höchster Intensität. K wird angewiesen die Kunstwerke zu vernichten. Der verfolgte Zweck, der Schutz von Gesundheit und Leben von Menschen, ist in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verfassungsrechtlich garantiert. Andere Lebewesen und die Umwelt vor schädlichen Einwirkungen zu schützen, hat nach Art. 20a GG Verfassungsrang.

Dem Lebens- und Gesundheitsschutz von Menschen aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kommt eine übertragende Bedeutung zu. Die hier verbrieftete staatliche Schutzpflicht hat im grundgesetzlichen Gefüge einen „Höchstwert“, da sie für die Menschenwürde sowie alle anderen Grundrechte die „vitale Basis“ darstellt.<sup>22</sup>

*Hinweis:* Eine Rechtfertigung von Eingriffen in die Kunstfreiheit aufgrund des Schutzes von Leben und Gesundheit hat auch im Kontext der Corona-Pandemie an Bedeutung erlangt. Eingriffe in Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG durch behördliche Absagen von Ausstellungen und Konzerten wurde aufgrund der Gewährleistung des Infektionsschutzes gerechtfertigt.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1 (42) = NJW 1975, 573 (575); BVerfG NJW 1999, 3399 (3402).

<sup>23</sup> Siehe dazu etwa VGH München BeckRS 2020, 32245 Rn. 23, 29.

Die in Art. 20a GG formulierten Staatsziele können grundsätzlich der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen dienen.<sup>24</sup> Allerdings ist ihre Wirkung bei schrankenlos gewährleisteten Grundrechten fraglich, da Staatszielbestimmungen stets durch die verfassungsmäßige Ordnung begrenzt werden.<sup>25</sup> Die von K verfolgten Darstellungsmethoden sind ohne die Verwendung der Bakterien nicht möglich. Entsprechend besteht ein sachlicher Grund, warum K diese verwendet und so eine Gefahr für die Beeinträchtigung von Tieren und Umwelt schafft.

Folglich kann es sein, dass Art. 20a GG keine hinreichende Grundlage für eine Rechtfertigung bietet. Diese Frage kann jedoch dahinstehen, soweit der Eingriff anderweitig verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

Eine Grundlage einer Rechtfertigung kann sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ergeben. Von den durch die von K verwendeten gentechnisch veränderten Organismen gehen Gefahren für die Gesundheit von Menschen aus. Mithin kann der unsachgemäße Kontakt mit den Bakterien sogar lebensgefährliche Folgen haben.

K ist im Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen nicht geschult. Es ist davon auszugehen, dass sie als Laiin nicht in der Lage ist, Gefahren richtig einzuschätzen und adäquate Sicherungsmaßnahmen zu treffen. Insbesondere besteht in ihrem Atelier auch nicht die Möglichkeit, hinreichende Bedingungen zu schaffen. Die von den Werken ausgehende Gefahren sind darüber hinaus für außenstehende Betrachter der Kunst nicht zu erkennen.

Für die Verhältnismäßigkeit spricht zudem, dass die behördliche Maßnahme darauf abzielt, den unsachgemäßen Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen allgemein und nicht nur zu künstlerischen Zwecken zu unterbinden.

Folglich ist die an K gerichtete Anordnung hinsichtlich des Eingriffs in die Kunstfreiheit angemessen und ferner somit verhältnismäßig.

#### dd) Zwischenergebnis

Der Eingriff in die Kunstfreiheit der K ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

#### d) Zwischenergebnis

K ist in der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG nicht verletzt.

### 2. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Des Weiteren kann K in der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt sein.

#### a) Grundrechtskonkurrenzen

Allerdings ist fraglich, ob bei Berufskünstlern, also Künstlern, die durch den Verkauf ihrer Werke ihren Lebensunterhalt verdienen, die Berufsfreiheit neben der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG anwendbar ist. Teilweise wird argumentiert, dass bei einer beruflich ausgeübten künstlerischen Tätigkeit die Kunstfreiheit als *lex specialis* der Berufsfreiheit vorgeht.<sup>26</sup> Zwischen zwei Grundrechten besteht ein Spezialitätsverhältnis, wenn eines der Grundrechte alle Tatbestandsmerkmale des ande-

---

<sup>24</sup> Beispielhaft zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Wissenschaftsfreiheit auf Grundlage von Art. 20a GG BVerfG NVwZ 2011, 94 (insb. 112).

<sup>25</sup> Rux, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 20a Rn. 45 ff.

<sup>26</sup> So etwa Starck/Paulus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 435.

ren sowie darüber hinausgehend weitere Merkmale beinhaltet.<sup>27</sup> Eine den Verkauf von Kunstwerken beeinträchtigende hoheitliche Maßnahme kann jedoch nicht nur den durch die Kunstfreiheit geschützten Wirkungsbereich betreffen, sondern bei beruflich tätigen Künstlern auch die Schaffung der Lebensgrundlage behindern. Dabei kommen insbesondere auch solche Beeinträchtigungen in Betracht, die wie z.B. ein Verbot des Ausstellens von Werken in Galerieräumen mit Verkaufsmöglichkeit in direktem Zusammenhang mit der künstlerischen Vermittlung an Dritte stehen. Diese zusätzlich mögliche Dimension der Beeinträchtigung von Berufskünstlern, im Vergleich zu Personen, die beispielsweise nur zu Hobbyzwecken künstlerisch tätig sind, würde durch die Annahme eines Spezialitätsverhältnisses zwischen Kunstfreiheit und Berufsfreiheit verkannt.<sup>28</sup> Folglich können bei beruflich ausgeübter künstlerischer Tätigkeit die beiden Grundrechte der Berufsfreiheit und der Kunstfreiheit in Idealkonkurrenz nebeneinanderstehen.<sup>29</sup>

*Hinweis:* Grundrechtskonkurrenzen können im Gutachten auch an anderer Stelle behandelt werden. Abweichend zur hier gewählten Lösung ist es möglich, die Konkurrenzen bereits im Zuge der Prüfung des Schutzbereichs des erstgeprüften Grundrechts darzustellen.<sup>30</sup> Bei eindeutigeren Konstellationen kann auch eine Thematisierung in der Beschwerdebefugnis vorzuziehen sein.<sup>31</sup>

## b) Schutzbereich

Zunächst muss der Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet sein. Ein Beruf i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die auf Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage gerichtet ist.<sup>32</sup> Trotz des Wortlauts von Art. 12 Abs. 1 GG sind die Freiheit der Berufsausübung und -wahl als einheitliches Grundrecht zu verstehen.<sup>33</sup> Zu Gunsten eines effektiven Grundrechtsschutzes ist eine weite Auslegung geboten und an die Dauerhaftigkeit keine hohen Anforderungen zu stellen.<sup>34</sup>

K hat die Kunstwerke in der Absicht hergestellt, diese zu verkaufen und vom Verkaufserlös ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Damit verfolgt sie die Schaffung einer Lebensgrundlage. Auch handelt es sich nicht nur um eine einmalige Erwerbstätigkeit. Allerdings werden evident sozialschädliche Verhaltensweisen nicht vom Schutzbereich der Berufsfreiheit umfasst.<sup>35</sup> Andere, auch gesetzlich verbotene Tätigkeiten sind dagegen überzeugenderweise nicht pauschal auszuschließen.<sup>36</sup> Dass das GenTG die Herstellung von GVO unter einen Erlaubnisvorbehalt stellt, macht die Verwendung der

<sup>27</sup> *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 25 Rn. 2.

<sup>28</sup> *v. Arnould*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 55.

<sup>29</sup> So auch *Scholz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 101. Lfg., Stand: Mai 2023, Art. 12 Rn. 280 f.; *Ruffert*, in: *BeckOK GG*, Stand: 15.8.2023, Art. 12 Rn. 163; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 117; *v. Arnould*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 167 Rn. 55.

<sup>30</sup> *Brade*, in: *Hahn u.a.*, Grundrechte, 2022, S. 170. Dagegen so wie hier auch *Klafki*, JuS 2019, 885 (889).

<sup>31</sup> *Brade*, in: *Hahn u.a.*, Grundrechte, 2022, S. 170.

<sup>32</sup> BVerfGE 7, 377 (397) = NJW 1958, 1035; BVerfGE 102, 197 (212) = NVwZ 2001, 790; BVerfGE 105, 252 (265) = NJW 2002, 2621; BVerfGE 111, 10 (28) = NJW 2004, 2363.

<sup>33</sup> BVerfGE 7, 377 (401 ff.) = NJW 1958, 1035; BVerfGE 9, 338 (344) = NJW 1959, 1579; BVerfGE 92, 191 ff. = NJW 1995, 1733.

<sup>34</sup> BVerfGE 14, 19 (22) = NJW 1962, 579; BVerfGE 68, 272 (281) = NJW 1985, 64.

<sup>35</sup> BVerfGE 115, 276 = NJW 2006, 1261; BVerfGE 117, 126 = NVwZ 2007, 324.

<sup>36</sup> BVerfGE 97, 12 (22) = DÖV 1995, 241; BVerfGE 115, 276 = NJW 2006, 1261; dazu noch anders BVerfGE 14, 19 (22) = NJW 1962, 579.

GVO nicht zu einer evident sozialschädlichen Verhaltensweise und ändert folglich nichts am Berufscharakter der künstlerischen Tätigkeit von K. Mithin ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet.

### c) Eingriff

Ferner muss die gerichtlich bestätigte behördliche Anordnung einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. Dazu ist erforderlich, dass der erlassene Verwaltungsakt eine berufsregelnde Tendenz aufweist. Der Anwendungsbereich des zugrundeliegenden § 26 GenTG ist nicht auf einen oder mehrere Berufe beschränkt. Stattdessen wird generell der Umgang mit GVO geregelt. Allerdings wird durch die in Form eines Verwaltungsakts erlassene Anordnung der Behörde K unmittelbar rechtlich verpflichtet, die vorhandenen „Bio-Art“ Kunstwerke zu vernichten. Damit wird es ihr zunächst zumindest mittelbar unmöglich, die Werke auszustellen oder zu verkaufen und dadurch mit ihnen ein Einkommen zu generieren. Folglich handelt es sich um eine unmittelbar in die Berufsfreiheit eingreifende hoheitliche Maßnahme.

### d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Bei Eingriffen in die Berufsfreiheit ist im Sinne der Drei-Stufen-Theorie im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen (1. Stufe) Berufsausübungsregeln (dem „Wie“ der beruflichen Tätigkeit) sowie (2. Stufe) subjektiven und (3. Stufe) objektiven Berufswahlregelungen (dem „Ob“) zu unterscheiden.<sup>37</sup> Berufsausübungsregelungen sind bereits durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt.<sup>38</sup> Die Anordnung der Behörde betrifft nur Kunstwerke, die durch Bioart-Technik hergestellt wurden und ist somit eine Berufsausübungsregelung. Ferner ist nicht ersichtlich, dass abseits der verwendeten Bioart-Technik keine ausreichenden Möglichkeiten zu beruflicher künstlerischer Tätigkeit für K bestehen. Wie bereits ausgeführt dient die gerichtlich bestätigte Anordnung, schädliche Auswirkungen auf die vom GenTG geschützten und verfassungsrechtlich verankerten Rechtsgüter durch gentechnisch veränderte Organismen zu verhindern. Folglich dient die gerichtlich bestätigte Anordnung einem hinreichenden Gemeinwohlinteresse. Die Ausführungen zur Abwägung im Rahmen der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in die Kunstfreiheit gelten entsprechend. Somit ist der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG in Anbetracht des Schutzes von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) sowie Umwelt und Tieren (Art. 20a GG) verhältnismäßig und verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

## 3. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit ist zu spezielleren Freiheitsrechten, hier der Kunst- und der Berufsfreiheit, subsidiär.

## II. Grundrechtsverletzung durch Entscheidungsverfahren

Etwaige Grundrechtsverletzungen durch das Entscheidungsverfahren sind nicht ersichtlich.

---

<sup>37</sup> BVerfGE 7, 377 (405 ff.) = NJW 1958, 1035 (1036 f.).

<sup>38</sup> BVerfGE 68, 272 (282) = NJW 1985, 964 (965).

### C. Ergebnis

Eine Verfassungsbeschwerde der K ist bei Beachtung der Form- und Fristenfordernisse zwar zulässig, allerdings nicht begründet. Somit hat sie keine Aussicht auf Erfolg. Das Bundesverfassungsgericht würde die Entscheidung nicht gem. § 95 Abs. 2 BVerfGG aufheben. Andere prozessuale Möglichkeiten der K sind nicht ersichtlich.

## Anfänger:innenhausarbeit: Bundeszwang und Rededrang

Wiss. Mitarbeiter Moritz Rhades, Wiss. Mitarbeiter Dr. Stefan Martini, Kiel\*

Die Falllösung widmet sich der Frage, wie der Bund verfassungsrechtlich auf von kommunalen Amtsträgern begangene Rechtsverstöße reagieren kann. Im Zentrum des ersten Teils steht das in der Verfassungspraxis bisher wenig beachtete Instrument des Bundeszwangs nach Art. 37 GG. Dabei handelt es sich um eine eher exotische Norm, zu der – außer in der Kommentarliteratur – bisher wenig geschrieben wurde. Hinzu kommt, dass sich das BVerfG mangels Anwendungspraxis mit einer entsprechenden Fallkonstellation noch nicht auseinandersetzen musste, so dass bei der Quellensuche auch nicht auf Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann.<sup>1</sup> Der Lernerfolg geht indes über die Auseinandersetzung mit einer unbekannt Norm hinaus und bringt den Kandidat:innen – über eine unbekannt Brückennorm – grundlegende Verfassungsprinzipien und insbesondere die verfassungsrechtlichen Strukturen des Bundesstaats einschließlich der Aufteilung der Verwaltungskompetenzen näher.

Der zweite Teil bildet ein Konglomerat verschiedener Probleme rund um die Äußerungsbefugnisse von Hoheitsträgern.

Dabei veranschaulicht der Fall die Konkretisierung abstrakter Verfassungsprinzipien und die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht.

### Sachverhalt

Im Bundesland L kann ein Kandidat der X-Partei die Landratswahlen im Landkreis K für sich entscheiden. Die bundesweit vom Verfassungsschutz beobachtete X-Partei ist bisher regelmäßig durch eine offen artikuliert Ausländerfeindlichkeit in Erscheinung getreten. Infolge des neu errungenen Amtes will sie diese Position nun endlich „in die Rechtswirksamkeit“ übertragen. Dazu gehöre auch, dass man entsprechende Bundesgesetze, die man für falsch halte, nicht durchsetzen werde.

So kommt es, dass in K auf Initiative des neuen Landrats Leistungen für asylsuchende Menschen, auf die diese nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 AsylbLG i.V.m. § 3 Abs. 1 AsylbLG einen Anspruch haben, durch den Kreis überhaupt nicht mehr gewährt werden. Außerdem kündigt der Landrat an, die Ausführung weiterer Bundesgesetze, die einen Sozialleistungsanspruch von Menschen mit Migrationshintergrund gewähren, auszusetzen.

In der Bundesregierung ist man besorgt über die Entwicklungen in L. Man fordert die Regierung in L deswegen mehrfach auf, Abhilfe zu schaffen.

Die Landesregierung ist sich der Situation in K bewusst, sieht sich aber zum Handeln außer Stande. Zwar sei es möglich, im Rahmen der Rechts- und Fachaufsicht auf K Einfluss zu nehmen. Man müsse aber auch an das Wahlergebnis denken: Eine Mehrheit in K habe für eine solche Handhabung der Gesetze gestimmt. Es bestehe deswegen aktuell kein Handlungsbedarf.

Die Bundesregierung besteht auf eine ordnungsgemäße Ausführung der Bundesgesetze. Sie stellt deswegen die fehlerhafte Ausführung des AsylbLG fest und beantragt beim Bundesrat den Beschluss

---

\* Die Verf. sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Völker- und Europarecht (Prof. Dr. Andreas von Arnald), Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

<sup>1</sup> Ausnahmen stellen BVerfGE 3, 52 (57) und BVerfGE 7, 367 (372) dar, die das Instrument des Bundeszwangs aber nur rudimentär behandeln.



über eine Rechtsverletzung durch L. Obwohl der Bundesrat in seinem Beschluss einen Verstoß gegen die Pflicht zur Ausführung des AsylbLG feststellt, weigert sich die Regierung in L weiterhin, auf K einzuwirken.

Daraufhin verkündet ein Regierungssprecher, dass man die Zustände in L nicht länger tolerieren werde. Durch einen derart gravierenden Bruch mit der Verfassung gerate das bundesstaatliche Gefüge ins Wanken. Eine Landesregierung müsse dafür sorgen, die verfassungsmäßige Ordnung im eigenen Land im Sinne eines sozialen Rechtsstaats aufrecht zu erhalten. Immerhin trage sie die Verantwortung dafür, dass Bundesgesetze nicht nur ordnungsgemäß, sondern überhaupt ausgeführt werden.

Um die L-Regierung wieder auf den Pfad der Verfassung zu lenken, sehe man sich daher gezwungen, entsprechende Maßnahmen einzuleiten. Die Bundesregierung beschließt nach Zustimmung des Bundesrates, dem Land L seine Stimmen im Bundesrat zu entziehen und vorübergehend einen Bundesbeauftragten zur Übernahme der Aufgaben der Landesregierung im Bereich der Durchführung des AsylbLG einzusetzen, bis die Pflichtverletzung abgestellt wurde.

Die Regierung von L ist empört über die beschlossenen Maßnahmen. Dem „bundesstaatlichen Gefüge“ sei gewiss nicht geholfen, wenn man „mit Kanonen auf Spatzen“ schieße. Vielmehr habe die Bundesregierung ihrerseits außerhalb der ihr von Verfassung wegen zustehenden Kompetenzen gehandelt. Das Mandat der Bundesregierung dürfe nicht vorschnell zu einem Eingriff in die Hoheitsgewalt der Länder führen. Insofern sei vor Anwendung derartiger Maßnahmen das BVerfG zu befragen. Überhaupt sei das Verhalten des K dem Land L nicht zuzurechnen. Wenn man einen Zugriff der Bundesregierung auf innerstaatliche Vorgänge der Länder zuließe, könne man ja gleich den Bundesstaat abschaffen.

Die Bundesregierung lässt sich vom Vorbringen der L-Regierung nicht beirren und führt die angekündigten Maßnahmen aus.

### Frage 1

War das Vorgehen der Bundesregierung verfassungsmäßig?

### Fortsetzung

Bundeskanzler B, der zugleich auch Mitglied im Bundesvorstand der Y-Partei ist, befindet sich zu diesem Zeitpunkt auf einem Staatsbesuch in Staat S. Kurz vor Beginn einer offiziellen Pressekonferenz zusammen mit dem Staatsoberhaupt von S gibt B dem privaten Fernsehsender R ein Interview. Auf die Situation in L angesprochen, äußert er sich wie folgt:

„In L herrschen derzeit antidemokratische Verhältnisse. In einer solchen Situation muss der Rechtsstaat mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln reagieren können. Die starrsinnige Demokratiefindlichkeit, die wir durch die X-Partei in öffentlichen Ämtern erleben, ist unverzeihlich, staatszersetzend und darf nicht toleriert werden.“

Das Interview wird auf Rs Webseite ohne Zugangsbeschränkungen veröffentlicht.

Auf der mit Bundeswappen versehenen Homepage des Bundeskanzlers befindet sich ein Hyperlink, der auf die Website des R und dort unmittelbar zum veröffentlichten Interview führt. Der Link ist mit dem Titel „Bundeskanzler äußert sich zum Vorgehen der Bundesregierung gegen L“ überschrieben.

In der X-Partei ist man der Meinung, dass B mit diesem Interview zu weit gegangen sei. Mit dem für jede Person einsehbaren Interview werde das Ansehen der X-Partei beschädigt. Durch Setzen des

Hyperlinks mache sich der Bundeskanzler die Veröffentlichung zu eigen. Er könne nicht einfach kraft seines Amtes in den demokratischen Willensbildungsprozess eingreifen.

B erwidert in einer Stellungnahme, dass er sich auch als Bundeskanzler öffentlich äußern können müsse – immerhin sei er zudem Parteipolitiker und Privatperson mit staatsbürgerlichem Bewusstsein. Selbst wenn man die Äußerungen mit seinem Amt in Verbindung bringen wollte, müsse man beachten, dass es seine Aufgabe als Bundeskanzler sei, sich mit gesellschaftlichen Vorgängen in Deutschland zu beschäftigen. Dies müsse insbesondere zur Verfassungsverteidigung gelten.

Die X-Partei sieht sich in ihren verfassungsrechtlichen Rechten verletzt und beantragt form- und fristgemäß die Feststellung einer Verletzung vor dem BVerfG.

## Frage 2

Hat der Antrag der X-Partei Erfolg?

*Hinweis:* Es ist zu unterstellen, dass die Landkreise in L gem. § 10 AsylbLG die von der obersten Landesbehörde bestimmten zuständigen Behörden für die Durchführung des Gesetzes sind.

§ 1 Abs. 1 AsylbLG lautet:

- (1) Leistungsberechtigt nach diesem Gesetz sind Ausländer, die sich tatsächlich im Bundesgebiet aufhalten und die
1. eine Aufenthaltsgestattung nach dem Asylgesetz besitzen,
  2. [...]

§ 3 Abs. 2 AsylbLG lautet:

- (1) Leistungsberechtigte nach § 1 erhalten Leistungen zur Deckung des Bedarfs an Ernährung, Unterkunft, Heizung, Kleidung, Gesundheitspflege und Gebrauchs- und Verbrauchsgütern des Haushalts (notwendiger Bedarf). Zusätzlich werden ihnen Leistungen zur Deckung persönlicher Bedürfnisse des täglichen Lebens gewährt (notwendiger persönlicher Bedarf).

§ 10 AsylbLG lautet:

Die Landesregierungen oder die von ihnen beauftragten obersten Landesbehörden bestimmen die für die Durchführung dieses Gesetzes zuständigen Behörden und Kostenträger und können Näheres zum Verfahren festlegen, soweit dies nicht durch Landesgesetz geregelt ist. Die bestimmten zuständigen Behörden und Kostenträger können auf Grund näherer Bestimmung gemäß Satz 1 Aufgaben und Kostenträgerschaft auf andere Behörden übertragen.

## Bearbeitungsvermerk

Auf kommunalrechtliche sowie überstaatliche Aspekte ist nicht einzugehen.

## Lösungsvorschlag

<b>Frage 1</b> .....	<b>394</b>
<b>A. Tatbestand des Bundeszwangs</b> .....	<b>394</b>
<b>I. Tatbestandlich anknüpfungsfähiges Verhalten</b> .....	<b>394</b>

<b>II. Nichterfüllung einer Bundespflicht .....</b>	<b>395</b>
1. Bundestreue/Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens .....	395
2. Art. 28 Abs. 1 GG .....	396
a) Art. 28 Abs. 1 GG als Bundespflicht im konkreten Fall? .....	396
b) Nichterfüllung durch L .....	396
aa) Sozialstaat .....	396
bb) Rechtsstaat .....	397
c) Zwischenergebnis .....	398
3. Art. 84 Abs. 1 GG .....	398
4. Zwischenergebnis .....	399
<b>III. Zwischenergebnis .....</b>	<b>399</b>
<b>B. Verfahrensanforderungen des Bundeszwangs .....</b>	<b>399</b>
<b>C. Rechtsfolge: Zulässiges Zwangsmittel .....</b>	<b>399</b>
<b>I. Entschließungsermessen .....</b>	<b>399</b>
1. Fehlende Anrufung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) .....	400
2. Rechtsaufsicht nach Art. 84 Abs. 3 und 4 GG als milderer Mittel? .....	400
a) Verhältnis zu Art. 37 Abs. 1 GG .....	400
b) Mittel der Rechtsaufsicht .....	401
3. Zwischenergebnis .....	401
<b>II. Auswahlermessen der Bundesregierung .....</b>	<b>401</b>
1. Entziehung von Stimmrechten im Bundesrat .....	401
2. Einsatz eines Bundesbeauftragten .....	402
<b>III. Zwischenergebnis .....</b>	<b>402</b>
<b>D. Ergebnis .....</b>	<b>403</b>
<b>Frage 2 .....</b>	<b>403</b>
<b>A. Zulässigkeit des Antrags .....</b>	<b>403</b>
<b>I. Zuständigkeit des BVerfG .....</b>	<b>403</b>
<b>II. Beteiligtenfähigkeit .....</b>	<b>403</b>
1. Antragstellerin .....	403
2. Antragsgegner .....	403
<b>III. Antragsgegenstand .....</b>	<b>403</b>
<b>IV. Antragsbefugnis .....</b>	<b>404</b>
<b>V. Ordnungsgemäßer Antrag .....</b>	<b>404</b>
<b>VI. Rechtsschutzbedürfnis .....</b>	<b>404</b>

<b>B. Begründetheit</b> .....	<b>404</b>
<b>I. Gewährleistungsinhalt der Rechte aus Art. 21 Abs. 1 GG</b> .....	<b>404</b>
<b>II. Eingriff</b> .....	<b>405</b>
1. Interview .....	405
2. Verlinkung.....	406
3. Einseitige Einwirkung auf die Chancengleichheit der Parteien .....	407
4. Zwischenergebnis.....	407
<b>III. Rechtfertigung</b> .....	<b>407</b>
1. Verfassungsimmanente Schranke in Art. 65 GG?.....	407
2. Schranken-Schranke: Neutralitätspflicht.....	408
3. Verfassungsverteidigung als weiterer Rechtfertigungsgrund? .....	408
<b>IV. Zwischenergebnis</b> .....	<b>409</b>
<b>C. Ergebnis</b> .....	<b>409</b>

### Frage 1

Die Maßnahmen der Bundesregierung waren verfassungsgemäß, wenn sie im Rahmen einer verfassungsmäßigen Anwendung des Bundeszwangs, Art. 37 Abs. 1 GG, ergangen sind.

Dann müsste der Tatbestand des Bundeszwangs erfüllt sein. Ferner müssten die Verfahrensvoraussetzungen beachtet und die richtigen Zwangsmittel angewendet worden sein.

#### A. Tatbestand des Bundeszwangs

*Hinweis:* Der hier vorgeschlagene Aufbau ist nicht zwingend. Von ihm kann, soweit nachvollziehbar, abgewichen werden.

Das Land L müsste durch ein ihm zurechenbares Verhalten eine Bundespflicht nicht erfüllt haben, Art. 37 Abs. 1 GG. Bundespflichten sind als Ausdruck des Bundesstaatsprinzips solche Verhaltensgebote, die ein Land im Verhältnis zum Bund oder zu anderen Ländern betreffen.<sup>2</sup> In Betracht kommen nur Pflichten, die sich aus dem GG oder dem Bundesrecht ergeben, vgl. Art. 37 Abs. 1 GG.<sup>3</sup>

#### I. Tatbestandlich anknüpfungsfähiges Verhalten

Dazu müsste zunächst ein Verhalten in Rede stehen, das L als Adressat des Bundeszwangs zurechen-

<sup>2</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 37 Rn. 2; Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 57. Lfg., Stand: Januar 2010, Art. 37 Rn. 45 m.w.N.

<sup>3</sup> Danwitz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 37 Rn. 16. Daraus folgt keine Beschränkung auf geschriebene Bundespflichten; die jeweilige Pflicht kann auch durch Auslegung ermittelt werden, so dass etwa der Grundsatz der Bundestreue in den Schutzbereich des Art. 37 GG fällt.

bar und tatbestandlich anknüpfungsfähig ist.<sup>4</sup> Insofern kommt ein Unterlassen aktivem Tun gleich.<sup>5</sup> Dabei ist der Schutzzweck des Art. 37 GG zu beachten: Die Norm dient der Sicherung des Bundesstaats und seiner Strukturen.<sup>6</sup> Folglich ist grundsätzlich lediglich das „Außenverhältnis“ des betroffenen Landes, also dessen Verhältnis zum Bund relevant; ein Verweis auf die Landesinnenstruktur und die Verteilung von öffentlichen Aufgaben wirkt nicht exkulpierend.<sup>7</sup>

K weigert sich infolge der Landratswahl Leistungen, die nach §§ 1 Abs. 1 und 3 AsylbLG ausgezahlt werden müssten, zu gewähren. Fraglich ist, welches Verhalten in den Anwendungsbereich des Art. 37 GG fällt: die Weigerung des K oder das darauffolgende Unterlassen der L-Regierung, auf die Gesetzeserfüllung hinzuwirken. Knüpfte man den Bundeszwang unmittelbar an das Verhalten einer kommunalen Gebietskörperschaft, wäre nicht mehr nur das Außenverhältnis des Landes betroffen und der Schutzzweck des Art. 37 Abs. 1 GG nicht getroffen. Tatbestandliches Verhalten kann hier also nur das Unterlassen der L-Regierung sein. Zwar könnte im vorliegenden Fall eine Unterwanderung dieses Schutzzwecks argumentiert werden: Lässt man Unterlassen als Tatbestandsalternative zu, wäre mittelbar das landesspezifische Innenverhältnis zwischen der nach Landesrecht konstituierten Gebietskörperschaft K und dem Bundesland L betroffen, so dass ein Durchgriff des Bundes auf nachgeordnete Körperschaften drohte. Allerdings ist anerkannt, dass auch das Verhalten „nachgeordneter Stellen“ dem Land als Einheit zuzurechnen ist, wenn dieses das Verhalten billigt oder duldet, mithin seine Aufsichtspflichten verletzt.<sup>8</sup> Dies ist überzeugend, geht es schließlich für die Erfüllung des Tatbestandes nur um die Zuordnung landeseigenen Verhaltens zu einem obersten Landesorgan und damit zu einem Land, dem gegenüber der Zwang erfolgen soll.<sup>9</sup>

In der Untätigkeit des Bundeslandes L gegenüber dem Landkreis K ist mithin ein für den Tatbestand des Art. 37 GG relevantes Verhalten zu sehen.

## II. Nichterfüllung einer Bundespflicht

Möglicherweise besteht in der unterlassenen Einwirkung auf K die Nichterfüllung einer Bundespflicht.

### 1. Bundestreue/Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens

In Betracht kommt insoweit die Nichterfüllung der Bundestreuepflicht durch L. Die Bundestreue folgt als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz aus dem Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG. Er verpflichtet Bund und Länder zu einem von Rücksichtnahme geprägten Mit- und Nebeneinander.<sup>10</sup> Allerdings begründet dieser Grundsatz keine eigenständigen Rechte oder Pflichten, sondern ist als rein akzessorisches und bei der Auslegung anderer Bundespflichten heranzuziehendes Leitprinzip zu begreifen.<sup>11</sup> Eine eigenständige Verletzung dieses Grundsatzes scheidet also aus.

---

<sup>4</sup> Adressaten des Bundeszwangs sind immer die Länder, nicht andere gliedstaatliche Körperschaften (z.B. Kreise oder Gemeinden), siehe *Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 57. Lfg., Stand: Januar 2010, Art. 37 Rn. 42.

<sup>5</sup> *Klein*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 57. Lfg., Stand: Januar 2010, Art. 37 Rn. 54.

<sup>6</sup> *Weiss*, *Der Bundeszwang*, 2017, S. 153; *Doerfert*, *ZJS* 2016, 711 (712); *Hellermann*, in: *BeckOK GG*, Stand: 15.8.2023, Art. 37 Rn. 1.

<sup>7</sup> *Danwitz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 37 Rn. 12.

<sup>8</sup> *Danwitz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 37 Rn. 12; *Gubelt/Hanschel*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 37 Rn. 11.

<sup>9</sup> *Gubelt/Hanschel*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 37 Rn. 11 f.

<sup>10</sup> *Voßkuhle/Kaufhold*, *JuS* 2010, 873 (875); *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 57. Lfg., Stand: Januar 2010, Art. 20 Rn. 130, 132.

<sup>11</sup> *BVerfGE* 95, 250 (266); *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 57. Lfg., Stand: Januar 2010,

## 2. Art. 28 Abs. 1 GG

L könnte eine Pflicht aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verletzt haben.

### a) Art. 28 Abs. 1 GG als Bundespflicht im konkreten Fall?

Problematisch ist, ob durch die Annahme einer Verletzung des Art. 28 Abs. 1 GG nicht der Grundsatz der Landessouveränität als eigenständige Ausprägung des Bundesstaatsprinzips leerlaufen würde. Eine Erweiterung der Bundespflichten auch auf Strukturen, die der gliedstaatlichen Sphäre angehören und vordergründig das Verhältnis von Land und nachgeordneten Verwaltungseinheiten betreffen, könnte eine Verwässerung der Tatbestandsgrenzen des Art. 37 Abs. 1 GG nach sich ziehen.<sup>12</sup> Allerdings dient der Bundeszwang nicht nur der Funktionalität einzelner Gliedstaaten, sondern gerade der Gesamtheit des Bundesstaats. Dessen Bestand und Funktionalität sollen durch die Homogenität von Mindestanforderungen gesichert werden. Dementsprechend begrenzt Art. 28 Abs. 1 GG die Verfassungsautonomien der Länder, was grundsätzlich im Wege des Bundeszwangs durchgesetzt werden kann.<sup>13</sup> Obwohl Art. 28 Abs. 1 GG eng auszulegen ist,<sup>14</sup> macht die Norm den Bundesländern normative Vorgaben für deren Verfassungs- und Rechtsordnungen.<sup>15</sup> Insofern verletzen Länder, wenn ihre verfassungsmäßige Ordnung den Anforderungen des Art. 28 Abs. 1 GG nicht entsprechen, ebenfalls eine (bundes-)verfassungsrechtliche Norm.<sup>16</sup> Eine Bundespflichtverletzung des Art. 28 Abs. 1 GG kommt mithin in Betracht.

### b) Nichterfüllung durch L

Die Verantwortung für die Gewährleistung der in Art. 28 Abs. 1 GG genannten Grundsätze liegt zuvorderst beim Land selbst, das im Verhältnis zum Bund an die dort genannten Leitprinzipien gebunden ist.<sup>17</sup> Die Länder müssen demnach die Prinzipien in ihrer innerstaatlichen Verfassungswirklichkeit zur Geltung gelangen lassen.<sup>18</sup>

#### aa) Sozialstaat

Nicht in Betracht kommen die in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG genannten Grundsätze der Republik und der Demokratie. Nach Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG muss die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern aber auch dem Grundsatz des „sozialen Rechtsstaats entsprechen, also ein Mindestmaß sozialer Daseinsfürsorge für die Bürger:innen garantieren.<sup>19</sup> Dies könnte in L aufgrund der unterlassenen Einwirkung auf K trotz der Nichtgewährung der Sozialleistungen in Frage gestellt sein. Allerdings hat das Sozial-

---

Art. 20 Rn. 133.

<sup>12</sup> Weiss, Der Bundeszwang, 2017, S. 61; auch der Bund ist an die Bundestreuepflicht gebunden, siehe BVerfGE 160, 1 (25).

<sup>13</sup> Engels, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 1; vgl. zur Abgrenzung des Bundeszwangs zur Gewährleistung i.S.d. Art. 28 Abs. 3 GG Ernst, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 204; Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2010, 873 (875).

<sup>14</sup> Rux, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 20 Rn. 10.

<sup>15</sup> Hellermann, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 28 Rn. 3; Engels, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 29 ff.; Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2010, 873 (875).

<sup>16</sup> Vgl. Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 57. Lfg., Stand: Januar 2010, Art. 37 Rn. 52.

<sup>17</sup> Engels, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 29 f.; Schwarz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 16.

<sup>18</sup> Ernst, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 14 spricht von der „tatsächlich gelebte[n] Rechtspraxis in den Ländern.“

<sup>19</sup> Hellermann, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 28 Rn. 12.

staatsprinzip in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG nur strukturelle Relevanz („muss den Grundsätzen [...] entsprechen“): Im Land muss lediglich auf einen allgemeinen Mindeststandard in Form der Beseitigung sozialer Ungleichheiten hingewirkt werden; insofern ist keine Identität mit dem Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG gegeben.<sup>20</sup> Es kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass aufgrund der Nichtausführung des AsylbLG, die sich räumlich lediglich auf K beschränkt, die Beseitigung sozialer Ungleichheiten in L insgesamt und grundlegend gefährdet wäre.

*Hinweis:* Eine alternative Auffassung ist vertretbar, allerdings angesichts fehlender Angaben zu Konsequenzen und quantitativen Verhältnissen der Betroffenen schwer begründbar.

#### bb) Rechtsstaat

In Betracht kommt aber eine Gefährdung des „Rechtsstaats im Sinne dieses Grundgesetzes“ nach Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Aufgrund seiner textlichen und inhaltlichen Allgemeinheit ist die Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips nur schwer möglich.<sup>21</sup> Wenn auch den Ländern ein gewisser Spielraum verbleibt, also Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG keine uniforme Übertragung der im GG und der in der st. Rspr. anerkannten Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips verlangt,<sup>22</sup> ist gleichwohl ein Mindestmaß an rechtsstaatlicher Verfassungsordnung zu fordern.<sup>23</sup> So ist auch in der verfassungsmäßigen Ordnung der Länder etwa der Vorrang der Gesetze zu beachten, wonach nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen werden darf,<sup>24</sup> ebenso wie die Beachtung der (Bundes-)Grundrechte.<sup>25</sup> Das so verstandene Rechtsstaatsprinzip bindet das Land und damit auch die Landesregierung als oberstes Exekutivorgan, die innere Verfassungsordnung in diesem Sinne aufrecht zu erhalten.

Die Regierung des Landes L unternahm nichts, um im Rahmen der ihr gegenüber K zustehenden Einwirkungsmöglichkeiten eine Beendigung der andauernden Nichtausführung des AsylbLG im Widerspruch zu § 10 AsylbLG zu erreichen. Sie blieb sogar untätig, als der Landrat von K ankündigte, auch andere Bundesgesetze, die entsprechende Sozialleistungen gewähren, nicht mehr ausführen zu wollen.

Fraglich ist, ob die Verfassungsordnung von L nach diesen Maßstäben in Widerspruch zum in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG erwähnten Rechtsstaatsprinzip steht. Zwar wird ein geltendes Bundesgesetz zur Gewährung von existenzsichernden Leistungen in K nicht ausgeführt, so dass man eine Verletzung des Vorrangs des Gesetzes, Art. 20 Abs. 3 GG, ebenso annehmen könnte wie die Verletzung fundamentaler Grundrechte der Asylbewerber:innen.<sup>26</sup> Letztere sind zwar formell in selbständigen Normen verbürgt, werden aber materiell dem Rechtsstaatsprinzip zugeordnet und können daher auch über Art. 28 Abs. 1 GG Wirkung entfalten. Nach dem materiellen Rechtsstaatsprinzip soll jedes hoheitliche Handeln im Sinne der Verwirklichung materialer Gerechtigkeit an bestimmte substantielle Voraus-

<sup>20</sup> *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 27; *Engels*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 10; *Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 64.

<sup>21</sup> Zum Begriff *Trentmann*, JuS 2017, 979 (979 ff.); zur Schwierigkeit der Auslegung von Strukturprinzipien *Voßkuhle/Heitzer*, JuS 2023, 312 (314).

<sup>22</sup> *Hellermann*, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 28 Rn. 7; Homogenität, nicht „Uniformität“, siehe BVerfG NJW 1994, 1942 (1943).

<sup>23</sup> Vgl. *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 873 (875).

<sup>24</sup> *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 153.

<sup>25</sup> *Hellermann*, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 28 Rn. 7.1; *Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 30; *Lindner*, JuS 2018, 233.

<sup>26</sup> Zum Leistungsanspruch nach dem AsylbLG bzgl. des Menschenwürde garantierenden Existenzminimums siehe BVerfG NJW 2023, 37.

setzungen wie etwa die Grundrechte geknüpft werden.<sup>27</sup> Allerdings muss Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG restriktiv ausgelegt werden (siehe oben): Die Länder werden dadurch zur Anpassung ihrer verfassungsmäßigen Ordnungen nach den dort genannten „Grundsätzen“ angehalten. Es soll gerade nur ein Mindestmaß verfassungsstruktureller und inhaltlicher Übereinstimmung als Ausdruck gliedstaatlicher Eigenstaatlichkeit erfolgen.<sup>28</sup> Allein die Abweichung eines einzelnen Landkreises und die unterbliebene Einwirkung durch die Landesregierung im Einzelfall kann danach noch nicht zur Annahme einer strukturellen Abweichung von den Vorgaben des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG führen.

*Hinweis:* Eine andere nicht fernliegende Ansicht wäre mit Betonung der Verletzung des Vorrangs des Gesetzes und der diskriminierenden Motivation des K (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) vertretbar.

### c) Zwischenergebnis

Es liegt keine Nichterfüllung der Bundespflicht von L aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG i.S.d. Art. 37 Abs. 1 GG vor.

### 3. Art. 84 Abs. 1 GG

In Betracht kommt aber die Nichterfüllung einer Bundespflicht aus Art. 84 Abs. 1 GG. Das wäre zu bejahen, wenn das AsylbLG in Landeseigenverwaltung auszuführen wäre und eine daraus resultierende Ausführungspflicht nicht erfüllt wurde.

Gem. Art. 83 GG führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, solange im GG nichts anderes bestimmt ist. Mangels anderslautender Vorgaben im GG führt das Land L mithin das AsylbLG in Landeseigenverwaltung aus, so dass Art. 84 Abs. 1 GG zur Anwendung kommt. Danach regelt L die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren. Dieser Vorgabe korrespondiert § 10 AsylbLG, wonach die für die Durchführung des Gesetzes zuständigen Behörden von der Landesregierung bestimmt werden. Die Landesregierung von L hat Kreis K laut Sachverhalt zur Durchführung bestimmt, so dass L seiner Pflicht zur Ausführung des AsylbLG im Grundsatz nachgekommen ist.

Aus Art. 83 GG i.V.m. Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG ergibt sich allerdings nicht nur die Befugnis der Länder, Bundesgesetze auszuführen, sondern zugleich auch die *Ausführungspflicht* im Rahmen ihrer Organisationsgewalt.<sup>29</sup> Dazu gehört eine dem jeweiligen Ausführungsinhalt angemessene und funktionelle Verwaltung, woraus sich ebenfalls das Erfordernis einer eigenverantwortlichen Ausführungsüberwachungspflicht über die ausführenden Behörden ergibt.<sup>30</sup>

Die Regierung von L weigert sich, entsprechend der ihr ausdrücklich möglichen Rechts- und Fachaufsicht auf K einzuwirken, um diesen zur ihm gem. § 10 AsylbLG obliegenden Ausführung des AsylbLG, genauer zur Auszahlung der durch die §§ 1, 3 AsylbLG zu gewährenden Leistungen zu bewegen. Während die Pflicht des K, entsprechend tätig zu werden, gegenüber L geschuldet wird, obliegt L auch nach Delegation der konkreten Gesetzesausführung weiterhin die gegenüber dem Bund nach Art. 84 Abs. 1 GG bestehende Pflicht, für die innerstaatliche Durchführung des AsylbLG Sorge zu tragen. Eine Auswechslung der Amtsträger auf kommunaler Ebene auch nach demokratischer Wahl kann diese grundgesetzlich bestimmte Pflicht nicht aushebeln.

<sup>27</sup> Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2010, 116 (117); Ipsen, Staatsrecht I, 35. Aufl. 2023, vor § 14 Rn. 2.

<sup>28</sup> Engels, Chancengleichheit und Bundesstaatsprinzip, 2001, S. 119.

<sup>29</sup> Maurer, JuS 2010, 945 (946); Winkler, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 83 Rn. 6.

<sup>30</sup> Hermes, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 34; Maurer, JuS 2010, 945 (946).



L kommt folglich seiner Ausführungspflicht und der damit verbundenen Aufsichtspflicht über die nachgeordneten Behörden nicht nach.

Die Nichterfüllung einer aus Art. 84 Abs. 1 GG folgenden Bundespflicht liegt also vor.

#### 4. Zwischenergebnis

L hat ausschließlich seine Bundespflicht gem. Art. 84 Abs. 1 GG nicht erfüllt.

### III. Zwischenergebnis

Der Tatbestand des Bundeszwangs nach Art. 37 Abs. 1 GG liegt vor.

#### B. Verfahrensanforderungen des Bundeszwangs

Die Anwendung des Bundeszwangs könnte allerdings verfassungswidrig sein, weil eine formelle Anhörung von L nicht erfolgt ist. Obwohl Art. 37 GG keine Anhörungspflicht normiert, folgern manche aus dem Grundsatz der Bundestreue die Pflicht zur vorigen Anhörung des betroffenen Landes.<sup>31</sup> Dies kann vorliegend im Hinblick auf die mehrfache Aufforderung zur Stellungnahme dahinstehen, da hierdurch eindeutig die Möglichkeit zur Anhörung eingeräumt wurde.

Die Bundesregierung muss ferner „die notwendigen Maßnahmen treffen“, Art. 37 Abs. 1 GG. Daraus folgt zwingend das Erfordernis eines wirksamen Beschlusses der Bundesregierung.<sup>32</sup> Die Beschlussfassung richtet sich nach § 15 GOBReg und ist laut Sachverhalt erfolgt.

Schließlich verlangt Art. 37 Abs. 1 GG die Zustimmung des Bundesrates, die hier durch Beschluss i.S.d. Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG erfolgte.

#### C. Rechtsfolge: Zulässiges Zwangsmittel

Darüber hinaus müssten die von der Bundesregierung gewählten Mittel auch sonst verfassungsrechtlich zulässig sein.

Gem. Art. 37 Abs. 1 GG „kann“ die Bundesregierung die notwendigen Maßnahmen treffen, um das Land im Wege des Bundeszwangs zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. Daraus ergibt sich auf Rechtsfolgenreihe zum einen das Entschließungsermessen der Bundesregierung („Ob“), zum anderen ihr Auswahlermessen („Wie“).<sup>33</sup>

#### I. Entschließungsermessen

Fraglich ist, ob die Bundesregierung bei ihrer Entscheidung, ob überhaupt Bundeszwang gegen L anzuwenden war, verfassungsgemäß gehandelt hat. Der Entschließung könnten verfassungsrechtliche Gründe entgegenstehen. Nach einer Ansicht folgen derartige Ermessensbegrenzungen aus dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>34</sup> Andere halten dagegen, dass Kompetenzstreitfragen

---

<sup>31</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 37 Rn. 4; so anscheinend auch Doerfert, ZJS 2016, 711 (713); einschränkend bei Eilbedürftigkeit Bauer, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2018, Art. 37 Rn. 12.

<sup>32</sup> Gubelt/Hanschel, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 37 Rn. 19.

<sup>33</sup> Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 57. Lfg., Stand: Januar 2010, Art. 37 Rn. 63, 66.

<sup>34</sup> Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 57. Lfg., Stand: Januar 2010, Art. 37 Rn. 64, sowohl zum Über- als auch zum Untermaßverbot; Schubert, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 37

dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht zugänglich seien und argumentieren allein mit dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens.<sup>35</sup> Die Stoßrichtung dieser unterschiedlichen Ansätze ist aber in der Regel dieselbe, verlangen sie doch jeweils einen das Bund-Länder-Gefüge berücksichtigenden Ausgleich und den Vorrang milderer, aber gleich geeigneter Mittel, wofür auch der Wortlaut des Art. 37 Abs. 1 GG streitet, wenn dort von „notwendigen Maßnahmen“ die Rede ist.<sup>36</sup> Insofern kann ein Streitentscheid dahinstehen, wenn der Bundesregierung keine milderen, dabei aber gleich geeigneten Mittel zur Verfügung standen.

### 1. Fehlende Anrufung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)

Möglicherweise hätte die Bundesregierung vor Einsetzung des Bundeszwangs das BVerfG im Rahmen des Bund-Länder-Streits nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG befragen müssen. Diese Maßnahme wäre in ihrer Auswirkung für L gewiss milder als die Anordnung des Bundeszwangs. Dafür spräche dementsprechend auch der schon oben erörterte Grundsatz des bundes- bzw. länderfreundlichen Verhaltens.<sup>37</sup> Allerdings ist schon fraglich, ob sie genauso geeignet wäre, den beabsichtigten Erfolg zu erreichen. Zum einen würde eine Entscheidung des BVerfG, selbst wenn sie im Eilverfahren, § 32 BVerfGG, erginge, eine erhebliche zeitliche Zäsur mit sich bringen; der Bundeszwang soll jedoch ein „schnelles und flexibles Machtmittel“<sup>38</sup> sein, so dass der Zweck, zügig für die Durchsetzung von Bundespflichten zu sorgen, zu unterlaufen werden drohte. Zum anderen ist der Bundeszwang seiner Natur nach ein von gerichtlichen Verfahren unabhängiges Instrument; es besteht danach im Rahmen des Entschließungsermessens der Bundesregierung keine vorrangige Verpflichtung, das BVerfG anzurufen.<sup>39</sup>

### 2. Rechtsaufsicht nach Art. 84 Abs. 3 und 4 GG als milderes Mittel?

Fraglich ist weiterhin, ob im Hinblick auf die Nichterfüllung der Bundespflicht aus Art. 84 Abs. 1 GG (siehe oben A. II. 3) nicht die in Art. 84 GG vorgesehenen Ingerenzrechte des Bundes im Rahmen seiner Rechtsaufsicht ein milderes Mittel darstellen.

#### a) Verhältnis zu Art. 37 Abs. 1 GG

Art. 37 Abs. 1 GG könnte ohnehin im Verhältnis zur Rechtsaufsicht nach Art. 84 GG subsidiär sein. Dazu ist festzuhalten, dass die Rechtsaufsicht des Bundes aus Art. 84 Abs. 3 und 4 GG als spezifisch auf die Gesetzesausführung gerichtete Aufsichtsmaßnahmen der allgemeineren Regelung des Art. 37 GG vorgeht.<sup>40</sup> Die Rechtsaufsicht des Bundes soll gerade keinen Zwangscharakter haben.<sup>41</sup> Allerdings

---

Rn. 11; *Heusch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht, 2003, S. 121.

<sup>35</sup> BVerfG NVwZ 1990, 955 (959); *Gubelt/Hanschel*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 37 Rn. 20.

<sup>36</sup> *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 57. Lfg., Stand: Januar 2010, Art. 37 Rn. 65; *Heusch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht, 2003, S. 125.

<sup>37</sup> *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 93. Lfg., Stand: Oktober 2020, Art. 84 Rn. 248.

<sup>38</sup> *Herrmann/Berger*, ZJS 2019, 116 (120, 123 ff.).

<sup>39</sup> *Ennuschat*, NVWBl 2018, 309 (310); *Heusch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht, 2003, S. 126 f.; siehe auch schon BVerfG NJW 1958, 987; *Hellermann*, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 37 Rn. 8.3.

<sup>40</sup> *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2020, Art. 84 Rn. 108; *Hellermann*, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 37 Rn. 3.1.

<sup>41</sup> *Stettner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 190. Lfg., Stand: April 2018, Art. 37 Rn. 56 ff.

ist bei Vorliegen einer vom Bundesrat nach Art. 84 Abs. 4 GG bestätigten Mängelrüge, die diesem Subsidiaritätsverhältnis Rechnung trägt, der Bundeszwang als Vollstreckungsmaßnahme der Rechtsaufsicht statthaft.<sup>42</sup>

#### b) Mittel der Rechtsaufsicht

Die Entsendung eines Beauftragten i.S.d. Art. 84 Abs. 3 S. 2 GG stellt schon kein gleich geeignetes Mittel dar; sie umfasst nur die Unterrichtung des Bundes, nicht etwa eine Korrektur des behaupteten Fehlverhaltens.<sup>43</sup>

Die Bundesregierung hat ferner Mängel in der Ausführung des AsylbLG festgestellt, was auch vom Bundesrat bestätigt wurde. Aufgrund der sich anschließenden Untätigkeit des Landes entfalten die Ingerenzrechte des Bundes im Rahmen der Rechtsaufsicht aus Art. 84 Abs. 4 GG im Verhältnis zu Art. 37 GG daher keine Sperrwirkung mehr für die Anwendung der Vollstreckungsmaßnahme des Bundeszwangs.<sup>44</sup> Mithin sind die Mittel der Rechtsaufsicht nach Art. 84 Abs. 3 und 4 GG insgesamt schon nicht (mehr) gleich geeignet zur Erreichung des Zwecks.

### 3. Zwischenergebnis

Die Bundesregierung hat bei ihrem Entschluss zum Einsatz des Bundeszwangs keine Ermessensfehler begangen.

## II. Auswahlermessen der Bundesregierung

Ferner müsste die Bundesregierung das Zwangsmittel verfassungsgemäß ausgewählt haben. Wie beim Entschließungsermessen ist strittig, wo die verfassungsmäßigen Grenzen des Auswahlermessens verlaufen. Der Streit kann jedoch auch hier dahinstehen, läuft das Ergebnis doch stets auf eine Geeignetheits-, Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung im engen Sinne hinaus.<sup>45</sup> Die Frage, ob verfassungsmäßige Zwangsmittel ergriffen wurden, lässt sich nur anhand der jeweiligen Maßnahme beurteilen. Berücksichtigt werden muss dabei das Interesse des Bundeslandes an autonomer Staatlichkeit.

### 1. Entziehung von Stimmrechten im Bundesrat

Die Stimmrechte des Landes L im Bundesrat sind unmittelbarer Ausdruck der Staatlichkeit des Landes.<sup>46</sup> Anerkanntermaßen kann deswegen an den im Bundesrat manifestierten Rechten und Pflichten der Länder im Wege des Bundeszwangs keine Änderung erfolgen.<sup>47</sup> Der Entzug hängt zudem nicht

---

<sup>42</sup> *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 108; *Stettner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 190. Lfg., Stand: April 2018, Art. 37 Rn. 57 f.; auch hier muss das BVerfG nicht vorher angerufen werden, vgl. den Wortlaut – dazu *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 93. Lfg., Stand: Oktober 2020, Art. 84 Rn. 248; *Hellermann*, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 37 Rn. 8.2. Auch muss die Bundesregierung nicht abwarten, bis das Land das BVerfG angerufen hat, siehe *Stettner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 190. Lfg., Stand: April 2018, Art. 37 Rn. 82.

<sup>43</sup> *Suerbaum*, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 84 Rn. 60; *Ipsen*, Staatsrecht I, 35. Aufl. 2023, § 11 Rn. 21.

<sup>44</sup> Vgl. *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 106; ferner *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 93. Lfg., Stand: Oktober 2020, Art. 84 Rn. 248.

<sup>45</sup> *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 57. Lfg., Stand: Januar 2010, Art. 37 Rn. 66, 82.

<sup>46</sup> Vgl. *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 57. Lfg., Stand: Januar 2010, Art. 37 Rn. 97.

<sup>47</sup> So auch *Schubert*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 37 Rn. 13.

unmittelbar mit der hier festgestellten Verletzung einer Bundespflicht (siehe oben A. II.) zusammen. In Ermangelung eines entsprechenden Konnexes zwischen Bundespflichtverletzung und Maßnahme erscheint der Entzug der Stimmrechte weder erforderlich noch angemessen und damit unverhältnismäßig.

Die Entziehung der Stimmrechte des Bundesrates ist mithin ein unzulässiges Zwangsmittel.

## 2. Einsatz eines Bundesbeauftragten

Der Einsatz eines Bundesbeauftragten zur Übernahme der Aufgaben der Landesregierung müsste zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Die treuhänderische Übernahme der Aufgaben der Landesregierung kann zumindest fördern, dass eine Einwirkung auf K erfolgt, so dass sie zur Erfüllung der Bundespflicht geeignet ist.

Erforderlich ist die Maßnahme, wenn kein milderes Mittel existiert, das im Rahmen des Bundeszwangs in Betracht kommt und das gleichzeitig ebenso geeignet ist. Eine entsprechende Weisung des Bundes (ob gem. Art. 37 Abs. 2 GG oder einer anderen Rechtsgrundlage) wäre vermutlich nicht ebenso geeignet wie der flexible Einsatz eines Beauftragten, gerade in Anbetracht der Weigerung der L-Regierung trotz mehrfacher Aufforderung durch die Bundesregierung (siehe oben).

Verhältnismäßigkeit im engen Sinne bedeutet eine Interessenabwägung zwischen der verfolgten Durchsetzung zur Erfüllung der Bundespflicht und der Schwere des Eingriffs in die Autonomie von L. Eine abstrakte Gewichtung der gegenüberstehenden Verfassungsgüter kann als solche noch keine definitiven Ergebnisse erzielen. Im Rahmen der Einzelfallabwägung muss vorliegend aber beachtet werden, dass der angeordnete Bundeszwang in Form der Übernahme der Landesregierungsfunktionen nicht als repressive, sondern als Erzwingungsmaßnahme erfolgen soll. Von Bedeutung ist insofern, dass die Maßnahme nur temporär angeordnet wird, nämlich bis zur Einstellung des pflichtwidrigen Verhaltens durch L, also bis zur Wiederherstellung der verfassungsmäßigen Ordnung. Ferner soll der Bundesbeauftragte ausschließlich die Aufgaben der Landesregierung zur Durchführung des AsylbLG übernehmen, so dass nicht von einem vollumfassenden und deswegen unverhältnismäßigen Eingriff in die Autonomie und Hoheitsgewalt von L gesprochen werden kann. Zuzugeben ist L, dass jedweder Eingriff des Bundes in Landesangelegenheiten das föderale Verfassungsgefüge berührt und sich der Bund des Ausnahmecharakters bewusst sein muss. Diese Anforderung wird indes durch das abgestufte Verfahren, insbesondere die „Zwischenschaltung“ des Bundesrates gewahrt. Es ist nicht ersichtlich, dass sich der Bund des Ausnahmecharakters nicht bewusst wäre; vielmehr dient Art. 37 Abs. 1 GG gerade zur Reaktion des Bundes auf außerordentliche Situationen auf Landesebene. Zu beachten ist auch, dass sich L im Wege des Bund-Länder-Streites vor dem BVerfG gegen die Maßnahmen des Bundeszwangs wehren kann und somit nicht ohne Rechtsschutzmittel verbleibt. Das Verfassungsinteresse an einem funktionsfähigen und einheitlichen Bundesstaat überwiegt nach der Abwägung das Autonomieinteresse des Landes L.

Der Einsatz eines Bundesbeauftragten zur vorübergehenden Übernahme der Aufgaben der Landesregierung ist mithin verfassungsgemäß.

## III. Zwischenergebnis

Die Entsendung eines Beauftragten zur Übernahme der Aufgaben der Landesregierung ist folglich im Gegensatz zur Entziehung der Stimmrechte im Bundesrat zulässig.

## D. Ergebnis

Die Maßnahmen der Bundesregierung waren nur im Hinblick auf die Entsendung eines Bundesbeauftragten zur Übernahme der Aufgaben der Landesregierung verfassungsmäßig.

### Frage 2

Der Antrag der X-Partei hat Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

## A. Zulässigkeit des Antrags

### I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG zuständig für Organstreitverfahren.

### II. Beteiligtenfähigkeit

Beteiligtenfähig sind gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG alle obersten Bundesorgane oder andere Beteiligte, die durch das GG oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit Rechten ausgestattet sind. § 63 BVerfGG erwähnt konkretisierend Bundespräsident, Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung und die im GG oder in den Geschäftsordnungen des Bundestages und des Bundesrates mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile dieser Organe. Als kontradiktorisches Verfahren ist das Organstreitverfahren nur zulässig, wenn sowohl Antragsteller als auch Antragsgegner beteiligungsfähig sind.<sup>48</sup>

#### 1. Antragstellerin

Die X-Partei ist eine politische Partei, die in § 63 BVerfGG weder genannt noch ein „Teil“ der dort genannten Organe ist. Allerdings sind Parteien in Anbetracht der Rechte aus Art. 21 GG als „andere Beteiligte“ i.S.d. höherrangigen Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG zu qualifizieren.<sup>49</sup> Dies ist jedoch nur der Fall, sofern die in Rede stehende (Organ)Streitigkeit ihren spezifischen verfassungsrechtlichen Status betrifft.<sup>50</sup> Die X-Partei macht ausdrücklich eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 21 Abs. 1 GG geltend. Sie ist demnach beteiligtenfähig.

#### 2. Antragsgegner

Der Bundeskanzler B ist als Teil der Bundesregierung (Art. 62 GG) beteiligtenfähig.

### III. Antragsgegenstand

Die X-Partei sieht sich durch die Äußerung des B und die Verlinkung in ihren Rechten verletzt. Selbst rein tatsächliche Maßnahmen können rechtserheblich wirken. Beide Maßnahmen betreffen die

---

<sup>48</sup> Geis/Meier, JuS 2011, 699 (700).

<sup>49</sup> Ausführlich Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 49. Lfg., Stand: Juli 2016, § 63 Rn. 56 ff.; Geis/Meier, JuS 2011, 699 (702).

<sup>50</sup> BVerfGE 4, 27.

X-Partei zumindest potentiell in ihrem verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtskreis und sind somit taugliche Antragsgegenstände i.S.d. § 64 Abs. 1 BVerfGG.

#### IV. Antragsbefugnis

Die Antragstellerin müsste ferner geltend gemacht haben, dass sie in ihren geltend gemachten Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet wurde, § 64 Abs. 1 BVerfGG.

Der Vortrag der X-Partei, durch die Äußerung des B und die Verlinkung in ihren Rechten, namentlich dem Recht auf politische Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 GG verletzt zu sein, scheint nicht völlig ausgeschlossen. Die Antragsbefugnis ist zu bejahen.

#### V. Ordnungsgemäßer Antrag

Der Antrag wurde sowohl frist- als auch formgerecht abgegeben, §§ 23, 64 Abs. 2 und 3 BVerfGG.

#### VI. Rechtsschutzbedürfnis

Die Verlinkung, die zum Interview auf der Website des R führt, ist noch existent, so dass für die X-Partei auch das Interesse an der Verfolgung der behaupteten Rechtsverletzung fortbesteht.<sup>51</sup>

#### B. Begründetheit

Das Organstreitverfahren ist begründet, wenn die Äußerung des B und die Verlinkung auf der Homepage des Bundeskanzlers gegen das Grundgesetz verstoßen, § 67 S. 1 BVerfGG, und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. In Betracht kommt eine Verletzung der Rechte aus Art. 21 Abs. 1 GG.

#### I. Gewährleistungsinhalt der Rechte aus Art. 21 Abs. 1 GG

Zur Verwirklichung des freien und demokratischen Volkswillens durch Wahlen (vgl. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, Art. 38 Abs. 1 GG) muss es politischen Interessenvertreter:innen möglich sein, mit- und gegeneinander am freiheitlich demokratischen Willensbildungsprozess mitwirken und den politischen Meinungskampf austragen zu können.<sup>52</sup> Hier kommt die herausragende Bedeutung politischer Parteien und ihre vermittelnde Funktion zwischen Staat und Gesellschaft zum Tragen.<sup>53</sup> Dem trägt Art. 21 Abs. 1 GG Rechnung, indem er neben der Gründungs- und Organisationsfreiheit auch die Chancengleichheit politischer Parteien garantiert.<sup>54</sup> Danach dürfen staatliche Maßnahmen nicht zu einer Verzerrung des politischen Wettbewerbs führen, indem potentiell Einfluss auf das Wahlverhalten genommen wird, sich mithin die politische Willensbildung vom Volk hin zu den Staatsorganen umkehrt.<sup>55</sup> Insofern müssen staatliche Stellen die parteipolitische Neutralität wahren.<sup>56</sup> Insbesondere dürfen

---

<sup>51</sup> Anders im Fall BVerfGE 162, 207 (227 – dort Wiederholungsgefahr bejaht).

<sup>52</sup> Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2019, 763 (764); Ipsen, Staatsrecht I, 35. Aufl. 2023, § 5 Rn. 14 ff.; BVerfGE 162, 207 (228); 148, 11 (23 f.).

<sup>53</sup> BVerfGE 148, 11 (23 f.).

<sup>54</sup> Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2019, 763 (764); Barczak, NVwZ 2015, 1014.

<sup>55</sup> BVerfGE 154, 320 (337); Spitzlei, JuS 2018, 856 (857 f.); Morlok, JuS 2022, 1, (4 f.); Hong, ZGI 2022, 199 (201).

<sup>56</sup> Ferreau, NVwZ 2017, 1259 (1260). Auch außerhalb von Wahlkampfzeiten, siehe BVerfGE 162, 207 (230).

Mitglieder der Bundesregierung die ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen und die damit einhergehende Amtsautorität nicht nutzen, um einseitig Partei zu ergreifen.<sup>57</sup>

Die X-Partei ist eine politische Partei, die einen entsprechenden Schutz vor staatlicher Einflussnahme genießt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sie vom Verfassungsschutz beobachtet wird.<sup>58</sup>

## II. Eingriff

In dieses Recht der X-Partei könnte durch die Äußerungen des B und die anschließende Verlinkung des Interviews auf der Homepage der Bundesregierung eingegriffen worden sein.

### 1. Interview

Zu beachten ist die Doppelfunktion, die Mitglieder der Bundesregierung regelmäßig einnehmen: Für gewöhnlich sind sie gleichzeitig auch Parteipolitiker:innen und Mitglieder des Bundestages.<sup>59</sup> Die Beurteilung eines Eingriffs hängt also davon ab, welche „Sprecherrolle“ der B zum Zeitpunkt der konkreten Aussage eingenommen hat.<sup>60</sup> Ein Eingriff käme *per se* nicht in Betracht, wenn B in seiner Funktion als Parteipolitiker handelte und die Aussagen nicht im Zusammenhang mit Hoheitsfunktionen stehen.<sup>61</sup> Sofern die Äußerung hingegen „unter spezifischer Inanspruchnahme der Autorität des Regierungsamtes oder der mit ihm verbundenen Ressourcen stattgefunden hat“, liegt die Amtsträgereigenschaft näher.<sup>62</sup> Für die Abgrenzung lassen sich in Anbetracht der wechselhaften Vieltätigkeit des partei- und regierungspolitischen Alltags aber nur schwerlich allgemeinverbindliche Kriterien festlegen. Eine Bewertung muss deswegen anhand der Umstände des Einzelfalls erfolgen.<sup>63</sup> Der Bewertungsmaßstab ergibt sich dabei aus der Perspektive eines mündigen Bürgers.<sup>64</sup>

Das BVerfG legt an Äußerungen, die im Rahmen eines Interviews abgegeben werden, einen differenzierenden Bewertungsmaßstab an und trägt so dem Umstand Rechnung, dass eine Zurechnung sowohl zum partei- als auch zum regierungspolitischen Mandat möglich ist.<sup>65</sup> Auch einem Bundeskanzler muss die parteipolitische Äußerung insofern möglich sein.<sup>66</sup>

Vorliegend hat B sich im Rahmen eines Interviews unmittelbar vor einer offiziellen Pressekonferenz, in der er als Bundeskanzler auftreten sollte, geäußert. Daraus ließe sich allein aufgrund des engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs mit der Erfüllung amtlicher Funktionen eine amtliche Eigenschaft zum Zeitpunkt des Interviews schlussfolgern. Allerdings würde eine solche Betrachtungsweise der in der politischen Realität oftmals sprunghaft wechselnden Sprecherrolle nicht gerecht werden. Es darf dem Bundeskanzler – auch in Anbetracht der Verantwortung seines Amtes<sup>67</sup> – nicht

---

<sup>57</sup> BVerfGE 162, 207 (231 f.).

<sup>58</sup> Dazu Kluth, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 21 Rn. 209.

<sup>59</sup> Vgl. BVerfGE 154, 320 (341); Harding, NVwZ 2022, 1777 (1779).

<sup>60</sup> Begriff der „Sprecherrolle“ entliehen von Barczak, NVwZ 2015, 1014 (1015 f.).

<sup>61</sup> Nellesen, Äußerungsrechte staatlicher Funktionsträger, 2019, S. 76.

<sup>62</sup> BVerfGE 154, 320 (340); zur Kritik an einer solchen Differenzierung Harding, NVwZ 2022, 1777 (1779 ff.); siehe ferner Sondervotum Wallrabenstein, BVerfGE 162, 207 (271 ff.).

<sup>63</sup> BVerfGE 162, 207 (232 f.); 154, 320 (340); 148, 11 (34).

<sup>64</sup> BVerfGE 162, 207 (233).

<sup>65</sup> BVerfGE 162, 207 (233 f.).

<sup>66</sup> BVerfGE 162, 207 (234 f.).

<sup>67</sup> Voßkuhle/Schemmel, JuS 2020, 736 (737); Herzog, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 53. Lfg., Stand: Oktober 2008, Art. 65 Rn. 2 f.

die Amtsträgereigenschaft zum Verhängnis werden und dazu führen, dass eine Vermutung für die amtliche Funktion besteht.<sup>68</sup>

Auch aus der konkreten Äußerung des B als solcher lässt sich kein amtlicher Zurechnungszusammenhang ableiten, da B die im Interview erwähnten Mittel nicht mit der eigenen Amtsautorität verknüpft.<sup>69</sup> Dabei kann dahinstehen, ob er die Äußerungen als Parteipolitiker der Y-Partei oder als Privatperson von sich gegeben hat.<sup>70</sup>

Die Äußerungen des B im streitgegenständlichen Interview sind als solche nicht als Eingriff in Art. 21 GG zu qualifizieren.

## 2. Verlinkung

Eine andere Beurteilung könnte sich aus der anschließenden Verlinkung des Interviews auf der Webseite des R ergeben.

Grundsätzlich ist nach der Rspr. von einer amtsbezogenen Inanspruchnahme staatlicher Autorität auszugehen, wenn Inhalte auf der Homepage der Bundesregierung bzw. ihrer Teile – die zusätzlich mit Hoheitszeichen wie etwa dem Bundeswappen versehen sind – veröffentlicht werden.<sup>71</sup> In der Regel ist in einem solchen Fall von einer Verbreitung des Veröffentlichungsinhalts unter Nutzung staatlicher Ressourcen auszugehen.<sup>72</sup> Allerdings findet sich auf der Homepage lediglich ein Link, der wiederum zum auf der Webseite des R veröffentlichten Interview führt. Fraglich ist, ob die Inanspruchnahme der Amtsautorität, die aus der Nutzung staatlicher Ressourcen folgt, auch in einer derartigen Fallkonstellation gilt.

Dagegen könnte die Berücksichtigung der Informationsbefugnis des Bundeskanzlers als Teil der Bundesregierung sprechen (siehe noch III. 1.). Wenn das Interview des B in dessen Funktion als Parteipolitiker oder Privater gefallen ist (siehe oben), kann es dem Bundeskanzler als Teil der Bundesregierung gestattet und auch erforderlich sein, auf solche die Allgemeinheit interessierenden Aussagen hinzuweisen. Die Weiterleitung über den Hyperlink könnte insofern als Abgrenzungsmedium betrachtet werden, das eine (digitale) Distanz zwischen staatlicher Ressource und Veröffentlichungsinhalt schafft.

Demgegenüber muss auch bei der hiesigen Bewertung der Maßstab verständiger Bürger:innen zugrunde gelegt werden. Für diese dürfte der „Zwischenakt“ des Hyperlinks keine besondere Hürde darstellen. Für sie wäre die Abgrenzung eine rein technische. Eine „Zurechnung“ zum Handeln von Hoheitsträgern und mithin die Inanspruchnahme staatlicher Autorität wäre darin trotzdem zu erkennen.

Dafür spricht auch, dass die Reichweitenstärke des veröffentlichten Interviews auf der Homepage des R potenziert wird. Der Veröffentlichungsinhalt erfährt durch die Verlinkung eine besondere, staatlich autorisierte Legitimität. Es kann also für die Verlinkung nichts Anderes gelten als für die unmittelbare Veröffentlichung auf der Homepage der des Bundeskanzlers.<sup>73</sup>

Durch die Verlinkung auf der Homepage der Bundesregierung und den Titel „Bundeskanzler äußert sich zum Vorgehen der Bundesregierung gegen L“ macht sich der Bundeskanzler den verlinkten Inhalt

---

<sup>68</sup> I.E. ähnlich *Nellesen*, Äußerungsrechte staatlicher Funktionsträger, 2019, S. 76.

<sup>69</sup> Dies wäre z.B. anders, wenn er explizit auf sein Amt Bezug genommen hätte, BVerfGE 162, 207 (233).

<sup>70</sup> *Harding*, NVwZ 2022, 1777 (1778).

<sup>71</sup> Vgl. BVerfGE 148, 11 (34).

<sup>72</sup> BVerfGE 154, 320 (350).

<sup>73</sup> Dafür spricht auch eine entsprechende Anwendung der Grundsätze zur Linkhaftung im digitalen Raum, vgl. BGH ZUM 2013, 662 (664); BGH MMR 2016, 171 (172).



zu eigen, so dass die Aussage des B mit seinem Amt als Bundeskanzler und folglich mit staatlich legitimer Autorität verknüpft wird.

Ein Eingriff ist also nicht aufgrund der parteipolitischen Rolle des B ausgeschlossen.

*Hinweis:* A.A. vertretbar. Ein Hilfsgutachten sollte die Rechtfertigung noch verarbeiten.

### 3. Einseitige Einwirkung auf die Chancengleichheit der Parteien

Für das Vorliegen eines Eingriffs muss ferner einseitig und negativ auf die Chancengleichheit der X-Partei eingewirkt worden sein, wobei der objektive Empfängerhorizont entscheidend ist.<sup>74</sup>

In der Aussage, dass die X-Partei „Demokratiefeindlichkeit“ in die öffentlichen Ämter trage und dies als „unverzeihlich“ und „staatszersetzend“ bewertet wird, ist eindeutig eine negative Herabwürdigung und damit ein negatives und einseitiges Werturteil zu erblicken. Daran ändert auch nichts, dass B zunächst generell auf die Situation in L und die seiner Meinung nach wünschenswerte staatliche Reaktion Bezug nimmt. Offensichtlich zielt die Aussage Bs vor allem auf die X-Partei (nicht etwa nur die L-Regierung) ab, was durch den letzten Satz seiner Aussage deutlich wird.<sup>75</sup> Eine Auslegung unter Zugrundelegung des objektiven Empfängerhorizonts ergibt folglich, dass die Aussage insgesamt einen negativen Wertgehalt gegenüber der X-Partei enthält.

### 4. Zwischenergebnis

Durch die Verlinkung des Interviews mit B auf der Homepage des Bundeskanzlers liegt ein Eingriff in die Chancengleichheit der X-Partei vor.

## III. Rechtfertigung

*Hinweis:* Hier sind verschiedenste Aufbauvarianten denkbar, so dass der vorgeschlagene Weg nicht der einzig gangbare ist. Studierende sollten erkennen, dass sich eine Rechtfertigung des Eingriffs zum einen aus der generellen Äußerungsbefugnis des Bundeskanzlers ergeben kann und zum anderen auch Äußerungen, die der Verteidigung fundamentaler Verfassungswerte dienen, eine rechtfertigende Wirkung haben können.

Der Eingriff in Art. 21 Abs. 1 GG könnte gerechtfertigt sein. Mangels ausdrücklicher Schranke kommen nur verfassungsimmanente Schranken in Betracht.

### 1. Verfassungsimmanente Schranke in Art. 65 GG?

Als solche könnte vorliegend die verfassungsrechtliche Informationsbefugnis des Bundeskanzlers dienen.<sup>76</sup> Konkretisiert wird diese aus Art. 65 GG abgeleitete Befugnis unter anderem durch die Äußerung über allgemeinpolitische, gesellschaftlich interessierende und die Bürger:innen unmittelbar

<sup>74</sup> BVerfGE 162, 207 (253).

<sup>75</sup> Dass auch mittelbare Einwirkungen eingriffstauglich sind, hat das BVerfG bereits festgestellt, siehe BVerfGE 162, 207 (255).

<sup>76</sup> Zur Thematik des staatlichen Informationshandelns generell *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2018, 343 oder *Schoch*, NVwZ 2011, 193.

betreffende Themen.<sup>77</sup> Dazu zählt auch die politische (und verfassungsrechtliche) Situation in L. Die Tatsache, dass es sich um politische Vorgänge innerhalb eines Landes handelt, ändert daran nichts, da es zentral um die Ausführung von *Bundesgesetzen* geht.<sup>78</sup>

Eine taugliche verfassungsimmanente Schranke liegt mithin vor.

## 2. Schranken-Schranke: Neutralitätspflicht

Die Zulässigkeit der Öffentlichkeitsarbeit des Bundeskanzlers als Mitglied der Bundesregierung endet dort, „wo Werbung für oder Einflussnahme gegen einzelne im politischen Wettbewerb stehende Personen oder Parteien beginnt.“<sup>79</sup> Insofern muss die Aussage des B auf ihre Vereinbarkeit mit der Neutralitätspflicht von Amtsträgern untersucht werden.<sup>80</sup>

In den Aussagen des B ist durch Wortwahl und Satzkomposition eine klare Stellungnahme zulasten der X-Partei zu erkennen, die nicht mehr nur auf die Auseinandersetzung in der gesellschaftlich und politisch aktuellen Debatte abzielt, sondern eine unmissverständlich ablehnende Haltung gegen die X-Partei zum Ausdruck bringt. Das Unterstellen der Demokratiefeindlichkeit und Staatszersetzung durch eine politische Partei kann nicht mehr als vom Neutralitätsgebot gedeckt angesehen werden. Vielmehr stellen die entsprechenden, nicht als erstrebenswert angesehenen Attribute eine von Neutralität abweichende Aussage dar. Diese sind auch nicht auf einen einmaligen Vorgang begrenzt, sondern gegen die X-Partei in ihrer Gesamtheit gerichtet.<sup>81</sup>

Die Äußerung Bs ist folglich als Einflussnahme auf den politischen Wettbewerb zu qualifizieren, die die X-Partei herabwürdigt. Die eigentlich der Befugnis zur amtlichen Informations- und Öffentlichkeitsarbeit dienende Äußerung des B bewegt sich nicht in den Grenzen des Neutralitätsgebots und ist nicht gerechtfertigt.

## 3. Verfassungsverteidigung als weiterer Rechtfertigungsgrund?

Es kommt jedoch in Betracht, dass die Äußerungen des B wegen seiner Befugnis zur (auch verbalen) Verfassungsverteidigung – trotz fehlender Neutralität – gerechtfertigt waren. Die Bundesregierung ist dazu verpflichtet, Verfassungswerte und insbesondere die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu verteidigen und sich im Rahmen dessen auch mit negativen Werturteilen über politische Parteien zu äußern.<sup>82</sup> Das BVerfG hat explizit festgestellt, dass „Einschätzungen politischer Parteien als verfassungsfeindlich [...] Teil der öffentlichen Auseinandersetzung [...]“ sind.<sup>83</sup>

Dazu müsste B mit seiner Äußerung den Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bezweckt haben. Zwar erwähnt er im Interview die Demokratiefeindlichkeit und die Gefahr der Staatszersetzung durch die X-Partei. Allerdings hat B die Aussagen nicht mit einer konkreten verfassungsfeindlichen Position der X-Partei verbunden.<sup>84</sup> Vielmehr erschöpft sich die Aussage in Kritik der X-Partei und Auswirkungen ihres Handelns auf die Bundesrepublik Deutschland. Es ist auch nicht dargelegt, dass die X-Partei insgesamt verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, die zu einer derartigen Äußerung berechtigen würden.

---

<sup>77</sup> BVerfGE 154, 320 (336 f.); 162, 207 (245).

<sup>78</sup> Vgl. dazu aber BVerfGE 162, 207 (245).

<sup>79</sup> BVerfGE 162, 207 (246).

<sup>80</sup> Zur Neutralitätspflicht siehe *Spitzlei*, JuS 2018, 856 (857 ff.).

<sup>81</sup> Vgl. so ähnlich BVerfGE 354, 320 (345); siehe außerdem BVerfGE 162, 207 (264 f.).

<sup>82</sup> BVerfGE 162, 207 (246 f.); VerfGH Saarl, Urt. v. 8.7.2014 – Lv 5/14.

<sup>83</sup> BVerfGE 138, 102 (116).

<sup>84</sup> Vgl. BVerfGE 162, 207 (265).

*Hinweis:* A.A. bei entsprechender Argumentation vertretbar, z.B. bei der Betonung des weiten Einschätzungsspielraums des Bundeskanzlers.<sup>85</sup>

Auch wenn man annähme, dass die X-Partei eine verfassungswidrige Partei i.S.d. Art. 21 Abs. 2 GG oder sonst verfassungsfeindlich ist, liegt die alleinige Verbotskompetenz beim BVerfG, Art. 21 Abs. 4 GG.<sup>86</sup> Aus ihrer Verfassungsfeindlichkeit ergeben sich zwar Äußerungsrechte für Hoheitsträger; diese erfordern indes einen konkreteren Hinweis als hier erfolgt. Verfassungsverteidigung scheidet somit als Rechtfertigungsgrund aus.

#### IV. Zwischenergebnis

Die Äußerung des B verletzt die X-Partei in ihrem Recht auf Chancengleichheit gem. Art. 21 Abs. 1 GG. Ihr Antrag ist begründet.

#### C. Ergebnis

Der Antrag der X-Partei ist zulässig und begründet. Er wird Erfolg haben.

---

<sup>85</sup> Vgl. BVerfGE 162, 207 (241 ff.).

<sup>86</sup> Kluth, in: BeckOK GG, Stand: 15.8.2023, Art. 21 Rn. 205.

## Anfängerklausur: Grundrechtseingriff durch pandemiebedingte Schließung eines Fitnessstudios als „Kirche des Bizeps“

Wiss. Mitarbeiter Jan Philip Kühne, Passau, Jurist (Univ.) Julian Bernek, Dublin\*

*Der Sachverhalt ist angelehnt an einen Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 26.2.2021 – 1 S 550/21 und bewegt sich im für Grundrechtsprüfungen mittlerweile klassischen Themenfeld der Pandemiebekämpfung. Im Zentrum der Klausur stehen der souveräne Umgang mit der Berufung auf eine Vielzahl von Schutzbereichen, insbesondere den der Religionsfreiheit, sowie das Verhältnis von Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten untereinander und zueinander.*

*Die Klausur wurde in leicht veränderter Fassung von Prof. Dr. Meinhard Schröder an der Universität Passau im Sommersemester 2023 im Rahmen der Zwischenprüfung gestellt. Der Notenschnitt lag bei 5,03 Punkten bei 364 Klausuren.*

### Sachverhalt

A ist Österreicher und lebt in einer malerischen Kleinstadt in Österreich nahe der deutschen Grenze. Da A begeisterter Fitnessstudiogänger ist, besuchte er in der Vergangenheit fast täglich ein in Deutschland liegendes Szenestudio, das für seine Besucher Sportgeräte jeglicher Art bereithält. Der Traum vom athletischen Körper droht jedoch zu platzen, als A im Januar 2023 vom Ausbruch eines bisher unbekanntes Virus in der Bundesrepublik erfährt. Dieses sog. C-Virus greift die Atemwege an und kann im schlimmsten Fall tödlich verlaufen.

Aufgrund des erheblichen Anstiegs der Infektionszahlen im Februar 2023 und der steigenden Auslastung der Krankenhäuser überlegt die Bundesregierung, wie sie der keimenden Pandemie entgegenwirken kann. So droht bei einer ungedämpften Fortentwicklung der Ansteckungsrate in wenigen Monaten schon der Zusammenbruch der Gesundheitsstrukturen. Notwendige Heilbehandlungen wären dann nicht mehr für sämtliche Patienten möglich.

Vorläufige wissenschaftliche Ergebnisse gehen davon aus, dass Ansteckungen insbesondere in geschlossenen Räumlichkeiten stattfinden. Ob aber die von einigen Experten vorgeschlagenen Verpflichtungen zur Einhaltung eines Mindestabstandes oder zum Tragen einer Maske zur Reduzierung der Infektionszahlen genügen, kann bisher noch nicht gesichert beantwortet werden.

Um keine wertvolle Zeit in der Pandemiebekämpfung zu verlieren, bringt die Bundesregierung zeitnah den Entwurf für ein Pandemie-Eindämmungsgesetz (PEG) auf den Weg, welches im März 2023 zustande kommt. Auszugsweise lautet das Gesetz:

#### § 1 [Zielsetzung]

Ziel dieses Gesetzes ist die erfolgreiche Bekämpfung der C-Virus-Pandemie, sodass schwere gesundheitliche Beeinträchtigungen für die Bürgerinnen und Bürger und eine Überforderung der

---

\* Der Autor Kühne ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Informationstechnologierecht von Prof. Dr. Meinhard Schröder an der Universität Passau; der Autor Bernek ist Jurist (Univ.) und studiert am Trinity College Dublin.

gesundheitlichen Versorgungsstrukturen, insbesondere der Krankenhausversorgung, bestmöglich verhindert werden.

#### § 6 [Sport]

(1) Der Besuch von Fitnessstudios sowie anderen Trainingsbetrieben in geschlossenen Räumen ist bis auf Weiteres untersagt, soweit in den folgenden Absätzen nichts Abweichendes geregelt ist.

(2) <sup>1</sup>Ausgenommen von Absatz 1 ist kontaktfreier Sport von Dienstkräften des polizeilichen Vollzugsdienstes, soweit dies für dienstliche Zwecke erforderlich ist. <sup>2</sup>Dem Betreiber des Trainingsbetriebs ist das Vorliegen dieser Voraussetzung durch eine schriftliche Bestätigung nachzuweisen.

A kann es nicht fassen, dass er nun nicht mehr ins Fitnessstudio gehen darf. Um gegen diese schreiende Ungerechtigkeit vorzugehen, wendet er sich an den befreundeten Rechtsanwalt R und schildert ihm, warum nach seiner Ansicht das PEG in mehrerlei Hinsicht gegen das Grundgesetz verstößt. A sei nämlich begeisterter Anhänger einer Religionsgemeinschaft, welche sich „Kirche des Bizeps“ nennt. Diese ist ausschließlich auf Social-Media-Plattformen aktiv und verbreitet dort die Verhaltensgebote, an denen A sein Leben ausrichte. Als Beweis hat A Auszüge aus diesen himmlischen Schriften dabei:

„Drittes Gebot des Herrn: Der tägliche Fitnessstudiobesuch wird verlangt, um in das heilige Reich zu kommen. Während des Kraftsports sind Gewichte oxsenhaften Ausmaßes zu stemmen.  
Papyrus 9: Als der Herr an den Kabelzug trat, wandte er sich noch einmal an seine Jünger und sprach: So wie vom Leberkäs sollt ihr euch auch von mir eine dicke Scheibe abschneiden.“

A fürchte angesichts seines drohenden körperlichen Verfalls nun den Ausschluss aus der Glaubensgemeinschaft. Seine unerträglichen Gewissenskonflikte seien eindeutig Beleg dafür, dass das PEG gegen die Religions- und Glaubensfreiheit verstoße. Darüber hinaus wisse er, dass die Freiheit der Person unverletzlich sei. Nach ausgiebiger Grundgesetzlektüre und Internetrecherche ist A zudem auf Art. 11 Abs. 1 GG gestoßen und meint, dass es ja wohl ebenfalls zu seiner Freiheit gehöre, sich im Fitnessstudio länger aufzuhalten. Außerdem kann er gar nicht verstehen, wieso diese Verbote nicht für Polizisten gelten sollen. Er fühlt sich in dieser Hinsicht ungleich behandelt. R kommen bei dem Vortrag des A erhebliche Zweifel. Er gibt zu bedenken, dass es sich bei der „Kirche des Bizeps“ offensichtlich um eine „Spaßtruppe“ handle, die nur Weltreligionen parodierte. Auch gebe es für die Ausnahme in § 6 Abs. 2 PEG sicherlich nachvollziehbare Gründe.

#### Bearbeitungsvermerk

Prüfen Sie (ggf. hilfsgutachtlich), ob A durch die abgedruckten Vorschriften des PEG tatsächlich in seinen Grundrechten des Grundgesetzes verletzt ist. Gehen Sie davon aus, dass das PEG formell verfassungsgemäß ist. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist nicht zu beanstanden.

#### Lösungsvorschlag

I. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG .....	412
1. Schutzbereich .....	413
a) Persönlicher Schutzbereich .....	413

b) Sachlicher Schutzbereich.....	413
<b>II. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.....</b>	<b>414</b>
<b>III. Art. 11 Abs. 1 GG.....</b>	<b>414</b>
1. Schutzbereich.....	414
a) Persönlicher Schutzbereich.....	414
b) Sachlicher Schutzbereich.....	414
2. Zwischenergebnis.....	415
<b>IV. Art. 2 Abs. 1 GG.....</b>	<b>415</b>
1. Schutzbereich.....	415
2. Eingriff.....	415
3. Rechtfertigung.....	416
a) Schranke.....	416
b) Schranken-Schranken.....	416
aa) Zitiergebot.....	416
bb) Verhältnismäßigkeit.....	416
(1) Legitimer Zweck.....	416
(2) Geeignetheit.....	417
(3) Erforderlichkeit.....	417
(4) Angemessenheit.....	417
4. Zwischenergebnis.....	418
<b>V. Art. 3 Abs. 1 GG.....</b>	<b>418</b>
1. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem.....	418
2. Rechtfertigung.....	418
a) Bestimmung des Prüfmaßstabs.....	418
b) Verhältnismäßigkeit.....	419
aa) Differenzierungsziel.....	419
bb) Geeignetheit.....	419
cc) Erforderlichkeit.....	419
dd) Angemessenheit.....	419
<b>VI. Ergebnis.....</b>	<b>419</b>

#### I. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG

A ist in seiner Religionsfreiheit verletzt, wenn die Schließung des Fitnessstudios durch § 6 Abs. 1 PEG und das damit verbundene Verbot, das Fitnessstudio aufzusuchen, einen nicht gerechtfertigten Eingriff in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG darstellt.

## 1. Schutzbereich

Dazu müsste der Schutzbereich eröffnet sein.

### a) Persönlicher Schutzbereich

Die Freiheit des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG steht jedermann zu, sodass der persönliche Schutzbereich auch für A als österreichischen Staatsangehörigen eröffnet ist.

### b) Sachlicher Schutzbereich

Weiter müsste der sachliche Schutzbereich eröffnet sein. Die Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG und die Ausübung dieser nach Abs. 2 bilden hierbei ein einheitliches Grundrecht. Geschützt sind sowohl die Bildung einer religiösen Überzeugung (*forum internum*) als auch die Freiheit, nach dieser Überzeugung zu leben (*forum externum*). Als Religion gilt das Bestreben, die Welt als Ganzes zu erklären, unter Einbeziehung transzendenter, d.h. übersinnlicher/übernatürlicher Elemente.<sup>1</sup>

Bei der Auslegung des Schutzbereichs muss der Staat für die Pluralität religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen offen sein, er ist also zur Neutralität gehalten und darf keine Wertung der Religion und ihrer Regeln vornehmen. Der daher grundsätzlich weit zu verstehende Religionsbegriff muss das vorgetragene Selbstverständnis des Grundrechtsträgers maßgeblich berücksichtigen.<sup>2</sup> Um den Schutzbereich des schrankenlos gewährten Grundrechts nicht konturlos werden zu lassen und entgegen der ausgewogenen Systematik des Grundgesetzes ins Uferlose auszuweiten, kann aber nicht bereits eine bloße Behauptung der religiösen Motivation eines Verhaltens die Berufung auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG rechtfertigen.

Vielmehr ist zu fragen, ob der Einzelne auch plausibel und substantiiert darlegen kann, dass das Nichtwahrnehmen religiöser Gebote zu unerträglichen Gewissenskonflikten führen würde.<sup>3</sup>

Im vorliegenden Fall beruft sich A darauf, dass seine Besuche im Fitnessstudio und das Heben von Gewichten religiös motiviert seien. Er macht geltend, dass das PEG die Ausübung der Gebote der „Kirche des Bizeps“ unmöglich mache.

Ein Anhaltspunkt für die Plausibilität von As Vortrag ist zunächst, dass sich die leitliniengebende Gemeinschaft selbst als Kirche bezeichnet. Darüber hinaus versucht sie nach dem Wortlaut der „himmlischen Schriften“, die Welt unter Einbeziehung übersinnlicher Elemente („der Herr“, vgl. Papyrus 9) als Ganzes zu erklären. Das dritte Gebot spricht zudem von einem heiligen Reich, zu dem der Zugang an Verhaltensregeln gebunden ist. Dass eine sinnhafte Orientierung des Menschen an diesen Glaubenssätzen ermöglicht wird, ist angesichts der krassen Übertreibungen (vgl. „ochsenhaften Ausmaßes“ im dritten Gebot) jedoch zweifelhaft. Auch im Übrigen ergeben sich Zweifel daran, ob es sich vorliegend tatsächlich, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild, um eine ernsthafte Religion handelt und damit auch eine ernsthafte religiöse Motivation des A vorliegt. Wiederholt finden sich sarkastisch übersteigerte Auseinandersetzungen mit zentraler christlicher Symbolik, wie etwa die Gleichsetzung des Herrn mit einer Scheibe Leberkäs sowie die Nutzung eines Kabelzugs vor einer Ansprache der Jünger in Papyrus 9. In der Zusammenschau drängt sich daher auf, dass die Äußerungen satirischen Charakter haben und statt Ausdruck einer Religion vielmehr bloße Parodie sind. Der Vortrag des A hält der Plausibilitätskontrolle folglich nicht stand.

<sup>1</sup> *Germann*, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 4 Rn. 13 f.

<sup>2</sup> *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 100. Lfg., Stand: Januar 2023, Art. 4 Rn. 80.

<sup>3</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 26.2.2021 – 1 S 550/21, Rn. 109 m.w.N.

Der sachliche Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ist nicht eröffnet, sodass A nicht in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verletzt ist.

## II. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

Gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ist die Freiheit der Person unverletzlich. Eine Freiheitsbeschränkung liegt entgegen dem offenen Wortlaut nur dann vor, wenn „jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen und sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist oder diesen zu verlassen.“<sup>4</sup> Ein solcher Fall liegt hier nicht vor; vielmehr begrenzt § 6 Abs. 1 PEG gerade, welche Orte dem A rechtlich zugänglich sind.

Mangels Eröffnung des Schutzbereichs scheidet eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG aus.

## III. Art. 11 Abs. 1 GG

### 1. Schutzbereich

#### a) Persönlicher Schutzbereich

Gem. Art. 11 Abs. 1 GG genießen alle Deutschen Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet. Nach Art. 116 Abs. 1 GG erfasst der Begriff der Deutschen grundsätzlich nur deutsche Staatsbürger und Vertriebene. Der österreichische A erfüllt diese Merkmale nicht.

Etwas anderes könnte sich aber aus dem Freizügigkeitsrecht aller Unionsbürger aus Art. 21 Abs. 1 AEUV ergeben. Diese Vorschrift gebietet für ihren Anwendungsbereich eine völlige rechtliche und prozessuale Gleichstellung von Unionsbürgern mit Deutschen. Sofern man dies durch eine Übertragung der Schranken des Art. 11 Abs. 1 GG auf den für Unionsbürger anwendbaren Art. 2 Abs. 1 GG umzusetzen versucht, überzeugt dies mit Blick auf die klare Differenzierung zwischen Unionsbürgern und deutschen Staatsbürgern durch den Gesetzgeber und der insoweit eindeutigen Wortlautgrenze nicht.<sup>5</sup> Vielmehr ist die Normenkollision im Wege des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts derart aufzulösen, dass der Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 GG sich auch auf Unionsbürger erstreckt.

Somit ist der persönliche Schutzbereich für A eröffnet.

#### b) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 GG müsste eröffnet sein. Unter Freizügigkeit wird das Recht verstanden, an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt zu nehmen oder einen Wohnsitz zu begründen.<sup>6</sup> Vorliegend beruft sich A darauf, dass Art. 11 Abs. 1 GG die Freiheit beinhaltet, sich im Fitnessstudio länger aufzuhalten. Damit könnte der sachliche Schutzbereich eröffnet sein, wenn das Besuchen des Studios als Aufenthaltnehmen i.S.d. Art. 11 Abs. 1 GG zu qualifizieren ist.

In Abgrenzung zur Fortbewegungsfreiheit des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG kann nicht bereits jedes flüchtige Verweilen vom Schutzbereich erfasst sein. Stattdessen ist – auch im systematischen Vergleich zur Tatbestandsalternative der Begründung eines Wohnsitzes – eine gewisse Dauerhaftigkeit und

---

<sup>4</sup> BVerfGE 156, 63 (222) m.w.N.; instruktive Darstellung bei *Sachs*, JuS 2021, 472.

<sup>5</sup> *Wernsmann*, Jura 2000, 657 m.w.N.

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 2, 266 (273).



Erheblichkeit erforderlich. Eine subsumtionsfähige, trennscharfe Abgrenzungsformel existiert jedoch nicht. Stattdessen ist eine Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte vorzunehmen. Dabei können insbesondere die Dauer des Verweilens, das subjektive Empfinden des A, seine Lebensumstände sowie die Bedeutung des Verweilens für die Persönlichkeitsausübung des A als Kriterien herangezogen werden.<sup>7</sup>

Vorliegend bewegt sich A beim gewünschten Besuch des Fitnessstudios innerhalb seiner alltäglichen Abläufe. Auch unter subjektiven Gesichtspunkten geht es A gerade nicht um eine permanente Veränderung, sondern um den ungehinderten Ablauf seiner (Fitness-)Routine. Insgesamt sprechen die Anhaltspunkte daher gegen das Vorliegen eines Aufenthaltswechsels i.S.v. Art. 11 Abs. 1 GG.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 11 GG ist somit nicht eröffnet.

## 2. Zwischenergebnis

A ist mangels Eröffnung des Schutzbereiches nicht in Art. 11 GG verletzt.

## IV. Art. 2 Abs. 1 GG

A könnte durch § 6 Abs. 1 PEG in Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sein.

### 1. Schutzbereich

Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG steht jedermann zu und schützt die freie Entfaltung der Persönlichkeit, d.h. jedes Tun oder Unterlassen.<sup>8</sup> A ist eine natürliche Person und seine Freiheit, das Fitnessstudio aufzusuchen, stellt ein menschliches Verhalten dar.

Folglich ist der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG eröffnet.

### 2. Eingriff

§ 6 Abs. 1 PEG müsste einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit darstellen. Nach klassischem Verständnis ist hierfür ein finaler, unmittelbarer und ggf. zwangsweise durchsetzbarer, rechtsförmiger Hoheitsakt erforderlich. Das PEG ist als Parlamentsgesetz zur Pandemiebekämpfung ein solcher zweckgerichteter rechtsförmiger Hoheitsakt, der keines weiteren Umsetzungsaktes bedarf. Ob das PEG auch zwangsweise durchgesetzt werden kann, ist aus den abgedruckten Normen nicht ersichtlich.

Die Unklarheit hinsichtlich dieses Merkmals könnte jedoch nach dem „modernen Eingriffsbegriffs“ unschädlich sein, wonach unter einem Eingriff jede hoheitliche Maßnahme zu verstehen ist, durch die der Schutzbereich verkürzt wird, wobei jedoch eine gewisse Erheblichkeitsschwelle erreicht sein muss.<sup>9</sup> Vorliegend wird der Gewährleistungsgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG verkürzt. Dies ist dem formellen Gesetzgeber zuzurechnen; das erforderliche Schwellengewicht ist erreicht.

Somit liegt ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG vor.

---

<sup>7</sup> Vgl. im Ganzen *Durner*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, 100. Lfg., Stand: Januar 2023, Art. 11 Rn. 100.

<sup>8</sup> BVerfGE 6, 32 = NJW 1957, 297 (Elfes).

<sup>9</sup> *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313.

### 3. Rechtfertigung

Eine Verletzung scheidet jedoch aus, wenn der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Dies ist zu bejahen, wenn Art. 2 Abs. 1 GG einschränkbar ist und eine verfassungskonforme Schranke existiert.

#### a) Schranke

Das Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit ist nicht schrankenlos gewährt, sondern kann gem. Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG aufgrund der sog. „Schrankentrias“ eingeschränkt werden. Eine praktische Bedeutung kommt nur der verfassungsmäßigen Ordnung zu, also der Gesamtheit aller Rechtsnormen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen. Die übrigen Varianten gehen darin auf.

§ 6 Abs. 1 PEG kommt somit als Schranke in Betracht.

#### b) Schranken-Schranken

§ 6 Abs. 1 PEG müsste seinerseits verfassungskonform sein. Vorliegend ergeben sich allein Bedenken hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit. Diese könnten in Hinblick auf mögliche Verstöße gegen das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) zu verneinen sein.

##### aa) Zitiergebot

Grundsätzlich muss ein einschränkendes Gesetz gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG das betroffene Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

Fraglich ist, ob das Zitiergebot auf Art. 2 Abs. 1 GG anwendbar ist. Dagegen spricht, dass Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG bei der allgemeinen Handlungsfreiheit zu einer „leeren Förmlichkeit“ erstarren würde,<sup>10</sup> was nicht dem Telos der Vorschrift, also der Warn- und Besinnungsfunktion<sup>11</sup>, entspricht. Vielmehr würde die Anwendbarkeit den Gesetzgeber grundlos in seiner Arbeit behindern. Daher ist Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG dergestalt eng auszulegen, dass er nicht Art. 2 Abs. 1 GG erfasst. Inwieweit auch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs für andere Grundrechte erfolgen muss, ist höchst umstritten, kann hier aber dahinstehen.<sup>12</sup>

§ 6 Abs. 1 PEG verstößt nicht gegen das Zitiergebot.

##### bb) Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist, ob das PEG dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleiteten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht wird. Dazu ist erforderlich, dass § 6 Abs. 1 PEG einen legitimen Zweck verfolgt sowie geeignet, erforderlich und angemessen ist.

#### (1) Legitimer Zweck

Zweck des PEG ist es, die Ansteckungsrate des C-Virus zu reduzieren, um schwere Gesundheitsbeeinträchtigungen der Bürger und eine Überforderung der gesundheitlichen Versorgungsstrukturen zu verhindern, vgl. § 1 PEG. Gesundheitsschutz ist ein Ziel von Verfassungsrang (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).

---

<sup>10</sup> BVerfGE 28, 36 (46).

<sup>11</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 19 Rn. 4.

<sup>12</sup> Siehe dazu Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 101. Lfg., Stand: Mai 2023, Art. 19 Abs. 1 Rn. 54 ff.

Folglich ist der Zweck auch legitim im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

## (2) Geeignetheit

§ 6 Abs. 1 PEG müsste geeignet sein, um den verfolgten Zweck zu verwirklichen. Dies ist bereits dann der Fall, wenn der verfolgte Zweck in irgendeiner Weise gefördert wird.<sup>13</sup> Laut der vorläufigen wissenschaftlichen Untersuchungen wird das C-Virus primär in geschlossenen Räumen übertragen. Daher ist das Verbot des Aufsuchens von Fitnessstudios, in welchen üblicherweise viele Menschen auf engem Raum trainieren, förderlich, um Ansteckungen zu verhindern. § 6 Abs. 1 PEG ist geeignet.

## (3) Erforderlichkeit

Zudem müsste § 6 Abs. 1 PEG auch erforderlich sein. Das heißt, es dürfte kein milderes, gleich effektives Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geben.<sup>14</sup> Als mildere Mittel kämen etwa eine Maskenpflicht, das Einhalten eines Mindestabstandes oder eine begrenzte Personenanzahl während des Trainings in Betracht. Unklar ist jedoch, ob diese – verglichen mit dem kompletten Verbot – auch gleich wirksam sind. Dies lässt sich mangels abschließender fachwissenschaftlicher Erkenntnisse nicht mit Sicherheit sagen. Daher ist insoweit die Einschätzungsprärogative des demokratisch legitimierten Gesetzgebers hinsichtlich der Erforderlichkeit zu berücksichtigen.<sup>15</sup>

Mithin ist § 6 Abs. 1 PEG auch erforderlich.

## (4) Angemessenheit

Zuletzt müsste § 6 Abs. 1 PEG auch angemessen sein. Dies ist der Fall, wenn die den Einzelnen treffende Belastung nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck und den dabei erstrebten Vorteilen für die Allgemeinheit steht.<sup>16</sup>

Vorliegend stehen sich mit Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG im Ausgangspunkt zwei Verfassungsgüter gegenüber. Der Lebens- und Gesundheitsschutz genießt keinen pauschalen Vorrang, weshalb abstrakt noch kein Ergebnis über die Angemessenheit getroffen werden kann.

Für die Verhältnismäßigkeit spricht aber, dass trotz Fitnessstudioverbot weiterhin eine sportliche Betätigung etwa im Freien oder daheim möglich ist. Weiter bestehen keine Anzeichen, dass § 6 Abs. 1 PEG nach Abklingen der pandemischen Lage aufrechterhalten wird. Die Eingriffsintensität des vorübergehenden Verbots, welches vorliegend nicht mit anderen Grundrechtseingriffen kumulativ zusammentrifft,<sup>17</sup> ist insgesamt als eher gering einzustufen.

Demgegenüber handelt es sich beim legitimen Ziel des PEG um ein Gemeinschaftsbelang von erheblicher Bedeutung. Der drohende Fall einer Überlastung der gesundheitlichen Versorgungsstrukturen würde unter anderem dazu führen, dass schwer kranke Personen keine adäquate Behandlung erhalten. Die Gefahr der fehlenden Behandlungsmöglichkeit begründet daher einen dringlichen Handlungsbedarf.

In Anbetracht der verheerenden Folgen eines Kollapses des Gesundheitssystems und der bestehenden Dringlichkeit, die Ansteckungsrate zu reduzieren, erscheint der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit als zumutbar und § 6 Abs. 1 PEG damit als angemessen im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

---

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 16, 147 (183).

<sup>14</sup> Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 20 Rn. 115 ff.

<sup>15</sup> Instrukktiv *Voßkuhle*, JuS 2007, 429 (430).

<sup>16</sup> Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 102. Lfg., Stand: August 2023, Art. 20 Rn. 119.

<sup>17</sup> Vgl. zur „Bundesnotbremse I“ BVerfGE 159, 223 (290) = NJW 2022, 139 (164 Rn. 290).

#### 4. Zwischenergebnis

Somit ist der Eingriff gerechtfertigt und A ist nicht in Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

#### V. Art. 3 Abs. 1 GG

Möglicherweise verstößt § 6 Abs. 2 PEG gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Ein solcher Verstoß setzt zunächst die Anwendbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes voraus. Diese wäre zu verneinen, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen eines speziellen Gleichheitsrechts erfüllt wären. Vorliegend kommt eine Benachteiligung des A wegen seines Glaubens bzw. seiner religiösen Anschauung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG in Betracht. Insoweit sind die Begriffe identisch wie bei Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG zu bestimmen. Mangels ernsthafter religiöser Motivation des A ist das spezielle Gleichheitsrecht daher ebenfalls nicht berührt. Somit ist Art. 3 Abs. 1 GG anwendbar.

Für einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG bedarf es zudem einer Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem oder einer Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem.

##### 1. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Grundsätzlich sind alle Bürger gefährdet, sich mit dem C-Virus zu infizieren und dieses infolgedessen zu übertragen. Trotzdem bietet § 6 Abs. 2 PEG nur für Polizisten eine Ausnahmemöglichkeit von der Beschränkung des § 6 Abs. 1 PEG. Damit liegt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vor.

##### 2. Rechtfertigung

Diese Ungleichbehandlung könnte allerdings verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

###### a) Bestimmung des Prüfmaßstabs

Bei der Prüfung der Rechtfertigung des Art. 3 Abs. 1 GG wendet das BVerfG eine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte „stufenlose“ Prüfung an. Die Anforderungen an die Rechtfertigung richten sich nach der Schwere der Beeinträchtigung und reichen von einer bloßen Willkürprüfung bis zu einer streng am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten Prüfung.<sup>18</sup> Vorliegend handelt es sich angesichts der Differenzierung anhand des Berufs der Personen, also einem personenbezogenen Merkmal, um eine Ungleichbehandlung von einigem Gewicht. Daher ist eine streng am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Prüfung geboten (a.A. vertretbar).

*Hinweis:* Die früher gängige Differenzierung zwischen Willkürverbot und „neuer Formel“ im Prüfmaßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes ist inzwischen überholt. Die inhaltliche Abgrenzung anhand der jeweiligen Beeinträchtigung im Einzelfall geht nun in der stufenlosen Prüfung auf. Entsprechende Erwägungen können daher übertragen werden. Eine im Ergebnis abweichende Ansicht hinsichtlich des Prüfmaßstabs ist angesichts der unüberschaubaren Kasuistik ebenfalls gut vertretbar, wobei dann jedoch die Quasi-Verhältnismäßigkeit zumindest hilfsweise geprüft werden sollte.

---

<sup>18</sup> Dazu instruktiv *Britz*, NJW 2014, 346.

## b) Verhältnismäßigkeit

Folglich muss die festgestellte Ungleichbehandlung ein legitimes Differenzierungsziel verfolgen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein.

### aa) Differenzierungsziel

Polizisten sind im Gegensatz zu normalen Fitnessstudiobesuchern auf die Benutzung der Sportanlagen in besonderer Weise angewiesen, um den physischen Erfordernissen ihres Berufs gerecht werden zu können. Insoweit lässt sich die Notwendigkeit professioneller Sportanlagen mit der Bedeutung der Vollzugspolizei für die Gefahrenabwehr erklären. Damit besteht ein legitimes Differenzierungsziel.

### bb) Geeignetheit

Indem die Polizisten weiterhin die Sportstätten aufsuchen können, ist die Ungleichbehandlung auch geeignet, um das Differenzierungsziel zu fördern.

### cc) Erforderlichkeit

Fraglich ist, ob es ein milderes, gleich effektives Mittel als diese Ungleichbehandlung gegeben hätte, um den physischen Erfordernissen des Polizeiberufs Rechnung zu tragen. Insoweit kommt eine anderweitige sportliche Betätigung, sei es zu Hause oder im Freien, in Betracht. In Hinblick auf die Notwendigkeit professioneller Sportanlagen für Vollzugspolizisten ist wiederum auf die besonderen Anforderungen des Berufes und dessen gesellschaftliche Wichtigkeit zu verweisen. Zudem folgt auch aus der Einschätzungsprärogative des formellen Gesetzgebers eine Vermutungswirkung hinsichtlich der Erforderlichkeit, welche in hiesiger Konstellation nicht widerlegt ist. Die Ungleichbehandlung ist auch erforderlich.

### dd) Angemessenheit

Das Differenzierungsziel müsste zum Ausmaß der Ungleichbehandlung in einem angemessenen Verhältnis stehen. Dabei ist vorliegend zu berücksichtigen, dass es nur um die Verwehrung des Fitnessstudiobesuchs geht, was durch andere sportliche Aktivitäten eventuell aufgefangen werden kann. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass diese Ungleichbehandlung nur temporärer Natur ist, also mit der Entspannung der pandemischen Lage aufgehoben wird. Überdies ist ein funktionierender Polizeiapparat Wesensmerkmal der öffentlichen Sicherheit und damit der Funktionalität eines demokratischen Rechtsstaates. Zur effektiven Gefahrenabwehr ist es unerlässlich, dass die Vollzugskräfte auch über die notwendige physische Konstitution verfügen. Weiterhin hält sich nur ein eng begrenzter Personenkreis in den Sportanlagen für ausschließlich kontaktfreien Sport auf, wodurch die Ansteckungsgefahr geringer als beim Normalbetrieb ist. Dass von der Ausnahme nur solche Dienstkräfte profitieren, die darauf angewiesen sind, ist angesichts des Erfordernisses der schriftlichen Bestätigung aus § 6 Abs. 2 S. 2 PEG und der damit einhergehenden Nachprüfbarkeit anzunehmen.

Folglich steht die Ungleichbehandlung noch in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Differenzierungsziel (a.A. vertretbar). Damit ist die Ungleichbehandlung gerechtfertigt, sodass § 6 Abs. 2 PEG nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

## VI. Ergebnis

A wird durch das PEG nicht in seinen Grundrechten verletzt.

## Anfängerklausur: Fasching ist nur einmal im Jahr

Wiss. Mitarbeiterin Anna-Sophia Folly, Augsburg\*

*Es handelt sich um eine im Wintersemester 2022/23 an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg gestellte Abschlussklausur im Strafrecht AT. Insgesamt haben 428 Studierende die Klausur geschrieben. Die Durchschnittsnote lag bei 4,90 Punkten. Die Durchfallquote betrug 47,20 %.*

*Der Fall behandelt innerhalb des § 212 Abs. 1 StGB schwerpunktmäßig die a.l.i.c. und zeigt hierbei den richtigen Aufbau, welcher den Studierenden oftmals Schwierigkeiten bereitet. Innerhalb der §§ 223, 224 StGB wird Problemen der alternativen Kausalität und der objektiven Zurechnung nachgegangen und im Wege der Gegenständlichkeit des Werkzeugs nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB der Anknüpfungspunkt beleuchtet.*

### Sachverhalt

F ist ein großer Faschingspartyfan. An diesem Tag wird Fs gute Laune jedoch bereits in der Warteschlange vor dem Einlass zur Veranstaltung getrübt, als er mitbekommt, wie sich R, mit dem F schon lange verfeindet ist, lautstark über dessen Kostüm lustig macht. F reicht es nun endgültig und er beschließt, R noch an diesem Abend umzubringen. An der Bar nimmt er daher mehrere stark alkoholische Getränke zu sich, um sich „Mut anzutrinken“ und R durch den Alkohol komplett enthemmt mit einem spitzen Gegenstand in schuldunfähigem Zustand zu töten. F ist nach mehreren Stunden stark alkoholisiert. Da sieht er, wie R nach draußen zum Rauchen geht und wittert seine Chance. F nimmt heimlich ein Küchenmesser, das hinter der Bar liegt. Dann schwankt F dem R stark torkelnd und lallend hinterher. Draußen angekommen zückt F das Messer und sticht R mit Tötungsabsicht nieder. F flieht zufrieden. R wird kurz darauf von anderen Partygästen gefunden, die einen Rettungswagen rufen. Im Krankenhaus begeht der zuständige Arzt A bei der OP leicht fahrlässig einen Kunstfehler, weshalb R stirbt. Ohne diesen Kunstfehler hätte R überlebt. F wies zur Tatzeit eine Blutalkoholkonzentration (BAK) von 3,5 ‰ auf.

Auf der Party ist auch die nüchterne N. Sie möchte ihrer Bekannten G einmal „so richtig eins auswaschen“, da diese immer damit angibt, in der Faschingsgarde zu tanzen. Hierfür hat N ein flüssiges Abführmittel in einem Glasröhrchen besorgt. Das Mittel ist farblos, damit G nicht auf Grund von Verfärbungen im Wasser misstrauisch wird. In einem unbemerkten Augenblick kippt sie das überdosierte Arzneimittel in Gs Wasserflasche. Lebensgefährlich ist eine solche Überdosierung des Mittels nicht, wie N weiß. Nach dem Auftritt mit der Garde trinkt G durstig aus ihrer Flasche. Wenige Minuten später klagt G, wie von N vorhergesehen und beabsichtigt, über nicht abflachende, starke Bauchschmerzen mit übelkeitserregenden Krämpfen, die G nahezu handlungsunfähig machen. Diese Symptome halten bis zum nächsten Tag an. Was N nicht weiß, ist, dass M, ein ebenfalls eifersüchtiger Bekannter der G, exakt das gleiche überdosierte Mittel wenige Sekunden vor N in das Getränk der G gemischt hatte. Jede Dosis hätte schon für sich allein betrachtet bei G starke, langanhaltende Bauchschmerzen verursacht. Die Vermischung der beiden Mittel hatte keinen stärkeren Effekt.

---

\* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht (Prof. Dr. Johannes Kaspar) an der Universität Augsburg.

**Aufgabe**

Wie haben sich F und N nach dem StGB strafbar gemacht?

Strafbarkeiten gem. den §§ 123, 211, 221, 226 ff., 242 ff., 303, 323c StGB sind nicht zu prüfen.  
Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

**Lösungsvorschlag**

<b>A. Strafbarkeit des F gegenüber R .....</b>	<b>422</b>
<b>I. Strafbarkeit wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB durch den Messerstich .....</b>	<b>422</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	422
a) Objektiver Tatbestand.....	422
aa) Kausalität .....	422
bb) Objektive Zurechnung .....	422
b) Subjektiver Tatbestand .....	423
2. Rechtswidrigkeit.....	423
3. Schuld .....	424
a) Schuldunfähigkeit, § 20 StGB.....	424
b) Grundsätze der actio libera in causa .....	424
4. Ergebnis .....	425
<b>II. Strafbarkeit wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken .....</b>	<b>426</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	426
a) Objektiver Tatbestand.....	426
b) Subjektiver Tatbestand .....	426
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	426
3. Ergebnis .....	426
<b>III. Strafbarkeit wegen Vollrauschs gem. § 323a StGB .....</b>	<b>426</b>
<b>IV. Gesamtergebnis und Konkurrenzen .....</b>	<b>426</b>
<b>B. Strafbarkeit der N gegenüber G .....</b>	<b>427</b>
<b>I. Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 3, 4, 5 StGB durch die Gabe des Abführmittels.....</b>	<b>427</b>
1. Tatbestandsmäßigkeit .....	427
a) Objektiver Tatbestand.....	427
aa) Vorliegen des Grunddelikts, § 223 Abs. 1 StGB .....	427
(1) Tathandlung/-erfolg.....	427
(2) Kausalität.....	427

(3) Objektive Zurechnung.....	428
bb) Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 StGB .....	428
(1) § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB.....	428
(2) § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.....	428
(3) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	429
(4) § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB.....	430
(5) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.....	430
b) Subjektiver Tatbestand .....	430
2. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	430
3. Ergebnis .....	430
<b>II. Konkurrenzen .....</b>	<b>430</b>

## A. Strafbarkeit des F gegenüber R

### I. Strafbarkeit wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB durch den Messerstich

F könnte sich wegen Totschlags zu Lasten Rs gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er R mit dem Messer niedergestochen hat.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

R, ein anderer Mensch, ist tot.

##### aa) Kausalität

Fraglich ist, ob der Stich mit dem Messer kausal für den Erfolgseintritt des Todes des R war. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist eine Handlung dann kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen.<sup>1</sup> Hätte F den R nicht mit dem Messer niedergestochen, wäre dieser nicht ins Krankenhaus eingeliefert worden und aufgrund des Kunstfehlers des A während der OP gestorben.

Der Messerstich Fs war kausal für den Tod des R.

##### bb) Objektive Zurechnung

Möglicherweise kann der Erfolg F nicht objektiv zugerechnet werden. Objektiv zurechenbar ist ein Erfolg, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im konkreten tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht hat.<sup>2</sup> Durch den Messerstich in das Herz des R hat F eine rechtlich missbilligte Gefahr für Leib und Leben des R geschaffen.

<sup>1</sup> Vgl. RGSt 44, 137 (139).

<sup>2</sup> Kaspar, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 85.



Folly: Fasching ist nur einmal im Jahr

Fraglich ist jedoch, ob sich diese Gefahr im konkreten Erfolg des Todes des R realisiert hat. R starb nicht direkt durch den Messerstich Fs, sondern im Krankenhaus wegen eines leicht fahrlässigen Kunstfehlers des zuständigen Arztes bei der OP.

Es könnte sich um einen atypischen Kausalverlauf handeln, der die objektive Zurechnung mangels Gefahrverwirklichung entfallen ließe. „Als atypisch ist ein solcher Geschehensverlauf anzusehen, der völlig außerhalb dessen liegt, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten ist.“<sup>3</sup> Ein leicht fahrlässiger Kunstfehler eines Arztes während einer OP liegt aber nicht völlig außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung (anders u.U. bei grober Fahrlässigkeit).<sup>4</sup>

Die Handlung des Arztes könnte als ein Dazwischentreten eines Dritten zu werten sein, das bei fehlender Gefahrverwirklichung die objektive Zurechnung entfallen ließe.<sup>5</sup> Nach einer Ansicht sind Kunstfehler nie dem Ersttäter zurechenbar. Begründet wird dies mit dem Vertrauensgrundsatz; der Ersttäter könne darauf vertrauen, dass sich der Arzt pflichtgemäß verhält.<sup>6</sup> Vorzugswürdig erscheint jedoch die Ansicht, dass sich bei leichter Fahrlässigkeit immer noch die durch den Ersttäter geschaffene Ausgangsgefahr realisiert.<sup>7</sup> Dies erscheint auch unter Verneinung des atypischen Kausalverlaufs schlüssig.<sup>8</sup> Wenn ein leicht fahrlässiger Kunstfehler des Arztes nicht völlig außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liegt, kann wegen dieses Aspekts nicht unter dem Gesichtspunkt des Dazwischentretrons Dritter die objektive Zurechnung verneint werden.<sup>9</sup>

*Hinweis:* Wenn man die objektive Zurechnung verneint, müsste man hier die Prüfung des § 212 Abs. 1 StGB beenden und einen versuchten Totschlag §§ 212 Abs. 1, 12 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB prüfen und bejahen. Hierbei müsste dann die Versuchsstrafbarkeit mit der Problematik der a.l.i.c. kombiniert werden.

## b) Subjektiver Tatbestand

F hat den Tod des R willentlich und zielgerichtet angestrebt, *dolus directus I*. Der Vorsatz (§ 15 StGB) lag auch noch „bei Begehung der Tat“ (Koinzidenzprinzip) vor.<sup>10</sup> Dass F zu diesem Zeitpunkt möglicherweise schuldunfähig war, ändert am „natürlichen Vorsatz“ nichts.

## 2. Rechtswidrigkeit

Grundsätzlich indiziert das Vorliegen des Tatbestands die Rechtswidrigkeit. Allein, dass R sich lautstark über F lustig gemacht hat, rechtfertigt die Tat nicht; fraglich ist schon der „Angriff“, jedenfalls liegt aber keine Gegenwärtigkeit gem. § 32 StGB vor.<sup>11</sup> Zudem bestand trotz Feindschaft keine „Dauergefahr“ i.S.d. § 34 StGB.<sup>12</sup>

<sup>3</sup> Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 249.

<sup>4</sup> Vgl. Krey/Esser, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 341.

<sup>5</sup> Vgl. Kaspar, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 108 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Kaspar, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 111.

<sup>7</sup> Vgl. BGH NStZ 2009, 92; OLG Koblenz, Urt. v. 24.4.2008 – 5 U 1236/07 = MedR 2009, 231 (232 f.).

<sup>8</sup> Vgl. Kaspar, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 119.

<sup>9</sup> Zum Ausschluss der objektiven Zurechnung Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2023, Kap. 10 Rn. 28.

<sup>10</sup> Vgl. Hilgendorf/Valerius, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 68.

<sup>11</sup> Vgl. Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 15 Rn. 81.

<sup>12</sup> Vgl. Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 97.

### 3. Schuld

Fraglich ist, ob F schuldhaft handelte. Dies wäre der Fall, wenn zugunsten des F keine Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründe vorliegen würden.

#### a) Schuldunfähigkeit, § 20 StGB

Möglicherweise war F gem. § 20 StGB schuldunfähig. Hierzu müsse er wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen einer Intelligenzminderung oder einer schweren anderen seelischen Störung unfähig gewesen sein, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

Grundsätzlich kann Alkoholkonsum zu einer seelischen Störung führen. Die Frage der Schuldunfähigkeit ist anhand einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen, in die neben der BAK auch das Tatgeschehen und die individuelle Konstitution des Täters miteinfließen.<sup>13</sup> Bei F traten alkoholbedingte Ausfallerscheinungen auf; er torkelte, schwankte und lallte. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH existieren zwar keine festen Grenzwerte; als Indiz für einen schuldausschließenden Rauschzustand kann aber eine BAK von 3,0 ‰ herangezogen werden.<sup>14</sup> F hatte zum Zeitpunkt der Tat eine BAK von 3,5 ‰. Es ist von einer die Schuld gem. § 20 StGB ausschließenden krankhaften seelischen Störung auszugehen.

#### b) Grundsätze der *actio libera in causa*

Der Rückgriff auf die Grundsätze der a.l.i.c. könnte zu einem anderen Ergebnis führen. Demnach kommt trotz Schuldunfähigkeit zum Zeitpunkt der Tatbegehung eine Bestrafung in Betracht, wenn sich der Täter vorsätzlich oder fahrlässig in einen Rausch versetzt und in diesem Zustand eine von seinem von vornherein bestehenden Vorsatz umfasste Tat vornimmt.<sup>15</sup>

Ein Defektzustand (§ 20 StGB) liegt vor (siehe oben).

F müsste vorsätzlich bzgl. der Herbeiführung des Defektzustands und hinsichtlich der späteren Tatbegehung gehandelt haben. F wollte sich einerseits „Mut antrinken“ (direkter Vorsatz bzgl. der Herbeiführung des Defektzustands) und andererseits in diesem Defektzustand R töten (direkter Vorsatz bzgl. späterer Tatbegehung).

Dass F den Tatvorsatz zunächst abstrakter gefasst und erst im schuldunfähigen Zustand auf die Tat mit dem Messer im Raucherbereich konkretisiert hat, ist unschädlich. Die Tat muss nicht in allen Details geplant sein.<sup>16</sup> „Doppelvorsatz“ liegt vor.

Darüber, ob und wie über die Grundsätze der a.l.i.c. eine Straffreiheit begründet werden kann, besteht allerdings Uneinigkeit.

Für das Ausnahmehmodell wird vorgetragen, die Anknüpfung an das Verhalten im Rauschzustand sei gewohnheitsrechtlich anerkannt und eine Ausnahme zum Koinzidenzprinzip.<sup>17</sup> Demnach wäre F gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar. Dagegen spricht der explizite Wortlaut des § 20 StGB. Zudem bedeutet eine Anerkennung von Gewohnheitsrecht zu Lasten des Täters ein Verstoß gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Gesetzlichkeitsprinzip. Die Tatsache, dass bzgl. der Begründung und der Legi-

<sup>13</sup> Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 542.

<sup>14</sup> Vgl. BGHSt 57, 247 (249).

<sup>15</sup> Gropp/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 100.

<sup>16</sup> Vgl. BGHSt 2, 14 (17); 17, 259 (261).

<sup>17</sup> Vgl. Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 6 Rn. 16.

*Folly*: Fasching ist nur einmal im Jahr

timität der Rechtsfigur der a.l.i.c. in der Literatur ein umfangreicher Dissens besteht, spricht zudem dagegen, von anerkanntem Gewohnheitsrecht auszugehen.<sup>18</sup>

Dieser Kritik versucht das Ausdehnungsmodell entgegenzuhalten, dass das Merkmal „Tat“ des § 20 StGB nicht nur Geschehnisse zwischen Versuchsbeginn und Tatvollendung meint, sondern auch auf schuldhaftes Vorverhalten ausgedehnt werden kann.<sup>19</sup> Auch hier wäre F gem. § 212 Abs. 1 StGB durch den Messerstich strafbar. Dagegen spricht, dass das Merkmal „Tat“ in § 20 StGB nicht anders ausgelegt werden kann wie in §§ 16, 17 StGB; zudem ist bei einer Ausdehnung die Bestimmtheit der Norm nach Art. 103 Abs. 2 GG fraglich.<sup>20</sup>

Die Unvereinbarkeitstheorie lehnt die Rechtsfigur der a.l.i.c. aus den oben dargelegten Gründen gänzlich ab und führt weiterhin an, dass eine Grundlage im Gesetz fehle.<sup>21</sup> Gegen diese Ansicht spricht, dass eine grundsätzliche Ablehnung der Figur zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann, da dann in vielen Fällen nur eine Strafbarkeit nach § 323a StGB übrig bleibt und dieser Straftatbestand im Gegensatz zu z.B. § 212 Abs. 1 StGB eine niedrigere Strafandrohung vorsieht.<sup>22</sup>

Das Tatbestandsmodell knüpft für die Beurteilung der Strafbarkeit nicht an das Verhalten im schuldunfähigen Zustand an, sondern an das schuldhaft begangene Vorverhalten der vorsätzlich herbeigeführten Schuldunfähigkeit bei gleichzeitigem Vorsatz hinsichtlich der Begehung einer Straftat in diesem Zustand. Hier wird nicht der Tatbegriff des § 20 StGB ausgedehnt, sondern eine Ausdehnung der tatbestandsrelevanten Handlungen vorgenommen.<sup>23</sup> Diese Ansicht zieht teilweise einen Vergleich zur Figur der mittelbaren Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB. Hier soll der Versuch auch bereits beim „Losschicken“ des Werkzeugs beginnen. Es wird argumentiert, dass sich der sich-betrinkende Täter selbst als schuldlos handelndes Werkzeug zur Tatbegehung einsetzt und das „Losschicken“ bei der mittelbaren Täterschaft mit der Überschreitung der Grenze der Schuldunfähigkeit vergleichbar ist.<sup>24</sup>

Durch das Tatbestandsmodell werden sowohl Strafbarkeitslücken als auch ein Verstoß gegen das Koinzidenzprinzip des § 20 StGB vermieden, ihm wird daher hier gefolgt. F war nicht schuldfähig.

*Hinweise*: Gegen dieses Modell ließe sich anführen, dass das Sich-Betrinken eher eine Vorbereitungs-handlung ist. Zudem geht das Modell sehr weit, da zwischen der Herbeiführung des Rauschzustands und der tatsächlichen Tatbegehung viel Zeit vergehen kann und dazwischen mehrere wesentliche Zwischenschritte liegen können.

Es ist genauso vertretbar, der Unvereinbarkeitstheorie zu folgen. Dann muss § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. verneint und § 323a StGB geprüft und bejaht werden.

Es ist möglich das Tatbestandsmodell und die Unvereinbarkeitstheorie erst unter II. im Tatbestand anzusprechen.

#### 4. Ergebnis

F hat sich nicht wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er R mit dem Messer niederstach.

<sup>18</sup> BGHSt 42, 235 (240 f.); *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2023, § 23 Rn. 8 ff., 20.

<sup>19</sup> *Streng*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 20 Rn. 128 ff.

<sup>20</sup> Vgl. *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 604.

<sup>21</sup> *Ambos*, NJW 1997, 2296 (2297 f.); *Bott/Krell*, ZJS 2010, 694 (697,699).

<sup>22</sup> *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 374.

<sup>23</sup> *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 602.

<sup>24</sup> *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 367.

Folly: Fasching ist nur einmal im Jahr

## II. Strafbarkeit wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. durch das Sich-Betrinken

F könnte sich wegen Totschlags zu Lasten Rs gem. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. strafbar gemacht haben, indem er sich betrank.

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

#### a) Objektiver Tatbestand

R, ein anderer Mensch, ist tot. Das Sich-Betrinken kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiere. Schon mit dem Betrinken hat F eine rechtlich missbilligte Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des R geschaffen, die sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg des Todes des R verwirklicht hat. Die Zurechenbarkeit wird durch den Kunstfehler des Arztes nicht durchbrochen (siehe oben).

#### b) Subjektiver Tatbestand

Der Doppelvorsatz liegt vor (siehe oben).

### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte zum Zeitpunkt des Sich-Betrinkens rechtswidrig und schuldhaft.

### 3. Ergebnis

F machte sich wegen Totschlags zu Lasten Rs gem. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. strafbar, indem er sich betrank.

## III. Strafbarkeit wegen Vollrauschs gem. § 323a StGB

Ausweislich des Wortlauts scheidet eine Strafbarkeit des F gem. § 323a StGB aus. F ist bereits aus § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. strafbar (siehe oben).

## IV. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

F ist gem. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. den Grundsätzen der a.l.i.c. strafbar. Nach der Einheitstheorie ist die Körperverletzung gem. §§ 223 ff. StGB (vgl. § 52 StGB) grds. in jeder Tötung als Durchgangsstadium enthalten.<sup>25</sup> Die §§ 223 ff. StGB sind subsidiär zu § 212 StGB.

---

<sup>25</sup> Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 212 Rn. 7.

## B. Strafbarkeit der N gegenüber G

### I. Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 3, 4, 5 StGB durch die Gabe des Abführmittels

N könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung zu Lasten Gs gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 3, 4, 5 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Abführmittel in die Wasserflasche der G schüttete.

*Hinweis:* Ebenso ist es möglich, eine Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB) zu prüfen, wenn man auf die Handlung der G (Trinken des mit Abführmittel versetzten Wassers) abstellt.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

###### aa) Vorliegen des Grunddelikts, § 223 Abs. 1 StGB

###### (1) Tathandlung/-erfolg

Die heimliche Verabreichung von Abführmittel mit daraus folgenden langanhaltenden, nicht abflachenden und starken Bauchschmerzen mitsamt übelkeitserregenden Krämpfen, die G nahezu handlungsunfähig machen, ist eine üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlempfinden mehr als nur unerheblich<sup>26</sup> beeinträchtigt (körperliche Misshandlung).<sup>27</sup>

Diese Bauchschmerzen sind ein vom Normalzustand abweichender, krankhafter Zustand, der hervorgerufen wurde (Gesundheitsschädigung).<sup>28</sup>

###### (2) Kausalität

Das Schütten des Abführmittels in das Wasser der G durch N müsste für den Erfolg der Bauchschmerzen auch kausal geworden sein.

Problematisch erscheint hier, dass bei Hinwegdenken der Gabe des Abführmittels durch N der Erfolg in seiner konkreten Gestalt (starke Bauchschmerzen der G) dennoch eingetreten wäre, da dann allein Ms Dosis gewirkt hätte.

Hier führten mehrere voneinander unabhängig vorgenommene Handlungen gleichzeitig zum Erfolg, wobei jede für sich allein schon zur Herbeiführung des Erfolgs in seiner konkreten Gestalt ausgereicht hätte (alternative Kausalität).<sup>29</sup> In solchen Fällen einer Doppelkausalität verfängt die *conditio*-Formel nicht, weshalb die Kausalität verneint und ein Versuch geprüft werden müsste. Da dieses Ergebnis aber als unbefriedigend angesehen wird, wird die Formel wie folgt abgeändert: Von mehreren Handlungen, bei denen jede für sich allein (alternativ), nicht jedoch beide gemeinsam (kumulativ)

<sup>26</sup> Zur Bagatellgrenze vgl. *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 32 ff.

<sup>27</sup> Definition vgl. *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 223 Rn. 4.

<sup>28</sup> Definition vgl. *Eisele*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 296.

<sup>29</sup> *Kindhäuser/Zimmermann*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2023, § 10 Rn. 31.

Folly: Fasching ist nur einmal im Jahr

hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfele, ist jede Handlung kausal.<sup>30</sup>

### (3) Objektive Zurechnung

Andenken könnte man eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung der G durch das Trinken aus der Flasche, die die objektive Zurechnung mangels Gefahrverwirklichung entfallen ließe.<sup>31</sup> G wusste allerdings nichts von dem Mittel. Es fehlt an dem Aspekt der Eigenverantwortlichkeit.

Dass auch M ein Abführmittel in das Getränk der G schüttete, könnte einen atypischen Kausalverlauf, der die objektive Zurechnung mangels Gefahrverwirklichung entfallen ließe, darstellen.<sup>32</sup> Für die Annahme eines atypischen Kausalverlaufs geht es aber rein um die Vorhersehbarkeit des eingetretenen Erfolgs (Bauchschmerzen durch Abführmittelgabe) aus der Sicht der Handelnden N. Dass dieser Erfolg bei einer Überdosis Abführmittel in einem Getränk eintritt, liegt objektiv gesehen nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung eben gerade nicht außerhalb dessen, was erwartbar ist. Die Abführmittelgabe durch M ändert an dem Ergebnis nichts. Die Vermischung der beiden Mittel hatte keinen stärkeren Effekt.

Der Erfolg ist N objektiv zurechenbar.

### bb) Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 StGB

#### (1) § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Das Abführmittel könnte gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein Gift oder einen anderen gesundheitsschädlichen Stoff darstellen, den N der G beigebracht haben müsste.

Ein Gift ist jeder anorganische oder organische Stoff, der durch chemische oder chemisch-physikalische Wirkung geeignet ist, die Gesundheit erheblich (str.)<sup>33</sup> zu beschädigen. Grundsätzlich lassen sich überdosierte Arzneimittel unter diese Variante subsumieren; es muss jedoch wegen der erhöhten Strafandrohung eine Erheblichkeitsschwelle überschritten werden.<sup>34</sup> Das Abführmittel rief erhebliche Schmerzen bei F hervor. Die Gefahr für eine solche Beschädigung war auch konkret.<sup>35</sup> Das Abführmittel ist ein Gift i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB.

Durch das Schütten des Abführmittels in das Wasser der G, die es später trank, konnte das Mittel dem Körper der G beigebracht<sup>36</sup> werden.

#### (2) § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Das Abführmittel ist kein Gegenstand (schon problematisch siehe sogleich), der seiner Natur nach dazu bestimmt ist, auf mechanischem oder chemischen Weg Verletzungen hervorzurufen (vgl. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StGB).<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 229.

<sup>31</sup> Zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung vgl. *Gropp/Sinn*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 101 ff.

<sup>32</sup> Zum atypischen Kausalverlauf vgl. *Kaspar*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2023, § 5 Rn. 92.

<sup>33</sup> Hierzu *Eisele*, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 6. Aufl. 2021, Rn. 327; *Krey/Hellmann/Heinrich*, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 17. Aufl. 2021, Rn. 268.

<sup>34</sup> *Wessels/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 47. Aufl. 2023, Rn. 222.

<sup>35</sup> Zur Forderung einer konkreten Gefahr vgl. *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6 Aufl. 2023, § 224 Rn. 7.

<sup>36</sup> Streit über die Bejahung des Merkmals „Beibringen“ besteht lediglich, wenn das Mittel nur äußerlich wirkt, vgl. *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6 Aufl. 2023, § 224 Rn. 10.

<sup>37</sup> Vgl. *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 224 Rn. 4.

*Folly*: Fasching ist nur einmal im Jahr

Bei dem Abführmittel könnte es sich um ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB handeln. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder Gegenstand, der nach Art seiner Beschaffenheit und konkreten Verwendung dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Problematisch erscheint hier schon die Gegenständlichkeit des Abführmittels.<sup>38</sup> Fraglich ist, ob eine Flüssigkeit unter § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB subsumiert werden kann. Nach einer Ansicht kann jedes Tatmittel dieses Merkmal erfüllen. Hierbei wird von einem weiten Werkzeugbegriff ausgegangen.<sup>39</sup> Nach anderer Ansicht sind Flüssigkeiten mangels Gegenständlichkeit in fester, körperlicher Form keine Werkzeuge i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB. Diese Ansicht entspricht dem Wortlaut der Norm und dem allgemeinen Sprachgebrauch.<sup>40</sup> Zudem würde bei einer Miteinbeziehung von Stoffen unter diese Norm der Anwendungsbereich des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB verkürzt. Eine Flüssigkeit ist daher nicht unter diesen Begriff zu subsumieren. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB würde nicht verfangen.

Möglicherweise könnte etwas anderes gelten, wenn man auf das Behältnis, in dem sich das Abführmittel befindet, abstellt. Das Röhrchen ist ein „Gegenstand“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB. Die Gefahr ging aber nicht direkt von dem Glasröhrchen aus (vgl. „mittels“<sup>41</sup>), sondern von dem Abführmittel darin. Eine weite Auslegung auch auf das Behältnis würde zu Überschneidungen mit § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB führen, weshalb in derart gelagerten Fällen nach h.M. die Nr. 1 als speziellere Regelung heranzuziehen und die Nr. 2 ausgeschlossen ist.<sup>42</sup>

### (3) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Ein Überfall ist jeder plötzliche, unvorhergesehene Angriff, auf den das Opfer nicht rechtzeitig zu reagieren vermag.<sup>43</sup> Unter einem Angriff ist grundsätzlich ein „unmittelbar tätliches Vorgehen gegen das Opfer“ zu verstehen.<sup>44</sup> N wirkte nicht direkt körperlich, beispielsweise durch Schläge, auf G ein. Jedoch ist auch das heimliche Beibringen eines Mittels – das dann unmittelbar körperlich wirkt – unter dieses Merkmal zu subsumieren.<sup>45</sup> Ein Angriff liegt mithin vor.

*Hinweis*: Dieses Merkmal kann mit Begründung verneint werden.

Die Plötzlichkeit dieses Angriffs wird in dem „Eintreten der plötzlichen Wirkung“ gesehen.<sup>46</sup> G konnte sich zudem auf den plötzlichen, unvorhergesehenen Angriff nicht vorbereiten.

Hinterlistig ist jedes planmäßige, die wahren Absichten verdeckendes Vorgehen. Fraglich ist, ob N durch das beschriebene Vorgehen planmäßig verdeckend vorgegangen ist. Dies wurde beispielsweise bei der verdeckten Gabe von Schlafmittel<sup>47</sup> und von K.O.-Tropfen in einem Getränk, die das

<sup>38</sup> Definition vgl. *Dölling*, in: *Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 3.

<sup>39</sup> Vgl. *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 32.

<sup>40</sup> *Hardtung*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 15.

<sup>41</sup> Zu dieser Problematik beispielsweise *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6 Aufl. 2023, § 224 Rn. 20a f.

<sup>42</sup> *Eisele*, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 6. Aufl. 2021, Rn. 333; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 6.

<sup>43</sup> Definition vgl. *Wessels/Hettinger/Engländer*, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 47. Aufl. 2023, Rn. 235.

<sup>44</sup> *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6 Aufl. 2023, § 224 Rn. 22.

<sup>45</sup> Hierzu im Kontext von Schlaf- und Betäubungsmitteln wie K.O.-Tropfen *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6 Aufl. 2023, § 224 Rn. 22; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 10.

<sup>46</sup> *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 10.

<sup>47</sup> BGH NStZ 1992, 490; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 224 Rn. 22; *Dölling*, in: *Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, StGB § 224 Rn. 4.

Folly: Fasching ist nur einmal im Jahr

Opfer mehrere Stunden bewusstlos machen,<sup>48</sup> bejaht.<sup>49</sup> Es kann bei dem Mittel, das von N in einem unbemerkten Augenblick in das Wasser der G geschüttet wurde und das farblos war, eine Parallele gezogen werden.

(4) § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Gemeinschaftlich (vgl. § 28 Abs. 2 StGB) bedeutet das bewusste und gewollte Zusammenwirken.<sup>50</sup> Es wussten weder N noch M, dass die jeweils andere Person auch ein Abführmittel in das Wasser der G getan hatte. Zudem erhöhte das Zusammenwirken die Gefährlichkeit nicht konkret.<sup>51</sup>

(5) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Die Verabreichung des Mittels hat das Leben der G weder abstrakt noch konkret gefährdet.<sup>52</sup>

### b) Subjektiver Tatbestand

N wollte (dolus directus I) der G starke Bauchschmerzen bereiten und sie mithin körperlich misshandeln und an der Gesundheit schädigen (§ 223 StGB). N agierte auch absichtlich bzgl. §§ 224 Abs. 1 Nrn. 1 Var. 1, 3 StGB.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

N handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Ergebnis

N machte sich wegen gefährlicher Körperverletzung zu Lasten Gs gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1 Var. 1, 3 StGB strafbar.

## II. Konkurrenzen

§ 224 Abs. 1 Nrn. 1 Var. 1, 3 StGB verdrängt § 223 Abs. 1 StGB im Wege der Spezialität.

---

<sup>48</sup> Grünewald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 26.

<sup>49</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 224 Rn. 6.

<sup>50</sup> Dazu Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 36 ff.

<sup>51</sup> Zu diesem Erfordernis vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 46.

<sup>52</sup> Zu diesem Streit Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 27; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 238.



## Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23 (LG Stade)<sup>1</sup>

### Eingehungsbetrug beim elektronischen Lastschriftverfahren

Trägt der Zahlungsdienstleister das Ausfallrisiko für im elektronischen Lastschriftverfahren entstehende Rücklastschriften, dann ist bereits mit Abschluss des Vertrages über die Nutzung des Point-of-Sale-Terminals ein Eingehungsbetrug zum Nachteil des Zahlungsdienstleisters vollendet, wenn der Kunde bei den Vertragsverhandlungen verschwiegen hat, dass er das Terminal vertragswidrig für eine Lastschriftreiterei nutzen werde.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

### I. Einführung

Beim Eingehungsbetrug anlässlich eines Vertragsschlusses bewirkt bereits dieser Vertragsschluss einen Gefährdungsschaden, womit unmittelbar die Vollendung von § 263 StGB eintritt, und zwar unabhängig davon, ob das abgeschlossene Geschäft tatsächlich später vollzogen wird oder nicht. Werden nämlich durch ein Rechtsgeschäft gegenseitige Ansprüche begründet (z.B. auf Lieferung bzw. auf Bezahlung derselben, § 433 BGB) und sind die entsprechenden Rechte wirtschaftlich unterschiedlich werthaltig, weil eine Seite nicht erfüllungswillig oder -fähig ist, wird das Vermögen des erfüllungswilligen sowie -bereiten (und vorleistungspflichtigen) Teils unmittelbar durch die gegenseitige Begründung der Ansprüche reduziert. Wenn nun in dem Beispiel der Bestellung von Waren, welche die Gegenseite nicht bezahlen will, es später tatsächlich zum (einseitigen) Vollzug des Vertrages kommt und dadurch die bisherige bloße Vermögensgefährdung in einen realen Vermögensminderwert beim Geschädigten umschlägt, der seine Ware verliert, aber keine Gegenleistung erhält, so ist die damit verbundene Schadensvertiefung regelmäßig auf dieselbe Täuschung und denselben Irrtum des Geschädigten zurückzuführen, nämlich auf diejenigen bei Vertragsschluss. Daher verwirklicht die Erfüllung des Vertrages den Betrugstatbestand kein zweites Mal, sondern stellt eine schlichte Fortsetzung des ursprünglichen Eingehungsbetruges dar. Der Täter begeht also nur einen einzigen Betrug, bei dem der Schaden allerdings sukzessive eintritt.

Über die soeben geschilderte strafrechtliche Bewertung herrscht weitgehende Einigkeit.<sup>2</sup> Die Konstellation, welche der Entscheidung des *Senats* zu Grunde liegt, unterscheidet sich allerdings

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=ad728d533505bd474832e2d0ad3ded4e&nr=135544&pos=0&anz=1>; ferner veröffentlicht in NJW 2023, 3804; die Entscheidung wird z.T. als Beschluss, auf der Website des BGH hingegen als Urteil bezeichnet. Der Entscheidungstext legt jedoch nahe, dass es sich tatsächlich um einen Beschluss handelt, vgl. BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 1.

<sup>2</sup> BGH NJW 1953, 836; BGHSt 15, 24 (26 f.); 45, 1 (4 f.); 51, 165 (174); BGH NStZ 2008, 96 (98); BVerfG NJW 2012, 907 (916 f.); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 263 Rn. 176 ff.; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 316 ff.; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetz-

davon ein wenig. Hier folgten nämlich dem betrügerischen, das Vermögen des Opfers gefährdenden Vertragsschluss 78 einzelne Realisierungen des Schadens, die zudem auf weiteren Täuschungsakten beruhten. Gleichwohl meint der *Senat*, die geschilderten Grundsätze des Eingehungsbetruges auch auf ein solches Geschehen anwenden und nur wegen eines einzigen Betruges verurteilen zu sollen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist ihm das nicht ganz überzeugend gelungen.

## II. Der Sachverhalt

Der Angeklagte war alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH, die keinen Geschäftsbetrieb im eigentlichen Sinne ausübte, sondern vom Angeklagten ausschließlich als Mittel zur Begehung von Straftaten genutzt wurde. Seine Idee war, ein Zahlungsdienstleistungsunternehmen, die P, mittels fingierter Lastschriftinzüge zu Zahlungen an die GmbH zu veranlassen. Zu diesem Zweck schloss er in seiner Funktion als Geschäftsführer unter Vortäuschen eines geplanten Einsatzes bei realen Zahlungsvorgängen mit der P einen Vertrag über die Nutzung eines mobilen Point-of-Sale (PoS). Hierbei handelt es sich um ein elektronisches Lesegerät, wie es heute u.a. im Einzelhandel überall zu finden ist und das den dort einkaufenden Endkunden erlaubt, kontaktlos, mittels Eingabe einer PIN oder aber eben auch per Ermächtigung zum Lastschriftinzug Waren zu bezahlen. Auch das dem Angeklagten nach Vertragsschluss am 29.7.2020 übersandte Gerät war geeignet, Transaktionen im sog. elektronischen Lastschriftverfahren durchzuführen, bei denen statt einer PIN-Eingabe vom Endkunden eine Unterschrift zu leisten ist. In einem solchen Fall zieht der Zahlungsdienstleister die einzelnen Zahlungen der Endkunden von deren Konten ein. Zugleich sammelt er die Transaktionen für den Händler und überweist die gesammelten Zahlungen eines bestimmten Zeitabschnitts als sog. Kassenschnitt an den Händler. Weisen die Konten der Endkunden jedoch keine ausreichende Deckung auf (oder widersprechen diese gegenüber ihrer Bank der Abbuchung), kommt es zu einer Rücklastschrift zulasten des Kontos des Händlers.<sup>3</sup> Hier allerdings vereinbarte der Angeklagte mit der P zusätzlich einen sog. Clearing-Service. Dieser bewirkte, dass dem Konto der GmbH bereits vor Abschluss des „Clearings“ mit der jeweiligen Bank der Endkunden die Beträge der durch das PoS abgewickelten Bezahlvorgänge gutgeschrieben wurden. Das Risiko eines Zahlungsausfalls durch spätere Rücklastschriften trug somit zunächst einmal die P. Dem Angeklagten ermöglichte die Vorleistung der Geschädigten, vorzeitig auf die dem Konto der GmbH gutgeschriebenen Geldbeträge zuzugreifen.<sup>4</sup> Ein solcher Clearing-Service ist im normalen Geschäftsverkehr im Übrigen durchaus sinnvoll: Er gewährleistet die laufende Liquidität des Händlers, der nicht wochenlang auf sein Geld warten muss. Und weil sich üblicherweise der Anteil der Rücklastschriften in überschaubaren Grenzen hält, kann auch das Risiko etwaiger Zahlungsausfälle sowohl beim Zahlungsdienstleister als auch beim Händler vernachlässigt werden.

Anders sieht das natürlich bei böswilligen Händlern wie dem Angeklagten aus. Dieser wickelte nämlich im August und September 2020 in Ausführung seines Plans über den PoS insgesamt 78 Bezahlvorgänge mit einem Gesamtvolumen von 346.987,34 Euro ab. Er verwendete hierbei seine eigene sowie zwei weitere Bankkarten für Konten, die allesamt keine entsprechende Deckung aufwiesen. Entsprechend dem vereinbarten Clearing-Service zahlte die P gleichwohl die Beträge erst einmal auf

---

buch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 128 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 219 ff.; *Heghmanns*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 1397 f., 1404; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2021, Rn. 692; abl. dagegen *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 232, 238 (solange keine Schädigung, wie das Opfer noch selbst auf sein Vermögen einwirken, z.B. die Ware versenden muss).

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 2.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 3.

das Konto der GmbH. Die ausgelösten Lastschriften wurden in der Folge seitens der bezogenen Banken widerrufen; die Rücklastschriften schädigten am Ende die P, weil der Angeklagte die im Tatzeitraum von der P dem Konto der GmbH gutgeschriebenen Beträge jeweils zeitnah abgehoben hatte, um das Geld für private Zwecke zu nutzen.<sup>5</sup>

### III. Die Entscheidung des Senats

Die Strafkammer hatte den Angeklagten wegen Betruges in 78 tateinheitlichen Fällen unter Einbeziehung einer Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren acht Monaten verurteilt.<sup>6</sup> Auf die gegen das Urteil der Strafkammer gerichtete Revision des Angeklagten änderte der *Senat* den Schuldspruch in eine Verurteilung wegen eines einzigen Betruges.<sup>7</sup> Er verwarf aber die Revision im Übrigen gem. § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet, weil er ausschloss, dass die Strafkammer bei richtiger Betrachtung eine mildere Strafe verhängt hätte.<sup>8</sup>

#### 1. Die Annahme nur eines einzigen Betruges

In seiner Begründung ordnet der *Senat* das Geschehen zunächst völlig zu Recht als vollendeten Eingehungsbetrag ein,<sup>9</sup> wobei sein zur Erläuterung herangezogener Vergleichsfall jedoch nicht der oben geschilderte Versandungskauf ist, sondern der sog. Kontoeröffnungsbetrag. Bei diesem eröffnet der Täter ein Konto, üblicherweise mit gefälschten Personalpapieren oder/und unter Vortäuschen seiner Zahlungswilligkeit oder -fähigkeit. Wenn ihm daraufhin ein Überziehungskredit eingeräumt wird oder ihm EC-Karten mit Einlösegarantie oder gar eine Kreditkarte überlassen werden, so liegt bereits in dieser Kontoeröffnung ein vollendeter Betrug, weil der Täter einen ungehinderten Zugriff auf das Bankvermögen erhält. Ähnlich liege es, so der *Senat*, im Fall des Angeklagten mit der Übersendung des PoS angesichts des vereinbarten Clearing-Services.<sup>10</sup>

Mit dieser Festlegung auf einen Eingehungsbetrag verträgt sich der Schuldspruch der Strafkammer allerdings nicht. Offensichtlich war die Strafkammer von 78 Täuschungshandlungen ausgegangen, die sie jeweils in der Übersendung der 78 Lastschrifteinzüge gesehen hatte. Die zwischen diesen angenommene Tateinheit ließe sich über einen einheitlichen Tatentschluss konstruieren, der angesichts der notwendigen Tatvorbereitungen (Vertrag über das PoS, Clearing-Service) auf der Hand lag. Die Strafkammer hatte das betrügerische Handeln des Angeklagten daher in die Erfüllungsphase verlegt und keinen Eingehungsbetrag anlässlich des Vertragsschlusses angenommen.

Allerdings weist der Schuldspruch der Strafkammer zugleich auf einen erheblichen Unterschied in der Sachverhaltskonstruktion zum klassischen Eingehungsbetrag, z.B. qua Versandungskauf, hin. Während dort nämlich die Erfüllungsphase ohne weitere Täuschung abläuft und die Versendung auf dem fortdauernden, schon bei der Bestellung erregten Irrtum beruht, konnte der Angeklagte nicht einfach die Hände in den Schoß legen und das Geld erwarten, sondern er musste durch die Übersendung der Lastschrifteinzüge noch einmal selbst tätig werden. Jede dieser Übersendungen enthielt aber konkludent die falsche Behauptung, es handele sich um reelle Lastschrifteinzüge, bei welchen

---

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 4.

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 1. Daneben wurde ein Betrag von 346.987,34 Euro als Tatertrag eingezogen, was hier jedoch nicht weiter interessieren soll.

<sup>7</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 12.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 13.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 6 f.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 8.

eine Zahlung durch die jeweils bezogenen Banken zu erwarten stünde. Das war natürlich nicht der Fall, weil – wie der Angeklagte wusste – die bezogenen Konten deckungslos waren. Damit lagen nun tatsächlich 78 weitere, unter den Betrugstatbestand subsumierbare Handlungen vor, und zwar zusätzlich zu dem Eingehungsbetrug.

Der *Senat* hat diese weiteren Täuschungshandlungen in seinem Beschluss mit keinem Wort erwähnt. Er hat lediglich in anderem Zusammenhang ausgeführt, der durch den Vertragsschluss ausgelöste Vermögensschaden sei vollständig in den durch die später bewirkten Lastschriftinzüge entstandenen Schäden enthalten.<sup>11</sup> Der *Senat* misst also der Erfüllungsphase ganz offenbar keine eigenständige Bedeutung zu. Geht man wie der *Senat* von einem vollendeten Eingehungsbetrug aus, wäre das konstruktiv auf drei Wegen erklärbar: Entweder nimmt man an, es entstünde jedenfalls kein weitergehender Vermögensschaden, womit es dann zu keiner zusätzlichen Tatbestandserfüllung gekommen wäre. Oder aber man sieht die 78 Übersendungen als reine Verwertungshandlungen an, die als mitbestrafte Nachtaten im Wege der Gesetzeskonkurrenz vom Eingehungsbetrug konsumiert werden. Und schließlich könnte man auch diese Sonderkonstellation als einheitlichen Betrug begreifen, ihn also gleich dem Eingehungsbetrug mit anschließender Erfüllung ohne weitere Täuschungen behandeln.

Die erstgenannte Erklärung – gar kein weiterer Vermögensschaden – wäre freilich kaum zu begründen. Schon grundsätzlich dürfte ein Gefährdungsschaden nach wirtschaftlicher Bewertung weniger hoch ausfallen als ein realer Schaden. Wenn ich beispielsweise durch die unbedachte Preisgabe meiner Kontodaten einer Person den Zugriff auf mein Konto eröffnet habe, so ist zwar das gesamte Kontoguthaben in Gefahr. Weil es aber ja nicht zwangsläufig zu einer vollständigen Kontoabräumung kommen muss – der Täter kann vorher gefasst werden, es gelingt ihm nur das Abheben von Teilbeträgen usw. – ist bei wirtschaftlicher Betrachtung im Vergleich zu einem realen Totalverlust des Kontoguthabens von einem zumindest etwas geringeren Gefährdungsschaden auszugehen. Folgerichtig vertiefen und erweitern anschließende Verwertungshandlungen einen bereits vorhandenen Gefährdungsschaden.

Schon näher liegt die Annahme mitbestrafter Nachtaten. Solche werden u.a. bei Verwertungshandlungen angenommen,<sup>12</sup> etwa bei der betrügerischen Einlösung zuvor entwendeter Sparbücher<sup>13</sup> oder beim betrügerischen Rückverkauf zuvor gestohlener Waren an deren ursprünglichen Eigentümer.<sup>14</sup> Da man davon ausgehen kann, dass auch hier die Lastschriftübersendungen allein der Realisierung des bereits zuvor angelegten Gefährdungsschadens dienen, könnte man sie sehr gut im Konkurrenzwege eliminieren. Damit wäre die Annahme des *Senats*, es sei nur wegen eines Eingehungsbetruges zu bestrafen, unter diesem Blickwinkel jedenfalls im Ergebnis nicht falsch.

Die simpelste Lösung wäre freilich die Annahme eines einheitlichen Betrugsgeschehens trotz der mehrfachen und sukzessiven Täuschungen. Die zentrale Frage, um hierhin zu gelangen, lautet: Spielt es beim Eingehungsbetrug mit anschließender Erfüllung eine (oder keine) Rolle, ob in der Erfüllungsphase weitere Täuschungen erfolgen müssen, um die in der Eingehungsphase bewirkte Gefährdung in eine abschließende Schädigung zu intensivieren? Dogmatisch sauberer scheint es zu sein, zwei Phasen, die je für sich alle Merkmale des Betrugstatbestandes erfüllen, nicht auf diese Weise zu vermengen, sondern getrennt zu betrachten. Dafür streiten mehrere Erwägungen: Erstens wäre es schon systematisch fragwürdig, solche Tatserien undifferenziert zu einer Tat zusammenzufassen;

<sup>11</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 11.

<sup>12</sup> *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 413, *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 69; BayObLG NJW 1999, 1648 f.

<sup>13</sup> BGH StV 1992, 272; BGH wistra 1999, 108; BGH NStZ 2008, 396.

<sup>14</sup> RGSt 49, 16 (18).

bei Einbruchsserien oder anderen Serientaten (z.B. des sexuellen Missbrauchs) geschieht dies regelmäßig nicht, selbst wenn jeweils dasselbe Tatopfer betroffen ist. Zweitens – und damit zusammenhängend – ist das Tatunrecht ein höheres, falls man mehrfach täuschen muss, um sein Endziel zu erreichen, der endgültige wirtschaftliche Taterfolg also nicht allein durch die Täuschung bei Vertragsschluss zu erreichen ist. Und drittens lässt sich nur über eine Trennung die Beteiligung eines Täters an bloß einer der beiden Phasen angemessen erfassen. An anderer Stelle zitiert der *Senat* den Fall<sup>15</sup> eines Eingehungsbetrugs (Verschweigen von Schmiergeldanteilen in vereinbarten Einzelpreisen) mit anschließender – jahrelanger – Erfüllung unter weiteren entsprechenden Täuschungen anlässlich der Geltendmachung erbrachter Arbeiten. Der dort Angeklagte war allerdings an der Erfüllung unbeteiligt geblieben und es ging um die Frage, ob seine Beteiligung am Eingehungsbetrag nicht verjährt war, was verneint wurde, weil der (einheitliche) Betrug als Ganzes erst mit der letzten Erfüllung auch beendet sei. In einer solchen Konstellation eines an der Erfüllung unbeteiligten Mittäters eines Eingehungsbetruges wäre es wenig sachgerecht, ihm die von ihm nunmehr unabhängige weitere (unter der alleinigen Tatherrschaft seiner Tatgenossen stattfindende) Tatbegehung mit all ihren Zufälligkeiten zuzurechnen, statt ihm lediglich die von ihm verschuldete Vermögensgefährdung anzulasten.

Wie schon angedeutet, positioniert sich der *Senat* zunächst nicht ganz eindeutig dazu, wie er die von ihm vorgenommene Schuldspruchänderung dogmatisch fundieren möchte. Aus den Überlegungen zum Schaden allerdings wird dann deutlicher, dass er seinem Konstrukt das Modell eines einheitlichen Betruges – ungeachtet der weiteren Täuschungen – zu Grunde legen möchte.

## 2. Schadenshöhe von 346.987,34 Euro?

Die Strafkammer hatte nämlich entsprechend ihrer auf die Einreichung der Lastschriftinzüge fokussierten Lösung als tatbestandlichen Schaden die Summe der 78 Lastschriften i.H.v. 346.987,34 Euro zu Grunde gelegt. Der tatbestandliche Schaden eines Eingehungsbetruges hingegen bemisst sich nach dem Gefährdungsgrad (wie wahrscheinlich ist eine Schädigung?) und der Höhe des gefährdeten Vermögens (wie hoch ist der maximal erreichbare Schaden?).<sup>16</sup> Dem stimmt der *Senat* zunächst explizit zu.<sup>17</sup> Insoweit hatte die Strafkammer jedoch offenbar keine Hinweise für eine Schadensberechnung geliefert, weshalb die vom *Senat* ins Auge genommene Korrektur des Schuldspruches zum einen voraussetzt, hinlängliche Ansätze für die seit der Al Quaida-Entscheidung des BVerfG notwendige Schadensbeifferung<sup>18</sup> zu haben, weil sonst schon gar kein Schuldspruch möglich gewesen wäre. Da beim Betrug die Strafe zudem wesentlich von der Schadenshöhe abhängt, wäre ohne entsprechende Feststellungen zur Schadenshöhe zumindest gem. § 354 Abs. 2 StPO eine Aufhebung des Strafausspruches und die Zurückverweisung an eine andere Strafkammer des LG Stade notwendig gewesen, damit diese eine zu dem veränderten Schuldspruch passende Strafbemessung vornehme.

Dem *Senat* war allerdings offenbar daran gelegen, die Sache zum Abschluss zu bringen. Das konnte aber nur gelingen, wenn es bei der Feststellung der Strafkammer, der Schaden betrage 346.987,34 Euro, bleiben konnte. Dazu war es notwendig, den bei Vertragsschluss schon entstandenen Gefährdungsschaden mit dem später entstandenen realen Vermögensverlust der P gleichzusetzen. Genau diese Gleichsetzung versucht der *Senat*, indem er ausführlich darlegt, dem Angeklagten geschehe schließlich kein Unrecht, wenn man auf den realen Schaden abstelle, denn dieser sei ja voll-

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 29.1.1997 – 2 StR 633/96 (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Konkurrenzen 9 = NStZ 1997, 542).

<sup>16</sup> BGH NStZ 2022, 409 (411); BVerfG NJW 2012, 907 (916 f.).

<sup>17</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 10.

<sup>18</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (916 f.).

ständig im Gefährdungsschaden enthalten gewesen.<sup>19</sup> Der *Senat* versucht also, plausibel zu machen, dass der Gefährdungsschaden jedenfalls mindestens den Betrag des Erfüllungsschadens erreicht (was einen real sogar noch höheren Gefährdungsschaden impliziert, der bloß nicht genauer zu beziffern ist). Dabei kommt dem *Senat* nun ausgerechnet ein weiterer Unterschied zum Eingehungsbetrag beim Versandungskauf zu Gute: Während dort genau absehbar ist, was maximal als Erfüllungsschaden eintreten kann (demgegenüber der Gefährdungsschaden in der Regel geringer ausfallen müsste), war es hier bei Vertragsschluss noch völlig unklar, wie viele erfolgreiche Lastschrift-einzüge dem Angeklagten gelingen würden.<sup>20</sup> Bei geringerer Aufmerksamkeit der P oder dem Ausfüllen betragsmäßig höherer Lastschrifteinzugsermächtigungen durch den Angeklagten hätte am Ende folglich ein noch deutlich höherer Erfüllungsschaden herauskommen können als die tatsächlich verursachten Schäden von 346.987,34 Euro, die daher einen Mindestschaden darstellen würden. Nun bleibt das freilich alles spekulativ und wenn man zur Schadensbemessung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt, dann hätte es aus damaliger Sicht schließlich auch deutlich weniger werden können, z.B. wenn die P etwas misstrauischer agiert und angesichts der Rücklastschriften dem Angeklagten zügiger den Geldhahn zugedreht hätte. Diesem auf der Hand liegenden Einwand versucht der *Senat* mit zwei Argumenten zu entgehen: Zum einen beruft er sich darauf, es sei „anerkannt, dass in solchen Fallkonstellationen auf den in der Erfüllungsphase eintretenden endgültigen Vermögensnachteil abgestellt werden kann, da die Vertragsdurchführung auf der für den Vertragsschluss ursächlichen Täuschung beruht.“<sup>21</sup> Der eine dazu angeführte Beleg<sup>22</sup> betrifft den oben bereits angesprochenen Fall eines Eingehungsbetrugs (Verschweigen von Schmiergeldanteilen in den vereinbarten Einzelpreisen) mit anschließender – jahrelanger – Erfüllung unter weiteren Täuschungen anlässlich der Geltendmachung erbrachter Arbeiten. Angesichts des Erkenntnisinteresses dieser zitierten Entscheidung (wann ist der Eingehungsbetrag beendet?) ist ihre Aussage zum tatbestandlichen Verhältnis von Eingehungs- und Erfüllungsphase aber vielleicht nicht ganz so gewichtig, wie der *Senat* zu glauben scheint. Sein zweites Argument will nochmals verdeutlichen, warum dem Angeklagten kein Unrecht geschehe: Es bestehe „auch kein Anhaltspunkt dafür, dass ein atypischer Schadensverlauf einen den Eingehungsschaden nicht mehr repräsentierenden überschießenden Erfüllungsschaden verursacht haben könnte.“<sup>23</sup> Das mag richtig oder falsch sein, was sich aus der Ferne nicht beurteilen lässt. Es ignoriert aber die bereits angesprochene Unsicherheit darüber, ob (und wie lange) es nach Erhalt des PoS-Gerätes und den abgeschlossenen Vereinbarungen mit der P tatsächlich gelingen werde, der P mit Erfolg betrügerische Lastschriften zu präsentieren.

### 3. Einheitlicher Betrug

Ganz am Ende seines Beschlusses wird der *Senat* dann doch noch deutlicher:

„Reicht die im Rahmen des Verpflichtungsgeschäfts vorgenommene Täuschungshandlung – wie hier – bis in die Erfüllungsphase, dann liegt beim Zusammentreffen von Eingehungs- und Erfüllungsbetrag eine einheitliche Betrugstat vor.“<sup>24</sup>

<sup>19</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 11.

<sup>20</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 11.

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 11.

<sup>22</sup> BGH NStZ 1997, 542.

<sup>23</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 11.

<sup>24</sup> BGH, Beschl. v. 4.10.2023 – 6 StR 258/23, Rn. 12.

Eine Begründung dieser Aussage wird freilich durch die Zitation von vier Vorentscheidungen<sup>25</sup> ersetzt, die z.T. schon gar nicht die hier interessierende Konstellation abdecken. So liegt es bei BGH NStZ 2007, 578 (Fall des Subventionsbetruges – tatbestandlich ist in § 264 StGB gar kein Schaden vorausgesetzt) und bei BGHSt 47, 160 (betrügerische Erlangung einer EC-Karte mit anschließenden Abhebungen am Geldautomaten, die – weil Abhebung durch den Karteninhaber – straffrei blieben,<sup>26</sup> da § 263a StPO insoweit nicht greift). Im Fall BGHSt 58, 102 lag ein Sportwettbetrug vor, aber es war explizit unklar geblieben, ob es überhaupt zu Täuschungen in der Erfüllungsphase gekommen war.<sup>27</sup> Einschlägig ist am Ende nur BGH NStZ 1997, 542: Die oben bereits zweimal erwähnte Entscheidung betraf jedoch allein die Teilnahme an der Eingehungsphase und die für die Tatverjährung maßgebende Frage nach der Beendigung dieses Eingehungsbetruges.

#### IV. Bewertung

Die Entscheidung des *Senats* kennzeichnet damit etwas, was eigentlich nicht passieren dürfte: Es wird eine Entscheidung durchaus grundlegender Natur getroffen, ohne sie argumentativ hinlänglich zu erfassen und zu begründen. Stattdessen werden lediglich Vorentscheidungen zitiert, welche jedoch die notwendigen Aussagen entweder ihrerseits gar nicht enthalten, weil sie andere Konstellationen betreffen und damit überhaupt nicht einschlägig sind, oder für die die maßgebende Frage gar nicht bedeutsam waren, weshalb sie diese nur knapp am Rande und nicht in tragenden Erwägungen behandeln. Wie unter III. 1. ausgeführt, hätte eine gegenüber dem Eingehungsbetrug ohne nachfolgende Täuschungsakte abweichende Behandlung aus sachlichen Erwägungen heraus jedenfalls nähergelegen.

Die Wirkung des damit recht unsauber begründeten Beschlusses ist gleichwohl nicht zu unterschätzen. Kommt es zu einem Eingehungsbetrug, so spielt es der Logik der Entscheidung zufolge künftig keine Rolle mehr, ob es in der Erfüllungsphase zusätzlich zu Täuschungen und zu Vertiefungen des zuvor begründeten Gefährdungsschadens gekommen ist, oder ob das täuschungsbedingt zustande gekommene Rechtsgeschäft ohne weiteres Zutun seitens des Täters vom Opfer schlicht erfüllt, also der Betrugstatbestand kein zweites Mal vollständig verwirklicht wird. In beiden Fällen handelt es sich um einen einzigen einheitlichen Betrug, dessen Vermögensschaden sich allein danach bemisst, was am Ende als wirtschaftlich realisierte Schädigung steht.

Die Lösung des *Senats* mag die Arbeit der Tatgerichte stark vereinfachen, weil sie sie der gelegentlich komplexen Aufgabe enthebt, einen Gefährdungsschaden exakt zu berechnen. Sie mag am Ende des Tages auch durchaus zu gerechten Resultaten gelangen, weil der jeweilige Täter nach dem Schaden bestraft wird, den er tatsächlich verursacht hat. Das Ganze aber trotz des damit in die Erfüllungsphase verlagerten Kerns des Tat- und Erfolgsunrechts weiterhin als (verlängerten) Eingehungsbetrug einzuordnen, verursacht dogmatisch angesichts der weiteren Täuschungen zumindest ein Störgefühl. Deutlich sachgerechter und dogmatisch auch sauberer wäre es dann wohl gewesen, derartige Fälle ganz anders zu behandeln: Man bestrafe den Täter wegen der Betrugstaten in der Erfüllungsphase und lasse den Eingehungsbetrug demgegenüber als mitbestrafte Vorbereitungsstat im Wege der Konsumtion zurücktreten. Das ursprüngliche Urteil der Strafkammer wäre mit dieser Idee im Ergebnis jedenfalls sehr gut zu vereinbaren gewesen.

<sup>25</sup> Genannt werden BGH, Beschl. v. 21.11.2001 – 2 StR 260/01 (= BGHSt 47, 160); BGH NStZ 2007, 578 (579); BGH, Urt. v. 29.1.1997 – 2 StR 633/96 (= NStZ 1997, 542 = BGHR StGB § 263 Abs. 1 Konkurrenzen 9); BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 4 StR 55/12 (= BGHSt 58, 102 [109]).

<sup>26</sup> BGHSt 47, 160 (162).

<sup>27</sup> BGHSt 58, 102 (109).