



### HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.  
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
Doblerstrasse 15  
D-72070 Tübingen

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)  
Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.Mel. (Stellv. Vorsitzender)  
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)  
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)  
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

### BEIRAT

RA Dr. Felix E. Buchmann  
StA Dr. Ralf Dietrich  
Prof. Dr. Jörg Eisele  
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
Prof. Dr. Volker Haas  
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
RD Jochen Heinz  
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)  
RA Prof. Rainer Kirchdörfer  
Prof. Dr. Alexander Proelß  
Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
Prof. Dr. Dominik Skauradzun  
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
Prof. Dr. Christian Traulsen  
RA Dr. Werner Walk  
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X  
www.zeitschrift-jse.de  
redaktion@zeitschrift-jse.de

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRAG

*Antonia Braun*

Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz

### KLAUSUREN

*Pius O. Dolzer/Christian F. Majer*

Zivilrecht: „Ein Flüchtling aus Gambia“

*Michael Hippeli*

Strafrecht: „Schuld und späte Sühne“

*Dominik Skauradzun*

Zivilrecht: „Ein Audi A5 als Stein des Anstoßes“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*

Steuerpflicht als ersatzfähiger Schaden

*BGH*

Gefährdungshaftung im Nachbarschaftsverhältnis

*BAG*

Verwirkung des Widerspruchsrechts beim Betriebsübergang

*BGH*

Eigentums- und Gewahrsamsverhältnisse bei Entnahme von Bargeld aus Bankautomaten durch Nicht-Kontoinhaber

*LG Augsburg*

Anonyme Anzeige, Anfangsverdacht, Wohnungsdurchsuchung

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>Beitrag</b>	<b>Antonia Braun</b> Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz	Seite ▶ 1
<b>Klausuren</b>	<b>Pius O. Dolzer/Christian F. Majer</b> Examensklausur Zivilrecht: „Ein Flüchtling aus Gambia“	Seite ▶ 13
	<b>Michael Hippeli</b> Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Schuld und späte Sühne“	Seite ▶ 23
	<b>Dominik Skauradszun</b> Anfängerklausur Zivilrecht: „Ein Audi A5 als Stein des Anstoßes“	Seite ▶ 34
<b>Rechtsprechung Zivilrecht</b>	<b>BGH</b> Steuerpflicht als ersatzfähiger Schaden Urteil vom 09.11.2017 ( <i>Julius Forschner</i> )	Seite ▶ 40
	<b>BGH</b> Gefährdungshaftung im Nachbarschaftsverhältnis Urteil vom 09.02.2018 ( <i>Julius Forschner</i> )	Seite ▶ 43
	<b>BAG</b> Verwirkung des Widerspruchsrechts beim Betriebsübergang Urteil vom 14.08.2017 ( <i>Markus Meißner</i> )	Seite ▶ 46
<b>Rechtsprechung Strafrecht</b>	<b>BGH</b> Schwere Körperverletzung: Dauerhafte Gebrauchsunfähigkeit eines Körperteiles bei unterlassener Behandlung Urteil vom 07.02.2017 ( <i>Henning T. Lorenz</i> )	Seite ▶ 50
	<b>BGH</b> Voraussetzungen heimtückischen Handelns Beschluss vom 15.11.2017 ( <i>Alexander Bechtel</i> )	Seite ▶ 57

**BGH**

Eigentums- und Gewahrsamsverhältnisse bei Entnahme von  
Bargeld aus Bankautomaten durch Nicht-Kontoinhaber  
Beschluss vom 16.11.2017 (*Alexander Bechtel*)

Seite ▶ 60

**LG Augsburg**

Anonyme Anzeige, Anfangsverdacht, Wohnungsdurchsuchung  
Beschluss vom 12.09.2017 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 63

---

## EDITORIAL

---

Die erste Ausgabe der JSE im inzwischen nicht mehr ganz so neuen Jahr beginnt gewohnt Praxisrelevant mit einem **Beitrag** zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG). In ihrem mit Beitrag, welcher mit „staatlicher Beitrag gegen Hate Speech und Fake News oder Aufforderung zu privater Zensur?“ untertitelt ist, widmet sich BRAUN vor Allem der Frage nach der Verfassungsgemäßheit des seit ersten Januar dieses Jahrs angewendeten Regelwerkes. Hierfür wird auch auf die zentralen Begriffe der rechtspolitischen Debatte über den „Kampf“ gegen Hassrede („hate speech“) und arglistige Falschberichterstattung („fake news“) im Internet sowie auf die Grundlagen staatlicher Einschränkungen der Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit eingegangen. Die Darstellung selbst erfolgt dabei stets studierendengerecht als „schulmäßige“ Prüfung.

Den Schwerpunkt der vorliegenden Ausgabe bilden jedoch zweifelsohne die drei Falllösungen, welche dieses Mal jeden im Studium anzutreffenden Schwierigkeitsgrad abbilden. Die erste **Klausur** ist an Studierende in der Examensvorbereitung gerichtet und trägt den Titel „Ein Flüchtling aus Gambia“. In ihr setzen sich DOLZER und MAJER aus zivilrechtlicher Sicht mit verschiedenen Problemen der Diskriminierung auseinander, wobei das Deliktsrecht und das allgemeine Schuldrecht klar den Schwerpunkt der Darstellung bilden.

Auch die zweite – dieses Mal an Studierende in der Fortgeschrittenenübung gerichtete – **Klausur** greift mit der strafrechtlichen Bewältigung nationalsozialistischen Unrechts ein noch immer rechtlich wie gesellschaftspolitisch relevantes Thema auf. In seiner Falllösung „Schuld und späte Sühne“ arbeitet HIPPEL anhand drei verschiedener Fallkonstellationen heraus, in welchem Umfang die Beteiligung am Holocaust strafrechtlich geahndet werden kann und welche Rechtsprobleme sich dabei stellen. Neben den Tötungsdelikten stehen hier naturgemäß die Normen zur Beteiligung an einer Straftat (§§ 25 ff. StGB) im Mittelpunkt der Betrachtung.

In der dritten **Klausur** werden sodann noch einmal einige Fragen des bürgerlichen Rechts für Erst- und Zweitsemesterstudierende aufgearbeitet. In seinem mit „Ein Audi A5 als Stein des Anstoßes“ überschriebenen Fall bereitet SKAURADSZUN einige Grundfragen der Stellvertretung, der Anfechtung und der Regelungen über AGB didaktisch auf.

Die **Rechtsprechung** in dieser Aufgabe beschränkt sich weitgehend auf den Zuständigkeitsbereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit, was sie allerdings in keiner Weise weniger relevant für Praxis und Staatsexamina macht. Den Anfang macht wie gewohnt das **Zivilrecht**. Dort wurde dem IX. Zivilsenat des BGH die Frage vorgelegt, inwiefern sich ein ersatzfähiger Schaden daraus ergeben kann, dass infolge einer versehentlich und ohne vorherige Abstimmung mit dem Mandanten an die Finanzverwaltung übermittelten Selbstanzeige eine Steuerpflicht resultiert (FORSCHNER). Unterdessen musste sich der V. Zivilsenat damit auseinandersetzen, inwiefern das Nachbarschaftsverhältnis einer Gefährdungshaftung zugänglich ist (FORSCHNER) und aus dem weiten Feld des individuellen Arbeitsrechts hatte der 8. Senat des BAG die Frage zu klären, unter welchen Voraussetzungen das Widerspruchsrecht im Falle eines Betriebsüberganges (§ 613a Abs. 6 S. 1 BGB) verwirkt wird (MEISNER).

Die erste Entscheidung aus dem Bereich des **Strafrechts** ist dem allgemeinen Teil des StGB entnommen. Konkret ging es im Urteil des 5. Strafsenates des BGH darum, inwiefern dem Täter einer schweren Körperverletzung – im Hinblick auf den geforderten „Tatbestandsspezifischen Gefahrenzusammenhang“ – auch solche Folgen der Tat zugerechnet werden können, die aus einer Behandlungsverweigerung des Opfers resultieren (LORENZ). Die Leipziger Richter zeichnen auch für die zweite Entscheidung verantwortlich, in der es um die immer wieder in Anfängerklausuren anzutreffende Frage geht, welche Anforderungen an das Mordmerkmal der Heimtücke zu stellen sind (BECHTEL). Ebenfalls ein „Klassiker“ ist die Frage, wie sich die Entnahme von Bargeld aus einem Bankautomaten durch einen Nichtberechtigten auf die Eigentums- und Gewahrsamsverhältnisse an dem entnommenen Geld auswirkt. Diesbezüglich Klarheit zu schaffen war Aufgabe des 2. Strafsenates (BECHTEL). Den Abschluss bildet sodann ein Beschluss des LG Augsburg, in welchem sich die Kammer damit zu beschäftigen hatte, ob auch anonyme Anzeigen den Anfangsverdacht einer Straftat zu begründen vermögen (ERNST).

Prof. Dr. **Christian F. Majer**  
Schriftleiter

Dipl.-Jur. **Sascha Sebastian, M.Mel.**  
Stellvertretender Schriftleiter

---

## BEITRAG

---

Stud. iur. **Antonia Braun\***

# Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz

## staatlicher Beitrag gegen Hate Speech und Fake News oder Aufforderung zu privater Zensur?

### Gliederung

#### Abstract

#### A) Einleitung

#### B) Das NetzDG

- I. Hate Speech und Fake News
- II. Bisherige Rechtslage
- III. Gründe und Ziele
- IV. Inhalt
- V. Hate Speech und Fake News im NetzDG

#### C) Ist das NetzDG ein „Zensurgesetz“?

- I. Begriffliche Zuordnung
- II. Meinungsfreiheit
- III. Informationsfreiheit
- IV. Presse- und Rundfunkfreiheit
- V. Schranken
  1. Zensurverbot, Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG
  2. Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 2 GG
  3. Allgemeines Gesetz
- VI. Schranken-Schranken; Verhältnismäßigkeit
  1. Legitimer Zweck
  2. Geeignetheit
  3. Erforderlichkeit
  4. Angemessenheit, insbes. Entstehung und Vertiefung der Gefahr des Overblocking
    - a) Löschung (nur) objektiv rechtswidriger Inhalte
    - b) Das Vorabentscheidungsverfahren
    - c) Kurze Fristen
    - d) Zu den Straftatbeständen
    - e) Zur Gefahr einer Privatisierung der Rechtsdurchsetzung
    - f) Entspannung durch Selbstregulierung
  5. Ergebnis

#### D) Fazit

### Abstract

Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz ist am 1. Oktober 2017 in Kraft getreten – seit dem 01.01.2018 ist die Umsetzungsfrist für die Betreiber sozialer Netzwerke nun ausgelaufen. Schon im Vorfeld wurde die Diskussion um das Gesetz insbesondere von der Frage geleitet, ob die Rechtsdurchsetzung und der Schutz der Meinungsfreiheit in die Hände privater Unternehmen gelegt werden dürfen. Die vorliegende Arbeit setzt sich insbesondere mit der Vereinbarkeit des NetzDG mit der Kommunikationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG auseinander.

#### A) Einleitung

„Twitter hilft ‚Titanic‘ (immer noch alle Admins ausgesperrt) weiter dabei, Satire für das deutsche Internet zu optimieren“<sup>1</sup>. Diese satirische Meldung des Satiremagazins ‚Titanic‘ erfolgte während einer 48-stündigen Sperrung des Accounts durch Twitter. Grund der Sperrung war ein Beitrag, in welchem sich das Satiremagazins als Frau von Storch ausgab und in welchem der Begriff der „barbarischen, muslimischen, gruppenvergewaltigenden Männerhorden“<sup>2</sup> fiel.

Die Löschung und Sperrung des erkennbar satirischen Posts erfolgte möglicherweise aufgrund des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG). Das NetzDG sieht eine Löschtzw. Sperrpflicht für Unternehmen vor. Bußgeldandrohungen und kurze Fristen könnten dabei eine Löschroutine fördern, durch welche auch rechtmäßige Inhalte entfernt werden. Dies könnte eine Grundrechtsbeeinträchtigung bewirken, indem eine private „Filtermacht“<sup>3</sup> eigene Interessen über die Interessen der Verfasser gemeldeter Inhalte stellt.

Andererseits geht die Gesetzesbegründung von einer Gefahr für das friedliche Zusammenleben in einer freien, offenen und demokratischen Gesellschaft durch Hasskriminalität und strafbare Falschnachrichten aus.<sup>4</sup> Mit Blick auf die Zahl der Ermittlungsverfahren wegen Volksverhetzung und Gewaltdarstellung im Internet ist eine Erhöhung im Jahr 2015 gegenüber den beiden Vorjahren von 500 auf 2300 Fälle zu verzeichnen.<sup>5</sup> Aufgrund der digitalen Verbreitung von Inhalten ist von einem weitaus größeren Publikum auszugehen als bei herkömmlichen Medien. Laut einer Studie begeben sich 48% der befragten Internetnutzer

\* Die Autorin ist Jurastudentin im 7. Semester an der Universität Passau. Sie hat den vorliegenden Beitrag in leicht veränderter Form als Seminararbeit bei Prof. Dr. Meinhard Schröder im Schwerpunktbereich Informations- und Kommunikationsrecht im Wintersemester 2017/2018 an der Universität Passau verfasst.

<sup>1</sup> Hanfeld, Tweets der Wahrheit, faz.net v. 04.01.2018 ▶ <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/titanic-bleibt-gesperrt-maas-verteidigt-netzgesetz-15373928.html>.

<sup>2</sup> Titanic-magazin.de, Twitter sperrt TITANIC wegen Beatrix-von-Storch-Parodie ▶ <http://www.titanic-magazin.de/news/twitter-sperrt-titanic-wegen-beatrix-von-storch-parodie-9376/>.

<sup>3</sup> Eifert, NJW 2017, 1450 (1451).

<sup>4</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 1.

<sup>5</sup> Janisch, Ausländerfeindliche Hetze im Internet nimmt dramatisch zu, Süddeutsche Zeitung v. 28.11.2016. ▶ <http://www.sueddeutsche.de/politik/bundesamt-fuer-justiz-auslaenderfeindliche-hetze-im-internet-nimmt-dramatisch-zu-1.3268733>.

schon einmal Hasskommentaren, 11% fühlten sich dabei selbst als Opfer.<sup>6</sup> Auch Fake News gewinnen an Bedeutung, da ein geringer Wahrheitsgehalt einen eher positiven Effekt auf die Verbreitung hat.<sup>7</sup> Könnte das Gesetz also an dieser Stelle ansetzen und wirksam die Gefahr von Hate Speech und Fake News eindämmen?

Den Handlungsbedarf sehen dabei nicht nur SPD und CDU. Auch die Opposition unterstützt grundsätzlich die Motivation, Kriminalität und Hassrede im Internet zurückzudrängen.<sup>8</sup> Hierbei soll jedoch nicht unerwähnt bleiben, dass die FDP das NetzDG für nicht erforderlich hält und es daher ablehnt; Die Linke fordert die Aufhebung weiter Teile des jetzt bestehenden NetzDG.<sup>9</sup>

Das Gesetz tangiert die Intermediäre, Nutzer sozialer Netzwerke, Verfasser gemeldeter Inhalte sowie alle Verfasser künftiger Beiträge. Im Folgenden liegt der Schwerpunkt auf der Vereinbarkeit des NetzDG mit dem Grundrecht der Kommunikationsfreiheit der Verfasser gelöschter Inhalte gem. Art. 5 Abs. 1 GG, vor allem im Hinblick auf eine mögliche Zensur; die formelle Verfassungsmäßigkeit wird gestreift. Weitere verfassungsrechtliche Bedenken, etwa die Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsausübungsfreiheit der Anbieter), die Medienfreiheit der Anbieter und die Meinungsfreiheit aller Nutzer, je gem. Art. 5 Abs. 1 GG, bleiben unberücksichtigt, ebenso die Europarechtskonformität in Bezug auf Art. 3, 14, 15 der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-RL) und die Kommunikationsfreiheit, Art. 10 EMRK.

Nach Schilderung der derzeitigen Rechtslage und Problematik sowie des Inhalts des NetzDG wird dessen Wirksamkeit analysiert, inwieweit sich also Hate Speech und Fake News im NetzDG widerspiegeln. Schließlich ist auf die Vereinbarkeit des NetzDG mit der Kommunikationsfreiheit einzugehen.

## B) Das NetzDG

### I. Hate Speech und Fake News

Unter „Hate Speech“ werden Äußerungen verstanden, die sich gegen „Personen oder Personengruppen aufgrund bestimmter Attribute wie Hautfarbe, Herkunft, Geschlecht, Sexualität oder Religion“<sup>10</sup> richten. Problematisch erscheint die häufig anzutreffende Übersetzung der „Hasskriminalität“<sup>11</sup>, da dies kein Rechtsbegriff, sondern viel eher ein umstrittener politischer Begriff mit mehr oder weniger starken Bezügen zu juristischen Tatbeständen ist.<sup>12</sup> Daraus folgend ist der Begriff unscharf und weit inter-

pretierbar. In dieser Arbeit findet die „Hasskriminalität“ dennoch Verwendung, da diese Übersetzung mittlerweile geläufig ist und der Begriff somit auch eindeutig der Problematik zugeordnet werden kann.

„Fake News“ sind eine Weiterentwicklung der „Zeitungsente“<sup>13</sup>. Mangels einheitlicher Definition werden sie etwa als gezielte Desinformation zur Destabilisierung eines Staates gedeutet.<sup>14</sup> Laut Duden sind Fake News in den Medien und im Internet, besonders in den Social Media, in manipulativer Absicht verbreitete Falschmeldungen.<sup>15</sup>

### II. Bisherige Rechtslage

Pflichten zur Sperrung oder Löschung können aufgrund behördlicher Anordnungen, etwa gem. § 59 Abs. 3 Rundfunkstaatsvertrag (auch iVm. § 20 Abs. 4 Jugendmedienschutz-Staatsvertrag) bestehen.<sup>16</sup> Der betroffene Nutzer kann daneben einen verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch gem. §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB (analog) iVm. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG und §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB (analog) iVm. einer Schutznorm gegen den Verfasser als Störer auf Entfernung des rechtsverletzenden Inhalts geltend machen.<sup>17</sup> Dieser kann aber nur schwer belangt werden mangels bestehendem Anspruch auf Herausgabe der Bestandsdaten, da § 14 Telemediengesetz nur Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden berechtigt; die Auskunftserteilung an den Betroffenen ist den Intermediären nur bei Vorliegen einer Einwilligung möglich.<sup>18</sup> Diensteanbieter sind jedoch „mittelbare Störer“<sup>19</sup>, da sie durch das Zurverfügungstellen der Plattform und die Speicherung der Inhalte zur Rechtsgutsverletzung beitragen. Denn Störer ist, „wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beiträgt“<sup>20</sup>.

Aufgrund der immensen Menge an Daten wäre es dabei unverhältnismäßig, stets die Störereigenschaft zu bejahen. § 10 TMG kommt in Betracht, das Haftungsprivileg gilt aber nicht für Beseitigungsansprüche, was sich aus § 7 Abs. 2 S. 2 TMG und dem Gesamtzusammenhang ergibt.<sup>21</sup> Damit sich die Störerhaftung aber nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt, wird die Verletzung einer zumutbaren Prüfpflicht vorausgesetzt.<sup>22</sup> Die Verantwortung liegt ab Kenntnisnahme vor, d.h. wenn Beschwerden so konkret gefasst sind, dass der Rechtsverstoß auf dieser Grundlage unschwer bejaht werden kann. Der Diensteanbieter soll dann an der Aufklärung des Sachverhalts durch Einholung von Stellungnahmen mitwirken. Eine sofortige Löschung ist nicht erforderlich.

<sup>6</sup> Bitkom, Hasskommentare: Jeder neunte Internetnutzer war selbst schon Opfer, Presseinformationen, 15.12.2015 ▶ <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Hasskommentare-Jeder-neunte-Internetnutzer-war-selbst-schon-Opfer.html>.

<sup>7</sup> Hartmann, MMR-Aktuell 2016, 384364.

<sup>8</sup> Vgl. etwa BT-Drs. 19/218, S. 5; BT-Drs. 19/204, S. 8.

<sup>9</sup> BT-Drs. 19/218, S. 1; BT-Drs. 19/204, S. 8.

<sup>10</sup> Jugendschutz.net, FAQ zum Thema Hate Speech im Social Web, S. 1

▶ [http://www.hass-im-netz.info/fileadmin/hass\\_im\\_netz/documents/leitfaden\\_v10.6.pdf](http://www.hass-im-netz.info/fileadmin/hass_im_netz/documents/leitfaden_v10.6.pdf).

<sup>11</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 2.

<sup>12</sup> So Stefanowitsch, Was ist überhaupt Hate Speech?

▶ <https://www.amadeu-antonio-stiftung.de/hatespeech/was-ist-ueberhaupt-hate-speech/>.

<sup>13</sup> Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Fake-News. Definition und Rechtslage (2017), S. 6 ▶ <https://www.bundestag.de/blob/502158/99feb7f3b7fd1721ab4ea631d8779247/wd-10-003-17-pdf-data.pdf>

<sup>14</sup> Zeit Online, Unionspolitiker fordern härtere Strafen für Fake News ▶ <http://www.zeit.de/politik/ausland/2016-12/cdu-fake-news-strafen-facebook>

<sup>15</sup> ▶ [http://www.duden.de/rechtschreibung/Fake\\_News](http://www.duden.de/rechtschreibung/Fake_News).

<sup>16</sup> Im Folgenden RStV und JMStV.

<sup>17</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 2013, 751 mAnm. Becker/Peifer; BGH NJW 2008, 3565.

<sup>18</sup> Im Folgenden TMG; BGH NJW 2014, 2651.

<sup>19</sup> BGH NJW 2016, 2106 (2107).

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 26.11.2015 – I ZR 3/14, Rn. 20a.

<sup>21</sup> Vgl. st. Rspr BGH GRUR 2012, 311 (313) mwN.; aA.: Paal, in: Gersdorf/Paal, BeckOK-Informations- und Medienrecht, 18. Edition (01.11.2017), § 7 Rn. 55 ff.

<sup>22</sup> Vgl. BGH GRUR 2012, 311.

Hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und zivilrechtlichen Schadensersatzhaftung greift das Haftungsprivileg des § 10 TMG.<sup>23</sup> Der Anwendungsbereich des TMG ist eröffnet. Das NetzDG gilt gem. § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG nur für „soziale Netzwerke“, also Diensteanbieter nach § 2 S. 1 Nr. 1 TMG, die Telemedien iSd. § 1 Abs. 1 S. 1 TMG zur Nutzung bereithalten. Privilegiert wird, wer weder eigene noch „zu eigen“<sup>24</sup> gemachte Inhalte bereitstellt, § 7 Abs. 1 TMG e contrario. Anbieter sozialer Netzwerke stellen Plattformen zum Speichern von Informationen bereit und sind Mittler fremder Inhalte.<sup>25</sup> Daher sind sie gem. § 10 TMG nicht verantwortlich, sofern sie keine Kenntnis von den Inhalten haben oder unverzüglich nach Kenntnisnahme tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Ansonsten haften sie wie für eigene Inhalte, § 7 Abs. 1 TMG. Sowohl § 10 TMG als auch die Störerhaftung lösen damit faktisch eine Verpflichtung der Intermediäre zum Tätigwerden aus, da ansonsten sie haften.

### III. Gründe und Ziele

Hate Speech und Fake News stellen dennoch eine große Herausforderung dar. Trotz der Errichtung einer Task Force, in der sich soziale Netzwerke zu verbesserten Beschwerdeverfahren sowie Prüfung und Löschung innerhalb von 24 Stunden verpflichteten, werde noch immer unzureichend gelöscht.<sup>26</sup> Dies zeige ein von jugendschutz.net durchgeführtes Monitoring, in welchem die Löschraxis von YouTube, Facebook und Twitter untersucht wurde.<sup>27</sup> Ziel des NetzDG ist daher die Bekämpfung von Hasskriminalität und anderen strafbaren Inhalten durch die Verpflichtung zu zügiger und umfassender Bearbeitung von Beschwerden.<sup>28</sup>

### IV. Inhalt

Das NetzDG betrifft die in § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG legaldefinierten sozialen Netzwerke. Es besteht eine Berichtspflicht, weiter eine Prüfpflicht und Lösch- bzw. Sperrpflichten bezüglich offensichtlich rechtswidriger Inhalte innerhalb von 24 Stunden, aller anderen rechtswidrigen Inhalte in sieben Tagen. Letztere dürfen durch Selbstregulierungseinrichtungen geprüft werden. Rechtswidrig sind Inhalte, die objektiv den Tatbestand eines in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten Straftatbestandes erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Es wird die Speicherung und Dokumentation der Beschwerden gefordert; auch müssen inländische Zustellungsbeauftragte bestimmt werden. Eine Pflichtverletzung wird mit Bußgeld bis zu 50 Mio. Euro bedroht.

Art. 2 NetzDG führt in §§ 14 Abs. 3, 15 Abs. 5 S. 4 TMG eine datenschutzrechtliche Erlaubnis der Datenherausgabe (Bestands-

und Nutzungsdaten) des Diensteanbieters im Falle rechtswidriger Inhalte iSd. § 1 Abs. 3 NetzDG unter Richtervorbehalt ein.

### V. Hate Speech und Fake News im NetzDG

Die Gesetzesbegründung spricht von strafbaren Falschnachrichten.<sup>29</sup> Das Erfordernis der Strafbarkeit schränkt die Definition ein, da nur Tatsachenbehauptungen und auf solchen beruhende Meinungen wahr oder unwahr sein können und somit als strafbare Falschnachrichten in Betracht kommen. Strafrechtlich relevant sind sie bei Äußerungen über Personen mit Ausnahme der dem Schutz des Staates dienenden §§ 100a, 109d StGB.<sup>30</sup>

Die Gesetzesbegründung bezieht Hasskriminalität auf Straftatbestände wie üble Nachrede, Verleumdung oder Volksverhetzung.<sup>31</sup> Auch falsche Nachrichten würden bekämpft, soweit sie etwa objektiv die „Störung des öffentlichen Friedens durch Vortäuschen von Straftaten“<sup>32</sup> erfüllen. Genannt werden vier Straftatbestände, sodass die Auswahl der 22 Straftatbestände in § 1 Abs. 3 NetzDG fast willkürlich wirkt. Dieser Eindruck verstärkt sich, da das Vortäuschen einer Straftat gem. § 145d StGB im Katalog unauffindbar ist. Es ist daher fraglich, welche Straftaten tatsächlich Hate Speech und Fake News beinhalten und ob diese im Gesetz aufgeführt sind.

Die obige Definition von Fake News ist aufgrund des Aspekts des subjektiven Tatbestands, welcher im NetzDG keine Beachtung findet, nur zT. anwendbar. In Anlehnung an den Begriff der Tatsachenbehauptung weisen § 100a (zum Schutz des Staates) und § 187 StGB einen Bezug zu Fake News auf. Rechtlicher Bezugspunkt von Hate Speech ist vor allem die Volksverhetzung.<sup>33</sup> Daneben findet sich Hate Speech in §§ 111, 126, 131, 140, 166, 185, 201a, 241 StGB wieder. § 186 StGB ist eine Mischform der beiden Begriffe. Im Übrigen handelt es sich um Staatssicherheitsbestimmungen, Ehrschutz- und Pornographiedelikte, die „andere strafbare Inhalte“<sup>34</sup> darstellen.

Bezüglich Fake News fehlen § 109d und § 145d StGB, wenn der Täter billigend in Kauf nimmt, dass seine Täuschung einer zuständigen Stelle mittelbar über soziale Netzwerke bekannt wird.<sup>35</sup> Ebenso fehlen §§ 164, 241a Abs. 4 StGB. Hate Speech wird schließlich auch durch §§ 189, 238 Abs. 1 Nr. 4, 240 StGB verwirklicht.

Das NetzDG ist trotz allem ein wirksamer Beitrag gegen Hate Speech und Fake News. Es könnte aber eine Aufforderung zu privater Zensur darstellen und so selbst die Kommunikationsfreiheit unzulässig einschränken.

<sup>23</sup> BGH, NJW 2007, 2558 (2559).

<sup>24</sup> Str., dafür BGH, MMR 2010, 556 (557); A.A. Altenhain, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 2. Aufl. (2015), Vorb. zu §§ 7 ff. TMG Rn. 24.

<sup>25</sup> tenhain, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 2. Aufl. (2015), § 10 TMG Rn. 4.

<sup>26</sup> So BT-Drs. 18/12456, S. 1; Vgl. BMJV, Gemeinsam gegen Hassbotschaften - Von der Task Force „Umgang mit rechtswidrigen Hassbotschaften im Internet“ vorgeschlagene Wege zur Bekämpfung von Hassinhalten im Netz (2015) ▶ [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/12152015\\_TaskForceErgebnispapier.pdf;jsessionid=83A06642344D3D21B185C4FD60C68CA5.1\\_cid297?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/12152015_TaskForceErgebnispapier.pdf;jsessionid=83A06642344D3D21B185C4FD60C68CA5.1_cid297?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>27</sup> Vgl. jugendschutz.net, Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter - Ergebnisse des Monitorings von Beschwerdemechanismen jugendaffiner Dienste ▶ <http://www.fair-im-netz.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ne->

[ws/Artikel/09262016\\_Testergebnisse\\_jugendschutz\\_net\\_Hasskriminalitaet.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](ws/Artikel/09262016_Testergebnisse_jugendschutz_net_Hasskriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>28</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 2.

<sup>29</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 1.

<sup>30</sup> Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Fake-News. Definition und Rechtslage (2017), S. 11 f.

<sup>31</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 12.

<sup>32</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 12.

<sup>33</sup> Stefanowitsch, Was ist überhaupt Hate Speech?, S. 11, in: Amadeu Antonio Stiftung, „Geh sterben!“, Umgang mit Hate Speech und Kommentaren im Internet ▶ <https://www.amadeu-antonio-stiftung.de/w/files/pdfs/hate-speech.pdf>.

<sup>34</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 1.

<sup>35</sup> OLG Braunschweig NJW 1955, 1935 (1936).

## C) Ist das NetzDG ein „Zensurgesetz“?

### I. Begriffliche Zuordnung

Die „Zensur“ könnte im rechtlichen Sinne als Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG verstanden werden, sodass das NetzDG verfassungswidrig wäre.<sup>36</sup> Es müsste dafür zunächst in den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit, also der Meinungs-, Informations-, Presse- oder Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG eingreifen.

### II. Meinungsfreiheit

Die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG schützt das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Die Meinung umfasst wertende Äußerungen, die sich nicht als wahr oder unwahr erweisen lassen.<sup>37</sup> Sie können auch der verfassungsmäßigen Ordnung zuwiderlaufen.<sup>38</sup> Auch die Schmähkritik, also eine Äußerung, in deren Mittelpunkt nicht mehr „die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person“<sup>39</sup> steht, wird vom Schutzbereich des Art. 5 GG erfasst. Lediglich die Formalbeleidigung, etwa demütigende Schimpfworte, wird nicht geschützt.<sup>40</sup> Die davon abzugrenzende Tatsachenbehauptung ist dem Beweis zugänglich, wird aber geschützt, soweit sie der Meinungsbildung dient.<sup>41</sup> Eine aus wertendem und tatsächlichem Gehalt bestehende Äußerung wird in ihrer Gesamtheit geschützt, sollte die Trennung der Elemente den Sinn verfälschen.<sup>42</sup>

Äußerungen in sozialen Netzwerken mit Bezug zu Hate Speech stellen aufgrund des wertenden Charakters Meinungen dar; sie sind geschützt, soweit sie keine Formalbeleidigung sind. Fake News sind jedenfalls dann geschützt, wenn sie nicht bewusst oder erwiesen unwahr sind. Der Schutzbereich ist somit hinsichtlich der Inhalte in sozialen Netzwerken eröffnet.

Das NetzDG müsste in die Meinungsfreiheit der sich Äußernden eingreifen, also in dem Staat zurechenbarer Weise das grundrechtlich geschützte Verhalten ganz oder teilweise unmöglich machen.<sup>43</sup> Teils wird ein erneuter Eingriff in Art. 5 Abs. 1 GG verneint, da Lösch- und Sperrpflichten schon bestünden.<sup>44</sup> Nach hier vertretener Ansicht besteht bisher keine vergleichbare gesetzliche Verpflichtung. Zum einen werden iRd. Störerhaftung hohe Anforderungen an die Kenntnis gestellt und die Einholung von Stellungnahmen regelmäßig einer schnellen Löschung oder Sperrung vorgezogen.<sup>45</sup> Zum anderen folgt keine Verpflichtung aus § 10 TMG, welche das NetzDG konkretisieren könnte.<sup>46</sup> Die Diensteanbieter müssen die Privilegierung nicht wahrnehmen. Folge ist die Verantwortlichkeit für den Inhalt. Zudem liegt ein

„Missverständnis der Rechtsdogmatik“<sup>47</sup> vor, da auch eine Gesetzeskonkretisierung verfassungsgemäß sein muss.

Ein Eingriff könnte in der Entfernung von Inhalten liegen, die von der Meinungsfreiheit geschützt sind. Ird. NetzDG sollen aber grundsätzlich bloß objektiv strafbare Inhalte gelöscht werden, also gerade solche, die grundrechtlich nicht mehr geschützt wären. Die Problematik der Regelung könnte jedoch im ungeschriebenen Teil, nämlich in der Gefahr des Overblocking, also des übermäßigen und vorsorglichen Löschens auch rechtmäßiger Inhalte, liegen. Dazu müsste das NetzDG diese Gefahr gerade fördern. Dagegen spricht, dass übermäßiges Löschen dem Staat nicht zurechenbar sein sollte, da die Unternehmen das Gesetz sonst missbräuchlich verfassungswidrig gestalten könnten.<sup>48</sup> Jedoch wird die Gefahr der Löschung auch rechtmäßiger Inhalte durch Anreize wie hohe Bußgeldandrohungen und kurze Fristen ausgelöst. Um Sanktionen zu umgehen, könnten die Intermediäre zweifelhafte Inhalte vorsorglich löschen. Diese Anreize können dem Staat als mittelbarer Eingriff zugerechnet werden und bergen eine Gefahr für die Meinungsfreiheit, da es bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten im Zweifel für die Meinungsfreiheit zu entscheiden gilt.<sup>49</sup> Ein Eingriff liegt vor.

### III. Informationsfreiheit

Die Informationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG schützt das Recht, sich selbst aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten, die geeignet und bestimmt sind, der Allgemeinheit Informationen zu verschaffen.<sup>50</sup> Ein Eingriff liegt vor, wenn aufgrund der Anreize des NetzDG auch rechtmäßige Inhalte entfernt werden, da den Nutzern so eine für die Meinungsbildung womöglich relevante Information vorenthalten wird.

### IV. Presse- und Rundfunkfreiheit

Die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG umfasst alle zur Verbreitung an die Allgemeinheit bestimmten Druckerzeugnisse. Geschützt wird jede Poesstätigkeit „von der Beschaffung von Informationen bis zur Verbreitung der Nachricht“<sup>51</sup>. Rundfunk ist „jede an eine unbestimmte Vielzahl von Personen gerichtete drahtlose oder drahtgebundene Übermittlung von Gedankeninhalten mit Hilfe elektrischer Schwingungen“<sup>52</sup>. Die Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG schützt natürliche und juristische Personen, die „Rundfunk“ betreiben.<sup>53</sup>

Teilweise können Medien nur noch mit Online-Auftritten bestehen.<sup>54</sup> Der klassische Pressebegriff stellt auf die Verkörperung ab, es ist aber angebracht, dass auch die elektronische Presse in

<sup>36</sup> Schemmer, in: BeckOK-GG, 35. Edition (15.11.2017), Art. 5 Rn. 115.

<sup>37</sup> BVerfG NJW 1983, 1415 f.; 1994, 1779.

<sup>38</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Rn. 77.

<sup>39</sup> BVerfG NJW 1991, 95 (96).

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 82, 43 (51); Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 81. EL (2017), Art. 5 Rn. 62.

<sup>41</sup> BVerfG, NJW 1983, 1415 (1416); Schemmer, in: BeckOK-GG, 35. Edition (15.11.2017), Art. 5 Rn. 5.

<sup>42</sup> BVerfG, NJW-RR 2017, 1001.

<sup>43</sup> DiFabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 81. EL (2017), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 60.

<sup>44</sup> So BT-Drs. 18/12356, S. 21, Eifert, NJW 2017, 1450 (1451).

<sup>45</sup> Vgl. BGH GRUR 2012, 311.

<sup>46</sup> AA. BT-Drs. 18/12356, S. 12.

<sup>47</sup> Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr.: 41/2017 – Regierungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf ei-

nes Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), S. 13 ▶<https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-41-17-netzwerkdurchsetzungsgesetz-netzdg>.

<sup>48</sup> Kubiciel, jurisPR-StrafR 7/2017 Anm. 1, III. 3.

<sup>49</sup> Vgl. BVerfG NJW-RR 2017, 1001 (1002) mwN.

<sup>50</sup> BVerfG NJW 1994, 1147.

<sup>51</sup> BVerfG NVwZ 2007, 1306.

<sup>52</sup> Schemmer, in: BeckOK-GG, 35. Edition (15.11.2017), Art. 5 Rn. 66.

<sup>53</sup> Schemmer, in: BeckOK-GG, 35. Edition (15.11.2017), Art. 5 Rn. 62.

<sup>54</sup> Reporter ohne Grenzen, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken der Fraktionen von CDU/CSU und SPD (BT DS 18/12356) zur Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages am 19. Juni 2017, S. 3 ▶[https://www.bundestag.de/blob/510780/ae66b7be1689e54c1740d78210db5d44/mihr\\_rog-data.pdf](https://www.bundestag.de/blob/510780/ae66b7be1689e54c1740d78210db5d44/mihr_rog-data.pdf).

den Schutzbereich fällt.<sup>55</sup> Dabei soll das NetzDG nicht für journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote gelten, die vom Diensteanbieter iSd. § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG selbst verantwortet werden; diese unterliegen weiterhin den Vorschriften der §§ 54 ff. RStV.<sup>56</sup> Im Umkehrschluss gilt das NetzDG für alle Inhalte, die nicht vom Netzbetreiber, sondern etwa von Journalisten verantwortet und verbreitet werden.<sup>57</sup> Auch private Nutzer könnten gegenüber einem unbestimmten Personenkreis ihre Medienfreiheiten wahrnehmen.<sup>58</sup> Zudem erfolgt eine Entwicklung hin zur Anerkennung von Live-Stream-Channels als Rundfunk iSd. § 2 RStV.<sup>59</sup> Die Medienfreiheiten werden berührt. Da aufgrund der Anreize des NetzDG die Gefahr der Entfernung bzw. Sperrung im Zweifel anzunehmen ist, liegt ein mittelbarer Eingriff des Staates in den Schutzbereich der Presse- und Rundfunkfreiheit vor.

## V. Schranken

### 1. Zensurverbot, Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG

Das Zensurverbot ist eine absolute Eingriffsschranke für die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG mit Ausnahme der Informationsfreiheit.<sup>60</sup> Die von Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG umfasste formelle Vorzensur schützt vor inhaltsbezogener Prüfung von Äußerungen vor deren Verbreitung, da sonst die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG gegenstandslos würden.<sup>61</sup>

Die Intermediäre löschen bzw. sperren Inhalte, weshalb das staatliche Handeln zT. verneint wird.<sup>62</sup> Dafür spricht, dass das Zensurverbot generell strikt staatsgerichtet ist und somit keine Drittwirkung entfaltet.<sup>63</sup> Die zensurähnlichen Löschanreize würden aber gerade aufgrund staatlicher Vorgaben umgesetzt. Die bloße Überantwortung der Ausführung an Private lässt das Abwehrrecht nicht entfallen.<sup>64</sup> Da es sich iRd. NetzDG um schon veröffentlichte Inhalte handelt, die bereits meinungsbildend wirken, liegt keine formelle Vorzensur vor.

Teils wird eine „faktische Vorzensur“ bejaht. Äußerungen werden dabei nicht durch Inhaltsprüfung, jedoch durch gleich wirkende Maßnahmen unabhängig von der Abwehr einer konkreten Rechtsgutgefährdung verhindert.<sup>65</sup> Die faktische Zensur liege in der kurzen Lebensdauer von Inhalten aufgrund kurzfris-

tig erfolgreicher Löschung, die den Inhalten keine meinungsbildende Wirkung mehr erlaube.<sup>66</sup> Die Prüfung der Inhalte erfolgt aufgrund von Beschwerden; es kann von einer ausreichenden Perpetuierung ausgegangen werden.

Jedoch könnte in der Löschung bestimmter Stichworte durch Filtersysteme, vergleichbar zur staatlichen verdachtsunabhängigen Überwachung aufgrund der kurzen Zeitspanne zwischen Verbreitung und Löschung eine Vorzensur gesehen werden. Dies etwa, wenn sich die Überwachung zu einer lückenlosen Kontrolle verdichten würde, sodass der öffentliche Diskurs erlahmen würde.<sup>67</sup> Mangels Perpetuierung der Inhalte könnte eine faktische Zensur angenommen werden, wenn dem Staat die faktische Verpflichtung der Intermediäre zur Nutzung von Löschanreizen und Sperrsystemen durch Algorithmen aufgrund von Bußgeld und Fristsetzung zugerechnet werden könnte.<sup>68</sup> Das NetzDG fordert jedoch die vorherige Prüfung der Inhalte, § 3 Abs. 2 Nr. 1 NetzDG. Folglich ist dem Staat eine Zensur durch Algorithmen nicht zurechenbar.

### 2. Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 2 GG

Nach dem Bestimmtheitsgebot sollen gesetzliche Regelungen möglichst konkret umschrieben werden, sodass der Anwendungsbereich zu erkennen ist und sich durch Auslegung ermitteln lässt.<sup>69</sup>

Fraglich ist, wann ein offensichtlich rechtswidriger Inhalt vorliegt, insbesondere da eine Geldbuße bis zu 50 Mio. Euro droht, wenn genannte Inhalte nicht in 24 Stunden gelöscht oder fälschlicherweise an eine Selbstregulierungseinrichtung weitergeleitet werden.<sup>70</sup>

Die Gesetzesbegründung geht von einer Anlehnung an § 101 Abs. 2 UrhG aus.<sup>71</sup> Auch erfahre der Begriff durch die 24-Stunden-Frist einer Präzisierung. Offensichtlich seien Inhalte, „wenn die Rechtswidrigkeit ohne vertiefte Prüfung, d.h. von geschultem Personal in der Regel sofort, mit zumutbarem Aufwand aber in jedem Fall binnen 24 Stunden erkannt werden kann. Verbleiben danach Zweifel in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht, wird keine offensichtliche Rechtsverletzung vorliegen.“<sup>72</sup> Diese „Insichdefinition“ erscheint fragwürdig, ebenso der Vergleich

<sup>55</sup> Schemmer, in: BeckOK-GG, 35. Edition (15.11.2017), Art. 5 Rn. 43; so auch Mann/Smid, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage (2015), 7. Teil, Presserecht im Internet und elektronische Presse Rn. 6.

<sup>56</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 19.

<sup>57</sup> Deutscher Journalisten-Verband, Stellungnahme des Deutschen Journalisten-Verbandes e. V. zum Referenten-Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in Sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) (2017), S. 4 ▶[https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03282017\\_Stellungnahme\\_DJV\\_RefE\\_NetzDG.pdf?\\_\\_blob=publication-File&v=2](https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03282017_Stellungnahme_DJV_RefE_NetzDG.pdf?__blob=publication-File&v=2).

<sup>58</sup> So Gersdorf, Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) (2017), S. 8 ▶[https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03282017\\_Stellungnahme\\_Uni\\_Leipzig\\_RefE\\_NetzDG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03282017_Stellungnahme_Uni_Leipzig_RefE_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>59</sup> Liesching, beck-blog v. 27.04.2017, Das Bundesverfassungsgericht wird das Netzwerkdurchsetzungsgesetz kippen, II 1 a cc, Beck Blog-Eintrag ▶<https://community.beck.de/2017/04/27/das-bundesverfassungsgericht-wird-das-netzwerkdurchsetzungsgesetz-kippen>; vgl. Kühl, Livestreaming. Gamer? Ihr seid jetzt Rundfunker!, Zeit Online v. 31.03.2017

▶<http://www.zeit.de/digital/internet/2017-03/livestreaming-pietsmiet-twitch-rundfunklizenz-lets-play>.

<sup>60</sup> BVerfG NJW 1970, 238 (240).

<sup>61</sup> BVerfG NJW 1972, 1934 (1937 f.).

<sup>62</sup> Schwartmann, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Entwurf des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (BT-Drucksache 18/12356) (2017), S. 12,

▶<https://www.bundestag.de/blob/510886/002a8ce4b15005b96318abacee89199d/schwartmann-data.pdf>.

<sup>63</sup> Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 81. EL (2017), Art. 5 Rn. 115.

<sup>64</sup> Liesching, beck-blog v. 27.04.2017, Das Bundesverfassungsgericht wird das Netzwerkdurchsetzungsgesetz kippen, II 2 b.

<sup>65</sup> Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 81. EL (2017), Art. 5 Rn. 117.

<sup>66</sup> Liesching, beck-blog v. 27.04.2017, Das Bundesverfassungsgericht wird das Netzwerkdurchsetzungsgesetz kippen, II 2 b.

<sup>67</sup> Vgl. Frey/Rudolph/Oster, MMR-Beil. 2012, 1 (11).

<sup>68</sup> So Liesching, beck-blog v. 27.04.2017, Das Bundesverfassungsgericht wird das Netzwerkdurchsetzungsgesetz kippen, II 2 a.

<sup>69</sup> BVerfGE 75, 329 (341).

<sup>70</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 24.

<sup>71</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 22.

<sup>72</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 22.

zum UrhG, da dort die Offensichtlichkeit nur bei einer evidenten, also rasch klärbaren Rechtslage bejaht wird, etwa bei Raubkopien oder Imitaten.<sup>73</sup> Die Rechtslage hinsichtlich einer Äußerung ist aber komplexer als hinsichtlich einer Raubkopie.

Verwirrung stiftet außerdem die flexibilisierte Frist. Die Bewertung nicht offensichtlich rechtswidriger Inhalte soll innerhalb von sieben Tagen erfolgen, es sei denn, der Kontext oder die Wahrheit des Inhalts müssen anhand einer Stellungnahme ermittelt werden.<sup>74</sup> Nach hier vertretener Ansicht erfolgt so keine nachvollziehbare Abgrenzung zwischen § 3 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 NetzDG. Denn nicht offensichtlich ist, was mit und ohne Kontext und Stellungnahme in sieben Tagen oder mehr gelöscht werden kann. Offensichtlich ist, was innerhalb eines Tages gelöscht werden kann. Aber besteht die Offensichtlichkeit nicht grundsätzlich nur dann, wenn die Rechtsverletzung unmittelbar und schlicht aus dem Inhalt selbst hervorgeht? Das Erfordernis der Ermittlung des Sachverhalts wäre somit einzig sinnvolles Abgrenzungskriterium, insbesondere im Hinblick auf einen angemessenen Interessenausgleich. Durch unlogische, inkonsequente Abgrenzungsversuche und dadurch erzeugte Unsicherheit wird der Anreiz des vorsorglichen Entfernens von Inhalten verstärkt.

Weiter soll durch Verwendung des Plurals in § 4 Abs. 5 NetzDG verdeutlicht werden, dass nur eine „systemisch falsche Entscheidungspraxis“<sup>75</sup> sanktioniert würde, die durch eine überschaubare Zahl von falschen Einzelfallentscheidungen belegt werde.<sup>76</sup> Den Druck von der einzelnen Entscheidung nehmen zu wollen, ist zu begrüßen. Jedoch bleibt unklar, wann eine überschaubare Zahl vorliegt. Überschaubar wird allgemein mit „übersichtlich“<sup>77</sup> gleichgesetzt, was auf eine relativ geringe Zahl hinwiese. Möglich wäre, dass der Gesetzgeber wie iRd. jugendschutz.net-Monitorings 540 Beschwerden genügen lässt, ohne Kenntnis von der Anzahl aller eingegangenen Beschwerden zu haben oder ohne dass die Zahl im Verhältnis hierzu stünde. Es besteht aufgrund der ungewissen aber wohl geringen Anzahl die Gefahr des Overblocking.<sup>78</sup>

### 3. Allgemeines Gesetz

Das NetzDG müsste sich innerhalb der Schrankentrias des Art. 5 Abs. 2 GG bewegen. §§ 185 bis 187 StGB fallen in den Bereich des Ehrschutzes, hinsichtlich §§ 184b iVm. 184d StGB greift die Schranke des Jugendschutzes.<sup>79</sup> Das NetzDG könnte hinsichtlich aller anderen in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten Normen ein allgemeines Gesetz sein, sofern es sich nicht gegen einzelne Meinungen oder die Meinungsfreiheit richtet, sondern dem Schutz eines gegenüber der Meinungsfreiheit vorrangigen Rechtsguts

dient.<sup>80</sup> Es dient dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, somit zu schützenden Rechtsgütern. Teils wird eine mangelnde Meinungsneutralität kritisiert, da Falschnachrichten und Hasskriminalität bekämpft werden sollen, jedoch auch davon unabhängige Normen aufgezählt werden. Daher müssten dann auch weitere relevante Normen für die Bekämpfung strafbarer Inhalte im Internet genannt werden.<sup>81</sup> Rechtswidrige Inhalte würden weiter auch auf anderen als den sozialen Netzwerken iSd. NetzDG erscheinen; die Gefahr einer ungleichen örtlichen und inhaltlichen Rechtsdurchsetzung bestehe.<sup>82</sup> Die im NetzDG aufgezählten Normen richten sich aber nicht gegen die Meinungsfreiheit oder eine bestimmte Meinung.<sup>83</sup> Ein allgemeines Gesetz liegt vor.

## VI. Schranken-Schranken; Verhältnismäßigkeit

Die Löschpflicht des NetzDG ist eine grundsätzlich zulässige Nachzensur. Jedoch wird im allgemeinen Sprachgebrauch Zensur als Kontrolle oder Überprüfung verstanden.<sup>84</sup> Die Pflichten des NetzDG könnten eine unzulässige „Zensur“ darstellen, wenn durch sie die Kommunikationsfreiheit ungerechtfertigt beeinträchtigt würde. Das Gesetz ist im Folgenden daher auf seine materielle Verfassungskonformität hin zu prüfen.

Da in diesem Rahmen die Beschränkung der Kommunikationsfreiheit durch einfache Gesetze aufgrund ihrer grundlegenden Bedeutung verfehlt wäre, findet eine Wechselwirkung dergestalt statt, dass die allgemeinen Gesetze ihrerseits „in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden“<sup>85</sup> müssen. Das NetzDG müsste somit verhältnismäßig sein.<sup>86</sup>

### 1. Legitimer Zweck

Da das NetzDG das friedliche Zusammenleben in einer demokratischen Gesellschaft fördern und so zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie von Persönlichkeitsrechten und der Meinungsfreiheit aller Nutzer beitragen soll, dient es grundsätzlich legitimen Zwecken.<sup>87</sup>

Problematisch erscheint jedoch, dass die Gesetzesbegründung ohne einen Nachweis erklärt, die Bekämpfung von Fake News habe hohe Priorität.<sup>88</sup> Dem Gesetzgeber soll aber kein einziger Fall strafbarer Falschnachrichten bekannt sein.<sup>89</sup> Mangels anerkannter Definition kann momentan eine destruktive Wirkung nicht sicher nachgewiesen werden.<sup>90</sup> Die Forderung nach Studien über die Wirkung sowie Beispiele dieser Phänomene ist berechtigt.<sup>91</sup>

<sup>73</sup> Spindler, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. (2015), § 101 Rn. 7.

<sup>74</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 22.

<sup>75</sup> Ibid. S. 24.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> <http://www.duden.de/rechtschreibung/ueberschaubar>.

<sup>78</sup> Vgl. jugendschutz.net, Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter..

<sup>79</sup> Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr.: 41/2017, S. 14.

<sup>80</sup> BVerfG NJW 1958, 257 (258).

<sup>81</sup> Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr.: 41/2017, S. 14 f.

<sup>82</sup> Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Fake-News. Definition und Rechtslage (2017), S. 10; Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr.: 41/2017, S. 15.

<sup>83</sup> BVerfG, NJW 1958, 257 (258).

<sup>84</sup> <http://www.duden.de/rechtschreibung/Zensur>.

<sup>85</sup> BVerfG NJW 1958, 257 (258).

<sup>86</sup> Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 81. EL (2017), Art. 5 Rn. 140.

<sup>87</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 81. EL (2017), Art. 20 VII Rn. 111; BT-Drs. 18/12356, S. 2, 15.

<sup>88</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 1.

<sup>89</sup> Greis, Regierung kennt keine einzige strafbare Falschnachricht, in: Golem.de v. 19.04.2017 <https://www.golem.de/news/hate-speech-gesetz-regierung-kennt-keine-einzige-strafbare-falschnachricht-1704-127370.html>.

<sup>90</sup> Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Fake-News. Definition und Rechtslage (2017), S. 13.

<sup>91</sup> Ibid., S. 14.

Weiter hatte das Monitoring von Jugendschutz.net nicht den Zweck, als empirische Grundlage des NetzDG zu dienen.<sup>92</sup> Dies zeigt sich in der untauglichen Auswahl von Straftatbeständen; lediglich § 86a StGB und § 130 StGB finden Beachtung. Auch begegnet die Kritik, die sozialen Netzwerke löschten nicht ausreichend, einer durchaus differenzierten Löschraxis. YouTube etwa löscht nach Prüfung von „User“-Beschwerden 90% der rechtswidrigen Inhalte und kam nach Meldungen durch akkreditierte „User“ auf 100%.<sup>93</sup> Weiter lobt das Landeskriminalamt NRW die zeitnahe Beantwortung von Anfragen durch Facebook.<sup>94</sup>

Es fällt schwer, eine solch lückenhafte und rechtlich unbestimmte Grundlage für den erklärten Kampf gegen ein Phänomen, das nur vielleicht existiert, ausreichen zu lassen.

## 2. Geeignetheit

Geeignet ist das Gesetz, wenn es den Zweck zumindest fördert.<sup>95</sup> Teils wird bemängelt, die Löschung führe nicht zu Strafverfolgung als effektivstem Mittel zur Bekämpfung strafbarer Inhalte und bewirke nicht, dass die Verfasser weitere Verbreitungen künftig unterließen.<sup>96</sup> Auch könne der Zweck durch einfaches Löschen nicht verfolgt werden, da sich die Inhalte in 24 Stunden weitgehend ungestört verbreiten können.<sup>97</sup> Schließlich sollen auch Fake News bekämpft werden. Mangels Strafbarkeit von Lügen werden diese kaum durch das Gesetz berührt, sodass das Ziel nur teilweise verfolgt wird.<sup>98</sup> Dennoch stellt die Löschung oder Sperrung zumindest einen rechtmäßigen Zustand her; das Mittel ist nicht ungeeignet.

## 3. Erforderlichkeit

Erforderlich ist das Gesetz, wenn es kein gleich geeignetes, milderes Mittel gibt.<sup>99</sup> Die Löschung aufgrund richterlicher Urteile könnte milderes Mittel sein, jedoch dauert das ordentliche Verfahren länger als sieben Tage.

Die einstweilige Verfügung könnte innerhalb weniger Tage ergehen.<sup>100</sup> Um einer Überlastung der Gerichte vorzubeugen, bedürfte es der Schaffung weiterer Richterstellen, was Ländersache ist. Die wohl erhöhte Rechtssicherheit im Vergleich zur Löschung durch Private spricht für diese rechtsstaatliche Lösung. Es gibt schon heute eigene Kammern bei den Landgerichten, die sich ausschließlich auf ein Rechtsgebiet konzentrieren. Dieser Ansatz könnte iVm. einer Streitwertbeschränkung auch zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken führen. Im Rahmen einer internetfähigen Modernisierung, etwa durch ein „Rechtsdurchsetzungsportal“, könnten Beschwerden

ohne Anwaltszwang hochgeladen werden.<sup>101</sup> Für solche Änderungen der ZPO und ihrer Nebengesetze wäre der Bund gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuständig. Die Belange des Verfassers würden angemessen berücksichtigt; generell würde durch den zivilprozessualen Ansatz die Privatautonomie gestärkt.<sup>102</sup>

Hinsichtlich der 24-Stunden-Frist könnte dabei ohne mündliche Verhandlung eine technische Verdeckung des Inhalts als milderes Mittel zur Löschung bis zur gerichtlichen Entscheidung angeordnet werden. Alternativ könnte das Modell Regulierter Selbstregulierung, welches gem. § 3 Abs. 2 Nr. 3 b NetzDG nur iRd. Sieben-Tages-Frist anwendbar ist, ein milderes, gleich geeignetes Mittel darstellen.

Diensteanbieter schließen sich dabei, etwa iRd. JMStV, einer unabhängigen Selbstkontrolleinrichtung an, die unter staatlicher Aufsicht und nach gesetzlichen Rahmenbedingungen agiert und die Unternehmen bei der jeweiligen Aufgabenwahrnehmung unterstützt.<sup>103</sup> Ein Anreiz zum freiwilligen Beitritt für Unternehmen könnte durch das Haftungsprivileg des Ausschlusses staatlicher Durchgriffe geschaffen werden.<sup>104</sup> Dadurch läge keine Gefahr von Overblocking vor. Staatlich anerkannt werden die Einrichtungen bei Gewährleistung von Unabhängigkeit und sachkundigen Prüfern.<sup>105</sup> Insbesondere die Sachkunde würde zu einer sachgerechten Aufgabenerfüllung beitragen, was bei wirtschaftlich schwächeren Unternehmen bezweifelt werden kann, da eine Rechtsabteilung einen Kostenfaktor darstellt. Es besteht mehr Rechtssicherheit als beim Tätigwerden durch Intermediäre.

Weiter ist nicht ersichtlich, weshalb die Bearbeitung durch die Einrichtungen nicht in der gleichen Zeit wie durch die Intermediäre erfolgen könnte. Das Modell ist daher gleich geeignet und milder. Die Erforderlichkeit der Regelungen des § 3 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 NetzDG ist tendenziell zu verneinen.

## 4. Angemessenheit, insbes. Entstehung und Vertiefung der Gefahr des Overblocking

Das NetzDG könnte weiterhin unangemessen sein, wenn die staatliche Maßnahme außer Verhältnis zum Zweck stünde.<sup>106</sup> Dabei erfolgt eine Abwägung mit Blick auf die widerstreitenden Interessen, vorliegend der Schwere der Beeinträchtigung der Kommunikationsfreiheit und den durch das NetzDG verfolgten Interessen. Das NetzDG müsste bei einer Auslegung, die Art. 5 Abs. 1 GG Rechnung trägt, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen begründen.

<sup>92</sup> Bleich, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz: jugendschutz.net verteidigt seinen Monitoring-Bericht*, in: heise online v. 02.06.2017 ▶ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Netzwerkdurchsetzungsgesetz-jugendschutz-net-verteidigt-seinen-Monitoring-Bericht-3732410.html>.

<sup>93</sup> Vgl. *jugendschutz.net*, Löschung rechtswidriger Hassbeiträge bei Facebook, YouTube und Twitter.

<sup>94</sup> LT-NRW-Drs. 16/14438, S. 2.

<sup>95</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 81. EL (2017), Art. 20 VII Rn. 112.

<sup>96</sup> Buermeyer, *Facebook-Justiz statt wirksamer Strafverfolgung?*, S. 1, in: Legal Tribune Online v. 24.03.2017 ▶ <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/netzwerkdurchsetzungsgesetz-netzdg-facebook-strafverfolgung-hate-speech-fake-news/>.

<sup>97</sup> Ibid., S. 3.

<sup>98</sup> Ladeur/Gostomzyk, *Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)* i.d.F. vom 16. Mai 2017 – BT-Drs. 18/12356, Erstattet auf Ansuchen des Bitkom (2017), S. 35 f.

▶ <https://www.cr-online.de/NetzDG-Gutachten-Gostomzyk-Ladeur.pdf>.

<sup>99</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 81. EL (2017), Art. 20 VII Rn. 113.

<sup>100</sup> Köbler AfP 2017, 282 (283).

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> Ibid. S. 284.

<sup>103</sup> Im Folgenden Einrichtung; vgl. zum JMStV Schulz/Held, in: Binder/Vesting, BeckOK-Rundfunkrecht, 4. Aufl. (2018), JMStV, § 1 Rn. 26.

<sup>104</sup> Vgl. Ibid., Rn. 27.

<sup>105</sup> Vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 1 JMStV.

<sup>106</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 81. EL (2017), Art. 20 VII Rn. 117.

Einerseits ist der hohe Rang der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG beachtlich, da diese „schlechthin konstituierend für die freiheitlich-demokratische Grundordnung“<sup>107</sup> sind. Dem stehen die öffentliche Sicherheit und Ordnung als schützenswerte Rechte genau wie die Meinungsfreiheit auf dieser Seite entgegen. Zudem dient das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Schutz der Achtung und Entfaltung der Persönlichkeit.<sup>108</sup>

Das NetzDG begründet öffentlich-rechtliche Verpflichtungen für Anbieter sozialer Netzwerke mit mehr als zwei Millionen registrierten Nutzern, weshalb nur solche Plattformen betroffen sind, die sich auf die Meinungsbildung schlicht aufgrund ihrer Reichweite auswirken. Damit einher geht auch eine Verantwortung für die rechtmäßige Nutzung ihrer Dienste. Die Löschpflicht der Unternehmen bezieht sich auf objektiv rechtswidrige Inhalte, bei denen der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts überwiegt. Eine schnelle und effektive Löschung der Inhalte ist zum Schutz des Betroffenen durch die Unterbindung schon eingetretener Rechtsverletzungen erforderlich, insbesondere bei offensichtlich rechtswidrigen Inhalten aufgrund sofortiger Perpetuierung und viraler Verbreitung.<sup>109</sup> Auch bergen die Äußerungen eine Gefahr für die Meinungsfreiheit der Nutzer sozialer Netzwerke, da sie durch die Inhalte eingeschüchtert und mundtot gemacht würden; es entstünden eine rhetorische Dominanz und ein Klima der Angst.<sup>110</sup>

Die zu schützenden Rechtsgüter sind von erheblicher Bedeutung für die Demokratie, das friedliche Zusammenleben und den Einzelnen. Der Staat hat die Verpflichtung, diese Interessen zu vertreten und deren Schutz zu gewährleisten. Aus Sicht der Bundesregierung lässt das NetzDG keine Kollateralschäden für die Kommunikationsfreiheit befürchten.<sup>111</sup> Dem wäre nicht so, würden die Interessen der Verfasser keine Berücksichtigung erfahren.

Das Overblocking kann durch Anreize wie kurze Löschfristen und hohe Bußgeldandrohungen ausgelöst werden. Die Regelungen nach §§ 1, 3, 4 NetzDG müssten daher dieser Gefahr hinreichend begegnen.

Befürworter verneinen die Gefahr. Die letzte Entscheidung liege noch immer bei den Gerichten, die Löschung bzw. Sperrung sei eine „Erstentscheidung“<sup>112</sup>. Das Bußgeld könne kein Overblo-

cking fördern, da Anknüpfungspunkt das mangelhafte Beschwerdeverfahren sei, sodass den Unternehmen kein Druck hinsichtlich der Einzelentscheidung entstehe.<sup>113</sup> Nach § 4 Abs. 1 NetzDG liegen bußgeldbewehrte Verstöße nur bei schuldhaftem Handeln vor. Bei einer Fehlentscheidung hinsichtlich eines schwierigen Sachverhaltes wäre Fahrlässigkeit daher kaum anzunehmen.<sup>114</sup> Die Interessen der Unternehmen verhinderten ein Overblocking. Bei andauernder Löschung rechtmäßiger Inhalte würden sie wohl Nutzer und dann auch Einnahmen verlieren.<sup>115</sup> Außerdem wirke das Vorabentscheidungsverfahren wie ein Filter dem vorsorglichen Löschanreiz entgegen, denn was das Gericht nicht als rechtswidrig erkennen kann, wird in Bezug auf die Nichtlöschung nicht Grundlage eines Bußgeldbescheids.<sup>116</sup> Ohnehin hätten die Intermediäre auch bisher auf Grundlage ihrer AGB gelöscht und gesperrt.<sup>117</sup> Der Prüfungsmaßstab deutschen Rechts ist weniger willkürlich als eine Prüfung aufgrund AGB.

### a) Löschung (nur) objektiv rechtswidriger Inhalte

Der objektive Tatbestand genügt für die Annahme eines rechtswidrigen Inhalts iSd. § 1 Abs. 3 NetzDG. Dabei ist ein Vergleich zur Gefahrenabwehr hilfreich, bei der die Beseitigung objektiven Unrechts maßgeblich ist.<sup>118</sup> Auch der Beseitigungsanspruch des Betroffenen erfolgt aufgrund der Analogie zum eigentumsrechtlichen Abwehranspruch verschuldensunabhängig.<sup>119</sup> Eine Gleichsetzung von Löschung und Sperrung der Inhalte mit der Strafverfolgung wäre verfehlt, da einzige Konsequenz das Entfernen ist.<sup>120</sup> Eine Zensur liegt nicht aufgrund der Entfernung lediglich rechtswidriger Inhalte vor.

### b) Das Vorabentscheidungsverfahren

Das für den Einspruch zuständige Amtsgericht soll die Rechtswidrigkeit der Inhalte prüfen, auf die sich der Bußgeldbescheid stützt. Das Vorabentscheidungsverfahren stellt ein völliges Novum dar, da Bußgeldbescheide traditionell auf Grundlage des O-WiG durch die Verwaltung erlassen werden.<sup>121</sup> Da das Bundesamt für Justiz seinen Sitz in Bonn hat, übernimmt gem. § 4 Abs. 5 S. 2 NetzDG das AG Bonn die Prüfung, § 68 Abs. 1 O-WiG.<sup>122</sup> Trotz Vorliegen einer Soll-Vorschrift sei die Vorabentscheidung geboten, wenn sich der Vorwurf auf eine systemisch falsche Entscheidungspraxis stützt.<sup>123</sup> Die Gesetzesbegründung beruft sich auf die Gewaltenteilung, die Justiz sei aufgrund der betroffenen Strafrechtsnormen zuständig.<sup>124</sup> Es handelt sich

<sup>107</sup> BVerfG GRUR 1973, 541 (544), mwN.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Holznel, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (2017), S. 23

► <https://www.bundestag.de/blob/510884/f1b4c089c61ubodadfoa367407a462d/holznel-data.pdf>

<sup>110</sup> Bulletin der BReg. Nr. 55-2, 19.05.2017/BMJV, S. 2.

<sup>111</sup> BT-Drs. 18/12727, S. 27.

<sup>112</sup> Eifert NJW 2017, 1450 (1451).

<sup>113</sup> BT-Drs. 18/12727, S. 27.

<sup>114</sup> Kubiciel, jurisPR-StrafR 7/2017 Anm. 1, III. 3.

<sup>115</sup> Meedia Redaktion, „Soziale Netzwerke müssen sich an deutsches Recht halten“ – Heiko Maas verteidigt sein umstrittenes Anti-Hatespeech-Gesetz auf Facebook, in: Meedia v. 18.05.2017 ► <http://meedia.de/2017/05/18/soziale-netzwerke-muessen-sich-an-deutsches-recht-halten-heiko-maas-verteidigt-sein-umstrittenes-anti-hatespeech-gesetz-auf-facebook/>.

<sup>116</sup> BT-Drs. 18/12727, S. 28.

<sup>117</sup> Eifert NJW 2017, 1450 (1451).

<sup>118</sup> BMJV, Reaktionen zum Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes – NetzDG-E mit Einordnung von jugendschutz.net (2017), S. 1

► [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03172017\\_Stellungnahme\\_jugendschutz.net\\_RefE\\_NetzDG.pdf?jsessionid=5D288FC415DA23E4634766ADD847A577.1\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03172017_Stellungnahme_jugendschutz.net_RefE_NetzDG.pdf?jsessionid=5D288FC415DA23E4634766ADD847A577.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>119</sup> Paal NJW 2016, 2081 (2082).

<sup>120</sup> AA. Härting, Kurzer Prozess für die Meinungsfreiheit: Entwurf eines „Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“,

in: CR-online.de Blog v. 14.03.2017 ► <http://www.cr-online.de/blog/2017/03/14/kurzer-prozess-fuer-die-meinungsfreiheit-entwurf-eines-netzwerkdurchsetzungsgesetzes/>.

<sup>121</sup> Ordnungswidrigkeitengesetz; Deutscher Richterbund, Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken - Nr. 14/17, S. 3 ► [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03272017\\_Stellungnahme\\_DRB\\_RefE\\_NetzDG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03272017_Stellungnahme_DRB_RefE_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

<sup>122</sup> Im Folgenden Bfj.

<sup>123</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 24.

<sup>124</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 26.

beim Erlass eines Bußgeldbescheids aber nicht um die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen.<sup>125</sup> Auch wird keine Rechtssicherheit geschaffen, da die Vorabentscheidung nur für die Behörde bindende Wirkung entfaltet.<sup>126</sup> Die Regelung führt vermutlich zu einer Überlastung des Gerichts, sodass die Filterfunktion zumindest zweifelhaft ist, und birgt die Gefahr divergierender Entscheidungen im Vorabentscheidungs- und im Bußgeldverfahren.<sup>127</sup>

### c) Kurze Fristen

Das NetzDG bestimmt die 24-Stunden-Frist bei offensichtlich rechtswidrigen, die Frist von in der Regel sieben Tagen bei allen anderen rechtswidrigen Inhalten. Die Flexibilisierung und Milderung der Sieben-Tages-Frist durch den Zusatz „in der Regel“ ist zu befürworten. Die Mehrzahl der Fälle betrifft wohl nicht offensichtlich rechtswidrige Inhalte. Dabei ist eine Fristüberschreitung möglich, wenn die Rechtmäßigkeit von der Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung oder erkennbar von anderen tatsächlichen Umständen abhängt.<sup>128</sup> Dies ist vergleichbar zum „unverzöglichen“ Tätigwerden nach Art. 14 Abs. 1 lit. b) der E-Commerce-RL.<sup>129</sup>

Innerhalb der starren Frist von 24 Stunden scheint jedoch eine ausreichende Berücksichtigung der Kommunikationsfreiheit nicht möglich. Eine individuelle zeitliche Anpassung an die Zahl der eingehenden Beschwerden wäre sinnvoll.<sup>130</sup> Auch sind vor allem Äußerungs- und Ehrverletzungsdelikte auslegungsbedürftig, etwa im Fall der Satire.<sup>131</sup> Bezüglich Fake News ist die Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung maßgeblich. Dies könnte aber dahinstehen, wenn die Offensichtlichkeit auf Fälle begrenzt wird, in denen sie ohne Hinzuziehung weiterer Umstände allein aus dem beanstandeten Beitrag auf der Hand liegt (verfassungskonforme Auslegung).

Zusätzlich verstoßen die Fristen möglicherweise gegen die von der Rechtsprechung aufgestellten Verfahrensgrundsätze.<sup>132</sup> Die Störerhaftung setzt eine Verletzung zumutbarer Pflichten voraus, etwa Untätigkeit trotz Kenntnis. Die 24-Stunden-Frist wird dieses Verfahren nicht zulassen. Im Falle der Offensichtlichkeit scheint jedoch nachvollziehbar, dass das Interesse der Allgemeinheit an einer sofortigen Löschung gegenüber dem Interesse des Verfassers an einer Stellungnahme aufgrund der besonderen Schwere des zu erwartenden Schadens überwiegt.<sup>133</sup>

Die Intermediäre können iRd. Sieben-Tages-Frist Stellungnahmen einholen, wenn sie diese für ihre Entscheidung für erforderlich halten, § 3 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) NetzDG. Mangels Verpflichtung der Intermediäre zur Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme liegt ein Verstoß gegen die Verfahrensgrundsätze vor. Auch wird eine fehlerhafte Löschkultur provoziert, da die Aufklärung des Sachverhalts Aufwand für die Anbieter bedeutet, den sie aber mangels Verpflichtung wohl nicht betreiben werden.

### d) Zu den Straftatbeständen

Hinsichtlich der Straftatbestände aus § 1 Abs. 3 NetzDG müsste die Strafbarkeitslücke der Auslandstat iRd. abstrakten Gefährdungsdelikte korrigiert werden. Bei den diesen unterfallenden „abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten“ wurde die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts iRd. § 130 StGB bejaht, wenn die Eignung zur Friedensstörung in Deutschland und so ein Erfolg iSd. § 9 StGB vorliegt.<sup>134</sup> Jedoch wurde zuletzt hiervon abweichend iRd. § 86a StGB auf den Aufenthaltsort des Täters abgestellt; ein Erfolg trete nicht an dem Ort ein, an dem eine konkrete Gefahr entsteht oder entstehen kann. Die Wirkungsentfaltung im Inland wäre also nicht ausreichend.<sup>135</sup> Folglich könnte die Strafbarkeit durch Grenzüberschritt vor Hochladen von Inhalten auf soziale Netzwerke umgangen werden. Weiter betroffen sind §§ 86, 111, 140 StGB als abstrakte Gefährdungsdelikte und § 126 StGB als abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt.<sup>136</sup>

Zudem finden neben deutschem Recht weiterhin die AGB Anwendung, wodurch unverändert willkürliche Entscheidungen getroffen werden können.

Weiter verlassen die Straftatbestände zT. den Kernbereich von Hate Speech und Fake News.<sup>137</sup> Aufgrund der meist zeitintensiven Auslegung und Abwägung iRd. Prüfung von Inhalten sollte es daher im Interesse des Gesetzgebers sein, keine Überschwemmung an Tatbeständen, sondern die gezielte Verbesserung tatsächlich relevanter Normen durchzusetzen. Ansonsten droht ein Löschen auf Zuruf, wenn die Intermediäre mangels eigener Erkenntnismöglichkeiten, zu kurzer Fristen und daraus folgend Überforderung allein auf die Behauptung des Beschwerdeführers hin Inhalte löschen.<sup>138</sup>

Es könnte eine gar missbräuchliche Beschwerdekultur bei unliebsamen Inhalten entstehen.<sup>139</sup> In Bezug auf journalistische Inhalte könnte jegliche kritische Berichterstattung als Fake News

<sup>125</sup> *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken - Nr. 14/17, S. 3.

<sup>126</sup> BRat-Drs. 315/17, S. 16.

<sup>127</sup> *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken - Nr. 14/17, S. 3 f.; *Holznapel*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (2017), S. 31.

<sup>128</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 22.

<sup>129</sup> *Schwartzmann* GRUR-Prax 2017, 317 (318).

<sup>130</sup> *Bitkom*, Stellungnahme Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken der Fraktionen von CDU/CSU und SPD (BT DS 18/12356) (2017), S. 10 ▶ [https://www.bundestag.de/blob/510906/e8e218a40bd46373a96839c32b966faa/rohleder\\_bitkom-data.pdf](https://www.bundestag.de/blob/510906/e8e218a40bd46373a96839c32b966faa/rohleder_bitkom-data.pdf).

<sup>131</sup> *Bitkom*, Stellungnahme Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken der Fraktionen von CDU/CSU und SPD (BT DS 18/12356) (2017), S. 9.

<sup>132</sup> Vgl. BGH GRUR 2012, 311.

<sup>133</sup> *Schwartzmann*, GRUR-Prax 2017, 317 (318).

<sup>134</sup> Vgl. BGHSt 46, 212 (221).

<sup>135</sup> Vgl. BGH MMR 2015, 200.

<sup>136</sup> *Steinmetz*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 86 Rn. 2; *Bosch*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 111 Rn. 3; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 140 Rn.3; *Schäfer*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 126 Rn. 6.

<sup>137</sup> *Google Inc., YouTube LLC*, Stellungnahme an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG-E) (2017), S. 14 ▶ [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03302017\\_Stellungnahme\\_google\\_youtube\\_RefE\\_NetzDG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03302017_Stellungnahme_google_youtube_RefE_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>138</sup> *Ibid.*, S. 26 ff.

<sup>139</sup> *Ibid.*, S. 20, 33.

deklariert werden.<sup>140</sup> Besonders gefährdet sind Whistleblower-Enthüllungen, da die Quelle oft nicht offengelegt werden darf. Folge wäre die undifferenzierte Löschung auch wahrer Tatsachen.

Verstärkt werden könnte dies, wenn die Beschwerdeführer nur noch die Intermediäre belangen. Ein Vorgehen gegen den sich Äußernden ist mit rechtlichen und finanziellen Risiken verbunden. Beschwerdeführer könnten die für sie günstige Situation einer kostenfreien Beschwerde und der Überforderung der Intermediäre zu ihrem Vorteil ausnutzen.<sup>141</sup> Dem könnte z.B. durch ein gewisses Kostenrisiko im Falle der Ablehnung der Beschwerde entgegengetreten werden.<sup>142</sup> Insgesamt bergen die Normen die Gefahr der Überforderung, was die Intermediäre zu einem übermäßigen Löschen zwingen könnte.

### e) Zur Gefahr einer Privatisierung der Rechtsdurchsetzung

Das NetzDG geht mit einer Verantwortungsübertragung an Private einher. Diese löschen bzw. sperren zwar keine abschließend strafrechtlich relevanten Inhalte, jedoch umfasst die Prüfung den objektiven Tatbestand und die Rechtswidrigkeit. Daher sollte dem Verfasser bei Löschung rechtmäßiger Inhalte Rechtsschutz gewährt werden. Jedoch entfällt ein Abwehrensanspruch gegen den Staat mangels hoheitlicher Maßnahme.<sup>143</sup> Es besteht weder ein Anspruch auf Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte noch auf rechtliches Gehör iRd. Beschwerdeverfahrens.<sup>144</sup> Der Prüfungsmaßstab bleibt auf die AGB der Intermediäre im Privatverhältnis reduziert.

Es besteht die Gefahr einer Privatisierung der Rechtsdurchsetzung durch die Aufgabe der Unternehmen, unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen, was Aufgabe der Justiz ist. Durch die Prüf- und Löschpflicht auf Grundlage des eigenen „Urteils“ entwickelt sich eine private Schiedsinstanz mit weitreichenden Entscheidungsbefugnissen auch hinsichtlich der Inhalte.<sup>145</sup> Problem dabei ist, dass Private überwiegend an den wirtschaftlichen Auswirkungen ihres Handelns und so an der Vermeidung von Geldbußen interessiert sind.<sup>146</sup> Fragwürdig ist dabei die fehlende staatliche Kontrolle, etwa durch Ausgestaltung inhaltlicher Anforderungen an die Verfahren. Beschwerden bedürften eines substantiierten Vortrags mit Angabe von Beweismitteln, damit die Intermediäre nicht selbst Sachverhalte ermitteln müssen, was bei Zeitdruck zu falschen Entscheidungen führt.<sup>147</sup> Auch fehlen Standards für die angemessene Interessenabwägung.<sup>148</sup> Die Unternehmen erhalten großen Freiraum im Umgang mit den Betroffenenrechten. Dies erstaunt, da sie trotz risikobehafteter Interessenlage strengeren Regelungen als die Justiz unterliegen.

Sogar im einstweiligen Rechtsschutz bestehen keine starren Fristen und auch bei Fehlentscheidungen sind Gerichte nicht dem Druck ausgesetzt, dem sich Unternehmen aufgrund Bußgeldandrohung ausgesetzt sehen.<sup>149</sup>

So werden bedeutsame Aufgaben an Private übergeben, die aufgrund der Selbstbetroffenheit keine neutrale Stellung innehaben.<sup>150</sup> Mangels Vorgaben hat der Staat keinen Einfluss auf den rechtsstaatlichen Umgang mit der Meinungsfreiheit. Dabei dürften laut Gesetzesbegründung aufgrund der Gewaltenteilung nur die Gerichte über die Rechtmäßigkeit entscheiden.<sup>151</sup> Nun dürfen die privaten Unternehmen nicht einmal bei Unsicherheiten die Gerichte anfragen. Hier wird die „Widersprüchlichkeit der Logik“<sup>152</sup> des Gesetzes deutlich.

Der von Inhalten Betroffene erhält zu seinen Gunsten ein umfangreiches Beschwerdemanagement, einfache Kontaktaufnahmemöglichkeiten und die Verpflichtung der sozialen Netzwerke, innerhalb kurzer Fristen die gemeldeten Inhalte zu löschen, während der Verfasser der Inhalte von der Entscheidung informiert wird. Der Bundesjustizminister erklärt dies damit, dass nicht zu viel, sondern viel zu wenig gelöscht werde.<sup>153</sup>

Nicht nur die fehlende Stellungnahmepflicht zeugt von Einseitigkeit, auch die neue Gewichtung der Rechtslage. Bisher werden die Intermediäre durch § 10 TMG und iRd. Störerhaftung privilegiert. Haften sie aufgrund Untätigkeit, so ist die Verantwortlichkeit auf zivil- und strafrechtliche Ansprüche begrenzt, die der Betroffene gegen die Unternehmen geltend machen kann. Es ist davon auszugehen, dass die Unternehmen so keinem allgemeinen Erfolgsdruck unterliegen. Sie können relativ frei entscheiden, ob sie Inhalte löschen bzw. sperren.

Das NetzDG setzt nun Anreize zum Löschen durch die Schaffung einer Bußgeldandrohung, wenn kein effektives Beschwerdesystem vorliegt. Den Intermediären wird die Verpflichtung zur Löschung rechtswidriger, aber keine ausgewogene Verpflichtung auch zu einer „Nichtlöschung“ rechtmäßiger Inhalte auferlegt. Somit ist die Löschung rechtmäßiger Inhalte nicht bußgeldbewehrt. Wieso sollten sie noch zeitintensive Interessenabwägungen vornehmen, wenn sie die Erlaubnis zur Löschung aller Inhalte haben? Die Interessen werden nun vermutlich anders oder gar nicht mehr gegeneinander abgewogen. Es liegt eine größere Gefährdung der Kommunikationsfreiheit vor als zuvor.

<sup>140</sup> *Reporter ohne Grenzen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken der Fraktionen von CDU/CSU und SPD (BT DS 18/12356) zur Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages am 19. Juni 2017, S. 8.

<sup>141</sup> *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93 (98).

<sup>142</sup> *Ladeur*, Rechtliche Bewertung der Änderungen des Entwurfs des NetzDG (2017), S. 10 ▶ <https://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2017/Positionspapiere/FirstSpirit-149855352727920170626-NetzDG-neu-Kurzgutachten-Ladeur.pdf>.

<sup>143</sup> Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr.: 41/2017, S. 17.

<sup>144</sup> *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93 (98).

<sup>145</sup> *Ibid.* S. 97.

<sup>146</sup> *Ibid.* S. 98.

<sup>147</sup> *Bitkom*, Stellungnahme Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken der Fraktionen von CDU/CSU und SPD (BT DS 18/12356) (2017), S. 10.

<sup>148</sup> *Holznapel*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (2017), S. 3.

<sup>149</sup> *Bitkom*, Stellungnahme Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken der Fraktionen von CDU/CSU und SPD (BT DS 18/12356) (2017), S. 10.

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 26.

<sup>152</sup> *Bitkom*, Stellungnahme Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken der Fraktionen von CDU/CSU und SPD (BT DS 18/12356) (2017), S. 12.

<sup>153</sup> BT-Plenarprotokoll 18/235, S. 23849 (A).

Schließlich geht die Gesetzesbegründung von einem bestehenden Anspruch des Betroffenen auf Wiederherstellung zu Unrecht gelöschter Inhalte gegen die Intermediäre aus.<sup>154</sup> Jedoch wird den Intermediären das mittlerweile anerkannte „virtuelle Hausrecht“ zugesprochen, das zum einen aus den Nutzungsbedingungen, sonst aus §§ 903, 1004 BGB analog folgt.<sup>155</sup> Sie haben das Recht, die Nutzung ihrer Internetpräsenz etwa durch Löschung von Inhalten zu beschränken, die gegen ihre AGB oder gesetzliche Bestimmungen verstoßen. Zudem können sie sich vertraglich gegen einen Wiederherstellungsanspruch absichern.<sup>156</sup> Da gesetzlich keine Verpflichtung der Intermediäre zur Verbreitung von Inhalten Dritter möglich sei, schlug der Bundesrat die Einrichtung einer Clearing-Stelle vor, vor der die Rechtmäßigkeit der gelöschten Inhalte vorgebracht werden könnte.<sup>157</sup> Dieser Ausgleich schaffende Vorschlag wurde nicht im NetzDG aufgenommen. Somit bleibt den betroffenen Nutzern lediglich eine Klage gegen die sozialen Netzwerke im Falle eines Anspruchs bei Einhaltung sowohl der gesetzlichen Bestimmungen als auch der Nutzungsbedingungen. Dies steht außer Verhältnis zu den viel effizienter ausgestalteten Möglichkeiten desjenigen, der die Löschung eines Inhaltes anstrebt. Das NetzDG fördert ein Ungleichgewicht, die Regelungen gehen zumeist zu Lasten der Kommunikationsfreiheit des sich Äußernden.

#### f) Entspannung durch Selbstregulierung

Dabei könnten hinsichtlich der Sieben-Tages-Frist die Einrichtungen eine Entspannung bewirken. Das NetzDG sieht keine Sanktionen dieser oder Durchgriffsmöglichkeiten auf die Unternehmen vor.<sup>158</sup> Zudem erfolgt die Anerkennung durch das BfJ als Aufsichtsbehörde, § 3 Abs. 7 NetzDG, sodass eine staatliche Kontrolle besteht. Die Wiederherstellung von Inhalten kann vor einer Beschwerdestelle gefordert werden, § 3 Abs. 7 Nr. 4 NetzDG.

Als Orientierung soll § 19 JMStV dienen.<sup>159</sup> Dies scheint zu ungenau für die Regulierung sozialer Netzwerke. Es geht nicht um Pluralität, sondern um die rechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit.<sup>160</sup> Auch die Anzahl von Beschwerden ist vielfach höher als bei Entscheidungen über Filme.<sup>161</sup> Die Einrichtungen könnten aufgrund Überlastung nicht in der Lage sein, Verfahrensstandards für die Vorgaben des NetzDG zu entwickeln. Auch ist bedenklich, dass im Gegensatz zum JMStV kein milderer Mittel als die Aberkennung des Status als Einrichtung besteht.<sup>162</sup>

Die Einrichtungen verhindern auch kein Overblocking. Wenn die Intermediäre offensichtlich rechtswidrige Inhalte an die Einrichtungen übergeben, ist dies eine Pflichtverletzung, die zu einem systemischen Mangel und daraus folgend zu einem Bußgeldbescheid führen kann.<sup>163</sup>

Schließlich bleibt die Konsultation der Einrichtungen, auch wenn sie effektiv und individuell ausgestaltet wären, nicht verpflichtend. Es ist möglich, dass die Intermediäre daher auch nicht offensichtlich rechtswidrige Inhalte bearbeiten werden.

Eine verpflichtend interne Bearbeitung und zusätzlich die freiwillige Finanzierung der Einrichtungen wären möglicherweise wirtschaftlich nicht rentabel. Einen zusätzlichen Anreiz zur internen Löschung gibt die „Privilegierung“ der nicht existenten Sanktionen für das Löschen auch rechtmäßiger Inhalte.

#### 5. Ergebnis

Das NetzDG beschreibt asymmetrische Regelungen. Mangels ausreichender Beachtung der Belange greift es unverhältnismäßig in die Kommunikationsfreiheit des sich Äußernden ein.

#### D) Fazit

Das NetzDG ist materiell verfassungswidrig mangels erforderlichem, angemessenem Mittel iRd. Verhältnismäßigkeit. Die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung mittels einstweiliger Verfügung würde nach hier vertretener Ansicht effektiv zur Verhältnismäßigkeit beitragen. Alternativ könnte die Konsultation individuell auf das Problemfeld der sozialen Netzwerke angepasster Selbstregulierungseinrichtungen angedacht werden, wenn weitreichendere Anreize gesetzt und nicht zwischen offensichtlich rechtswidrigen und rechtswidrigen Inhalten unterschieden würde.

Eine Demokratie muss polarisierende, aber zulässige Äußerungen aushalten. Die aus der ungleichen Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen folgende Zensur solcher Äußerungen lässt die Wirksamkeit des NetzDG bezüglich der Bekämpfung von Hate Speech und Fake News in den Hintergrund treten. Politisch motiviert und überstürzt wurde ein unausgereiftes Gesetz verabschiedet. Folge ist, dass der Staat im Bereich der sozialen Netzwerke, die ein immer größeres Forum für Meinungsäußerung und Meinungsbildung bieten, hoheitliche Aufgaben an Private überträgt und sich zurückzieht, statt im Gegenteil seine ureigenste Aufgabe wahrzunehmen, Recht und Gesetz durchzusetzen und die Bewahrung der Meinungsfreiheit durch unabhängige Gerichte oder unabhängige Selbstregulierungseinrichtungen unter staatlichen Aufsicht sicherzustellen.

#### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>154</sup> BT-Drs. 18/12356, S. 23.

<sup>155</sup> Vgl. LG Hamburg BeckRS 2009, 10331.

<sup>156</sup> *Google Inc., YouTube LLC*, Stellungnahme an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG-E) (2017), S. 21.

<sup>157</sup> BRat-Drs. 315/17, S. 5 f.

<sup>158</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 23.

<sup>159</sup> Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 23.

<sup>160</sup> *Ladeur*, Rechtliche Bewertung der Änderungen des Entwurfs des NetzDG (2017), S. 8.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> *Ibid.*, S. 6.

<sup>163</sup> BT-Drs. 18/13013, S. 24.



## Ankommen und durchstarten

Eine gute Kanzlei bietet Ihnen alle Möglichkeiten, sich als Anwältin oder Anwalt maximal zu entwickeln. Eine ausgezeichnete Kanzlei macht mehr. Sie fördert Ihre anwaltliche Ausbildung bereits im Referendariat. Bei Menold Bezler profitieren alle Referendare (m/w) von einer praxisnahen, examensrelevanten Ausbildung durch feste Betreuer im Wunsch-Rechtsgebiet, der Teilnahme an Mandanten- und Gerichtsterminen sowie von Schulungen im Rahmen unserer eigenen „MB Akademie“, Aktenvortragstrainings und einem wöchentlichen Englischunterricht. Flache Hierarchien, ein enger Zusammenhalt und eine sehr gute Arbeitsatmosphäre prägen unsere Arbeitsweise. Neugierig? Dann informieren und bewerben Sie sich auf [www.menoldbezler.de/karriere](http://www.menoldbezler.de/karriere).



# MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 86040-00, [Stefanie.Mueller@menoldbezler.de](mailto:Stefanie.Mueller@menoldbezler.de), [www.menoldbezler.de](http://www.menoldbezler.de)

---

## KLAUSUR – STRAFRECHT

---

Ref. iur. Pius O. Dolzer\*/Prof. Dr. Christian F. Majer\*\*

### „Ein Flüchtling aus Gambia“

#### Examensklausur

#### Sachverhalt

Die X-GmbH (im LG-Bezirk Nürnberg, nachfolgend: X) betreibt das "Poseidon - Erlebnisbad". Zu den Benutzern hat sie ein privatrechtliches Benutzungsverhältnis. Nachdem in der Vergangenheit immer wieder Beschwerden über sexuelle Belästigung durch Asylbewerber eingegangen sind, beschließt X, keine Asylbewerber mehr hereinzulassen. Deutsche oder Ausländer mit Aufenthaltstitel erhalten nach wie vor Zutritt. Der 20-jährige Asylbewerber A, welcher aus Gambia stammt, wird an der Kasse abgewiesen, als er Eintritt verlangt. A protestiert wütend, woraufhin der Angestellte der X, B, mit den Worten "Verzieh' dich, Bimbo" zum Gehen auffordert. Beim Gehen tritt A wütend gegen die Tür. Als diese zwei Wochen später defekt ist, möchte die X von A Ersatz. Es bleibt allerdings unklar, ob die Tür durch ihn, durch Beschädigungen durch andere oder durch ordnungsgemäße Benutzung durch andere kaputt gegangen ist. Die Tür hat einen Wert von 700 €. A ist unter einem falschen Namen in einer Unterkunft in Passau gemeldet; er hält sich dort auch nur sporadisch auf, meist wohnt er bei seinem Cousin in Nürnberg.

A fühlt sich diskriminiert und verlangt Schadensersatz und Schmerzensgeld von X. Er ist zudem, nachdem er sich anwaltlich informierte, der Meinung, er habe einen Anspruch auf Eintritt und dürfe nicht diskriminiert werden. X entschuldigt sich bei A und bringt vor, man habe B immer ordnungsgemäß ausgewählt und überwacht, außerdem sei alles ordnungsgemäß organisiert gewesen.

A begibt sich nun zum Bahnhof, um ein wenig Geld durch Hilfsarbeiten dazuzuverdienen. Dort kommt der 75-jährige R mit schweren Koffern bepackt an und möchte in den Zug einsteigen. Asylbewerber A hilft ihm beim Hereintragen der Koffer, ohne dass R ihn dazu aufgefordert hatte; A hatte einfach mit angepackt. R ging davon aus, dass es eine Gefälligkeit des jungen und kräftigen A war; er hält es auch für möglich, dass A im Rahmen eines sozialen Projekts bei der Deutschen Bahn AG beschäftigt ist. Beides ist nicht der Fall, A ist aus Eigeninitiative am Bahnhof. Solche Tätigkeiten sind in weiten Teilen der Welt entgeltlich, dass das in Deutschland anders ist, weiß A nicht. A verlangt nun von ihm Zahlung von 10 € dafür; R protestiert zwar, zahlt aber aus Angst vor Tötlichkeiten durch A doch. Beim Hereintragen war der Koffer des R durch Unachtsamkeit des A beschädigt worden.

R verlangt nun von A und von der Deutschen Bahn AG das Geld zurück sowie Schadensersatz für die Beschädigung des Koffers (Wert: 100 €).

1. Haben X und A Ansprüche gegeneinander?
2. Hat R gegen A und die Deutsche Bahn Ansprüche?
3. Welches Gericht ist für die Klage der X gegen A zuständig?

**Hinweis: Sowohl Nürnberg als auch Passau verfügen über ein Amts- und ein Landgericht.**

---

\* Der Autor ist wissenschaftliche Hilfskraft und Doktorand am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

\*\* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht an der Hochschule für Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

**Gliederung****Frage 1**

A) Anspruch des A gegen X  
auf Eintritt in das Poseidon-Erlebnisbad

I. Anspruch aus Vertrag

II. § 21 AGG

1. Kontrahierungszwang?
2. Vorliegen einer Diskriminierung gemäß § 19 AGG?

III. § 826 BGB

1. Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung
2. Kontrahierungszwang?

IV. Zwischenergebnis

B) Anspruch des A gegen X auf Schadensersatz

I. §§ 21 Abs. 2 S. 3, 19 AGG

II. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

iVm. Art. 1 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 GG

culpa in contrahendo (c.i.c.)

1. B als Erfüllungsgehilfe, § 278 BGB
2. Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

III. § 823 Abs. 1 BGB

IV. § 831 BGB

V. Zwischenergebnis

C) Ansprüche der X gegen A

auf Schadensersatz für die defekte Tür

I. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

culpa in contrahendo (c.i.c.)

1. Schuldverhältnis
2. Kausalität

II. § 823 Abs. 1 BGB

**Frage 2**

A) Ansprüche des R gegen A auf Rückzahlung iHv. 10 €

I. § 985 BGB

II. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB – *condictio indebiti*

1. Gefälligkeit
2. Kein Ausschluss nach § 814 BGB

B) Ansprüche des R gegen A

auf Schadensersatz für den Koffer iHv. 100 €

I. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

1. Sorgfaltspflichten aus Gefälligkeitsverhältnis
2. Haftungsbeschränkung

II. § 823 Abs. 1 BGB

III. § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 303 StGB

IV. Ergebnis

C) Ansprüche des R gegen die Deutsche Bahn AG

I. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

(auf Rückzahlung bzw. Wertersatz der 10 €)

II. §§ 280 Abs. 1 iVm. § 278 BGB

(Schadensersatz iHv. 100 €)

III. Ergebnis

**Frage 3**

## Gutachten

### Frage 1

#### A) Anspruch des A gegen X auf Eintritt in das Poseidon-Erlebnisbad

##### I. Anspruch aus Vertrag

Ein vertraglicher Anspruch des A gegen X auf Eintritt in das Poseidon-Erlebnisbad besteht nicht.<sup>1</sup> Zwar hatte A an der Kasse Eintritt verlangt und mithin ein Angebot zum Vertragsschluss abgegeben. Doch wurde er von dem insoweit als vertretungsbe-rechtigt anzusehenden Angestellten der X-GmbH, B, abgewiesen. Mithin kam ein Vertrag nicht zustande.

##### II. § 21 AGG

###### 1. Kontrahierungszwang?

A könnte einen Anspruch auf Eintritt in das Poseidon-Erlebnisbad gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 AGG geltend machen, soweit die anspruchsbegründenden Voraussetzungen vorliegen und dem § 21 Abs. 1 S. 1 AGG als Rechtsfolge ein Kontrahierungszwang zu entnehmen ist.

Ein Kontrahierungszwang ist dem Wortlaut bei engem Begriffsverständnis nicht zu entnehmen. Denn um Eintritt verlangen zu können, bedürfte es eines Vertrages. Nach § 21 Abs. 1 S. 1 AGG kann der Benachteiligte aber „nur“ die Beseitigung einer Beeinträchtigung verlangen. Der Abschluss eines Vertrags ist damit nicht verbunden. Allerdings könnte A im Wege vorbeugenden Rechtsschutzes einen Unterlassungsanspruch geltend machen, soweit weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, § 21 Abs. 1 S. 2 AGG.<sup>2</sup> Dann dürfte X den A bei seinem nächsten Eintrittsbegehren jedenfalls nicht mit Verweis auf seinen Asylbewerberstatus ablehnen.<sup>3</sup> Die hM. entnimmt aber schon dem § 21 Abs. 1 S. 1 AGG einen Kontrahierungszwang.<sup>4</sup> Wäre nämlich die Diskriminierung gerade auf eine Verweigerung des Vertragsschlusses bezogen, käme als *actus contrarius* zur Diskriminierung nur der Vertragsschluss in Betracht.<sup>5</sup> Auch zeige § 15 Abs. 6 AGG im Umkehrschluss, dass ein Kontrahierungszwang als Rechtsfolge der Ansprüche aus dem AGG grundsätzlich anzunehmen wäre und wie im Fall des § 15 Abs. 6 AGG ausdrücklich ausgenommen werden müsste.<sup>6</sup>

###### 2. Vorliegen einer Diskriminierung gemäß § 19 AGG?

Ungeachtet dieser Rechtsfrage müssten die anspruchsbegründenden Voraussetzungen erfüllt sein. Dabei ist fraglich, ob die Abweisung des A aufgrund seines Asylbewerberstatus einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot darstellt. Dazu müsste

eine Benachteiligung (Diskriminierung) bei der Begründung, Durchführung und Beendigung der in § 19 Abs. 1, 2 AGG bestimmten zivilrechtlichen Schuldverhältnisse vorliegen.<sup>7</sup>

In Betracht käme hier eine Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, § 19 Abs. 1 AGG. Die Begriffe der Rasse und ethnischer Herkunft sind weit auszulegen und können synonym benutzt werden.<sup>8</sup> Der Begriff der Rasse umschreibt gruppenspezifische tatsächliche sowie nur behauptete biologisch vererbare Merkmale.<sup>9</sup> Angeknüpft werden soll damit an den Begriff des Rassismus. Eine nähere Präzisierung des Begriffs Rasse fehlt jedoch.<sup>10</sup> Erfasst sind sowohl unmittelbare, als auch mittelbare Diskriminierungen.<sup>11</sup> Die Abgrenzung ist bisweilen schwierig.<sup>12</sup> Hier wurde A aufgrund seines Asylbewerberstatus abgelehnt. Eine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft ist darin nicht zu sehen. In Betracht kommen könnte aber eine mittelbare Diskriminierung. Diese liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich, § 3 Abs. 2 AGG. Hier könnte das Kriterium „Asylbewerber“ bloß vorgeschoben sein und es tatsächlich um eine vermeintliche Rasse oder ethnische Herkunft gehen. Dafür spricht, dass B den A als „Bimbo“ bezeichnet. Unabhängig der Frage, ob die rassistische Wortwahl des B der X zugerechnet werden könnte, spricht aber bereits gegen eine mittelbare Diskriminierung, dass Ausländer mit Aufenthaltstitel nach wie vor Zutritt erhalten.

Daher sind eine mittelbare Diskriminierung und folglich ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot abzulehnen. Ein Anspruch auf Eintritt des A gegen X gemäß §§ 21, 19 AGG besteht nicht.

##### III. § 826 BGB

###### 1. Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung

Möglicherweise kann A einen Anspruch auf Eintritt gemäß § 826 BGB geltend machen.<sup>13</sup> Dann müsste X dem A in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt haben. Wann ein solcher Sittenverstoß vorliegt, bedarf einer auf die Umstände des Einzelfalls Rücksicht nehmenden Beurteilung. Es handelt sich um eine Generalklausel, die zugleich das Einfallstor für grundgesetzliche Wertungen bildet.

<sup>1</sup> Dabei würde es sich um einen typengemischten Vertrag handeln; vgl. hierzu *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 44. Edition (01.11.2017), § 311 Rn 20 ff. Die Art des Vertrags könnte aber auch offengelassen werden, da es sich bei dem Anspruch auf Eintritt um einen Primäranspruch handeln würde.

<sup>2</sup> § 21 Abs. 1 S. 2 AGG ist kein bloßer Rechtsbehelf, sondern enthält entgegen dem Wortlaut („kann...klagen“) einen materiell-rechtlichen Anspruch; *Groß*, in: BeckOGK (2017), § 21 AGG Rn 38.

<sup>3</sup> Vorausgesetzt, die Abweisung aufgrund des Asylbewerberstatus wäre als Diskriminierung iSd. AGG unzulässig.

<sup>4</sup> *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 21 AGG Rn 17 mwN.; ausführlich *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, 21 (darauf die Replik mit entgegengesetzter Meinung *Armbrüster*, NJW 2007, 1494); *Schwab*, DNotZ 2006, 649 (667); *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085 (1098); *Wendt/Schäfer*, JuS 2009, 206.

<sup>5</sup> *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 21 AGG Rn 17; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999), S. 230.

<sup>6</sup> *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 21 AGG Rn 18.

<sup>7</sup> Umfasst sind Massengeschäfte, Schuldverhältnisse, die eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, sowie, bei einer Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft, sonstige zivilrechtliche Schuldverhältnisse iSd. § 2 Abs. 1 Nrn. 5-8 AGG.

<sup>8</sup> *Fuchs*, in: BeckOGK (2017), § 1 AGG Rn 8.

<sup>9</sup> *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 1 AGG Rn 52. Der Wortlaut des AGG ist unglücklich. Die Existenz von verschiedenen menschlichen Rassen soll gerade nicht anerkannt werden, BT-Drs. 16/1780, S. 31; *Fuchs*, in: BeckOGK (2017), § 1 AGG Rn 8. Besser im belgischen Recht, in dem von „vorgeblicher“ Rasse („une race prétendue“) gesprochen wird, vgl. *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 1 AGG Rn 52.

<sup>10</sup> *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 1 AGG Rn 52.

<sup>11</sup> *Groß*, in: BeckOGK (2017), § 19 AGG Rn 20.

<sup>12</sup> Dies gilt vor allem mit Blick auf die verdeckten (unmittelbaren) Diskriminierungen. Dazu *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 3 AGG Rn 15.

<sup>13</sup> Der Anwendung des § 826 BGB stünde das AGG nicht entgegen, § 21 Abs. 3 AGG.

Gemeinhin verstößt gegen die guten Sitten, wer gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.<sup>14</sup> Damit ist wahrlich nicht viel gewonnen. Hilfreicher sind die für § 826 BGB anerkannten Fallgruppen.<sup>15</sup> Hierzu zählt der Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung.<sup>16</sup> Voraussetzung ist eine Monopol- oder jedenfalls marktbeherrschende Stellung eines diese Macht missbrauchenden Unternehmens. X kommt eine solche Stellung nicht zu.<sup>17</sup> Folglich kommt ein Anspruch gemäß § 826 BGB unter diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht. Zwar wäre auch eine nach dem AGG verbotene Diskriminierung zugleich als Sittenwidrigkeit iSd. § 826 BGB anzusehen.<sup>18</sup> Doch konnte eine solche Diskriminierung hier gerade nicht festgestellt werden.

- *Hilfsgutachten* -

## 2. Kontrahierungszwang?

Unterstellt, die anspruchsbegründenden Voraussetzungen seien gegeben, wäre zu klären, ob aus § 826 BGB ein Anspruch auf Eintritt folgen könnte. Dies würde voraussetzen, dass ihm ein Kontrahierungszwang zu entnehmen ist. Falls ja, wäre X gezwungen, mit A einen Vertrag zu schließen, woraus dieser einen Anspruch auf Eintritt geltend machen könnte.

Ob aus § 826 BGB ein Kontrahierungszwang folgt, ist umstritten.<sup>19</sup> Für eine Streitentscheidung sind die Wertungen des GG zu beachten.<sup>20</sup> Ausgangspunkt bildet Art. 2 Abs. 1 GG (Privatautonomie). Die hierin gründende Vertragsfreiheit umfasst die Abschluss- und Gestaltungsfreiheit der Vertragspartner.<sup>21</sup> Jeder soll seine Rechtsverhältnisse selbst und eigenverantwortlich gestalten können.<sup>22</sup> Daher ist ein Kontrahierungszwang grundsätzlich abzulehnen – hier also dem X grundsätzlich zuzugestehen, Besucher abzuweisen.

Anderes wird teilweise im Bereich der Medien und eines freien Zugangs zu Informationsquellen angenommen, wo die besonderen Wertungen der Presse- und Informationsfreiheiten abzuwägen sind.<sup>23</sup> So kann etwa ein Journalist nicht von einer der Presseöffentlichkeit zugänglichen Konferenz ausgeschlossen werden, um eine kritische Berichterstattung zu vermeiden.<sup>24</sup> Im vorliegenden Fall können Art. 5 GG jedoch keine Streitentscheidenden Wertungen entnommen werden. A kann sich allenfalls auf seine eigene Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Dessen Schutzbereich umfasst zwar auch das Interesse schwim-

men bzw. baden gehen zu können. Doch bestehen keine Anhaltspunkte, dass diesem Interesse des A in einer Abwägung mit der Privatautonomie des X höheres Gewicht zuzusprechen wäre.

Vorliegend sind aber die Wertungen des Gleichheitsgrundsatzes zu berücksichtigen, Art. 3 GG. Bei abstrakter Abwägung zwischen Art. 2 und 3 GG ist festzustellen, dass beide Grundrechte Kernbestandteile der Verfassung sind. Der Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland wird von den Grundwerten der Freiheit und Gleichheit wesentlich geprägt.<sup>25</sup> Für die vorrangige Bedeutung des Art. 2 GG könnte zwar dessen Nennung vor Art. 3 GG sprechen. Für einen Bedeutungsüberhang von Art. 3 GG im vorliegenden Fall spricht hingegen, dass Art. 2 GG einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt, als Auffangrecht konzipiert ist und einer grundsätzlichen Subsidiarität unterliegt, während Art. 3 GG ein „schränkenloses“ Grundrecht ist, welches nur in Abwägung mit anderen Grundrechten Beschränkung findet.<sup>26</sup> Allerdings stehen die Grundrechte nicht schon aufgrund der Reihenfolge ihrer Benennung in einer Rangfolge. Auch darf bei Kollision zweier oder mehrere Grundrechte das Ergebnis nicht allein durch eine bloß abstrakte Güterabwägung bestimmt werden.<sup>27</sup> Vielmehr sind die Grundrechte unter wechselseitiger Berücksichtigung im Rahmen einer praktischen Konkordanz schonend zum Ausgleich zu bringen, um jeweils maximale Geltung zu erlangen.<sup>28</sup> Mithin wäre die Vertragsfreiheit der X einzuschränken, soweit sich für A *in concreto* Wertungen aus Art. 3 GG ableiten ließen. Gemäß Art. 3 Abs. 1 GG darf wesentlich Gleiches nicht ungleich bzw. wesentlich Ungleiches nicht gleichbehandelt werden.<sup>29</sup> Für eine dahingehende Beurteilung ist ein gemeinsamer Oberbegriff notwendig. Hier kommt der Begriff des „Einlass-Ersuchenden“ in Betracht.<sup>30</sup> Insoweit unterscheidet sich A nicht von anderen Personen. Dennoch wurde er abgewiesen. Damit liegt eine Ungleichbehandlung vor. Diese könnte aber gerechtfertigt sein, soweit ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung besteht. Ein solcher Grund könnte im Schutz der Badegäste vor sexueller Belästigung gesehen werden. Allerdings ist A weder einer sexuellen Belästigung noch sonstigen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung schuldig. Auch bestehen keine Anhaltspunkte, dass er vorhat, Badegäste sexuell zu belästigen. Die Annahme, dass Asylbewerber die Gefahr einer sexuellen Belästigung vergrößern, stellt eine pauschale, gruppenbezogene Vorverurteilung dar. Ein sachlicher Grund für die Diskriminierung besteht nicht.<sup>31</sup> Bei konkreter Abwägung kann

<sup>14</sup> Grundlegend RGZ 48, 114 (124).

<sup>15</sup> Vgl. bei Spindler, in: BeckOGK (2017), § 826 Rn 24 ff; Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 826 Rn 64 ff.

<sup>16</sup> Wenngleich die praktische Bedeutung des § 826 BGB für diese Fallkonstellationen durch die Sondergesetze in GWB und AGG reduziert ist, Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 826 Rn 200 ff; Teichmann, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. (2015), § 826 Rn 21.

<sup>17</sup> Lebensnahe Auslegung des Sachverhalts. Auch hat A, der insoweit die Beweislast trägt, keine dahingehenden Argumente vorgetragen.

<sup>18</sup> Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 826 Rn 202.

<sup>19</sup> Förster, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 44. Edition (01.11.2017), § 826 Rn 229; Spindler, in: BeckOGK (2017), § 826 BGB Rn 102; Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 826 BGB Rn 200 ff.

<sup>20</sup> BVerfGE 89, 214; Lesenswert zur Frage der „Drittwirkung“ oder nunmehr einer verfassungskonformen Auslegung plus Kulick, NJW 2016, 2236.

<sup>21</sup> H.W. Eckert, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 44. Edition (01.11.2017), § 145 BGB Rn 8.

<sup>22</sup> BVerfGE 89, 214; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 81. EL (2017), Art. 2 Rn 101.

<sup>23</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 81. EL (2017), Art. 2 Rn 103.

<sup>24</sup> OLG Köln NJW-RR 2001, 1051. Zum Ausschluss eines Theaterkritikers vgl. Eidenmüller, NJW 1991, 1439.

<sup>25</sup> Gerhard, Über Freiheit und Gleichheit, v. 12.8.2013, abrufbar unter <http://www.bpb.de/apuz/166649/ueber-freiheit-und-gleichheit> (Stand: März 2018). Zum historischen Ausgangsgedanken der Gleichheit in Freiheit P. Kirchoff, in: Maunz/Dürig, GG, 81. EL (2017), Art. 3 Rn 50.

<sup>26</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 81. EL (2017), Art. 2 Rn 21.

<sup>27</sup> Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1999), § 2 Rn 72, S. 28.

<sup>28</sup> Grundlegend Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1999), § 2 Rn 72, S. 28. Vgl. nur BVerfGE 89, 214. Kursorisch: Kalenborn, JA 2016, 6.

<sup>29</sup> BVerfGE 98, 365; 132, 72.

<sup>30</sup> Keine tauglichen Oberbegriffe wären „Deutsche“, „Asylanten“, „Aufenthaltsberechtigte“ etc.

<sup>31</sup> Beachte: Dass oben eine Diskriminierung abgelehnt wurde, steht hier nicht entgegen. § 19 AGG konkretisiert Art. 3 GG und ist enger gefasst.

hier dem Gleichheitssatz Vorrang vor der Vertragsfreiheit der X zugesprochen werden.

Im Ergebnis wäre daher ein Kontrahierungszwang zu bejahen und A könnte einen Anspruch auf Eintritt gemäß § 826 BGB geltend machen.

- Ende des Hilfsgutachtens -

#### IV. Zwischenergebnis

A kann gegen X keinen Anspruch auf Eintritt geltend machen.

#### B) Anspruch des A gegen X auf Schadensersatz

##### I. § 21 Abs. 2 S. 3, 19 AGG

Ein Anspruch auf angemessene Entschädigung gemäß § 21 Abs. 2 S. 3, 19 AGG kommt mangels Diskriminierung iSv. § 19 AGG (s.o.) nicht in Betracht.

##### II. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

##### iVm. Art. 1 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 GG

##### culpa in contrahendo (c.i.c.)

A könnte gegen X einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB iVm. Art. 1 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 GG geltend machen, soweit dieser schuldhaft gegen seine daraus resultierenden Pflichten verstoßen hat.

##### 1. B als Erfüllungsgehilfe, § 278 BGB

Ein Schuldverhältnis zwischen X und A ist durch das Ersuchen des A um Eintritt in das Poseidon-Erlebnisbad (Angebot zum Vertragsschluss) zustande gekommen, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Mithin ist X zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des A verpflichtet, § 241 Abs. 2 BGB. Es müsste ein Pflichtverstoß der X vorliegen. Als GmbH kann X nur durch seine Organwalter handeln.<sup>32</sup> Ein der X zuzurechnender Pflichtverstoß der Organwalter ist hier aber nicht ersichtlich. Doch hat X nicht nur ein Verschulden ihrer gesetzlichen Vertreter, sondern auch der Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden, § 278 BGB (Erfüllungsgehilfe). Hier hat B, als Angestellter der X, den A als „Bimbo“ bezeichnet. X bedient sich der Hilfe des B zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten. B ist daher Erfüllungsgehilfe der X und diese hat ein Verschulden des B wie eigenes Verschulden zu vertreten. Die Ansprache des A als „Bimbo“ stellt eine Beleidigung iSv. § 185 StGB dar und verletzt das Integritätsinteresse des A. Mithin liegt eine Pflichtverletzung vor, die der X zuzurechnen ist.

#### 2. Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

X ist verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, § 249 Abs. 1 BGB. Fraglich erscheint hier aber, ob die Pflichtverletzung überhaupt einen Schaden hervorgerufen hat. Ein Vermögensschaden ist dem A durch die Bezeichnung als „Bimbo“ nicht entstanden. In Betracht kommt daher nur ein immaterieller Schaden. Insoweit kann eine Entschädigung nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden, § 253 Abs. 1 BGB. Gemäß § 253 Abs. 2 BGB kann eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden, soweit wegen einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit Schadensersatz zu leisten ist. Doch kann eine Beleidigung nicht als Verletzung des Körpers oder der Gesundheit angesehen werden. Denn eine Verletzung des Körpers meint den Eingriff in die Integrität der körperlichen Befindlichkeit.<sup>33</sup> Und eine Verletzung der Gesundheit kann zwar auch psychische Störungen und nach aA. sogar Beeinträchtigungen des psychischen Wohlbefindens erfassen, soweit diese erheblich sind.<sup>34</sup> Doch sind dahingehende Anhaltspunkte für eine (psychische) Gesundheitsverletzung nicht vorgetragen. Daher kann eine billige Entschädigung in Geld nicht schon aus § 253 Abs. 2 BGB gefordert werden.

Fraglich erscheint, ob dieses Ergebnis mit dem verfassungsrechtlichen Auftrag des Staates zum Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR) in Einklang zu bringen ist.<sup>35</sup> Zutreffend ist, dass das APR in § 253 Abs. 2 BGB nicht genannt und seine Verletzung daher grundsätzlich einer Entschädigung nicht zugänglich ist. In richterlicher Rechtsfortbildung hat der BGH jedoch den Schutz des APR durch das Zivilrecht ausgeweitet.<sup>36</sup> Denn dem Schutzauftrag des in Art. 1 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 GG garantierten APR wäre nicht hinreichend nachgekommen, könnte ein Geschädigter bei Verletzungen des APR keine angemessene Entschädigung verlangen.<sup>37</sup> Jedoch genüge nicht schon jede, sondern nur eine schwerwiegende Verletzung des APR den Anforderungen für einen Anspruch auf Geldentschädigung.<sup>38</sup> Auch dürfe die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden können.<sup>39</sup> Der Gesetzgeber hat eine Möglichkeit zur Klärung und Kodifizierung dieser richterlichen Rechtsfortbildung ungenutzt gelassen.<sup>40</sup> Auch deshalb bleiben viele Punkte umstritten.<sup>41</sup>

Überwiegend wird der Schutz des APR nicht auf das Deliktsrecht beschränkt, sondern darüber hinaus auf vertragliche Ansprüche ausgeweitet.<sup>42</sup> Demnach könne analog § 253 Abs. 2 BGB (bzw. in

<sup>32</sup> Doppelte Zurechnung. Die Handlung der Organwalter ist den Organen, diese wiederum der GmbH zuzurechnen, vgl. *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände (2007), S. 435. Grundlegend: *H.J. Wolff*, Organschaft und juristische Person, Bd. 2 (1934), S. 224 ff, 229 ff.

<sup>33</sup> *Wagner*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 823 Rn 173.

<sup>34</sup> *Wagner*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 823 Rn 177.

<sup>35</sup> Umfassend zum APR im Zivilrecht bei *Rixecker*, in: MüKo-BGB, 7. Auflage (2015), § 12 Anh.

<sup>36</sup> Vor allem BGHZ 13, 334 (Leserbrief); 26, 349 (Herrenreiter); 35, 363 (Ginseng). Für einen ebenso lehrreichen wie guten Überblick vgl. *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht 2017, S. 41 ff.

<sup>37</sup> BGHZ 26, 349, 356; 35, 363, 367; 128, 1, 15.

<sup>38</sup> BGHZ 128, 1, 16; 132, 13, 29; 143, 214, 218; NJW 2014, 2029 Rn 43; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht 2017, S. 58; *Schiemann*,

in: *Staudinger* (2017), § 253 BGB Rn. 58; *Rixecker*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 12 Anh Rn. 270.

<sup>39</sup> BGHZ 128, 1, 16; 132, 13, 29; 143, 214, 218; BGH NJW 2014, 2029 (Rn 43); *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht (2017), S. 58; *Schiemann*, in: *Staudinger* (2017), § 253 BGB Rn. 58; *Rixecker*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 12 Anh Rn 270.

<sup>40</sup> BT-Drs. 14/7752, S. 24 f. Kritisch daher *Schiemann*, in: *Staudinger* (2017), § 253 Rn. 57.

<sup>41</sup> Vgl. die Kritik bei *Schiemann*, in: *Staudinger* (2017), § 253 Rn. 57: „Verfehlte Rspr hat als Alibi für fehlende Gesetzgebung einen schwer erträglichen Zustand geschaffen.“

<sup>42</sup> *Canaris*, in: FS-Deutsch (1999), S. 85 (100); *Wagner*, NJW 2002, 2049 (2056 f.). Für eine Gleichbehandlung von delikts- und vertragsrechtlichen Ansprüchen schon *Däubler*, JuS 2002, 625 (627); *Katzenmeier*, JZ 2002, 1029 (1033).

seiner verfassungskonformen Auslegung) auch bei einer Verletzung des APR eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.<sup>43</sup>

Jedenfalls müsste hier aber eine schwerwiegende Verletzung des APR vorliegen. Dazu bedarf es der Abwägung zwischen Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie dem Grad des Verschuldens.<sup>44</sup> Weitere Kriterien können die Dauer der Beeinträchtigung oder ihre Wiederholung sein, ebenso das Maß der Verbreitung.<sup>45</sup> Für eine schwerwiegende Verletzung spricht, dass es sich bei der Bezeichnung als „Bimbo“ nicht allein um eine einfache Beleidigung, sondern zudem um eine rassistische Diskriminierung handelt. Dieser kommt vor dem Hintergrund des nationalsozialistischen Unrechts in Deutschland besonderes Gewicht zu. Andererseits erleidet A keine bleibende Beeinträchtigung. Es handelt sich um eine einmalige und nicht lange andauernde Beleidigung. Dem SV ist nicht zu entnehmen, dass weitere Personen anwesend waren, die das Gefühl der Kränkung verstärkt haben könnten. Auch kommt eine weitere Verbreitung, wie es etwa bei ehrverletzenden Bildern der Fall sein kann, nicht in Betracht. Im Ergebnis ist daher für diesen Fall eine schwerwiegende Verletzung des APR abzulehnen.

A hat keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen X gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB iVm. Art. 1 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 GG.

### III. § 823 Abs. 1 BGB

Einen Schadensersatzanspruch gegen X gemäß § 823 Abs. 1 BGB kann A nicht geltend machen. X selbst hat keine Rechtsgutsverletzung begangen, die Handlung des B stellt zwar eine Rechtsgutsverletzung des APR als absolutes (Rahmen-)Recht iSv. § 823 Abs. 1 BGB dar, dies muss sich X hier aber nicht zurechnen lassen. In Betracht käme allenfalls eine Haftung wegen (eigenem) Organisationsverschulden. Allerdings hat X den B ordnungsgemäß ausgewählt und überwacht und alles war ordnungsgemäß organisiert.

### IV. § 831 BGB

Auch ein Anspruch des A gegen X gemäß § 831 BGB kommt aus diesen Gründen nicht in Betracht, § 831 Abs. 1 S. 2 BGB (Exkulpation).

### V. Zwischenergebnis

A stehen keine auf Schadensersatz gerichteten Ansprüche gegen X zu.<sup>46</sup>

## C) Ansprüche der X gegen A auf Schadensersatz für die defekte Tür

### I. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB culpa in contrahendo (c.i.c.)

Möglicherweise kann X gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB Ersatz für die defekte Tür iHv. 700 € verlangen.

#### 1. Schuldverhältnis

Dann müsste zunächst ein vorvertragliches Schuldverhältnis iSv. § 311 Abs. 2 BGB vorliegen. Ein solches kam – wie oben gesehen – zustande. Doch erscheint unklar, ob dies auch zu dem Zeitpunkt noch besteht, in dem A das Erlebnisbad verlässt und nachdem er von B abgewiesen wurde. Ein Zeitpunkt also, als klar war, dass ein Vertragsschluss nicht zustande kommen würde. Soweit ein (noch) bestehendes Schuldverhältnis für diesen Zeitpunkt abgelehnt würde, käme jedoch in Betracht, dass sich auch nach Beendigung dieses unstrittig zustande gekommenen Schuldverhältnis noch Pflichten fortwirken könnten. Anerkannt ist, dass für Dauerschuldverhältnisse nachvertragliche Pflichten bestehen können (*culpa post contractum finitum*).<sup>47</sup> Derartiges könnte auch nach Beendigung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB der Fall sein.

#### 2. Kausalität

Einer endgültigen Klärung bedarf es dann nicht, wenn der Anspruch schon aus anderen Gründen nicht in Betracht kommt. Hier konnte nicht geklärt werden, ob der Tritt des A für den Schadenseintritt adäquat kausal ursächlich war oder die Beschädigung durch andere oder durch eine ordnungsgemäße Benutzung (Verschleiß) verursacht wurde. Über diese Unklarheit hilft X auch § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nicht hinweg. Denn die dort normierte Beweislastumkehr bezieht sich allein auf das Vertretenmüssen, nicht auf die Kausalität, für die weiterhin der Anspruchssteller (X) die Beweislast trägt.<sup>48</sup>

Möglicherweise könnte hierüber § 830 Abs. 1 S. 2 BGB hinweghelfen. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht auf das Deliktsrecht beschränkt, sondern enthält einen allgemeinen Rechtsgedanken; kann also auch auf eine Haftung aus c.i.c. Anwendung finden, da „deren Nähe zum Deliktsrecht auf der Hand liegt“. <sup>49</sup> Gemäß § 830 Abs. 1 S. 2 BGB ist jeder der Beteiligten für den Schaden verantwortlich, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat (Alternativtäterschaft).<sup>50</sup> Diese Vorschrift setzt sich zum Ziel, eine Beweisschwierigkeit für den Geschädigten zu überwinden, die sich u.a. dann ergibt, wenn ungewiss geblieben ist, wer von mehreren als Urheber in Betracht kommenden Personen den Schaden verursacht hat. Der Regelung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass der Schadensersatzanspruch des durch einen von mehreren beteiligten Tätern Geschädigten nicht daran scheitern soll, dass die Person des eigentlichen Schädigers nicht mit voller Sicherheit ermittelt werden

<sup>43</sup> Schiemann, in: Staudinger (2017), § 253 Rn. 51 ff; ausdrücklich Vieweg, in: Staudinger, Eckpfeiler (2012), J Rn 54.

<sup>44</sup> Grundlegend BGHZ 35, 363 (368). Aus jüngerer Rspr.: BGH NJW 2014, 2029 (Rn 38); BGHZ 132, 13 (27); 143, 214 (218); Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. (2017), S. 58; Rixecker, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 12 BGB Anh, Rn 275.

<sup>45</sup> Rixecker, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 12 Anh Rn 278.

<sup>46</sup> In Betracht kommt aber ein Anspruch des A gegen B gemäß § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 185 StGB.

<sup>47</sup> Insb. Wettbewerbsverbote. Vgl. Bachmann, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 241 Rn 98 ff.

<sup>48</sup> Riehm, in: BeckOGK (2017), § 280 BGB Rn 319.

<sup>49</sup> BGH NJW 2001, 2538 (2539); Eberl-Borges, NJW 2002, 949; wörtliches Zitat bei Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 830 Rn 52; ders., JZ 2002, 475 (478); ders., JZ 2002, 1092 (1094).

<sup>50</sup> Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. (2017), S. 263.

kann.<sup>51</sup> Beteiligter ist, wer den vollen Tatbestand eines Delikts einschließlich des Verschuldens erfüllt hätte, wenn sein Verhalten für den Schaden ursächlich geworden wäre.<sup>52</sup> Unterstellt, der Tritt des A wäre für den Schaden an der Tür ursächlich, hätte A alle weiteren Merkmale des Deliktstatbestandes erfüllt. Er handelte rechtswidrig und zumindest bedingt vorsätzlich (*dolus eventualis*). A erfüllt mithin die Beteiligteigenschaft. Doch ist unklar, ob es genügt, dass auch „andere“ als Verursacher in Betracht kommen, oder ob diese als weitere Beteiligte zumindest identifiziert werden müssten.<sup>53</sup> Hier ist jedenfalls zu beachten, dass der Schaden auch durch eine ordnungsgemäße Benutzung verursacht worden sein könnte. Dass aber der Schaden durch solch ' schicksalhafte Ereignisse verursacht worden sein könnte und deshalb nicht mit Sicherheit durch den in Anspruch genommenen verursacht worden ist, ist nicht von der Beweiserleichterung zu Gunsten des Anspruchsstellers erfasst.<sup>54</sup> § 830 Abs. 1 S. 2 BGB hat den Sinn bei mehreren vermeintlichen Schädigern das Kausalitätserfordernis zu überwinden, jedoch nicht einen/mehrere vermeintliche(n) Schädiger für zufällige Verschlechterung der Sache haften zu lassen. Daher ist eine Anwendung von § 830 Abs. 1 S. 2 BGB abzulehnen.

Im Ergebnis besteht ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB nicht.

## II. § 823 Abs. 1 BGB

Gleichermaßen muss auch ein Anspruch gemäß § 831 BGB ausscheiden. Auch hier hilft § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht über die bestehenden Beweisschwierigkeiten hinweg.

### Frage 2

#### A) Ansprüche des R gegen A auf Rückzahlung iHv. 10 €

##### I. § 985 BGB

Ein Vindikationsanspruch des R gegen A auf Rückzahlung der 10 € kommt nicht in Betracht. Denn ein Eigentumserwerb des A ist schon aufgrund einer Übereignung gemäß § 929 S. 1 BGB zu bejahen und könnte hilfsweise auch mit Blick auf §§ 948 Abs. 1 iVm. 947 BGB angenommen werden. Der Einigung zur Übergabe steht nicht entgegen, dass R zuvor protestierte. Auch dass er nur aus Angst vor Tötlichkeiten zahlt, steht der Einigung nicht entgegen. Schließlich kommt auch eine Anfechtung der Einigung gemäß §§ 142 Abs. 1, 123 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB nicht in Betracht, denn dass R Angst vor Tötlichkeiten hat genügt nicht. Eine tatsächliche Drohung des A liegt nicht vor.

<sup>51</sup> BGHZ 25, 271, 273. Dennoch ist umstritten, ob es sich um eine Beweislastregelung oder eine haftungsbegründende Anspruchsgrundlage handelt, dazu Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 830 Rn 45 ff.

<sup>52</sup> Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl. (2017), S. 263 f.

<sup>53</sup> Denn ohne Identifizierung könnte der Schädiger von den übrigen Beteiligten keinen Ausgleich verlangen. Das hatte die Rspr. allerdings von einer Anwendung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB nicht abgehalten, BGHZ 60, 177 (183).

<sup>54</sup> BGHZ 60, 177 (181 f.).

<sup>55</sup> Soweit oben eine Eigentumsübertragung nicht schon gemäß § 929 S. 1 BGB, sondern nach §§ 948 Abs. 1 iVm. 947 BGB angenommen wurde, wäre hier an § 951 Abs. 1 S. 1 BGB zu denken.

## II. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB – *condictio indebiti*

R könnte von A Herausgabe der 10 € gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB<sup>55</sup> verlangen, soweit A diese durch Leistung des A ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

### 1. Gefälligkeit

Indem R dem A 10 € bezahlt, mehrt er dessen Vermögen in bewusster und zweckgerichteter Weise. Auch insoweit steht weder sein Protest, noch seine Befürchtung einer Tötlichkeit entgegen. A hat dadurch eine Vermögensmehrung erlangt. Fraglich ist, ob der Leistung ein Rechtsgrund zugrunde lag. In Betracht kommen könnte ein Werkvertrag zwischen A und R. Dazu bedarf es zweier korrespondierender Willenserklärungen, §§ 145 ff BGB (Angebot und Annahme). Indem A beim Hereintragen der Koffer mit anpackt, hat er konkludent ein Angebot abgegeben, §§ 133, 157 BGB. Doch müsste R dieses auch angenommen haben. Zwar ließ R den A gewähren, sodass hierin eine konkludente Vertragsannahme gesehen werden könnte. Fraglich erscheint aber, ob R mit Rechtsbindungswillen handelte. Dagegen spricht, dass er die Hilfe des A für eine ebenso unverbindliche wie unentgeltliche Gefälligkeit hielt. Aus Sicht des R lag daher kein Rechtsbindungswille vor. Doch kommt es für die Frage nicht auf die innere Willensrichtung des Erklärenden selbst an, sondern darauf, ob der Erklärungsempfänger unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen des Erklärenden schließen musste (objektivierter Empfängerhorizont).<sup>56</sup> Der Rechtsbindungswille wäre bei Vorliegen einer Gefälligkeit abzulehnen. Dabei handelt es sich um ein Verhalten im gesellschaftlich-sozialen Bereich, für das regelmäßig eine Gegenleistung nicht geschuldet wird.<sup>57</sup> Ob eine Gefälligkeit oder ein zu einem Vertrag führender Rechtsbindungswille vorliegt, sind nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Indizien für einen Rechtsbindungswillen sind die Art der „Gefälligkeit“, ihr Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung, die bestehenden Interessenlagen sowie der Wert der anvertrauten Sache.<sup>58</sup> Vorliegend geht es um die Beurteilung des Koffertragens für Bahnreisende. Dies stellt in weiten Teilen der Welt eine entgeltliche Tätigkeit dar. Allerdings sind bei dem Maßstab eines objektivierten Empfängerhorizonts die Gepflogenheiten am jeweiligen Ort zu würdigen. Die Sitten und Gepflogenheiten anderer Ländern sind daher hier unbeachtlich. In Bayern und allgemein in Deutschland ist das Koffertragen für Bahnreisende weitgehend unbekannt und wird jedenfalls bislang nicht als entgeltliche Leistung, sondern vielmehr als Gefälligkeit angesehen.<sup>59</sup> Auch bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Koffer einen besonders bedeutsamen oder wertvollen Inhalt gehabt ha-

<sup>56</sup> BGHZ 21, 102, (106 f.); Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. (2017), § 17 Rn 16.

<sup>57</sup> Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. (2017), § 17 Rn 16. BGHZ 21, 102 (106) bezeichnet die Unentgeltlichkeit einer Leistung als begriffsnotwendig für eine Gefälligkeit, wenngleich aus der Unentgeltlichkeit nicht zwingend auf das Fehlen des Rechtsbindungswillens geschlossen werden könne.

<sup>58</sup> Grundlegend BGHZ 21, 102 (107); Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. (2017), § 17 Rn 17.

<sup>59</sup> Ein Gepäckträger-Service wird von der Deutschen Bahn nun aber an fünf Bahnhöfen angeboten. Dazu bedarf es einer Voranmeldung bis eine Stunde vor Ankunft. Das verlangte Entgelt beträgt für die ersten beiden Gepäckstücke je 2,50 €. Vgl. ▶<https://www.bahn.de/p/view/service/bahnhof/gepaecktraegerservice.shtml> (Stand März 2018).

ben könnte. Auch hinsichtlich des Werts des Koffers selbst besteht kein überzeugender Grund, einen Rechtsbindungswillen anzunehmen. Zwar scheint der Koffer von gewisser Qualität zu sein, wenn schon eine bloß unachtsame Beschädigung zu einem Ersatzverlangen iHv. 100 € führt. Dennoch handelt es sich dabei um einen niedrigen dreistelligen Betrag. Mithin sind ein Rechtsbindungswille des R und damit ein Vertrag zwischen A und R abzulehnen.

Ein Rechtsgrund besteht nicht. Ein Anspruch auf Herausgabe gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB kommt grundsätzlich in Betracht.

## 2. Kein Ausschluss nach § 814 BGB

Dem könnte entgegenstehen, dass R, da er selbst von einer Gefälligkeit ausging, gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, § 814 BGB. Doch ist zu klären, wie es sich hierauf auswirkt, dass R nur gezahlt hat, weil er Tätlichkeiten des A fürchtete. § 814 BGB beruht auf dem Gedanken der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens.<sup>60</sup> Ein Kondiktionsanspruch des Leistenden soll daher nur dann ausgeschlossen werden, wenn sich der Leistende selbst widersprüchlich verhält.<sup>61</sup> Das ist nicht der Fall, wenn die Leistung unter Druck erfolgt.<sup>62</sup> Zwar bestand hier objektiv keine Drohungslage. Dennoch fürchtete R Tätlichkeiten des A und zahlte nur angesichts dieser (subjektiven) Bedrohungslage. Daher steht § 814 BGB einer *condictio indebiti* nicht entgegen.

R kann von A einen Anspruch auf Herausgabe der 10 € geltend machen, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Soweit diesem (was anzunehmen ist) die Herausgabe des Geldes nicht mehr möglich ist, hat A Wertersatz zu leisten, § 818 Abs. 2 BGB.

## B) Ansprüche des R gegen A auf Schadensersatz für den Koffer iHv. 100 €

### I. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

#### 1. Sorgfaltspflichten aus Gefälligkeitsverhältnis

Möglicherweise kann R Ersatz iHv. 100 € für die Beschädigung des Koffers von A gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB verlangen. Dann müsste A gegen ihm obliegende Pflichten schuldhaft verstoßen haben. Liegen besondere Umstände vor, können Sorgfaltspflichten in eingeschränktem Umfang bejaht werden, obwohl von einer Gefälligkeit auszugehen ist.<sup>63</sup> Abzugrenzen ist insoweit, ob es sich um eine reine Gefälligkeit oder um ein Gefälligkeitsverhältnis handelt.<sup>64</sup> Dabei ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls abzuwägen, ob der andere Teil (hier A) zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn die zugesagte Ge-

fälligkeit nicht sorgfältig erbracht wird.<sup>65</sup> Eine solch eingeschränkte Rechtspflicht und daraus folgendes Schadensersatzrisiko muss aber für den Handelnden zumutbar sein.<sup>66</sup> Vorliegend geht es um die Beschädigung eines Koffers. Wenngleich die entstandene Schadenshöhe auf 100 € zu beziffern ist und dies für die unachtsame Beschädigung eines Koffers durchaus beachtlich erscheint, handelt es sich per se noch um einen überschaubaren Betrag, der regelmäßig als Schadensrisiko zumutbar ist. Eine Schadensersatzpflicht iHv. 100 € erscheint unabhängig der individuellen Vermögenslage keinesfalls existenzbedrohend. Zudem ist zu berücksichtigen, dass aus Perspektive des A keine Gefälligkeit, sondern ein vertragliches Verhältnis geschlossen werden sollte. Wäre dies der Fall, wäre A unstreitig zum Schadensersatz verpflichtet. Insoweit musste er das Schadensersatzrisiko einkalkulieren. Daher ist eine beschränkte Rechtspflicht des A zumutbar. Ein Gefälligkeitsverhältnis und damit ein (beschränktes) Schuldverhältnis liegt vor.

## 2. Haftungsbeschränkung

Voraussetzung einer Schadensersatzpflicht ist zudem, dass A die schuldhaft begangene Pflichtwidrigkeit auch zu vertreten hat. Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt, noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist, § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. A hat die Beschädigung des Koffers aus Unachtsamkeit verursacht und insoweit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen. Mithin handelte er fahrlässig und hätte die Pflichtverletzung grundsätzlich zu vertreten. Möglicherweise ist hier aber das Vertreten-müssen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit reduziert. Dafür spricht, dass es sich um ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis handelt und die Leistung des A für den R unentgeltlich ist. Dabei könnte der allgemeine Rechtsgedanke aus der Zusammenschau der §§ 521, 599, 690 BGB zu übertragen sein, dass die Haftung des Schuldners bei unentgeltlicher Tätigkeit reduziert ist.<sup>67</sup> Gegen eine Übertragung dieses Rechtsgedankens auf ein Gefälligkeitsverhältnis könnte aber sprechen, dass auch der Schuldner eines unentgeltlichen Auftragsverhältnisses grundsätzlich umfassend für Vorsatz und Fahrlässigkeit haftet.<sup>68</sup> Eine Haftungsbeschränkung kommt dort allenfalls analog § 680 BGB in Betracht, soweit die Geschäftsbesorgung der Abwehr einer dringenden Gefahr dient.<sup>69</sup> Abzustellen ist auf die konkreten Umstände des Einzelfalls. Unterstellt, die Parteien hätten einen Vertrag abgeschlossen, so hätte es sich um einen entgeltlichen Werkvertrag oder um einen unentgeltlichen Auftrag gehandelt.<sup>70</sup> Eine Schenkung, Leihe oder Verwahrung käme jedenfalls nicht in Betracht. Dann aber hätte A in beiden Fällen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu ver-

<sup>60</sup> OLG Hamm BeckRS 2016, 16433 Rn 29.

<sup>61</sup> Wendehorst, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 44. Edition (01.11.2017), § 814 Rn 10.

<sup>62</sup> BGH NJW 1995, 3052 (3054); BGHZ 204, 231 (248); Wendehorst, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 44. Edition (01.11.2017), § 814 Rn 10.

<sup>63</sup> Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. (2017), § 17 Rn 18.

<sup>64</sup> Neben den „reinen Gefälligkeiten“ und den „Gefälligkeitsverhältnissen“, die zu Sorgfaltspflichten führen können (dazu Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. (2017), § 17 Rn 18) sind unentgeltliche Vertragsverhältnisse (§§ 516, 598, 662, 690 BGB) zu unterscheiden, die auch als „Gefälligkeitsverträge“ bezeichnet werden, BGHZ 21, 102 (106). Die Abgrenzung zieht sich insoweit auch an der Grenze des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB, vgl. Feldmann, in: Staudinger 2018, § 311 Rn 117; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. (2017), § 17 Rn 20.

<sup>65</sup> Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. (2017), § 17 Rn 18; Willoweit, JuS 1986, 96 (106).

<sup>66</sup> BGH NJW 1992, 498 (Fahrgemeinschaft); BGH NJW 1974, 1705 (Lottospielgemeinschaft); Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. (2017), § 17 Rn 18.

<sup>67</sup> Für eine Analogie auf Gefälligkeitsverhältnisse Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. (2017), § 17 Rn 21; Schwerdtner, NJW 1971, 1675.

<sup>68</sup> BGH NJW 2010, 3087; BGH NJW 1992, 2474 (2475); BGH NJW 1979, 643; OLG Köln BeckRS 2002, 15199 Rn 46.

<sup>69</sup> Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. (2013), § 11 Rn 48.

<sup>70</sup> Ersteres liegt freilich näher, da kaum anzunehmen ist, dass A die Koffer unentgeltlich tragen wollte.

treten gehabt. Daher ist auch hier das tatsächlich zustande gekommene Gefälligkeitsverhältnis nicht mit Schenkung, Leihe oder Verwahrung zu vergleichen. Im Ergebnis ist eine Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit abzulehnen. Eine Haftungsbeschränkung kommt zudem nicht im Wege eines stillschweigend vereinbarten Haftungsausschlusses in Betracht.<sup>71</sup> Die Parteien haben sich gerade nicht vertraglich verständigt und daher auch keinen Haftungsausschluss vereinbart. A hat für den ganzen Bereich der Fahrlässigkeit einzustehen.

Im Ergebnis kann R gegen A einen Anspruch auf Ersatz iHv. 100 € für die Beschädigung des Koffers gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB geltend machen.

## II. § 823 Abs. 1 BGB

R kann zudem einen Anspruch auf Ersatz iHv. 100 € für die Beschädigung des Koffers gemäß § 823 Abs. 1 BGB geltend machen. Indem A den Koffer aus Unachtsamkeit beschädigt, hat er das Eigentum des R widerrechtlich verletzt. Dabei handelte er auch schuldhaft. Eine Haftungsbeschränkung kommt nicht in Betracht.<sup>72</sup>

## III. § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 303 StGB

Ein Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 303 StGB besteht dagegen mangels Vorsatz nicht, § 15 StGB.

## IV. Ergebnis

R kann gegen A einen Anspruch auf Rückzahlung/Wertersatz der 10 € geltend machen, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Darüber hinaus kann er gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz iHv. 100 € geltend machen, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB; § 823 Abs. 1 BGB.

## C) Ansprüche des R gegen die Deutsche Bahn AG

### I. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

#### (auf Rückzahlung bzw. Wertersatz der 10 €)

R könnte Wertersatz iHv. 10 € von der Deutschen Bahn AG (DB) gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verlangen, soweit er das Vermögen der DB bewusst und zweckgerichtet, jedoch ohne Rechtsgrund vermehrt hat und die DB dadurch einen Vermögensvorteil erlangt hat.

Objektiv liegt keine Leistung des R an die DB vor. Denn R hat das Geld an A bezahlt, der mit der DB in keinerlei Verbindung steht. Allerdings hielt R es für möglich, dass A im Rahmen eines sozialen Projekts bei der DB beschäftigt ist. Die Zweckrichtung ist jedoch aus Sicht eines objektiven Empfängerhorizonts auszufragen. In Deutschland sind Kofferträger unüblich. Mithin kann nicht angenommen werden, dass die Leistung zum Zweck der Erfüllung für eine Dienstleistung der DB erfolgen sollte. Möglicherweise könnte A aber einen Rechtsschein gesetzt haben. Dafür könnte sprechen, dass Bahnpersonal durchaus auf den Gleisen und in Umgebung des Bahnhofgeländes unterwegs ist, um Sicherheit zu wahren und etwaige Gefahren abzuwehren.

Doch neben dem Umstand, dass Kofferträger, anders als Sicherheitspersonal, unüblich sind, kommt hinzu, dass A keinerlei berufsähnliche Kleidung mit Verbindung zur DB getragen hat, die einen dahingehenden Anschein seiner Beschäftigung erwecken könnten (Mütze, Uniform mit DB-Emblemen oder Leuchtjacke). Mithin ist eine Leistung an die DB abzulehnen.

Die DB hat auch keinen Vermögensvorteil erlangt.

Ein Anspruch des R auf Rückzahlung/Wertersatz der 10 € gegen die DB gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist abzulehnen.

## II. §§ 280 Abs. 1 iVm. § 278 BGB (Schadensersatz iHv. 100 €)

Fraglich ist, ob R einen Anspruch auf Schadensersatz iHv. 100 € für die Beschädigung des Koffers von der DB gemäß § 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB verlangen kann.

Ein Schuldverhältnis zwischen R und der DB besteht. Die DB hat allerdings selbst gegen keine daraus folgenden Pflichten verstoßen. Möglicherweise hat sie aber für das Verschulden des A gemäß § 278 BGB einzustehen. Dann müsste A Erfüllungsgehilfe der DB sein. Objektiv betrachtet ist A kein Erfüllungsgehilfe der DB, die zu A keinerlei Verhältnis hat und sich seiner Hilfe nicht zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedient hat. Allerdings hatte R den A für einen Beschäftigten der DB gehalten. Insoweit könnte es sich um einen scheinbaren Erfüllungsgehilfen handeln. Fraglich ist, ob die DB für dessen Verschulden voll einzustehen hätte. Grundsätzlich ist nur Erfüllungsgehilfe, wer mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn für dessen Verbindlichkeiten eingesetzt wird.<sup>73</sup> Auf das Wissen und den Willen des Erfüllungsgehilfen selbst kommt es dabei nicht an.<sup>74</sup> Auch ist im Vertretungsrecht die Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht bekannt.<sup>75</sup> Für diese bedarf es eines Rechtsscheintatbestandes, der vom Vertretenen zurechenbar gesetzt wurde und auf den der Geschäftsgegner vertraut hat.<sup>76</sup> Die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht liegen vor, wenn jemand wiederholt und über einen längeren Zeitraum als Vertreter aufgetreten ist und der Vertretene das Verhalten zwar nicht kannte, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können.<sup>77</sup> Darüber hinaus bedarf es des guten Glaubens des Geschäftsgegners auf den gesetzten Rechtsschein und seines dahingehenden Vertrauens auf diesen.<sup>78</sup> Fraglich ist, ob diese Rechtsfigur auf § 278 BGB übertragen werden kann (Anscheins-Erfüllungsgehilfe). Dafür spricht, dass der Vertretene, soweit er einen zurechenbaren Rechtsschein gesetzt hat, der zu einer Anscheinsvollmacht führt, konsequenterweise auch für dessen Verschulden einzustehen hat.<sup>79</sup> Doch müssten die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht vorliegen.<sup>80</sup> Hier müsste also die DB einen Rechtsschein in einer ihr zurechenbarer Weise gesetzt haben. A hatte sich aber ohne jegliche Absprache mit der DB verhalten. Er stand mit der DB in keinerlei Kontakt und Verbindung. Er handelte zum ersten Mal, konnte also von der DB bislang noch nicht bei

<sup>71</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 2474 (2475) („künstliche Rechtskonstruktion“, „Willensfiktion“); auch Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. (2017), § 17 Rn 20.

<sup>72</sup> Soweit man eine Haftungsbeschränkung analog §§ 520, 599, 690 BGB annimmt, wäre zu diskutieren, ob diese Beschränkung auch auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung zu übertragen ist.

<sup>73</sup> BGHZ 13, 111 (113); Caspers, in: Staudinger 2014, § 278 Rn 18.

<sup>74</sup> BGHZ 13, 111 (114); Caspers, in: Staudinger 2014, § 278 Rn 19.

<sup>75</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 167 Rn 107 ff; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. (2017), § 30 Rn 45 ff.

<sup>76</sup> Schubert, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 167 Rn 107.

<sup>77</sup> Ibid. Rn 108.

<sup>78</sup> Ibid. Rn 117.

<sup>79</sup> LG Kleve MDR 1954, 675; BGH NJW 1965, 1709 (1710); Caspers, in: Staudinger 2014, § 278 BGB Rn 24.

<sup>80</sup> Ibid.

ähnlichen Tätigkeiten beobachtet werden und sein vermeintliches Verhalten für die DB daher auch nicht bekannt werden. Die DB hat dem A keinerlei Arbeitsklamotten o.ä. zur Verfügung gestellt. Ein etwaiger Rechtsschein kann ihr daher nicht zugerechnet werden.

Die DB hat für das Verschulden des A nicht einzustehen. Ein Anspruch des R gegen die DB auf Rückzahlung/Wertersatz der 10 € besteht nicht.

### III. Ergebnis

Ansprüche des R gegen die DB kommen nicht in Betracht.

#### Frage 3

Fraglich ist, welches Gericht für die Klage der X gegen A zuständig ist.<sup>81</sup>

Die sachliche Zuständigkeit eines Gerichts bestimmt sich nach § 1 ZPO iVm. §§ 23, 71 GVG. Danach umfasst die Zuständigkeit der Amtsgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, soweit sie nicht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes den Landgerichten zugewiesen sind, Streitigkeiten über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von 5.000 € nicht übersteigt, § 23 Nr. 1 GVG. Hier handelt es sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit, da die X-GmbH mit ihren Benutzern ein privatrechtliches Rechtsverhältnis schließt.<sup>82</sup> Der Streitwert beträgt mit 700 € auch weniger als 5000 €. Endlich kommt auch eine Zuständigkeit des LG unabhängig des Streitwertes nicht in Betracht, § 71 Abs. 2 GVG. Daher ist das Amtsgericht sachlich zuständig.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich zunächst nach den §§ 12, 13 ZPO. Demnach kommt es auf den allgemeinen Gerichtsstand der Beklagten an, der durch ihren Wohnsitz bestimmt wird. Fraglich ist, welchen Wohnsitz A hat. Er ist unter falschem Namen in einer Unterkunft in Passau gemeldet, hält sich dort aber nur sporadisch auf und wohnt meist bei seinem Cousin in Nürnberg. Der Begriff des Wohnsitzes ist in der ZPO selbst nicht bestimmt und wird gemäß § 7 Abs. 1 BGB an dem Ort begründet, an dem man sich ständig niederlässt. Dazu bedarf es eines dauernden Aufenthalts und Domizilwillens.<sup>83</sup> Eine solch ständige Niederlassung begründet A aber jedenfalls nicht in Passau, da er sich dort nur sporadisch aufhält. Ob diese Voraussetzung in Nürnberg erfüllt ist, liegt zwar näher, kann aber nicht als hinreichend sicher angesehen werden. Soweit man daher einen Wohnsitz des A verneint, bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand durch den Aufenthaltsort im Inland und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz, § 16 ZPO.<sup>84</sup> Bei mehreren Aufenthaltsorten ist der schwerpunktmäßige Aufenthalt maßgebend. Dieser liegt hier in Nürnberg. Örtlich zuständig ist daher das Gericht in Nürnberg, §§ 12, 13, 16 ZPO. Darüber hinaus ist für Klagen aus unerlaubter Handlung

das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist, § 32 ZPO.<sup>85</sup> Das Erlebnisbad befindet sich in Nürnberg. Daher liegt auch nach § 32 ZPO die örtliche Zuständigkeit im Bezirk Nürnberg.

Ergebnis: Sachlich und örtlich zuständiges Gericht ist das AG Nürnberg.

### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>81</sup> Dass X mit einer Klage gegen A nicht erfolgreich sein würde, da Ansprüche gegen A nicht bestehen, und dass eine Klage der X daher nicht anzuraten wäre, ist unbeachtlich. Zu beantworten ist allein die Fallfrage nach der Zuständigkeit des Gerichts.

<sup>82</sup> Vgl. zur Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Streitigkeiten im Wege der Zwei-Stufen-Theorie bei *Alemann/Scheffczyk*, in: *Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG*, 38. Edition (01.01.2018), § 35 Rn 208 ff; *Freudenreich/Bayer/Kramer/Fiebig, JA* 2011, 810. Zwar werden viele Bäder vom Land, der Stadt oder der Gemeinde betrieben. Dabei kann dennoch die private Rechtsform der GmbH gewählt werden.

Hier sind dem SV keine dahingehenden Anhaltspunkte zu entnehmen, so dass von einem privaten Betreiber auszugehen ist.

<sup>83</sup> *Schmitt*, in: *MüKo-BGB*, 7. Aufl. (2015), § 7 Rn 23, 26.

<sup>84</sup> § 16 ZPO findet nur Anwendung, wenn tatsächlich kein Wohnort besteht und nicht schon dann, wenn dieser nur unklar ist. Die Beweislast trägt der Kläger, *Toussaint*, in: *Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO*, 27. Edition (01.12.2017), § 16 Rn 4.

<sup>85</sup> Es handelt sich um einen besonderen Gerichtsstand, nicht um einen ausschließlichen. Daher tritt § 32 ZPO neben die §§ 12, 13, 16 ZPO. Der Kläger kann, soweit mehrere Gerichte zuständig sind, wählen, § 35 ZPO.

---

## KLAUSUR – STRAFRECHT

---

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)\*

### „Schuld und späte Sühne“

#### Fortgeschrittenenklausur

#### Sachverhalt

Bekanntermaßen wurden während der Zeit des Nationalsozialismus in Deutschland allein<sup>1</sup> ca. sechs Millionen<sup>2</sup> europäische Juden ermordet. Dem wurde durch den seit Jahrhunderten existierenden Antisemitismus in Deutschland und Europa der Boden bereitet. Seit 1933 war der Antisemitismus Teil der offiziellen deutschen Politik. Es folgten Ausgrenzungs- und Entrechtungsmaßnahmen sowie sodann erste Verfolgungsakte und eine gezielte Vertreibungspolitik, teilweise gab es ab 1933 in Deutschland auch erste Tötungsdelikte. Ab Kriegsbeginn 1939 erfolgten sodann gezielte kollektive Mordaktionen, insbesondere in den von Deutschland besetzten Gebieten, etwa durch die sog. Einsatzgruppen, aber auch durch reguläre Wehrmacht- und Polizeieinheiten. Spätestens ab der sog. Wannseekonferenz im Januar 1942 begann nun auch der industriell organisierte Massenmord an den europäischen Juden in Vernichtungslagern. Das Vernichtungslager Auschwitz-Birkenau als größtes deutsches Vernichtungslager steht dabei nicht nur als Synonym für den Holocaust, sondern klagt für alle Ewigkeiten dahingehend an, was Menschen anderen Menschen antun können (*homo homini lupus*).

Das Ende 1941 zusätzlich zum Stammlager Auschwitz errichtete Vernichtungslager Auschwitz-Birkenau wurde bis Januar 1945 betrieben. Alleine dort wurden je nach Schätzung zwischen 1,1 und vier Millionen Menschen vor allem jüdischen Glaubens überwiegend in Gaskammern ermordet und sodann in Krematorien verbrannt. Ca. 8.500 Personen verrichteten zwischen 1941 und 1945 im gesamten Komplex Auschwitz als sog. Lagerpersonal ihren Dienst. Ab März 1944 und damit dem Beginn der Deportationen aus dem nun ebenfalls von Deutschland besetzten Bündnispartner Ungarn sind Gutachtern zufolge mindestens 300.000 Menschen aus Ungarn in Auschwitz-Birkenau zu Tode gekommen, nach dem Ende der Ungarn-Transporte zwischen August 1944 und der Auflösung des Lagers im Januar 1945 noch weitere mindestens 100.000 Menschen.

Der Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen in Ludwigsburg sind seit den Ermittlungen zu den anderen Auschwitzprozessen vor allem der 1960er Jahre folgende Erkenntnisse zu den Personen

Anton Adler (A), Berthold Bayer (B) und Conrad Caesarius (C) bekannt:

Der 1925 in Aachen geborene A hatte sich 1943 freiwillig zur SS gemeldet und verrichtete ab März 1944 seinen Dienst als SS-Rottenführer in Auschwitz-Birkenau. Dort war er als Sanitäter eingesetzt und u.a. dafür zuständig, Kartuschen mit dem kristallinen und bei Luftkontakt sich zu einem Giftgas entwickelnden Zyklon B in die dafür bestimmten Einwurfsschächte auf den Dächern der als Duschen getarnten Gaskammern zu werfen, in die die getäuschten Opfer nach ihrer Entkleidung verbracht und eingesperrt worden waren. Nachweislich hat A diese Handlung zehn Mal selbst vorgenommen, wobei jeweils, abhängig von der im Einzelfall verwendeten Gaskammer, mindestens zwischen 720 und 1.800 Menschen den Tod fanden (durchschnittlich laut Gutachterbefund: mindestens 900 Menschen). Den noch existierenden Dokumenten und Zeugenaussagen nach kann allerdings nicht mehr genau bestimmt werden, wann genau die zehn einzelnen Verrichtungen des A stattfanden. Der Tod sämtlicher Menschen in den Gaskammern durch Erstickung trat jedes Mal ein, dauerte aber unterschiedlich lang (typischerweise bis zu einer halben Stunde). Aus der SS-Personalakte ist erkennbar, dass A seinen Dienst in Auschwitz-Birkenau bis Januar 1945 versah. Hiernach wurde er zu einer SS-Sanitätsstaffel an der nun nahen Ostfront versetzt. Dass A zum Lagerpersonal von Auschwitz-Birkenau zählte, war spätestens seit 1962 behörden- und gerichtsbekannt. Allerdings kam erst im Zuge der neuen Ermittlungen ab 2011 heraus, dass er unmittelbar mit dem Einsatz von Zyklon B und damit den bestimmungsmäßigen konkreten Tötungshandlungen eines Vernichtungslagers befasst war. Bislang war es A gelungen, seine Rolle als diejenige eines einfachen Sanitäters im standort eigenen SS-Lazarett darzustellen, in welchem lediglich SS-Angehörige zu Heilzwecken medizinisch behandelt wurden.

Der 1926 im serbischen Ort Pančevo in der Vojvodina als sog. Donauschwabe (Volksdeutscher) geborene B wurde 1943 bei einer seitens des deutschen Besatzungsregimes von der Kollaborationsregierung Serbiens abgepressten Truppenaushebung zwangsweise zur SS rekrutiert. In Auschwitz-Birkenau versah der SS-Sturmmann B ab März 1944 ausschließlich Wachdienst

---

\* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

<sup>1</sup> Natürlich gab es noch zahlreiche weitere Opfer des Nationalsozialismus und seiner Verfolgungs- und Vernichtungspolitik wie etwa Sinti und Roma (siehe dort: Porajmos anstelle Holocaust), Homosexuelle, Kommunisten und Sozialdemokraten, religiös Verfolgte, Kriegsgefangene, Zivilisten in besetzten Gebieten, Widerstandskämpfer uvm.

<sup>2</sup> Sämtliche enthaltenen Datumsangaben und Zahlenwerte zum thematisierten und wohl unzweifelhaft traurigsten Kapitel der Menschheitsgeschichte

sind den entsprechenden Einzelbeiträgen auf [www.wikipedia.de](http://www.wikipedia.de) entnommen und werden vom Autor in keinerlei Form wertend oder relativierend dargestellt, so dass hieraus keine Rückschlüsse gezogen werden sollten. Es handelt sich anders gewendet um bloße Zitierungen zahlenmäßig nicht exakt nachprüfbarer Schätzungen Dritter ohne Anspruch auf Richtigkeit und Vollständigkeit, wobei dem bereits selbst am vorliegend thematisierten Ort des Grauens gewesenen Autor wohlbewusst ist, dass hinter jeder Zahl eines Opfers ein Schicksal und ein Menschenleben stehen.

auf Wachtürmen in der äußeren Lagerbegrenzung und in Außenkommandos. Der unvorstellbar menschenverachtende Zweck des Lagers war ihm unmittelbar nach seiner Ankunft klar. Außerdem konnte er von den Wachtürmen aus auch die sämtlichen Details des verbrecherischen Geschehens erfassen. Ihm war seinen Einlassungen nach auch stets bewusst, dass er mit seinen Dienstverrichtungen Lagerinsassen von einer potenziellen Flucht abhielt und so zum gesamten Tatgeschehen beitrug. Jedoch sah er keinen Ausweg, selbst um den erzwungenen Dienst herumzukommen. Er unternahm mehrere Versetzungsgesuche, die allesamt abgelehnt wurden. Für den Fall einer eigenen Flucht von der Truppe schwebte ihm vor, dass ihm selbst die Todesstrafe und seiner Familie in der Vojvodina schwere Repressalien seitens der deutschen Besatzer oder der dortigen Marionettenregierung drohten. Er habe in diesen Monaten schwer gelitten, weil ihm das volle Ausmaß dieses unfassbaren Verbrechens gegen die Menschlichkeit bewusst gewesen sei. Auf einen Menschen geschossen oder ähnliches habe er selbst jedoch nie, gegenteilige Erkenntnisse gibt es nicht. Im Januar 1945 gelang B im Zuge der Wirren der Todesmärsche Richtung Westen das eigene Absetzen von der Truppe. Sein Heimatort war zu diesem Zeitpunkt schon von der Roten Armee und der jugoslawischen Volksbefreiungsarmee befreit, so dass er zumindest hinsichtlich seiner Familie in Bezug auf die Deutschen keinerlei Repressalien mehr befürchten musste.

Der 1922 im heute polnischen Gleiwitz geborene C war Zugführer bei der Reichsbahn. Nachgewiesenermaßen fuhr er zwischen März 1944 und Januar 1945 insgesamt vier sog. Deportationszüge mit jeweils mindestens ca. 1.700 Menschen in den der Lok angehängten Güterwaggons aus dem Durchgangslager im französischen Drancy nach Auschwitz-Birkenau. Diese Menschen jüdischen Glaubens waren vorher auf Geheiß der deutschen Besatzungsmacht durch französische Gendarmerie aus ihren Wohnungen geholt worden. C war spätestens seit der 1. Fahrt bewusst, dass die mehrere Tage nicht mit Wasser und Essen versorgten Menschen aus den Güterwaggons zu Tode kommen sollten. Denn er nahm unterwegs wahr, dass das SS-Begleitkommando bei mehreren Halten einzelne Menschen aus den Waggons erschoss und dass bereits in den Waggons verstorbene Menschen hieraus entfernt wurden. In Auschwitz-Birkenau sah er bei Ankunft an der Rampe zudem die Selektionen und nahm den Geruch verbrannter menschlicher Körper aus den Krematorien wahr. Außerdem wurde ihm das ganze Ausmaß spätestens dann klar, als „sein Zug“ bei der 1. Fahrt für den Rückweg mit unzähligen menschlichen Effekten (Kleidung, Koffer, Schuhe, Brillen etc.) beladen wurde. Dies alles hatte er seinen Angehörigen damals auch so mitgeteilt.

A, B und C sind seit langem Rentner und leben in Altersheimen in Frankfurt am Main, Königstein im Taunus und Bad Homburg vor der Höhe. Die Staatsanwaltschaft beim Landgericht Frankfurt am Main klagt nun A, B und C an und legt ihnen jeweils den Tod von zahlreichen Menschen zur Last. Das Landgericht Frankfurt am Main lässt die Anklage zu, die Verfahren werden iSd. §§ 2 Abs. 1, 3 StPO miteinander verbunden.

**Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von A, B und C wegen Tötungsdelikten nach dem Strafgesetzbuch (StGB)!**

## Gliederung

### A) Strafbarkeit des A

#### I. Strafbarkeit des A aus § 211 StGB

##### 1. Tatbestand

###### a) Objektiver Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB

bb) Mordmerkmale der 2. Gruppe aus § 211 StGB

(1) Heimtückisch

(2) Grausam

###### b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz bezüglich § 212 StGB

bb) Vorsatz bezüglich Mordmerkmalen der 2. Gruppe aus § 211 StGB

##### 2. Rechtswidrigkeit

##### 3. Schuld

##### 4. Zwischenergebnis

#### II. Strafbarkeit des A aus §§ 211, 27 StGB

### B) Strafbarkeit des B aus §§ 211, 27 StGB

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

a) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

b) Gehilfenhandlung des B

##### 2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bezüglich der Haupttat

b) Vorsatz bezüglich der eigenen Hilfeleistung

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

#### IV. Zwischenergebnis

### C) Strafbarkeit des C aus §§ 211, 27 StGB

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

a) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

b) Gehilfenhandlung des C

##### 2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz bezüglich der Haupttat

b) Vorsatz bezüglich der eigenen Hilfeleistung

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

#### IV. Zwischenergebnis

### D) Ergebnis

## Gutachten

### Hinweis

Seit 2015 standen und stehen mehrere Personen vor bundesdeutschen Gerichten, die in irgendeiner Form am vor allem in Vernichtungslagern vollzogenen Holocaust mitgewirkt hatten. Dabei ging und geht es um frühere SS-Angehörige, die zumeist wenig tatnah als „Rädchen im Getriebe“ der Vernichtungsmaschinerie fungierten. Am bekanntesten ist derzeit der Fall des 96jährigen ehemaligen SS-Unterscharführers Oscar Gröning („der Buchhalter von Auschwitz“), welcher 2015 vom LG Lüneburg zu vier Jahren Haft verurteilt wurde. Der BGH bestätigte 2016 dieses Urteil in der Revisionsinstanz. 2017 entschied das BVerfG, dass das hohe Alter der Verbüßung der Haftstrafe nicht entgegensteht. Um den Haftantritt ggf. dennoch abwenden zu können, reichte Oscar Gröning im Januar 2018 ein letztlich vergebliches erstes Gnadengesuch ein. Über ein zweites Gnadengesuch musste letztlich nicht mehr entschieden werden, da er am 09.03.2018 verstarb. Insgesamt steht die Frage im Raum, wo genau Verstrickung und individuelle Schuld beginnen – im strafrechtlichen, aber auch im moralischen Sinne.

### A) Strafbarkeit des A

#### I. Strafbarkeit des A aus § 211 StGB

A könnte sich dadurch, dass er zwischen März 1944 und Januar 1945 eigenhändig insgesamt zehn Male Zyklon B in einzelne Gaskammern im Vernichtungslager Auschwitz-Birkenau einwarf, wo im jeweiligen Moment durchschnittlich mindestens 900 Menschen dort harrend zur Tötung bestimmt waren, wegen Mordes iSd. § 211 StGB in mindestens 9.000 Fällen strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

A muss zunächst iSd. § 211 StGB tatbestandsmäßig gehandelt haben.

#### a) Objektiver Tatbestand

Sodann muss A den gesamten objektiven Tatbestand des Morddelikts verwirklicht haben, somit den objektiven Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB sowie ggf. objektive Mordmerkmale der vorliegend in Rede stehenden 2. Gruppe aus § 211 StGB.

#### aa) Objektiver Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB

Zunächst muss es durch eine Tathandlung des A zu einem Tötungserfolg an mindestens einem anderen Menschen gekommen sein, damit der objektive Tatbestand des Totschlags iSd. § 212 Abs. 1 StGB erfüllt ist.

Nachgewiesenermaßen hat A in zehn einzelnen Fällen von einem hierfür vorgesehenen Einfüllschacht das kristalline Gift

Zyklon B in als Duschen getarnte Gaskammern eingeworfen. Infolge der Verbindung mit der Luft nach dem Einwurf wurde das Zyklon B in einen gasförmigen Aggregationszustand versetzt, was jeweils zum Erstickungstod sämtlicher in den Gaskammern eingeschlossenen Menschen führte. Dies betrifft aus den zehn Einzelaktionen insgesamt mindestens 9.000 zu Tode gekommene Menschen. Der objektive Tatbestand des Totschlags iSd. § 212 Abs. 1 StGB ist damit gleich in mindestens 9.000 Fällen erfüllt.

Dabei spielt es auch keine Rolle, dass die Tötung der insgesamt mindestens 9.000 Menschen als Teil der seinerzeit sog. Endlösung der Judenfrage von einem verbrecherischen Regime insbesondere auf der sog. Wannseekonferenz im Januar 1942 am Schreibtisch geplant wurde und das NS-Regime mit Adolf Hitler an der Spitze gewissermaßen als Initiator der kollektiven Tötungsakte zu gelten hat. Solange nämlich der konkret die Tat ausführende Täter volldeliktisch handelt und nicht nur ein absichtslos-doloses Werkzeug eines Unrechtsregimes ist, hat er selbst – wie vorliegend eben auch der A – Tatherrschaft und kann sich nicht in entlastender Weise auf eine flankierend in Betracht kommende mittelbare Täterschaft der Staatsführung des NS-Regimes als Täter kraft sozialer Tatherrschaft<sup>3</sup> über eine vorhandene Befehlskette hinweg berufen.

### Hinweis

Das Verständnis von A als Täter ist die unmittelbare Folge der sukzessiven Aufgabe der sog. Animus-Theorie (wer hat Täterwillen (*animus auctoris*), wer hat Teilnehmerwillen (*animus socii*)?) durch den BGH spätestens seit den Urteilen in den DDR-Mauerschützenprozessen.<sup>4</sup> Zuvor waren die ausführenden Personen staatlich organisierter Gewaltverbrechen dieser Theorie nach überhaupt nur als Gehilfen strafbar, die Täter entstammten der jeweiligen Staatsführung. Bei den Gehilfen musste dann stets die Beteiligung an der konkreten Einzeltat nachgewiesen werden, was sich insbesondere im Fall von Holocaust-Verbrechen oftmals als nahezu unmöglich darstellte. Viele tatnahe Personen, die heute definitiv als Täter begriffen werden würden, konnten sich so unbestraft in den Tod oder in die Verhandlungsunfähigkeit hinüberretten.

#### bb) Mordmerkmale der 2. Gruppe aus § 211 StGB

Die seitens A erfolgte Tötung von mindestens 9.000 Menschen könnte zudem objektive Mordmerkmale der 2. Gruppe aus § 211 StGB aufweisen und den Totschlag iSd. § 212 Abs. 1 StGB somit zum Mord iSd. § 211 StGB qualifizieren.

In Betracht kommen dabei insbesondere die Mordmerkmale „grausam“ und „heimtückisch“.<sup>5</sup> Fraglich ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob diese Mordmerkmale in der derzeitigen

<sup>3</sup> Vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 25 Rn. 2; Heinrich, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft (2002), S. 273.

<sup>4</sup> BGHSt 39, 1 (31 f.); BGHSt 40, 218 (230 ff.). Vgl. im Überblick zur Animus-Theorie Roxin, Strafrecht AT, (2003), § 25 Rn. 17; Joecks, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 25 Rn. 6 ff.

<sup>5</sup> Weitere ggf. noch – aber überwiegend an anderer Stelle, da zumeist eine Zugehörigkeit zu den rein subjektiven Mordmerkmalen der 1. und 3. Gruppe aus § 211 StGB besteht – anprüfbar Mordmerkmale wären im Übrigen noch

„Mordlust“, „Habgier“, „mit gemeingefährlichen Mitteln“ und „aus niedrigen Beweggründen“. Allerdings lassen sich diese auf den ersten Blick (jedenfalls moralisch gesehen) teilweise auf SS-Schergen passende Mordmerkmale rein strafrechtlich betrachtet kaum zur Anwendung bringen. Typischerweise kann bei einem staatlich organisierten Massenmord dem einzelnen „Rädchen im Getriebe“ weder eine spezifische Lust am Töten noch ein rücksichtsloses Gewinnstreben in Bezug auf die Habe der Opfer zugeordnet werden. Makaberweise begründet auch der Einsatz von Giftgas in eng begrenzten

Fassung des StGB zur Anwendung kommen können oder ob an dieser Stelle nicht vielmehr auf diejenige Fassung des StGB zum Zeitpunkt der Tatbegehung, also in den Jahren 1944/1945, abzustellen ist.

### Hinweis

Dies wird in der juristischen Ausbildung oft übersehen. Jedoch kann aufgrund des Rückwirkungsverbots und des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG niemand später wegen einer Tat bestraft werden, die zum Zeitpunkt der Tat überhaupt nicht oder milder bestraft wurde. Ebenso gilt es bei lange zurückreichenden Taten streng zu beachten, wie alt der mutmaßliche Täter zum Zeitpunkt der Tatbegehung war. Letzteres führt bei den letzten Holocaustprozessen bisweilen zu der bizarren Situation, dass Greise vor dem Jugendgericht abgeurteilt werden.

Vorliegend wäre für die Tötungen in den Gaskammern von Auschwitz-Birkenau grundsätzlich § 211 StGB idF. vom 15.06.1941 heranzuziehen. Allerdings muss wegen § 2 Abs. 3 StGB im Falle eines geänderten Gesetzes das im Vergleich mildeste Gesetz nach Beendigung der Tat angewendet werden. Das damit geltende „Meistbegünstigungsprinzip“ soll verhindern, dass der Täter noch aus einem Tatbestand (mit entsprechend höherem Strafraumen) verurteilt wird, den der Gesetzgeber selbst nicht mehr für angemessen erachtet.<sup>6</sup> Mit Blick auf die Rechtsfolge (lebenslange Freiheitsstrafe in der aktuell und seit 1977 gültigen Fassung des StGB vs. Todesstrafe im StGB 1941) ist das mildeste Gesetz der heutige § 211 StGB. Theoretisch wäre es zwar auch möglich, dass zu irgendeinem Zeitpunkt ein „Zwischengesetz“ existierte, also die jeweilige Strafnorm irgendwann einmal milder ausgestaltet war<sup>7</sup>. Dies ist allerdings vorliegend nicht ersichtlich.

### (1) Heimtückisch

Fraglich ist zunächst, ob die von A begangenen Tötungshandlungen heimtückisch waren.

Heimtückisch handelt, wer in feindseliger Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt.<sup>8</sup> Arglosigkeit ist dabei gegeben, wenn das Opfer keinen Angriff erwartet.<sup>9</sup> Wehrlosigkeit liegt ferner dann vor, wenn das

Opfer in der deshalb hilflosen Lage überrascht und daran gehindert wird, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren.<sup>10</sup>

Maßgebend für die Gesamtbeurteilung der Heimtücke ist bei von langer Hand geplanten und vorbereiteten Fällen wie vorliegend regelmäßig die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs, wobei es dann ausreicht, wenn der Täter das Opfer mit Tötungsvorsatz planmäßig in einen Hinterhalt lockt, um eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu schaffen, und die entsprechenden Vorkehrungen und Maßnahmen bei Ausführung der Tat noch fortwirken.<sup>11</sup> Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit ist es erforderlich, dass der Täter diese in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen. Nicht erforderlich ist es dagegen, dass der Täter die hilflose Lage des Opfers selbst herbeigeführt hat, ausreichend ist vielmehr das Ausnutzen der durch Dritte (jenseits des Opfers) verursachten Lage.<sup>12</sup>

Vorliegend gilt, dass die späteren Opfer nicht zwangsläufig durch A selbst, wohl aber planmäßig mit Tötungsabsicht in einen Hinterhalt – die jeweilige Gaskammer – gelockt wurden, indem man ihnen vorspiegelte, es gehe nach ihrem langen Bahntransport nun erstmal zum Duschen. Die Arglosigkeit der Opfer war den Tätern nicht nur bewusst, sondern nach dem Tatplan geradezu mitentscheidend für dessen ungestörte und damit iSd. Tatplans erfolgreiche Umsetzung. Anschließend wurden die Türen von außen verriegelt, so dass die Opfer in der Falle saßen und völlig wehrlos auf ihren fremdbestimmten Tod warten mussten.

Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob einige der Opfer insbesondere angesichts der bereits Tote verursachenden Deportation, des Auskleidens oder des Verschließens der Türen möglicherweise Verdacht schöpften und bei Beginn der eigentlichen Tötungshandlung, dem Einwurf des kristallinen Zyklon B in die Gaskammer, bereits einen Angriff auf ihr Leben befürchteten.<sup>13</sup> Maßgeblich ist vielmehr die grundsätzliche Arglosigkeit der absoluten Mehrheit beim Betreten der Gaskammer.

Im Ergebnis hat A das Mordmerkmal „heimtückisch“ damit objektiv verwirklicht. Dabei spielt die für den Heimtücke-begriff an sich zu fordernde Restriktion keine Rolle. Denn in Fällen des Massenmords mit letztlich nicht mehr exakt rekonstruierbaren Opferzahlen wie vorliegend kommt dadurch, dass dem Täter

Räumen mit Tötungsabsicht keine gemeine Gefahr, denn es wird über die vorgesehenen Opfer hinaus niemand gefährdet. Und auch die besonderen niedrigen Beweggründe könnten nur dann zur Anwendung kommen, wenn etwa bei A über seine schreckliche Dienstverrichtung hinaus ausdrücklich erkennbar gewesen wäre, dass er z.B. auch selbst aus Rassenhass gehandelt hat. Dies ist alleine aus seiner Mitgliedschaft in der SS verstanden als Bande bzw. kriminelle oder terroristische Vereinigung nicht ohne weiteres herleitbar, vgl. BGH NJW 2017, 498 (499), und damit ohne Gesinnungszeugen schwerlich nachzuweisen. Typischerweise wird aber zumindest den Planern des Holocausts auch das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe zugeschrieben, vgl. etwa LG München II, Urteil vom 12. Mai 2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08.

<sup>6</sup> Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 2 Rn. 14; Schmitz, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 2 Rn. 22.

<sup>7</sup> Schmitz, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 2 Rn. 23; Sturm, NStZ 2017, 553 (554).

<sup>8</sup> BGH GrS 9, 385 (390); BGHSt 32, 382 (383 f.); BGHSt 50, 16 (28); BGH NStZ-RR 2017, 78; Wenkel, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 211 Rn. 7.

<sup>9</sup> BGHSt 32, 382 (384); BGHSt 39, 353 (368); BGHSt 41, 72 (79); Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 211 Rn. 40.

<sup>10</sup> BGHSt 2, 60 (61); BGHSt 11, 139 (143); BGH NStZ-RR 2017, 78 (79); Momsen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 211 Rn. 44.

<sup>11</sup> Vgl. BGHSt 22, 77; LG Lüneburg, Urteil vom 15. Juli 2015 – 27 Ks 9/14; Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 211 Rn. 52; Schmoller, ZStW 99 (1987), 389, 412 ff.

<sup>12</sup> BGH NStZ 2006, 338 (339); Momsen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 211 Rn. 46; Schneider, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 211 Rn. 185.

<sup>13</sup> Vgl. BGH NStZ 2015, 31 (32); LG Lüneburg, Urteil vom 15. Juli 2015 – 27 Ks 9/14.

nur das nachweisbare Mindestmaß an Mordopfern zur Last gelegt wird und werden kann, automatisch eine restriktive Anwendung auch des Heimtückebegriffs zur Geltung.<sup>14</sup>

## (2) Grausam

Fraglich ist, ob die von A verwirklichten Tötungshandlungen auch als grausam anzusehen sind.

Grausam tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung, Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.<sup>15</sup>

Die Grausamkeit muss dabei nicht notwendig in der eigentlichen Ausführungshandlung i.e.S. und den durch diese verursachten Leiden liegen; sie kann sich auch aus den unbarmherzigen Gesamtumständen ergeben, unter denen die Tötung eingeleitet und vollzogen wird.<sup>16</sup> Das grausame Verhalten muss dabei vor Abschluss der den tödlichen Erfolg herbeiführenden Handlung auftreten und vom Tötungsvorsatz umfasst sein. Hier wurden den Opfern von den Tätern, darunter A, in kaum vorstellbarer Weise sowohl körperliche als auch seelische Schmerzen und Qualen bereitet. In seelischer Hinsicht betrifft dies insbesondere den Umstand, dass die Opfer gezwungen waren, vor bzw. während ihres eigenen Todeskampfs u.a. denjenigen ihrer eigenen Kinder, Ehepartner und/oder Eltern und Geschwister hilflos mit anzusehen. Dass der langsame, mit Vergiftungserscheinungen und Atemnot beginnende und in schwere Krampfanfälle einmündende, sich bis 30 Minuten hinziehende Todeskampf auch mit körperlichen Schmerzen verbunden war, die über das für die Tötung erforderliche Maß deutlich hinausgehen, ist dabei unbestreitbar.

Daher waren die Tötungshandlungen des A insgesamt auch grausam. Das entsprechende Mordmerkmal ist in objektiver Hinsicht erfüllt.

## b) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht muss A Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestands des § 212 Abs. 1 StGB und bezüglich der objektiv verwirklichten Mordmerkmale der 2. Gruppe aus § 211 StGB besitzen haben.

### aa) Vorsatz bezüglich § 212 StGB

Fraglich ist zunächst der Vorsatz des A bezüglich der Tötung der mindestens 9.000 Menschen.

A war als unmittelbar mit der Tötung von Menschen befasstem Mitglied des Lagerpersonals der Zweck des Vernichtungslagers Auschwitz-Birkenau wohlbekannt. Als er die gesondert als Gift gekennzeichneten Kapselbehälter für das Zyklon B jeweils mit auf die Dächer der Gaskammern nahm (wobei der einwerfende

Sanitätsdienstgrad typischerweise eine Gasmasken trug) und zugleich per Augenschein beim andauernden Betreten der Anlage und später per Geräuschkulisse die Menschen im Innern wahrnahm, wusste er, dass die in der jeweiligen Gaskammer befindlichen Menschen durch sein anschließendes Handeln zu Tode kommen würden und billigte diesen vielfachen Tod zumindest auch durch seine Gleichgültigkeit.

Daher hatte A Tötungsvorsatz hinsichtlich der hier relevanten mindestens 9.000 Menschen.

### bb) Vorsatz bezüglich Mordmerkmalen der 2. Gruppe aus § 211 StGB

Weiterhin muss bei A auch Vorsatz bezüglich der objektiv verwirklichten Mordmerkmale „heimtückisch“ und „grausam“ gehabt haben.

Bei der Heimtücke muss der Täter dabei iSd. eines besonderen Ausnutzungsbewusstseins handeln. Für ein Ausnutzungsbewusstsein genügt es, wenn der Täter die eine Heimtücke begründenden Umstände nicht nur in einer äußerlichen Weise wahrgenommen, sondern in dem Sinne in ihrer Bedeutung für die Tatbegehung erfasst hat, dass ihm bewusst geworden ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber dem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.<sup>17</sup> Dabei ist es auch subjektiv ausreichend, dass der Täter die hilflose Lage des Opfers nicht selbst herbeigeführt hat, sondern die von Dritten verursachte Situation vorfindet und bewusst ausnutzt.<sup>18</sup> A war sich voll bewusst, dass die jeweils in der Gaskammer arg- und wehrlos eingesperrten Menschen nunmehr dem Tod ausgeliefert waren und warf in Kenntnis dieser vorgefundenen Lage das unmittelbar zum Tod dieser Menschen führende kristalline Zyklon B in die Gaskammer ein. Damit hatte A auch einen Heimtückevorsatz.

In subjektiver Hinsicht handelt der Täter bei der Tötung dann grausam, wenn sein Handeln aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung erfolgt.<sup>19</sup> Diese kann in unmittelbaren und mittelbaren Tatumständen oder aber auch in der Täterpersönlichkeit zum Ausdruck kommen.<sup>20</sup> Vorliegend war sich A der extrem brutalen und leidvollen Begleitumstände des Todes ganzer Familien und der entsetzlichen körperlichen und seelischen Qualen, die letztlich direkt auf seine finale Handlung des Einwurfs des kristallinen Zyklon B in die Gaskammer zurückzuführen sein würden, voll bewusst und wollte dies als Teil einer Todesmaschinerie auch. Daher hat er auch subjektiv grausam gehandelt.

## 2. Rechtswidrigkeit

Ferner muss A rechtswidrig gehandelt haben.

Die Rechtswidrigkeit einer Handlung iSd. Verwirklichung eines Mordmerkmals wird durch Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands indiziert und in aller Regel nicht durch Erlaubnissätze

<sup>14</sup> Vgl. LG Lüneburg, Urteil vom 15. Juli 2015 – 27 Ks 9/14. Dies geht im Ergebnis in Richtung der vom BGH präferierten Rechtsfolgenlösung nach § 49 StGB, um dann im Einzelfall unbillige Ergebnisse zu vermeiden, vgl. BGHSt 48, 255 (263).

<sup>15</sup> BGHSt 3, 180 (181); BGH StV 1997, 565 (566); Wenkel, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 211 Rn. 7.

<sup>16</sup> BGH StV 1997, 565 (566); LG Lüneburg, Urteil vom 15. Juli 2015 – 27 Ks 9/14; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 211 Rn. 10; Altwater, NSTz 2006, 86 (90).

<sup>17</sup> BGH NSTz 2013, 232 (233); BGH NSTz 2015, 214 f.; BGH NSTz 2018, 97; Mosen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 211 Rn. 46.

<sup>18</sup> BGHSt 18, 87 (88); BGHSt 27, 322 (324); BGHSt 32, 382 (384); Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 211 Rn. 71.

<sup>19</sup> BGH NSTz 1982, 379; BGH NSTz 2007, 402 (403); Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 211 Rn. 63; Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 211 Rn. 71.

<sup>20</sup> BGHSt 3, 180 (181); Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 211 Rn. 64; Otto, JURA 1994, 141 (150).

ausgeschlossen.<sup>21</sup> Für funktionelles Mitwirken an einem staatlich organisierten Massen- und Völkermord gibt es keinerlei ernsthaft erwägbareren Rechtfertigungsgrund. Schließlich war der Massen- und Völkermord in Vernichtungslagern auch nach damaliger Rechtslage nicht durch Gesetz gedeckt und auch nicht kriegsnotwendig. Insoweit bestehende Befehle konnten schon damals mit Rücksicht auf die allen Völkern gemeinsamen Leitgedanken der Menschlichkeit und Gerechtigkeit nicht verbindlich sein<sup>22</sup>, so dass ein etwaiges Berufen des A auf verbrecherische Befehle keinen Anlass dafür liefert, an der Rechtswidrigkeit seines Tuns zu zweifeln.

Daher war das Handeln von A auch rechtswidrig.

### 3. Schuld

Schließlich muss A auch schuldhaft gehandelt haben.

Zunächst kommt kein Vorliegen eines schuldausschließenden Verbotsirrtums iSd. § 17 StGB in Betracht. Der in Auschwitz-Birkenau geschehene ungeheuerliche Massenmord an wehrlosen Zivilisten – darunter Kinder, Frauen und Greise – verstieß in derart eklatanter Weise gegen das Recht auf Leben, dass der Verstoß gegen geltendes Recht für jedermann offenkundig auf der Hand lag.<sup>23</sup> Vor diesem Hintergrund musste sich A stets dessen bewusst sein, dass die Befehle zur Teilnahme am Massenmord nicht verbindlich sein konnten und er mit ihrer Ausführung Unrecht beging.

Es sind zudem keinerlei Entschuldigungsgründe erkennbar. Damit war das Handeln des A auch schuldhaft.

### 4. Zwischenergebnis

A hat sich somit wegen Mordes iSd. § 211 StGB in mindestens 9.000 Fällen strafbar gemacht.

#### Hinweis

Das war zumindest juristisch betrachtet noch eine leichte Übung. Denn A hatte jedenfalls nach heutigem Verständnis schon selbst Tatherrschaft, schließlich hatte er unmittelbar dasjenige getan, was zum Taterfolg des Massenmordes erforderlich war (Einleitung des Giftgases). Die rechtlich und moralisch viel schwierigeren Grenzfälle der „Mordzurechnung“ iS. einer Beihilfe auf weiter entfernte „Rädchen im Getriebe“ kommen erst noch im Zusammenhang mit B und C. Auch im eingangs erwähnten realen Fall Oscar Gröning (Beihilfe zum Mord) wäre es juristisch sehr schwierig geworden, sofern er nicht auch vereinzelt Dienst an der Rampe geleistet und damit unmittelbaren Anteil am Mordgeschehen selbst gehabt hätte, sondern rein auf die Verwaltung der den Opfern abgenommenen Barmittel beschränkt gewesen wäre. Schließlich stellt sich die eingangs gestellte Frage, wo genau die Grenze der zurechenbaren Beteiligung am Mordkomplex liegt.

<sup>21</sup> Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 211 Rn. 96; Günther, NJW 1982, 353 (358); Zöller, JURA 2005, 556 ff.

<sup>22</sup> LG München II, Urteil vom 12. Mai 2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08; LG Detmold, Urteil vom 17. Juni 2016 – 4 Ks 9/15.

<sup>23</sup> Ibid.

## II. Strafbarkeit des A aus §§ 211, 27 StGB

Womöglich hat sich A zudem wegen Beihilfe zum Mord iSd. §§ 211, 27 StGB in weiteren mindestens 291.000 Fällen strafbar gemacht, da in seinem Beisein am Tatort zwischen März 1944 und Januar 1945 und im Rahmen seiner funktionellen Mitwirkung am gesamten Mordkomplex vor Ort weitere mindestens 291.000 Menschen in Auschwitz-Birkenau ermordet wurden.

#### Hinweis

Dies liegt an und für sich auf der Hand, ist aber absolut praxisfern. Tatsächlich sieht die Anklage- und Verurteilungspraxis im Zusammenhang v.a. mit Holocaust-Verbrechen in Deutschland so aus, dass die Eigenschaft als zigfacher Mordgehilfe gar nicht mehr zur Anklage kommt, sofern schon eine Täterschaft in vielen Fällen nachweisbar ist. Im Ergebnis gibt es außer der moralischen Schuldfrage auch keine praktische Relevanz, weil das Strafmaß für A – anders als etwa in den USA – nicht auf mehrfach lebenslänglich lauten könnte und eine für die Frage der vorzeitigen Haftentlassung relevante Feststellung der besonderen Schwere der Schuld bei Delinquenten im Greisenalter ohnehin bedeutungslos ist. Da Täter und Gehilfen v.a. des Holocausts im Jahr 2018 zwangsläufig über 90 Jahre alt sind, bedeutet eine Verurteilung zu einer auch nur geringen Freiheitsstrafe ohne Bewährung faktisch lebenslänglich, was i.Ü. wiederum die schwierige Frage nach der an sich iSd. Strafzwecks der positiven Spezialprävention gebotenen Resozialisierungsmöglichkeit in den Blickpunkt rückt.

Problematisch ist vorliegend aber, ob sich wirklich eine Eigenschaft des A als Mordgehilfe in Bezug auf die weiteren mindestens 291.000 Opfer in Auschwitz-Birkenau in der Zeit seiner Anwesenheit zwischen März 1944 und Januar 1945 annehmen lässt.

Insoweit hat der BGH schon im Jahr 1969 festgestellt, dass sich nicht jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Lagers Auschwitz-Birkenau eingegliedert gewesen und dort irgendwie anlässlich dieses Programms tätig geworden ist, objektiv an den (ihm nicht bereits täterschaftlich zuordenbaren; *Ergänzung des Autors*) Morden beteiligt hat und für alles Geschehene dort verantwortlich zu machen ist.<sup>24</sup> Denn dann wäre auch der Arzt, der zur Betreuung der Wachmannschaft bestellt war und sich streng auf diese Aufgabe beschränkt hat, der Beihilfe zum Mord schuldig; das gälte sogar für den Arzt, der im Lager Häftlingskranke behandelt und sie gerettet hat.<sup>25</sup>

Erforderlich ist also in Fällen wie dem vorliegenden stets ein Nachweis, ob und wie die für eine Handlung als Mordgehilfe in Frage kommende Person im Rahmen eines fest umgrenzten Komplexes wie etwa im Zusammenhang mit den bei der sog. Ungarn-Aktion durchgeführten Mordtaten strafrechtlich verantwortlich ist. Dabei muss es um konkrete Handlungsweisen der

<sup>24</sup> BGH NJW 1969, 2056 f.; vollständig abgedruckt in: Rüter/de Mildt, Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 595 b, Bd. XXI, (1979), S. 838 ff.

<sup>25</sup> BGH NJW 2017, 498 (500).

fraglichen Person mit unmittelbarem Bezug zum organisierten Tötungsgeschehen im relevanten Vernichtungslager gehen.<sup>26</sup>

Vorliegend liegt es dem spezifischen Sachverhalt nach zwar nahe, A etwa die sämtlichen Morde der sog. Ungarn-Aktion zuzuordnen und hierbei eine Gehilfeneigenschaft zu unterstellen. Zweifellos möglich ist dies aber nicht, da Angaben dazu fehlen, wann der konkrete 10malige Einsatz des A stattfand. In dubio pro reo lässt sich daher die Gehilfeneigenschaft des A in Bezug auf die weiteren mindestens 291.000 Fälle (wohl überwiegend) von Mord nicht zweifelsfrei feststellen. Daher hat sich A nicht auch wegen Beihilfe zum Mord iSd. §§ 211, 27 StGB strafbar gemacht.

## B) Strafbarkeit des B aus §§ 211, 27 StGB

Fraglich ist, ob Bs Bewachungshandlungen im Vernichtungslager Auschwitz-Birkenau im Zeitraum März 1944 bis Januar 1945 bedeuten, dass ihm dadurch der dortige gewaltsame Tod von mindestens 400.000 Menschen im besagten Zeitraum als Beihilfe zum Mord iSd. §§ 211, 27 StGB angelastet werden kann.

### I. Tatbestand

Dann muss B zunächst tatbestandlich gehandelt, somit den objektiven und den subjektiven Tatbestand erfüllt haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Hinsichtlich des objektiven Tatbestands kommt es darauf an, dass es eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat und eine Gehilfenhandlung des B gibt.

##### a) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

Als vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist der grausame und heimtückische Mord an bis zu 400.000 Menschen iSd. § 211 StGB während des Zeitraums März 1944 – Januar 1945 im Vernichtungslager Auschwitz-Birkenau zu begreifen.

##### b) Gehilfenhandlung des B

Fraglich ist aber die objektive Gehilfenhandlung des B im Zusammenhang mit der zuvor ausgemachten vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat.

Schließlich wäre grundsätzlich daran zu denken, dass alleine die Bewachung des Vernichtungslagers in der äußeren Absperungslinie (Wachtürme) oder die Bewachung von gefangen gehaltenen, aber noch nicht unmittelbar zur Ermordung vorgesehenen Menschen im Rahmen von Arbeit bei Außenkommandos noch nicht gleichbedeutend damit ist, in das funktionelle Töten eines Mordapparats eingebunden zu sein.

Beihilfe iSd. § 27 StGB erfasst allerdings grundsätzlich jede Handlung, welche die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert.<sup>27</sup> Dass die für den Eintritt des Erfolgs in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal ist, ist jedenfalls nicht erforderlich.<sup>28</sup>

Daran gemessen unterstützte auch jeder einzelne Wachposten in einem Vernichtungslager praktizierten Massenmord. Denn jeder Wachmann eines Vernichtungslagers erleichterte und förderte als in die Befehlskette eingegliedertes Akteur den Massenmord durch aktives Tun.<sup>29</sup> Ohne die Tätigkeiten der Wachleute hätte der Massenmord schließlich nicht in der tatsächlich praktizierten Form umgesetzt werden können. Das Wachpersonal sicherte das Lagergeschehen in allen Bereichen, von der Umstellung der ankommenden Deportationszüge, über die Begleitung der Selektierten auf ihrem Weg in die Gaskammer bis hin zur Bewachung der Gefangenen im Rahmen der Postenketten oder bei den Außenkommandos. Durch die von den schwer bewaffneten Wachleuten aufgebaute Drohkulisse wurde jeder Gedanke an Widerstand oder Flucht im Keim erstickt. Die Angehörigen des Wachpersonals waren zudem verpflichtet, Widerstand oder Fluchtversuche mit Waffengewalt zu unterbinden (sog. Postenpflicht). So gewährleistete jeder Wachmann – gleichgültig, an welcher Stelle er im Lager eingesetzt war – den reibungslosen Ablauf der Massenvernichtung, die Bewachung der späteren Opfer war für den Morderfolg somit unerlässlich.<sup>30</sup> Das Wachpersonal war damit die funktionierende Stütze im Konzentrationslager.

Mit seiner Verwendung als Wachposten und seiner potenziellen Bereitschaft, Widerstand oder Fluchtversuche erforderlichenfalls mit Waffengewalt zu unterbinden (man denke auch an den sozialen Druck und die notfalls erforderliche Rechenschaft, ggf. nicht geschossen zu haben), förderte und erleichterte somit auch B als in die Befehlskette eingegliedertes Akteur den Massenmord in Auschwitz-Birkenau.

Zwar ist zu sehen, dass B insgesamt nur Teile der Aufgaben des Wachpersonals in Auschwitz übernommen hatte und z.B. weder nachweisbar Dienst an der Rampe versehen oder Menschen in die Gaskammern geführt hat. Dies vermag ihn allerdings nicht zu entlasten. Denn als in die Organisationsstruktur eingebundener Wachmann muss sich sodann jeder Wachmann über seinen individuellen Tatbeitrag hinaus aufgrund der arbeitsteiligen Vorgehensweise bei der Ermordung der Menschen die Hilfeleistungen der anderen Wachleute im Rahmen der gleichsam mit-täterschaftlich geleisteten Beihilfe zurechnen lassen.<sup>31</sup>

Die objektive Gehilfenhandlung des B liegt damit vor.

Diese kann allerdings nicht auf sämtliche mindestens 400.000 Fälle an Tötungen im maßgeblichen Zeitraum unter dem Verdikt Mord erstreckt werden.<sup>32</sup> Zu berücksichtigen gilt es einerseits, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass es darunter einige Fälle gab, die zwar krankheits-/erschöpfungsbedingt oder infolge von Fremdverschulden zum Tod der Opfer führten, bei denen aber kein Mordmerkmal iSd. § 211 StGB nachweisbar ist. Andererseits müssen Zeiträume berücksichtigt werden, in denen B etwa durch Urlaub, Fortbildung und Krankheit keinen

<sup>26</sup> BGH NJW 2017, 498 (500).

<sup>27</sup> BGHSt 8, 390; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 27 Rn. 1; Roxin, Strafrecht AT, (2003), § 26 Rn. 186.

<sup>28</sup> Vgl. BGH NSTZ-RR 2009, 311; BGH NSTZ 2012, 316; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 27 Rn. 3 ff.

<sup>29</sup> LG München II, Urteil vom 12. Mai 2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08 (= Beginn der Rspr. zur Figur der „funktionellen Beihilfe“); LG Ellwangen, Beschluss vom

27. Februar 2014 – 1 Ks 9 Js 94162/12; LG Detmold, Urteil vom 17. Juni 2016 – 4 Ks 9/15.

<sup>30</sup> Vgl. LG Detmold, Urteil vom 17. Juni 2016 – 4 Ks 9/15; Schulz-Merkel, jurisPR-StrafR 25/2016 Anm. 3.

<sup>31</sup> BGHSt 51, 144 ff.; LG Detmold, Urteil vom 17. Juni 2016 – 4 Ks 9/15.

<sup>32</sup> Vgl. zu dieser Methode eines Abschlags von der Gesamtzahl zugunsten des Mordgehilfen LG Detmold, Urteil vom 17. Juni 2016 – 4 Ks 9/15.

Dienst verrichtete, so dass ihm dennoch zumindest Beihilfe zum Mord in 350.000 Fällen zur Last zu legen ist.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Weiterhin muss bei B auch Vorsatz bezüglich der Haupttat und seiner eigenen Hilfeleistung auszumachen sein (sog. Doppelvorsatz des Gehilfen).

### a) Vorsatz bezüglich der Haupttat

B muss zunächst hinsichtlich der festgestellten Haupttat Vorsatz gehabt haben. Dieser muss sich zwar nicht auf die Ausführung einer Tat in allen Einzelheiten, wohl aber in ihren wesentlichen Grundzügen richten. Die Tat muss er in ihren wesentlichen Merkmalen – insbesondere ihre Unrechts- und Angriffsrichtung – erfassen. Welche Tatumstände als wesentliche Merkmale anzusehen sind, richtet sich dabei nach der jeweiligen Haupttat.<sup>33</sup> Eine Bestrafung wegen Beihilfe zum Mord setzt jedenfalls voraus, dass der Gehilfe zum Zeitpunkt seines Tatbeitrags ohne erforderliche exakte Detailkenntnis um die Tötung und das Vorliegen der Mordqualifikation beim Täter weiß.<sup>34</sup> Entscheidend ist, welche Kenntnisse er im Zeitpunkt der Hilfeleistung hatte. Gemäß seiner eigenen Einlassungen wusste B unmittelbar nach seiner Ankunft im Vernichtungslager Auschwitz-Birkenau, dass dort Massen- und Völkermord betrieben wurde. Im Folgenden fand er sich über zehn Monate hinweg mit dieser Situation ab, nahm also die fortwährenden Morde durch Dritte somit billigend in Kauf.

Der Vorsatz des B bezüglich der Haupttat ist somit zu bejahen.

### b) Vorsatz bezüglich der eigenen Hilfeleistung

Fraglich ist, ob B darüber hinaus auch Vorsatz bezüglich seiner eigenen Hilfeleistung zu der Haupttat hatte.

Dabei muss sich der Gehilfe darüber bewusst sein, dass sein Verhalten das Vorhaben der Haupttat fördert. Hierfür genügt es, wenn der Gehilfe seinen eigenen Tatbeitrag zumindest für möglich hält und billig.<sup>35</sup> B war sich über das Ausmaß des industriellen Massen- und Völkermords in Auschwitz-Birkenau voll bewusst. Ebenso hatte er aufgrund der Ausblicke von Wachtürmen zwangsläufig zumindest in groben Zügen Kenntnis davon, dass die Tötungsakte heimtückisch und grausam erfolgten und war sich auch darüber bewusst, dass er mit seiner Wachtätigkeit zum mörderischen Geschehen aktiv beitrug und die Durchführung effektiv förderte. In Kenntnis all dieser Umstände nahm er diese Taten Dritter zumindest billigend in Kauf.

Somit hatte B auch Vorsatz bezüglich seiner eigenen Hilfeleistung zur Haupttat.

#### Hinweis

Das ganze Geschehen mag B also noch so betroffen oder gar traurig gemacht haben. Fest steht, dass er selber dem Morden Dritter weiter zugeschaut und durch seine

Wachdienste gefördert hat. Der innere Vorbehalt hilft somit nicht weiter, wenn er nach außen keinen erkennbaren Abstand von der Tat nimmt.

## II. Rechtswidrigkeit

Weiterhin müssen die Gehilfenhandlungen des B auch als rechtswidrig anzusehen sein.

Vorliegend stellt sich die Frage, ob B nicht ausnahmsweise einen rechtfertigen Notstand iSd. § 34 StGB anführen könnte, da er selbst zum Dienst in der SS gezwungen wurde, seine Versetzungsgesuche erfolglos blieben und er insbesondere aus Angst um seine Familie bis zuletzt keine Desertion wagte.

Allerdings ist im Rahmen eines rechtfertigenden Notstands iSd. § 34 StGB keine Abwägung „Leben gegen Leben“ möglich, so dass eine für B oder seine Angehörigen vermeintlich oder tatsächlich bestehende Todesgefahr im Falle der Weigerung an der Mitwirkung am Massenmord die vollzogene Beihilfehandlung nicht zu rechtfertigen vermag.<sup>36</sup> Eine Rechtfertigung iSd. § 34 StGB scheidet somit aus.

Da auch keine weiteren Rechtfertigungsgründe erkennbar sind, muss das Handeln des B als rechtswidrig angesehen werden.

## III. Schuld

Schließlich muss das Handeln des B auch schuldhaft gewesen sein.

In Betracht kommt vorliegend, die Umstände der Zwangsrekrutierung zur SS, der abgelehnten Versetzungsgesuche und der lange nicht erfolgten Desertion infolge vor allem der Angst um Repressalien gegen die eigene Familie im Rahmen eines entschuldigenden Notstands iSd. § 35 StGB<sup>37</sup> zu Gunsten von B würdigen.

#### Hinweis

Hier gibt es das moralische Dilemma, dass B vor allem aus Sorge um seine Familie weitergemacht und das Morden unterstützt hat. Anders gewendet ist B hier nicht nur – untechnisch gesprochen – Täter, sondern zugleich auch ein Stück weit Opfer eines verbrecherischen Regimes. Im Wesentlichen ist dieses Dilemma anhand von § 35 StGB aufzulösen.

iSd. § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB handelt ohne Schuld, wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden.

Daran gemessen wird eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit von B oder seiner Familie zu bejahen sein, jedenfalls sofern B desertiert wäre. Insgesamt muss ein Ausweichen

<sup>33</sup> BGHSt 42, 135 (137); Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 27 Rn. 1; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 27 Rn. 29.

<sup>34</sup> BGH NSTZ 1996, 434; NGH NSTZ 2007, 230 (233); LG Detmold, Urteil vom 17. Juni 2016 – 4 Ks 9/15; Joecks, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 27 Rn. 97.

<sup>35</sup> BGH NSTZ 2007, 290; BGH NSTZ 2012, 264; Joecks, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 27 Rn. 103.

<sup>36</sup> Vgl. LG Detmold, Urteil vom 17. Juni 2016 – 4 Ks 9/15; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 34 Rn. 20; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 34 Rn. 14 f.

<sup>37</sup> Jedenfalls wird der hierzu alternative Versuch der Konstruktion eines übergesetzlichen Schuld minderungsgrunds wegen Verstrickung in staatlich befohlene Verbrechen, vgl. BGH NJW 1976, 1756 ff., BVerfGE 54, 100 ff. bis heute als nicht überzeugend wahrgenommen.

der betreffenden Person schließlich trotz der drohenden Mitwirkung an schweren Verbrechen auch zumutbar sein<sup>38</sup>, darf also nicht seinerseits eine nicht hinnehmbare Gefahr begründen. Eine Desertion aus einer militärisch organisierten Truppe dürfte dabei eine solche Gefahr begründen, da ein Standgerichtsverfahren mit etwaigem Todesurteil und erhebliche Repressalien gegen die Angehörigen des B (sog. Sippenhaft) in Rede standen.<sup>39</sup> Diese Repressalien wären innerhalb der Deutschen Volksgruppe in Serbien sicherlich auch durchgesetzt worden.

Im Rahmen der NS-Gewaltverbrechen wird unter „anders abwendbar“ zudem auch verstanden, dass sich die betroffene Person jederzeit und ohne Nachteile hätte versetzen lassen können.<sup>40</sup> B hatte sich hierum bemüht, dies jedoch nicht geschafft.

Höchst fraglich ist, ob dem B zum damaligen Zeitpunkt darüber hinaus eine Befehlsverweigerung der Mitwirkung (ohne Desertion) zuzumuten war, auch wenn die Gerichte heute ex post feststellen, dass kein Fall bekannt geworden ist, bei dem eine Befehlsverweigerung dahingehend, sich an den Massenmorden zu beteiligen, mit der Einweisung in ein Konzentrationslager oder gar der Todesstrafe geahndet worden wäre.<sup>41</sup> Vielmehr wird gerade bei gedungenem Lagerpersonal die ex ante-Vermutung zugestanden werden können, dass ihnen selbst und ihrer Familie Schlimmes drohte, sollten sie sich weigern, weiter am Massenmord mitzuwirken.<sup>42</sup>

Im Ergebnis wird man einzig aufgrund der spezifischen Sonder-situation des B annehmen dürfen, dass ihm Verweigerung der weiteren Mitwirkung, Flucht oder Versetzung bis Januar 1945 keine zumutbaren Wege eröffneten, sich der Mordmaschinerie ohne immense Eigengefährdung und Gefährdung seiner Angehörigen zu entziehen. Daher kann er sich letztlich auf einen entschuldigenden Notstand iSd. § 35 StGB berufen.

#### IV. Zwischenergebnis

B hat sich somit nach hier vertretener Auffassung nicht iSd. §§ 211, 27 StGB wegen Beihilfe zum Mord in mindestens 350.000 Fällen strafbar gemacht.

#### C) Strafbarkeit des C aus §§ 211, 27 StGB

Möglicherweise könnte sich C wegen Beihilfe zum Mord iSd. §§ 211, 27 StGB in mindestens 6.800 Fällen strafbar gemacht haben, indem er vier Male Güterwaggons mit späteren Opfern der Mordmaschinerie von Frankreich nach Auschwitz-Birkenau brachte.

#### Hinweis

Hier wird es nun noch schwerer, die individuelle Schuld zu ermitteln und als eine Grundlage der Strafbarkeit heranzuziehen. Denn wo genau beginnt nun die seit 2011 so zu betrachtende funktionale Kette der Mordmaschinerie?

<sup>38</sup> LG Ellwangen, Beschluss vom 27. Februar 2014 – 1 Ks 9 Js 94162/12; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 35 Rn. 2.

<sup>39</sup> Anders aber wieder womöglich, wenn die Angehörigen nicht bedroht waren und die Flucht der betreffenden Person ins nahe Heimatgebiet oder zu in der Nähe befindlichen landsmannschaftlichen Partisanen möglich war, vgl. BGH NJW 1972, 832 (834); LG München II, Urteil vom 12. Mai 2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08.

## I. Tatbestand

Erneut muss auch C den objektiven und den subjektiven Tatbestand erfüllt haben.

### 1. Objektiver Tatbestand

Für den objektiven Tatbestand ist von Belang, dass es eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat und eine Gehilfenhandlung des C gibt.

#### a) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

Als vorsätzliche rechtswidrige Haupttat steht die Ermordung der Insassen der von C transportierten Güterwaggons iSd. § 211 StGB in Rede. Als Mordmerkmale sind erneut Heimtücke und Grausamkeit anzunehmen.

Dabei gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass wohl nicht sämtliche Zuginsassen ermordet wurden, sondern Gutachtermeinungen nach letztlich ca. 70%. Mindestens 4.760 Menschen wurden also ermordet, die übrigen Zuginsassen wurden wohl als zunächst arbeitsfähig selektiert. Teilweise werden sie überlebt haben, manche werden auch ohne die Verwirklichung von Mordmerkmalen getötet worden oder verstorben sein.

Bezüglich aller anderen in Auschwitz-Birkenau ermordeten Menschen, die letztlich also nicht von C transportiert wurden, besteht keinerlei Zurechnungsmöglichkeit dieser Morde auf C. Denn dieser hat mit diesen Haupttaten letztlich nichts zu tun, auch wenn er erahnen konnte, dass dort nicht nur die von ihm transportierten Menschen ermordet werden sollten und würden.

#### b) Gehilfenhandlung des C

C muss die Ermordung von mindestens 4.760 Menschen auch in irgendeiner Form objektiv gefördert oder erleichtert haben.

Jedenfalls hat C die späteren Opfer zur Mordstätte verbracht, damit also in der Kausalkette einen unabdingbaren Tatbeitrag zum Taterfolg erbracht.

Eine objektive Gehilfenhandlung des C ist damit zu bejahen.

### 2. Subjektiver Tatbestand

Zudem muss auch C Vorsatz bezüglich der Haupttat und seiner eigenen Hilfeleistung gehabt haben.

#### a) Vorsatz bezüglich der Haupttat

Fraglich ist, ob C Vorsatz bezüglich der Massenmorde an mindestens 4.760 Menschen hatte.

In Betracht kommt dabei allein bedingter Vorsatz. C konnte sich anhand der Erschießungen durch das SS-Begleitkommando bereits im Laufe der ersten Zugfahrt denken, dass die Insassen der von ihm beförderten Güterwaggons vollständig oder hauptsächlich zur Ermordung bestimmt waren. Dies wissend setzte er die Reise bis zum bestimmungsmäßigen Ziel Auschwitz-Birkenau

<sup>40</sup> LG Detmold, Urteil vom 17. Juni 2016 – 4 Ks 9/15; vgl. auch Hörnle, JuS 2009, 830 (831) mwN.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Dies wird man im Wege eines erst-recht-Schlusses BGH NJW 1964, 730 f. (Zubilligung von § 35 StGB für nicht zwangsrekrutierte Polizisten, die sich im 2. Weltkrieg in Weißrussland weigerten, weiter an Massenerschießungen von Juden mitzuwirken) entnehmen können.

fort, wo sich ihm spätestens das gesamte Ausmaß der Mordmaschinerie offenbarte. Auch hiernach führte er in Kenntnis dessen noch drei weitere Deportationstransporte durch, nahm somit die Ermordung der jeweiligen Waggoninsassen jedes Mal billigend in Kauf.

Damit hatte C Vorsatz bezüglich der Haupttat.

### b) Vorsatz bezüglich der eigenen Hilfeleistung

Fraglich ist, ob C aber auch Vorsatz bezüglich seiner eigenen Hilfeleistung zu der Haupttat hatte, wobei bedingter Vorsatz erneut ausreichend ist.

Letztlich hatte C die volle Tragweite der Massenmorde in Auschwitz-Birkenau und seinen eigenen Förderungsbeitrag voll erfasst und „einfach weiter gemacht“, sich also mit dem Eintritt des Taterfolgs iS. eines bedingten Vorsatzes abgefunden.

Im Ergebnis bestand daher auch Vorsatz bezüglich der eigenen Hilfeleistung.

## II. Rechtswidrigkeit

Hinsichtlich C ist auch nicht mal im Ansatz ein anerkannter Rechtfertigungsgrund erkennbar. Das Handeln von C war somit rechtswidrig.

## III. Schuld

Schließlich muss C auch schuldhaft gehandelt haben. Hinsichtlich C ist – anders als bei B – überhaupt nicht ersichtlich, wo ein Entschuldigungsgrund liegen könnte.

C hatte es im Kontext von § 35 StGB deutlich leichter, um die Transporte und damit einen Tatbeitrag herumzukommen. Schon beim ersten Transport hätte er sich dem entziehen können, als ihm klarwerden musste, was mit den Waggoninsassen passieren würde. Dabei hätte er sich der Weiterfahrt offen widersetzen können oder aber etwa einen Schaden an der Lokomotive oder eine Krankheit vortäuschen können. Als Zivilist (Reichsbahnbeschäftigter) brauchte er dabei allenfalls mit Konsequenzen milderer Art zu rechnen, die angesichts der drohenden Ermordung einer Vielzahl von Menschen jedenfalls hinzunehmen waren. Von dieser Möglichkeit des nicht weiter Handelns hat C jedoch trotz Zumutbarkeit keinen Gebrauch gemacht. Gleiches gilt auch für die weiteren drei Deportationen, wo er sich erkennbar nicht bemüht hatte, hiervon Abstand nehmen zu können.

Damit war das Handeln von C jedenfalls auch schuldhaft, auch wenn ihn die bitteren Konsequenzen seines Handelns seelisch belastet haben mögen.

## IV. Zwischenergebnis

C hat sich somit wegen Beihilfe zum Mord iSd. §§ 211, 27 StGB in mindestens 4.760 Fällen strafbar gemacht.

### Hinweis

Dieses Ergebnis mag im Binnenverhältnis zu B überraschen. Schließlich war B schlicht „näher an der Tat“ dran. Dennoch hat B eben anders als C letztlich nicht aus freien

Stücken weitergehandelt und insoweit seinen Tatbeitrag erbracht. Interessant ist jedenfalls auch, dass sich die neuen Ermittlungen seit 2011 nur gegen ehemalige SS-Angehörige richten, nicht aber z.B. gegen Reichsbahnangehörige oder Angehörige der deutschen Schutzpolizei oder der französischen Gendarmerie, die die späteren Opfer erst zu den Todeszügen verbrachten. Die neue „Rädchen-theorie“ der Rechtsprechung konsequent zu Ende gedacht, besteht hier dringend Nachholbedarf, bevor die letzten Mordgehilfen verstorben oder verhandlungsunfähig sind!

## D) Ergebnis

Im Ergebnis hat sich A wegen Mordes iSd. § 211 StGB in mindestens 9.000 Fällen strafbar gemacht. B hat sich nicht strafbar gemacht. C hat sich wegen Beihilfe zum Mord iSd. §§ 211, 27 StGB in mindestens 4.760 Fällen strafbar gemacht.

### Hinweis

Natürlich führt auch die Rechtsprechungsänderung hin zur funktionellen Beihilfe ab 2011 (im Verbund mit der schon zuvor aufgegebenen Animus-Theorie) insgesamt zu gewissen Wertungswidersprüchen. Denn wesentlich tatnähere Mordgehilfen insbesondere des Holocausts blieben unbestraft, die am Zaun Wache stehenden „kleinen Fische“ werden nun aber noch im Greisenalter zur Verantwortung gezogen.<sup>43</sup> Unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten ist es schwer erträglich, dass nicht alle Täter und Gehilfen des Massenmords strafrechtlich einheitlich be- und verurteilt wurden.

### Abschließende Hinweise für Studierende

Der Sachverhalt ist vor allem den fünf sehr späten Auschwitzprozessen ab 2015 vor den Landgerichten Lüneburg, Detmold, Neubrandenburg, Kiel und Hanau nachgebildet, welche nur noch in zwei Fällen zu einem Urteil führten. Im Übrigen trat während des jeweiligen Prozesses die Verhandlungsunfähigkeit der greisen Angeklagten ein, so dass die Verfahren eingestellt werden mussten. In zwei weiteren Fällen verstarben die Verurteilten vor Haftantritt.

Die vorgenannten Prozesse beruhen auf ca. 50 seit 2011 geführten Ermittlungsverfahren. Ausgelöst wurden diese neuen Ermittlungen gegen den Ermittlungsbehörden oftmals bereits bekannte frühere SS-Männer durch die 2011 erfolgte strafrechtliche Holocaust-Neubewertung im Fall des früheren ukrainischen Trawniki-Manns (Trawniki = ukrainische Hilfstruppen der SS, die auch in Vernichtungslagern eingesetzt waren) John Demjanjuk. Dieser starb nach seiner Verurteilung vor dem LG München II, ohne dass über seine Revision vor dem BGH noch entschieden werden konnte. Sein Fall war der Durchbruch

<sup>43</sup> Vgl. dazu vertieft *Grünwald*, NJW 2017, 500 (501); *Rommel*, NStZ 2017, 160 (161) jeweils mwN.

und bildet gleichsam das Menetekel der bundesdeutschen Strafjustiz der ersten Jahrzehnte in Sachen Holocaust-Verbrechen und NS-Gewaltverbrechen insgesamt. Vgl. zur Thematik im Überblick auch die erstmals am 22.01.2018 ausgestrahlte ARD-Dokumentation „Hitlers letzte Mordgehilfen?“.

► Inhaltsverzeichnis



---

## KLAUSUR – ZIVILRECHT

---

Prof. Dr. Dominik Skauradszun\*

### „Ein Audi A5 als Stein des Anstoßes“ Anfängerklausur\*\*

#### Sachverhalt

Die Textilverarbeitung Fulda GmbH (T-GmbH) hat der leitenden Angestellten Maria Geller (M) 2016 die Erlaubnis erteilt, Personalsachen wie Einstellungen und Entlassungen eigenständig vornehmen zu dürfen.

Maria Geller erfährt am 10.01.2017 von einem Vorfall mit dem Außendienstmitarbeiter Felix Matt (F). Felix Matt erhielt zum 02.01.2017 ein neues Dienstfahrzeug – einen Audi A5 –, welchen er aufgrund einer Regelung in seinem Arbeitsvertrag nur für Dienstfahrten verwenden darf. In der entsprechenden Regelung des Vertrages, den die Textilverarbeitung Fulda GmbH bereits dutzendweise eingesetzt hat, heißt es in § 12 „Dienstfahrzeuge dürfen nur für Dienstfahrten eingesetzt werden. Verstöße führen grundsätzlich zu einer Vertragsstrafe in Höhe von 12 Monatsgehältern“. Felix Matt hatte am 03.01.2017 seine Freundin in Petersberg besucht und hierfür insgesamt privat eine Strecke von 8 km zurückgelegt.

Aufgrund bestimmter Unzulänglichkeiten hatte die Geschäftsführung der Textilverarbeitung Fulda GmbH Maria Geller am 15.01.2017 mitgeteilt, dass diese fortan keine Personalsachen mehr entscheiden dürfe und wieder als reine Sachbearbeiterin eingesetzt werde.

Weil Maria Geller ohnehin noch einen Gram auf Felix Matt hatte, da sie doch ebenfalls gerne einen Audi A5 als Dienstfahrzeug erhalten hätte, spricht sie Felix Matt am 16.01.2017 auf den Vorfall an. Dabei deutet sie auf die Vertragsstrafen-Regelung hin und meint, dass sie die Sache eigentlich der Geschäftsleitung vorlegen müsse. Alternativ bietet Maria Geller Felix Matt an, einen Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen und dann im Gegenzug auf eine Information gegenüber der Geschäftsleitung zu verzichten.

Felix Matt unterschreibt den Aufhebungsvertrag am gleichen Tag und scheidet – von der Geschäftsführung nicht weiter bemerkt – am gleichen Tag aus dem Unternehmen aus. In der Folge bewirbt er sich bei verschiedenen anderen Unternehmen, erhält aber nur Absagen.

Im Februar 2018 besinnt sich Felix Matt seines alten Arbeitsverhältnisses bei der Textilverarbeitung Fulda GmbH und überlegt, wie er dort weiter beschäftigt werden könnte.

Er ruft Maria Geller am 01.02.2018 an, die bei der Textilverarbeitung Fulda GmbH wieder Karriere gemacht hat und seit Januar 2018 den Bereich Human Resources leitet, und argumentiert, dass sie damals die Situation schamlos ausgenutzt habe. Der

Vorwurf, 8 km privat gefahren zu sein, stehe zur Höhe des Schadens in keinem Verhältnis. Bei Lichte betrachtet sei die Vertragsstrafen-Regelung ja wohl eine Pauschale. Er habe mittlerweile auch Zweifel, ob der Arbeitgeber solche Regelungen standardisiert in die Arbeitsverträge aufnehmen dürfe. Ihm sei damals zudem nicht einmal klar gewesen, ob sich die 12 Monatsgehälter auf das Brutto- oder Nettogehalt beziehen, was die Regelung doch sehr nebulös erscheinen lasse. Zudem sei ihm zu Ohren gekommen, dass Maria Geller schon am 15.01.2017 über den Aufhebungsvertrag gar nicht mehr hätte entscheiden dürfen. Maria Geller entgegnet, dass er den Aufhebungsvertrag so nun einmal akzeptiert hätte, ein pauschaler Schadensersatz dem Arbeitgeber die Abrechnung bei Pflichtverstößen zurecht erleichtere, die Degradierung vom 15.01.2017 irrelevant sei, da sie jetzt sogar den Bereich Human Resources leite und zudem „ein gestandener Mann“ normalerweise das Standing haben müsse, bei einem so kleinen Vergehen wie einer kurzen privaten Fahrt vor der Geschäftsleitung Rede und Antwort zu stehen und nicht gleich einen Aufhebungsvertrag zu unterschreiben.

**Erstellen Sie ein Rechtsgutachten zu der Frage, ob Felix Matt Möglichkeiten hat, sein damaliges Arbeitsverhältnis fortzusetzen!**

---

\* Der Autor ist Prodekan und Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, insb. Unternehmensrecht an der Hochschule Fulda, ferner Of Counsel bei Gleiss Lutz.

\*\* Die Klausur wurde im WS 16/17 an der Hochschule Fulda als Klausur zur Vorlesung Wirtschaftsprivatrecht I gestellt. Notenspiegel: 6% sehr gut; 3% gut; 56% befriedigend; 17,5% ausreichend; 17,5% nicht bestanden.

## Gliederung

### A) Auflösung des Arbeitsverhältnisses von F

#### I. Aufhebungsvertrag iSv. § 311 BGB

#### II. Wirksame Stellvertretung

1. Abgabe einer eigenen Willenserklärung
2. Handeln in fremdem Namen
3. Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht
  - a) Vollmacht iSv. § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB
  - b) Bestand der Vollmacht
  - c) Relevanter Zeitpunkt
  - d) Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB
    - (1) Genehmigung durch den Vertreter ohne Vertretungsmacht?
    - (2) Wortlaut des § 177 Abs. 2 S. 1 BGB
    - (3) Ergebnis

#### III. Zwischenergebnis

### B) Anfechtung des Aufhebungsvertrages

#### I. Anfechtungsgrund nach § 123 Abs. 1 BGB

1. Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB
  - a) Empfindliches Übel
  - b) Vertragsstrafen-Regelung
    - aa) AGB iSv. § 305 Abs. 1 BGB
    - bb) Einbeziehungskontrolle nach § 305 Abs. 2 BGB
    - cc) Inhaltskontrolle nach §§ 307-310 BGB
      - (1) § 309 Nr. 6 BGB
      - (2) Pauschalierter Schadensersatzanspruch
      - (3) Verstoß gegen das Transparenzgebot
    - dd) Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen
  - c) Ergebnis
2. Kausalität
3. Widerrechtliche Drohung
4. Zwischenergebnis

#### II. Anfechtungserklärung nach § 143 BGB

#### III. Anfechtungsfrist nach § 124 BGB

### C) Ergebnis

## Gutachten

### A) Auflösung des Arbeitsverhältnisses von F

Zu untersuchen ist, ob das **Arbeitsverhältnis von Felix Matt überhaupt** durch den Aufhebungsvertrag **aufgelöst** worden ist. Das ist schon deshalb fraglich, da die T-GmbH womöglich beim Vertragsschluss nicht wirksam vertreten wurde.

#### I. Aufhebungsvertrag iSv. § 311 BGB

Der **Aufhebungsvertrag** stellt einen Vertrag iSv. **§ 311 BGB** dar, da er die Änderung eines Schuldverhältnisses betrifft. Auch ein Aufhebungsvertrag setzt demnach zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus, Angebot und Annahme (§§ 145, 147 BGB).

#### II. Wirksame Stellvertretung

Die Willenserklärung von F ist – abgesehen von etwaigen Willensmängeln – unproblematisch. Die **T-GmbH** hat selbst keine Willenserklärung abgegeben, könnte aber durch M **vertreten** worden sein. Eine wirksame Stellvertretung nach § 164 Abs. 1 BGB setzt eine eigene Willenserklärung, die in fremden Namen und innerhalb der Vertretungsmacht abgegeben wird, voraus.

##### 1. Abgabe einer eigenen Willenserklärung

M hatte eine **eigene Willenserklärung** abgegeben, da sie Ermessen ausübte und – im Sinne ihrer vormaligen Tätigkeit – Personalsachen eigenständig vornahm.

##### 2. Handeln in fremdem Namen

Sie handelte auch **in fremden Namen**, was zumindest aus den Umständen heraus ersichtlich war, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB (sog. Offenkundigkeitsprinzip).

##### 3. Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht

Fraglich aber ist, ob M **Vertretungsmacht** hatte. M konnte sich jedenfalls nicht schon auf die gesetzliche Vertretungsmacht nach § 35 GmbHG berufen, da sie nicht Organ der GmbH war.

##### a) Vollmacht iSv. § 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB

**Ursprünglich** hatte sie von der Geschäftsleitung der GmbH eine **Vollmacht** erteilt bekommen (§ 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB).

##### b) Bestand der Vollmacht

Diese **Vollmacht** war aber am 15.01.2017 **erloschen**, nachdem ihr die Geschäftsleitung den Widerruf der Vollmacht mitgeteilt hatte (§ 168 S. 1 BGB). Es ist unproblematisch, dass M weiter angestellt blieb, da die Vollmacht von dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis **abstrakt** ist (§ 168 Satz 2 BGB).<sup>1</sup>

##### c) Relevanter Zeitpunkt

Es ist ferner irrelevant, dass M seit Januar 2018 wieder Vertretungsmacht hatte. Es kommt entscheidend auf den **Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung**<sup>2</sup> an (hier: 16.01.2017) und zu diesem Zeitpunkt war M Vertreterin ohne Vertretungsmacht

(*falsa procuratrix*). Der Vertrag war damit zunächst schwebend unwirksam.<sup>3</sup>

#### d) Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB

Die Wirksamkeit des Vertrages für und gegen den Vertretenen hängt von dessen Genehmigung ab (**§ 177 Abs. 1 BGB**). Fraglich ist, ob M als Leiterin des Bereichs Human Resources den Aufhebungsvertrag **konkludent** genehmigt hat, als sie in dem Telefonat am 01.02.2018 für die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages argumentierte. Eine solche konkludente Genehmigung ist denkbar.<sup>4</sup>

##### (1) Genehmigung durch den Vertreter ohne Vertretungsmacht?

Eine Besonderheit, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht **für die Erteilung der Genehmigung gesperrt** ist, sieht nur **§ 177 Abs. 2 S. 1 BGB** vor. Das würde aber voraussetzen, dass der andere Teil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung aufgefordert hat. Das hat F nicht getan. Im Gegenteil: F hatte in dem Telefonat gegen die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages argumentiert.

##### (2) Wortlaut des § 177 Abs. 2 S. 1 BGB

Nach dem Wortlaut ist allerdings nicht der Vertreter ohne Vertretungsmacht, sondern der Vertretene für die Genehmigung zuständig. Der Wortlaut könnte auf den ersten Blick so verstanden werden, dass die Genehmigung ausschließlich von dem Vertretenen erteilt werden kann. Das dürfte aber eine Überinterpretation des Wortlauts darstellen. Es stellt keine Besonderheit dar, dass der Vertretene wiederum vertreten wird, was zumindest bei jeder juristischen Person der Fall ist. Im Grundsatz ist es daher denkbar, dass ausgerechnet der Vertreter ohne Vertretungsmacht die Genehmigung erteilt, wenn dieser nachträglich Vertretungsmacht erhalten hat.<sup>5</sup>

##### (3) Ergebnis

Es sind daher keine durchgreifenden Bedenken ersichtlich, dass M als Vertreterin der T-GmbH die Genehmigung im Sinne von § 177 Abs. 1 BGB erteilt, da sie im Zeitpunkt der Genehmigung über eine hinreichend weite Vertretungsmacht verfügte („Leitung des Bereichs Human Resources“). Es kann insoweit kein Zweifel bestehen, dass die Leiterin des Bereichs Human Resources eine Vertretungsmacht hat, über Aufhebungsverträge zu entscheiden.

#### Hinweis

Es erscheint vertretbar, im konkreten Fall die Vertretungsmacht von M nicht so weit zu verstehen, dass diese selbst über Rechtsgeschäfte aus der Vergangenheit entscheiden darf. Denn immerhin hatte die Geschäftsfüh-

<sup>1</sup> Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 9. Aufl. (2017), § 167 Rn. 8; Schäfer, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 43. Edition (15.06.2017), § 168 Rn. 1; Schubert, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 168 Rn. 2.

<sup>2</sup> „bei Abgabe einer Willenserklärung“, Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 9. Aufl. (2017), § 164 Rn. 3; Schäfer, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 43. Edition (15.06.2017), § 177 Rn. 10; Schubert, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 177 Rn. 16.

<sup>3</sup> Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 9. Aufl. (2017), § 177 Rn. 4; Mansel, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. (2015), § 177 Rn. 6; Schubert, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 177 Rn. 17 f.

<sup>4</sup> BGH WM 1960, 611; Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 9. Aufl. (2017), § 177 Rn. 5; Schäfer, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 43. Edition (15.06.2017), § 177 Rn. 21.

<sup>5</sup> BGH WM 1960, 611 (LS 1): „Ein Vertreter kann ein Rechtsgeschäft (hier: Abtretung einer Forderung), das er ohne Genehmigung geschlossen hat, selbst genehmigen, wenn er später vertretungsberechtigt wird.“; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. (2017), § 177 Rn. 6; Schubert, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 177 Rn. 27; Abicht, RNotZ 2010, 493 (498).

Die Vertretungsmacht aufgrund von Unzulänglichkeiten entzogen. Die Geschäftsführung hatte deshalb am 15.01.2017 – und sicher auch noch einen Tag danach am 16.01.2017 – kein Vertrauen mehr in M. Man könnte die Vertretungsmacht also so interpretieren, dass diese für die Zukunft wirken soll, nicht aber für die Zeit, in der M kein Vertrauen der Geschäftsführung mehr genoss. Wer das so sieht, muss zum Ergebnis kommen, dass der Aufhebungsvertrag nach wie vor schwebend unwirksam ist und noch nicht – insbesondere nicht von M – genehmigt wurde. Dann wäre das Arbeitsverhältnis nicht wirksam aufgehoben worden. Die nachfolgende Prüfung wäre dann hilfsgutachterlich vorzunehmen.

### III. Zwischenergebnis

Der **Aufhebungsvertrag** vom 16.01.2017 ist **wirksam**. Der Arbeitsvertrag wurde damit zunächst wirksam aufgehoben.

#### B) Anfechtung des Aufhebungsvertrages

Fraglich ist, ob F den **Aufhebungsvertrag** zumindest wirksam **anfechten** kann. Dann wäre der Aufhebungsvertrag **als von Anfang an** nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB), so dass der damalige Arbeitsvertrag noch fortbestehen würde. Eine Anfechtung setzt einen Anfechtungsgrund, eine Anfechtungserklärung und das Einhalten der Anfechtungsfrist voraus.

#### I. Anfechtungsgrund nach § 123 Abs. 1 BGB

Fraglich ist, ob der Anfechtungsgrund der **widerrechtlichen Drohung** nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB erfüllt ist.

##### 1. Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB

Zu untersuchen ist zunächst, ob eine Drohung vorliegt. Drohen ist das **in Aussicht stellen eines künftigen Übels**, auf dessen Verwirklichung der Drohende Einfluss zu haben vorgibt.

M hat F hier in Aussicht gestellt, dass er aus der Vertragsstrafen-Regelung in Anspruch genommen wird. Das hätte nach dem Wortlaut der Regelung zu einer Zahlungspflicht in Höhe von 12 Monatsgehältern geführt. Auf den ersten Blick stellt diese **Vertragsstrafe** für F ein **künftiges Übel** dar.

##### a) Empfindliches Übel

Problematisch ist aber, dass die **Klausel** in seinem Arbeitsvertrag womöglich **unwirksam** ist und **objektiv** betrachtet dann **kein Übel** darstellt.

##### b) Vertragsstrafen-Regelung

Es könnte sich bei dieser Vertragsstrafen-Regelung um eine **Allgemeine Geschäftsbedingung** handeln, die nach den §§ 305 ff. BGB zu prüfen ist.

##### aa) AGB iSv. § 305 Abs. 1 BGB

Fraglich ist zunächst, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen. Das bestimmt sich nach § 305 Abs. 1 BGB. Da die T-GmbH die Regelung **vorformuliert**, als Arbeitgeber **gestellt** und zudem mit einer **Mehrfachverwendungsabsicht** gehandelt hat – die Regelung wurde dutzendweise eingesetzt – handelt

es sich um eine AGB. Eine AGB kann insbesondere auch nur eine einzelne Klausel sein. Da die T-GmbH Unternehmerin iSv. § 14 BGB ist und F Verbraucher iSv. § 13 BGB, **gilt** die AGB **als** von der T-GmbH **gestellt** (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB).

##### bb) Einbeziehungskontrolle nach § 305 Abs. 2 BGB

Fraglich ist sodann, ob die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen wurde (**Einbeziehungskontrolle**). Das bestimmt sich im Grundsatz nach § 305 Abs. 2 BGB. Da es sich vorliegend um einen Arbeitsvertrag handelt, braucht § 305 Abs. 2 BGB jedoch nicht geprüft zu werden (§ 310 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 BGB). Eine Einbeziehungskontrolle ist nicht notwendig.<sup>6</sup>

#### Hinweis

F wird offenbar eine Möglichkeit gehabt haben, seinen Arbeitsvertrag vorher zu lesen und damit die dortige Regelung zur Kenntnis zu nehmen. Da er den Arbeitsvertrag eingegangen ist, war er offensichtlich auch mit der Geltung einverstanden.

##### cc) Inhaltskontrolle nach §§ 307-310 BGB

Fraglich ist, ob die Klausel der **Inhaltskontrolle** standhält. Bei der Prüfung der §§ 307-309 BGB sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 4 S. 1 BGB).

##### (1) § 309 Nr. 6 BGB

Die vorliegende Klausel ist nicht schon ohne weitere Wertungsmöglichkeit nach § 309 Nr. 6 BGB verboten, da sie nicht an die dortigen Auslösungsgründe anknüpft.

##### (2) Pauschalisierter Schadensersatzanspruch

Die Klausel könnte jedoch (auch) einen **pauschalisierten Schadensersatzanspruch** darstellen, der dem Arbeitnehmer keinen Nachweis gestattet, zu beweisen, dass überhaupt kein Schaden entstanden ist oder dieser wesentlich niedriger als die Pauschale ist. Das Klauselverbot nach § 309 Nr. 5 BGB ist auch im Arbeitsrecht anwendbar.<sup>7</sup> Hier übersteigt die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden, da eine kurze private Fahrt von 8 km nicht die Schadenshöhe einer Jahresvergütung eines Arbeitnehmers in Vollzeit erreichen wird. Die Klausel übersteigt damit (erheblich) den typischen Durchschnittsschaden<sup>8</sup> und verstößt gegen § 309 Nr. 5 BGB. Die Klausel ist **unwirksam**.

##### (3) Verstoß gegen das Transparenzgebot

Die Klausel könnte auch – hilfsgutachterlich – gegen das **Transparenzgebot** nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstoßen. Das wäre der Fall, wenn sie nicht klar und verständlich wäre und dadurch eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers entsteht. Vorliegend ist unklar, ob sich die Vertragsstrafe auf 12 Brutto- oder Nettogehälter bezieht. Sie kann daher nicht einmal der Höhe nach genau bestimmt werden. Die Regelung ist daher nicht klar und verständlich und hält auch der Generalklausel nicht stand. Im Übrigen – hilfsgutachterlich – ist eine solche

<sup>6</sup> Basedow, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 310 Rn. 96; Stadler, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. (2015), § 310 Rn. 13.

<sup>7</sup> Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. (2017), § 310 Rn. 99; Melms, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. (2017), § 10 Rn. 142.

<sup>8</sup> Schulte-Nölke, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 9. Aufl. (2017), § 309 Rn. 20; Wurmnest, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2016), § 309 Nr. 5 Rn. 11; Becker, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 43. Edition (01.05.2017), § 309 Nr. 5 Rn. 19, 21.

Klausel nicht mit Treu und Glauben zu vereinbaren, da der Arbeitnehmer ein ganzes Jahr tadellos gearbeitet haben könnte und für einen minimalen Schaden sein Jahresgehalt verlieren würde. Sie ist daher auch nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen.

#### dd) Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen

Fraglich ist, was mit dem Arbeitsvertrag im Übrigen geschieht. Sollte der Vertrag insgesamt unwirksam sein, würde F die AGB-Kontrolle nichts helfen, sondern ihn sogar belasten. **§ 306 Abs. 1 BGB** bestimmt, dass der **Vertrag im Übrigen wirksam** bleibt. Hinsichtlich der entstandenen Lücke ist auf gesetzliche Vorschriften abzustellen (§ 306 Abs. 2 BGB). Kraft Gesetzes gibt es jedoch keine Vertragsstrafen-Regelung (vgl. §§ 336 ff. BGB).

#### c) Ergebnis

Da die Klausel gegen Klauselverbote und die Generalklausel verstößt, ist sie nichtig. **Objektiv** betrachtet ist das Drohen mit einer nichtigen Klausel damit **kein Übel**. Fraglich ist also, ob ein empfindliches Übel im Sinne von § 123 Abs. 1 BGB auch dann anzunehmen ist, wenn der Bedrohte **nur subjektiv** von einem empfindlichen Übel ausgeht.

Das ist zu bejahen, da § 123 BGB den freien Willen schützt<sup>9</sup> und damit auch denjenigen, der in der Situation der Drohung nicht erkennt, dass von dem in Aussicht gestellten Übel keine Gefahr ausgeht. Es kommt auf die **Sicht des Bedrohten** an.<sup>10</sup> Eine besondere Schwere muss das Übel nicht aufweisen;<sup>11</sup> es kann also auch objektiv gering sein. Die Drohung war aus Sicht des Bedrohten keine Lappalie<sup>12</sup>, so dass man von F auch nicht erwarten konnte, hierin keine Drohung zu sehen. Würde man das anders sehen, würde man bei Lichte betrachtet von F verlangen, dass er als juristischer Laie in der vorliegenden Stresssituation am 16.01.2017 eine komplexe AGB-Prüfung vornimmt, bevor er einschätzen kann, ob objektiv ein empfindliches Übel vorliegt. Das kann vorliegend nicht verlangt werden. Es **genügt** daher, dass **subjektiv ein empfindliches Übel vorliegt**, obwohl objektiv die zur Drohung verwendete Klausel nichtig ist.

#### 2. Kausalität

Zwischen Willenserklärung und Drohung muss eine **Kausalität** vorliegen. Ohne die entsprechende Drohung hätte F die Willenserklärung auf Abschluss des Aufhebungsvertrages nicht abgegeben. Die Kausalität liegt damit vor.

#### 3. Widerrechtliche Drohung

Die Drohung müsste **widerrechtlich** gewesen sein. Problematisch ist, dass der erreichte Zweck („Geschäftsleitung weiß von einem Verstoß eines Mitarbeiters“) legitim ist und auch das dazu verwendete Mittel („Information eines Sachverhalts gegenüber der Geschäftsleitung“<sup>13</sup>) für sich betrachtet nicht zu beanstanden

ist.<sup>14</sup> Allerdings führt die Verknüpfung dieses Mittels mit diesem Zweck zu einer Inadäquanz<sup>15</sup>, wenn dadurch F zum Abschluss des Aufhebungsvertrages gebracht werden soll, weshalb die Drohung als widerrechtlich zu würdigen ist.

#### 4. Zwischenergebnis

Der **Anfechtungsgrund** der widerrechtlichen Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB **liegt vor**.

#### Hinweis

Sofern man in der Aussage der M, „sie [müsse] die Sache eigentlich der Geschäftsleitung vorlegen“ eine Täuschung sieht, war diese jedenfalls arglistig. Denn M wusste, hierzu nicht mehr befugt zu sein. Der Anfechtungsgrund des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB erscheint somit vertretbar.

#### II. Anfechtungserklärung nach § 143 BGB

Das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes führt nicht automatisch zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Vielmehr bedarf es einer Anfechtungserklärung (**Gestaltungsrecht** nach § 143 Abs. 1 BGB). Diese Anfechtungserklärung liegt noch nicht vor. F müsste diese gegenüber der T-GmbH noch erklären.

#### III. Anfechtungsfrist nach § 124 BGB

Fraglich ist, ob F die Anfechtungsfrist noch einhalten kann. Diese beträgt nach § 124 Abs. 1 BGB **ein Jahr**. Die Frist **beginnt** nach § 124 Abs. 2 Satz 1 BGB im Falle der Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört. Das war offensichtlich **am 17.01.2017** der Fall. Damit ist die Anfechtungsfrist am 01.02.2018 bereits **verstrichen**. Das Anfechtungsrecht ist damit erloschen.<sup>16</sup> F kann damit nicht mehr wirksam anfechten.

#### C) Ergebnis

F kann sein altes Arbeitsverhältnis nicht mehr fortsetzen.

► **Inhaltsverzeichnis**



<sup>9</sup> Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 9. Aufl. (2017), § 123 Rn. 1; Mansel, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. (2015), § 123 Rn. 1; Armbrüster, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 123 Rn. 1.

<sup>10</sup> Armbrüster, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 123 Rn. 102; Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 9. Aufl. (2017), § 123 Rn. 12.

<sup>11</sup> Wendtland, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 43. Edition (15.06.2017), § 123 Rn. 27; Spindler, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. (2015), § 123 BGB Rn. 6.

<sup>12</sup> Dazu Armbrüster, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 123 Rn. 102.

<sup>13</sup> Ähnlich Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 9. Aufl. (2017), § 123 Rn. 10; Armbrüster, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 123 Rn. 104, 106; Wendtland, in:

Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 43. Edition (15.06.2017), § 123 Rn. 29, 30.

<sup>14</sup> Dazu Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 9. Aufl. (2017), § 123 Rn. 10; Armbrüster, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 123 Rn. 105.

<sup>15</sup> Vgl. Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 9. Aufl. (2017), § 123 Rn. 10; Armbrüster, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 123 Rn. 103; Mansel, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. (2015), § 123 Rn. 15.

<sup>16</sup> Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 9. Aufl. (2017), § 124 Rn. 3; Wendtland, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK-BGB, 43. Edition (15.06.2017), § 124 Rn. 3; Armbrüster, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 124 Rn. 4.



## MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

Qualität und Klasse zeichnen nicht nur unsere Juristinnen und Juristen aus. Auch unsere Mandanten gehören zu den Besten ihrer Bereiche. Ihre Ansprüche sind ebenso hoch wie individuell. Darum schaffen wir ein vielfältiges Angebot an Fachbereichen und Persönlichkeiten und bieten Ihnen exzellente Mandate, internationale Projekte und ein kollegiales Miteinander.

Wenn Sie für Ihr Talent das ganz besondere Umfeld suchen, sollten wir uns unterhalten.

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E [robert.krywalski@cms-hs.com](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

Berlin | Brüssel | Dresden | Düsseldorf | Frankfurt/Main | Hamburg | Köln | Leipzig | Moskau | München | Shanghai | Stuttgart

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Steuerpflicht als ersatzfähiger Schaden

Urteil vom 9. November 2017, Az.: IX ZR 270/16

**Übermittelt der rechtliche Berater versehentlich ohne vorherige Abstimmung mit dem Mandanten eine für diesen gefertigte Selbstanzeige der Finanzverwaltung, liegt in der anschließend gegen den Mandanten festgesetzten Steuerpflicht kein ersatzfähiger Schaden**

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt

Die K, die Inhaberin einer Apotheke ist, erbrachte in den Jahren 2007 bis 2012 monatliche Darlehenszahlungen in Höhe von 1.500 Euro an ihren Lebensgefährten, Rechtsanwalt R. Da K die Zahlungen in ihren Steuererklärungen fälschlich als Rechtsanwaltsberatungshonorar deklarierte, hinterzog sie während dieses Zeitraums vorsätzlich in erheblichem Umfang Steuern. Das zuständige Finanzamt führte bei K am 6. Dezember 2012 eine Außenprüfung für die Jahre 2006 bis 2010 durch, ohne dass Unregelmäßigkeiten aufgedeckt wurden. Eine Verständigung zwischen K und R kam hinsichtlich der Ansprüche auf Darlehensrückzahlung nicht zustande, weil R die steuerlichen Falschangaben als Druckmittel gegenüber K einsetzte – von der er sich inzwischen getrennt hat.

K beauftragte deshalb Rechtsanwalt und Steuerberater B damit, für sie eine strafbefreiende Selbstanzeige gegenüber dem zuständigen Finanzamt vorzubereiten. Der Inhalt der Selbstanzeige wurde zwischen K und B abgestimmt. Zwischen K und B war weiter vereinbart, dass die Selbstanzeige bis zu einer Freigabe durch K nicht an das Finanzamt verschickt werden sollte. Aufgrund eines Kanzleiversehens bei B wurde die Selbstanzeige ohne Ermächtigung seitens K an das zuständige Finanzamt versandt. Die Gefahr einer zeitnahen Entdeckung durch die Steuerbehörden bestand zu diesem Zeitpunkt nicht. Das Steuerstrafverfahren gegen K wurde wegen der strafbefreienden Selbstanzeige eingestellt. Das Finanzamt setzte jedoch in einem Steuerbescheid fest, dass K 68.077,01 Euro nachzuzahlen habe. Der Steuerbescheid ist bestandskräftig geworden und inhaltlich nicht zu beanstanden.

#### B) Zur Entscheidung des Senates

Der Senat prüfte einen Anspruch der K gegen B auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 68.077,01 Euro gem. §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 611 Abs. 1 675 Abs. 1 BGB. Voraussetzung für einen solchen ist, dass zwischen K und B ein wirksamer Beratungsvertrag zustande gekommen ist, B eine Pflicht aus diesem Beratungsvertrag verletzt hat, K hieraus ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist und sich B nicht exkulpieren kann, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB.

#### I Verletzung einer Pflicht aus dem Beratungsvertrag

Zwischen K und B ist ein Beratungsvertrag zustande gekommen. Fraglich ist jedoch, ob in der vorzeitigen Absendung der Selbstanzeige eine Pflichtverletzung zu sehen ist.

„Grundsätzlich ist der rechtliche Berater - der Rechtsanwalt ebenso wie der Steuerberater - verpflichtet, die Weisungen seines Mandanten zu befolgen, selbst wenn dies zu Nachteilen für den Mandanten führen kann. Dies folgt schon daraus, dass für den Anwaltsvertrag gemäß § 675 BGB die Vorschrift des § 665 BGB entsprechende Anwendung findet. Weicht der Berater von einer Weisung des Mandanten ab, liegt darin eine Pflichtverletzung, die ihn grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet [...]. Allerdings hat der Berater den erteilten Weisungen nicht blindlings Folge zu leisten. Gerade bei qualifizierten Dienstleistungen wie einer Rechtsberatung muss der Beauftragte stets auch auf den Sinn der ihm erteilten Weisungen achten, damit dem Mandanten nicht durch äußerlich zwar dem Auftrag entsprechende, der Sache nach aber nicht gebotene Schritte Nachteile entstehen [...]. Nach § 675 Abs. 1, § 665 BGB ist der Berater zwar berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Vor der Abweichung hat er jedoch dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entscheidung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist [...].“

Dem [B] ist vorzuwerfen, dass die Selbstanzeige von seinem Büro versehentlich und folglich absprachewidrig ohne das vorherige Einverständnis der Klägerin an die Finanzbehörden herausgegeben wurde. Da ausdrücklich mit [K] vereinbart war, die Selbstanzeige nur in Abstimmung mit ihr der zuständigen Stelle zu eröffnen, hatte [B] in seinem Büro durch geeignete Vorkehrungen sicherzustellen, dass der Schriftsatz nicht ohne vorherige Freigabe seitens der Klägerin in den Postausgang gelangt. Der Rechtsanwalt muss für eine Büroorganisation Sorge tragen, die verhindert, dass Schriftsätze durch das Büropersonal eigenmächtig versandt werden [...].“

Eine Pflichtverletzung des B liegt damit vor. Er kann sich diesbezüglich auch nicht gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpieren.

#### II. Ersatzfähiger Schaden, § 249 BGB

Fraglich ist jedoch, ob der K auch ein ersatzfähiger Schaden gem. § 249 BGB entstanden ist. Dies ist deshalb zweifelhaft, weil für K ohnehin eine Steuerpflicht in der angegebenen Höhe entstanden ist. Dies ist zunächst durch Anwendung der Differenzhypothese zu ermitteln.

##### 1. Differenzhypothese

„Ob und inwieweit ein nach §§ 249 ff BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich nach einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Die Differenzhypothese umfasst zugleich das Erfordernis der Kausalität zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und

einer dadurch eingetretenen Vermögensminderung. Nur eine Vermögensminderung, die durch das haftungsbegründende Ereignis verursacht ist, das heißt ohne dieses nicht eingetreten wäre, ist als ersatzfähiger Schaden anzuerkennen [...]. Zur Beantwortung der Frage, welchen Schaden die Pflichtverletzung eines rechtlichen Beraters zur Folge hatte, ist danach zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sein würde, wenn der Rechtsanwalt die Pflichtverletzung nicht begangen, sondern pflichtgemäß gehandelt hätte [...].

Nach diesen Maßstäben hat die Pflichtverletzung des [B] den hier verfolgten Schaden ausgelöst. Wird die Versendung der Selbstanzeige als pflichtwidrige Handlung hinweggedacht, hätte sich der Schaden nicht verwirklicht [...]. Die zuständigen Behörden hätten keine Kenntnis von den maßgeblichen Vorgängen erlangt, so dass [K] nicht mit Steuer[nachzahlungen] [...] belastet worden wäre. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Schaden auch ohne die Pflichtverletzung des [B] - etwa aufgrund eigener Ermittlungen der zuständigen Behörde oder einer Anzeige [des R] - entstanden wäre. Darlegung und Beweis dieses hypothetischen Einwands liegt bei [B], der sich auf diesen Gesichtspunkt nicht einmal berufen hat.“

Fraglich ist jedoch, ob das Verhalten des B auch adäquat kausal für den entstandenen Schaden war.

„Adäquat ist eine Bedingung dann, wenn das Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen [...]. Eine abstrakt vorhersehbare Folge ist als adäquat zu bewerten, wenn dem Schädiger aufgrund der ihn treffenden Sorgfaltspflichten zuzumuten ist, gegen ihren Eintritt Vorsorge zu treffen [...]. Ein Rechtsanwalt ist gehalten, mit Hilfe seiner Büroorganisation geeignete Vorkehrungen dagegen zu treffen, dass ein Schriftsatz ohne seinen Willen herausgegeben wird [...]. Da dies wegen der vielfältigen Möglichkeiten eines Büroversehens nach aller Lebenserfahrung nicht stets vermieden werden kann, stellt die irrtümliche Versendung einer Selbstanzeige eines Steuerpflichtigen entsprechend ihrem Zweck im Allgemeinen geeignet ist, eine ihrem Inhalt entsprechende Steuerbelastung zu begründen.“

Der Schaden wurde damit adäquat kausal durch die Handlung des B verursacht.

## 2. Normative Korrektur

Fraglich ist jedoch, ob das durch Anwendung der Differenzhypothese gefundene Ergebnis normativ (also unter Wertungsgesichtspunkten) zu korrigieren ist.

„Das mit Hilfe der Differenzhypothese ermittelte rechnerische Ergebnis eines Schadenseintritts ist einer normativen Wertung zu unterziehen [...]. Diese ergibt im Streitfall, dass der geltend gemachte Schaden hinsichtlich der Steuernachzahlungen von 68.077,01 € [...] nach den Grundsätzen des normativen Schadens nicht ersatzfähig ist.“

Eine lediglich äußerliche Verbindung des entstandenen Nachteils zu dem Verhalten des Schuldners begründet noch keine Schadensersatzpflicht; vielmehr muss der Schaden in einem inneren Zusammenhang zu der vom Schädiger geschaffenen Gefahrenlage stehen [...].

Diese Haftungsbegrenzung erfordert eine wertende Betrachtung und gilt gleichermaßen für die vertragliche wie die deliktische Haftung [...]. Ein Geschädigter soll grundsätzlich im Wege des Schadensersatzes nicht mehr erhalten als dasjenige, was er nach der materiellen Rechtslage hätte verlangen können. Der Verlust einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, auf die er keinen Anspruch hat, ist grundsätzlich kein erstattungsfähiger Nachteil [...].

Darum kann der Verlust eines Rechtsstreits nicht als Schaden im Rechtssinne angesehen werden, wenn sich im Anwaltshaftungsprozess herausstellt, dass die unterlegene Partei den Vorprozess materiell-rechtlich zu Recht verloren hat, dieser also im Ergebnis richtig entschieden worden ist. Der Umstand, dass die Partei bei sachgerechter Vertretung durch ihren Anwalt den Vorprozess gewonnen hätte, rechtfertigt es nicht, der Partei im Regressprozess gegen ihren Prozessbevollmächtigten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, auf den sie nach materiellem Recht keinen Anspruch hatte [...]. Aus dieser Erwägung ist der Nachteil alsbaldiger Vollstreckung, den eine unterlegene Partei dadurch erleidet, dass ein von ihr beabsichtigtes, sachlich aussichtsloses Rechtsmittel durch ein Versehen des Prozessbevollmächtigten versäumt, nicht ordnungsgemäß eingelegt oder verspätet begründet wird, nicht ersatzfähig [...].

Auch ein entgangener Steuervorteil kann grundsätzlich nur als Schaden im Rechtssinne geltend gemacht werden, wenn er rechtmäßig und nicht unter Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten hätte erlangt werden können [...]. Ein Steuernachteil ist folglich nur ersatzfähig, wenn er auf rechtlich zulässigem Wege vermeidbar war [...]. Deswegen entsteht dem Mandanten eines Steuerberaters durch Steuerzahlungen infolge eines versäumten Einspruchs dann kein ersatzfähiger Schaden, wenn er keinen Anspruch auf eine Steuerbefreiung hatte. Dem steht nicht entgegen, dass die zuständigen Finanzbehörden zeitweise den gegenteiligen Standpunkt eingenommen hatten [...]. Ebenso scheidet ein Schaden aus, wenn das Finanzamt rechtsirrig eine fehlerhafte verbindliche Auskunft erteilt und auf ihrer Grundlage einen rechtswidrigen Steuervorteil gewährt hätte [...]. Durch eine fiktive Entscheidung, die gerade mit diesem Inhalt nicht hätte ergehen dürfen, wird kein schutzwürdiger Besitzstand begründet, dessen Verlust einen ersatzfähigen Schaden begründet [...].

Nach diesen normativen Grundsätzen ist der Klägerin infolge der versehentlichen Versendung der Selbstanzeige durch den Beklagten ein ersatzfähiger Schaden nicht erwachsen, weil sie in Einklang mit dem materiellen Recht Steuer- und Beitragsnachzahlungen unterworfen wurde.“

Das durch Anwendung der Differenzhypothese gefundene Ergebnis ist damit normativ dahingehend zu korrigieren, dass ein ersatzfähiger Schaden nicht vorliegt.

## III. Ergebnis

Damit hat K gegen B keinen Anspruch auf Schadensersatz.

### Hinweise für Studierende

Die Entscheidung thematisiert Probleme des allgemeinen Schadensrechts, die sehr häufig in Examensklausuren vorkommen und dennoch oft unterschätzt wird. Die Fragen des allgemeinen Schadensrechts sind für Klausursteller deshalb so attraktiv, weil sie sich sowohl im Rahmen vertraglicher Ansprüche (§§ 280 ff. BGB) als auch deliktischer Ansprüche (§§ 823 ff. BGB) sowie im Rahmen sämtlicher sonstiger Schadensersatznormen (wie bspw. der Gefährdungshaftung gem. § 7 StVG etc.) abprüfen lassen. Mit vertieften Kenntnissen diesbezüglich ins Examen zu gehen ist unerlässlich und wird sich aller Wahrscheinlichkeit nach auszahlen. Die meines Erachtens beste Darstellung des allgemeinen Schadensrechts findet sich bei Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 15. Auflage 2017, §§ 43-50. Wer diese (nur) knapp über 60 Seiten zum allgemeinen Schadensrecht beherrscht, kann vor dem Examen ruhig schlafen.

Je nach genauem Sachverhalt wäre noch ausführlicher darauf einzugehen gewesen, ob dem B ein eigenes Organisationsverschulden vorzuwerfen ist oder das Verschulden des Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB zugerechnet werden kann. Der Sachverhalt schweigt jedoch dazu, wie genau es zum Büroversehen bei B kam. Im Ergebnis wird dies den Schuldner freilich selten entlasten. Denn entweder wird ihm das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen zugerechnet oder ihm kann in der Regel Organisationsverschulden zur Last gelegt werden.

Wichtig ist, aus der Entscheidung mitzunehmen, wie die Schadensprüfung allgemein aufzubauen ist. Hier kommt es in der Klausur vor allem auf ausführliche Argumentation an. An konkretem Wissen sollte man sich für die spätere Praxis Folgendes merken: „Ein Steuernachteil ist folglich nur ersatzfähig, wenn er **auf rechtlich zulässigem Wege** vermeidbar war.“

Dr. *Julius Forscher*, LL.M (Cambridge)

Notarassessor  
Würzburg

► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Gefährdungshaftung im Nachbarschaftsverhältnis

Urteil vom 9. Februar 2018, Az.: V ZR 311/16

**Ein Grundstückseigentümer, der einen Handwerker Reparaturarbeiten am Haus vornehmen lässt, ist als Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB verantwortlich, wenn das Haus infolge der Arbeiten in Brand gerät und das Nachbargrundstück beschädigt wird. Dass der Handwerker sorgfältig ausgesucht wurde, ändert daran nichts.**

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt

B ist Eigentümer eines Wohnhauses. Am 8. Dezember 2011 führte Dachdecker D in seinem Auftrag am Flachdach des Hauses Reparaturarbeiten durch. Im Verlauf der von D mit Hilfe eines Brenners durchgeführten Heißklebearbeiten verursachte D schuldhaft die Entstehung eines Glutnestes unter den aufgeschweißten Bahnen. Am Abend bemerkte B Flammen in dem Bereich, in dem D gearbeitet hatte. Der alarmierten Feuerwehr gelang es nicht, das Haus zu retten. Es brannte vollständig nieder. Durch den Brand und die Löscharbeiten wurde das an das brennende Haus unmittelbar angebaute Haus der Nachbarin N erheblich beschädigt. Es entstand ein Sachschaden in Höhe von 97.801,29 Euro.

Das Haus der Nachbarin N ist bei K versichert. K hat N den Schaden in voller Höhe ersetzt. K verlangt nun aus übergegangenem Recht gemäß § 86 Abs. 1 VVG von B und D Ersatz. Über das Vermögen des D wurde inzwischen das Insolvenzverfahren eröffnet.

#### § 86 Abs. 1 VVG lautet:

Steht dem Versicherungsnehmer ein Ersatzanspruch gegen einen Dritten zu, geht dieser Anspruch auf den Versicherer über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden.

#### B) Zur Entscheidung des Senates

##### Hinweis

Auf eine mögliche Verjährung wird vorliegend nicht eingegangen.

K hat gegen B einen Anspruch aus übergegangenem Recht gem. § 86 Abs. 1 VVG, wenn ein solcher Anspruch der Nachbarin N gegen B zustand und K der N diesen Schaden ersetzt hat. Letzteres ist laut Angabe im Sachverhalt der Fall. Deshalb ist zu prüfen, ob N einen Anspruch auf Schadensersatz gegen B hat.

#### I. Verschuldensabhängige Ansprüche

Vertragliche Ansprüche, sowie Ansprüche gem. §§ 823 ff. BGB scheiden ersichtlich aus, da zwischen N und B zum einen kein Vertragsverhältnis besteht und zum anderen ein Verschulden des B aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich ist. Wenn ein Kunde

einen Handwerker beauftragt, kann er grundsätzlich davon ausgehen, dass dieser seine Arbeiten lege artis durchführt.

#### II. Anspruch gem. § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog

N könnte jedoch ein Anspruch gem. § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog zustehen (sog. Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch).

*„Ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats gegeben, wenn von einem Grundstück im Rahmen privatwirtschaftlicher Benutzung rechtswidrige Einwirkungen auf ein anderes Grundstück ausgehen, die der Eigentümer oder Besitzer des betroffenen Grundstücks nicht dulden muss, aus besonderen Gründen jedoch nicht gemäß § 1004 Abs. 1, § 862 Abs. 1 BGB unterbinden kann, sofern er hierdurch Nachteile erleidet, die das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung übersteigen [...]. Hiervon ist auszugehen, wenn ein Brand auf ein fremdes Grundstück übergreift, da der Nachbar die Gefahr in aller Regel nicht erkennen und die Einwirkungen auf sein Grundstück daher nicht rechtzeitig abwehren kann [...].*

*Weitere Voraussetzung des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs ist, dass der Anspruchsgegner als Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist.*

*Die Störereigenschaft folgt nicht allein aus dem Eigentum oder Besitz an dem Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht. Erforderlich ist vielmehr, dass die Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers oder Besitzers zurückgeht. Ob dies der Fall ist, kann nicht begrifflich, sondern nur in wertender Betrachtung von Fall zu Fall festgestellt werden. Entscheidend ist, ob es jeweils Sachgründe gibt, dem Grundstückseigentümer oder -besitzer die Verantwortung für ein Geschehen aufzuerlegen. Dies ist dann zu bejahen, wenn sich aus der Art der Nutzung des Grundstücks, von dem die Einwirkung ausgeht, eine „Sicherungspflicht“, also eine Pflicht zur Verhinderung möglicher Beeinträchtigungen, ergibt [...].*

*Mit der Sicherungspflicht ist allerdings nicht - wie das Berufungsgericht meint - eine Sorgfaltspflicht im schuldrechtlichen Sinne gemeint, die, um einen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch zu begründen, von dem Grundstückseigentümer oder -besitzer verletzt worden sein muss. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Grundstückseigentümer oder -besitzer nach wertender Betrachtung für den gefahrenträchtigen Zustand seines Grundstücks verantwortlich ist, er also zurechenbar den störenden Zustand herbeigeführt hat [...]. Wesentliche Zurechnungskriterien sind dabei u.a. die Veranlassung, die Gefahrenbeherrschung oder die Vorteilsziehung [...]. Bei natürlichen Immissionen ist entscheidend, ob sich die Nutzung des störenden Grundstücks im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung hält [...]. Sachgründe, die es*

rechtfertigen, dem Grundstückseigentümer oder -besitzer die Verantwortung für ein Geschehen aufzuerlegen und ihn damit als Störer zu qualifizieren, hat der Senat etwa bejaht, wenn ein Haus infolge eines technischen Defekts seiner elektrischen Geräte oder Leitungen in Brand gerät [...] oder Wasser infolge eines Rohrbruchs auf das Nachbargrundstück gelangt [...]. Hierdurch verursachte Störungen stellen kein allgemeines Risiko dar, das sich - wie etwa ein Blitzschlag - ebenso gut bei dem Haus des Nachbarn hätte verwirklichen können und dessen Auswirkungen von dem jeweils Betroffenen selbst zu tragen sind. Auch wenn konkret kein Anlass für ein vorbeugendes Tätigwerden bestanden haben mag, beruhen sie auf Umständen, auf die grundsätzlich der Grundstückseigentümer bzw. -besitzer, und nur dieser, Einfluss nehmen konnte [...].

Gemessen an diesen Grundsätzen [haftet B] dem Grunde nach in entsprechender Anwendung des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB für die aus dem Brand entstandenen Schäden am Nachbarhaus.

[N] hatte keine tatsächliche Möglichkeit, das drohende Übergreifen des Brandes auf ihr Grundstück durch die Geltendmachung von Abwehransprüchen gemäß § 1004 Abs. 1, § 862 Abs. 1 BGB zu verhindern. Die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts durch den Brand und die Löscharbeiten verursachten erheblichen Beschädigungen ihres Gebäudes übersteigen das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Einwirkung. Die Beeinträchtigung beruhte auch auf einer privatwirtschaftlichen Nutzung des Grundstücks der [B].

Der Annahme einer Verantwortlichkeit steht nicht entgegen, dass der Brand auf die Handlung eines Dritten, nämlich auf die Arbeiten des [D] mit der Vornahme einer Dachreparatur beauftragten Werkunternehmers zurückzuführen ist. Mittelbarer Handlungsstörer ist auch derjenige, der die Beeinträchtigung des Nachbarn durch einen anderen in adäquater Weise durch seine Willensbetätigung verursacht [...]. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es für die Zurechnung des durch den Handwerker herbeigeführten gefahrträchtigen Zustands des Grundstücks nicht darauf an, ob [B] bei der Auswahl des Handwerkers Sorgfaltspflichten verletzt [hat]. Maßgeblich ist vielmehr, ob es Sachgründe gibt, die aufgetretene Störung ihrem Verantwortungsbereich zuzurechnen. Das ist der Fall. [...] Dass [B] den Handwerker sorgfältig ausgesucht und ihm die konkrete Ausführungsart nicht vorgeschrieben [hat], ändert nichts daran, dass [er] mit der Beauftragung von Dacharbeiten eine Gefahrenquelle geschaffen haben und damit der bei der Auftragsausführung verursachte Brand auf Umständen beruhte, die [seinem] Einflussbereich zuzurechnen sind.

Ein anderes Ergebnis folgt nicht aus der Entscheidung des Senats zur eingeschränkten Verantwortlichkeit des Eigentümers für Handlungen seines Mieters [...]. Danach kann der Eigentümer für Störungshandlungen seines Mieters nur verantwortlich gemacht werden, wenn er dem Mieter den Gebrauch seiner Sache mit der Erlaubnis zu störenden Handlungen überlassen hat oder es unterlässt, ihn von einem fremdes Eigentum beeinträchtigenden Gebrauch abzuhalten. Maßgeblich hierfür ist die Überlegung, dass ausgleichspflichtig derjenige ist, der die Nutzungsart des Grundstücks bestimmt [...] und dass dies bei einem vermieteten Grundstück grundsätzlich der Mieter ist. Diese Grundsätze sind auf den von einem Grundstückseigentümer beauftragten Handwerker

nicht übertragbar. Anders als ein Mieter ist der Handwerker nicht Nutzer des Grundstücks, da er nicht dessen Nutzungsart bestimmt, sondern nach den Weisungen des Grundstückseigentümers lediglich bestimmte Tätigkeiten vornimmt [...]. Dem Grundstückseigentümer bleibt die Möglichkeit, jederzeit auf Art und Umfang der von dem Handwerker durchgeführten Arbeiten Einfluss zu nehmen [...].

Der entsprechenden Anwendung von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB steht schließlich nicht entgegen, dass [N] gegen den Handwerker Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung zustehen. Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch ist zwar subsidiär; das schließt eine Anwendung grundsätzlich aus, soweit eine andere in sich geschlossene Regelung besteht [...]. So verhält es sich hier jedoch nicht. Das Bestehen einer Gesetzeslücke kann nicht damit verneint werden, dass ein anderer Haftungstatbestand eingreift [...]. Das gilt umso mehr, als hier der Haftungstatbestand die Haftung einer dritten Person betrifft.“

### III. Ergebnis

Damit hat N gegen B einen Anspruch auf Ersatz des Schadens in Höhe von 97.801,29 Euro. Dieser ist gem. § 86 VVG auf K übergegangen.

#### Hinweise für Studierende

Die Entscheidung des BGH ist in mehrfacher Hinsicht interessant. Zum einen sollte Sie zum Anlass dienen, sich den gesetzlichen Forderungsübergang („cessio legis“) gem. § 86 VVG wieder ins Gedächtnis zu rufen, der im Examen durchaus als bekannt vorausgesetzt wird. Gleiches gilt für die weiteren gesetzlichen Forderungsübergänge, die im Examen eine Rolle spielen können. Dies sind beispielsweise: § 426 Abs. 2 BGB, § 774 Abs. 1 BGB, § 115 SGB X, § 6 EFZG.

Zum anderen sollte die Rechtsprechung zur exzessiven analogen Anwendung des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ebenso bekannt sein, wie deren genauer Aufbau. Das gilt in besonderem Maße für die von der Rechtsprechung vorgenommenen inzidenten Prüfung des § 1004 BGB. Die analoge Anwendung wird zu Recht kritisiert, denn die Rechtsprechung schafft einen vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Gefährdungshaftungstatbestand. Der vorliegende Fall zeigt dies in aller Deutlichkeit. Teilweise wird von der Rechtsprechung der Anspruch aus bloßen Billigkeitsgründen zugesprochen, wenn der tatsächliche Anspruchsgegner insolvent ist.

Die analoge Anwendung lässt sich deshalb sehr gut mit dem Argument ablehnen, dass es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt, da dem Grunde nach Schadensersatzansprüche gegen den nunmehr insolventen Handwerker D bestehen. Aus taktischen Gründen empfehle ich in der Klausur die analoge Anwendung dennoch zu bejahen, da sie in der Rechtsprechung anerkannt ist und mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass auch die Lösungsskizze dies so vorsieht. An-

sonsten ist die Prüfung sehr schnell beendet oder der Bearbeiter muss die Klausur im Hilfsgutachten zu Ende bringen.

Dr. *Julius Forscher*, LL.M (Cambridge)

Notarassessor  
Würzburg

► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesarbeitsgericht

### Verwirkung des Widerspruchsrechts beim Betriebsübergang

Urteil vom 24. August 2017, Az.: 8 AZR 265/16

**1. Die einmonatige Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 S. 1 BGB wird nur durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB in Lauf gesetzt.**

**2. Nach § 613a Abs. 6 BGB ist ein Kausalzusammenhang zwischen der fehlerhaften Information und der Nichtausübung des Widerspruchsrechts nicht erforderlich.**

**3. Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 6 BGB kann – wie jedes Recht – nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeübt werden und deshalb verwirkt werden.**

**4. Wurde der Arbeitnehmer zwar nicht ordnungsgemäß im Sinne von § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet, aber im Rahmen einer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB von dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber über den mit dem Betriebsübergang verbundenen Übergang seines Arbeitsverhältnisses unter Mitteilung des Zeitpunkts oder des geplanten Zeitpunkts sowie des Gegenstands des Betriebsübergangs und des Betriebsübernehmers (grundlegende Informationen) in Textform in Kenntnis gesetzt und über sein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB belehrt, stellt die widerspruchslose Weiterarbeit beim neuen Inhaber ein Umstandsmoment dar, das zur Verwirkung des Widerspruchsrechts führen kann.**

**5. In einem solchen Fall führt eine widerspruchslose Weiterarbeit bei dem neuen Inhaber über einen Zeitraum von sieben Jahren regelmäßig zur Verwirkung des Widerspruchsrechts.**

**6. Der für die Verwirkung maßgebliche Zeitraum der widerspruchslosen Weiterarbeit bei dem neuen Inhaber beginnt frühestens mit dem Betriebsübergang. Läuft die Frist des § 613a Abs. 6 S. 1 BGB erst nach dem Betriebsübergang ab, ist der Zeitpunkt des Ablaufs dieser Frist maßgeblich.**

**(Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)**

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen nach einem Betriebsübergang noch ein Arbeitsverhältnis besteht. Die Klägerin war seit dem 01.11.1995 bei der Beklagten als Mitarbeiterin im Betrieb A beschäftigt. Der Betrieb A der Beklagten ging am 01.09.2007 im Wege des Betriebsübergangs von der Beklagten auf die B GmbH über. Hierüber war die Klägerin durch Unterrichtungsschreiben der B GmbH vom 26.07.2007 informiert worden. Die Unterrichtung war fehlerhaft, weil sie den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB nicht entsprach. Die Klägerin wider-

sprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die B GmbH zunächst nicht und arbeitete nach dem Betriebsübergang für die B GmbH. Erst mit Schreiben vom 30.07.2014 widersprach die Klägerin gegenüber der Beklagten dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die B GmbH und bot ihre Arbeitsleistung an.

Mit ihrer am 11.11.2014 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin unter anderem die Feststellung begehrt, dass zwischen den Parteien über den 01.09.2007 hinaus ein Arbeitsverhältnis besteht. Sie hat die Ansicht vertreten, die Frist für den Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die B GmbH habe aufgrund der fehlerhaften Unterrichtung über den Betriebsübergang nicht zu laufen begonnen. Ihr Widerspruchsrecht sei auch nicht verwirkt. Ihre widerspruchslose Weiterarbeit für die B GmbH allein verwirkliche das hierfür erforderliche Umstandsmoment nicht.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, das Widerspruchsrecht der Klägerin sei verwirkt. Nach der rund siebenjährigen widerspruchslosen Tätigkeit der Klägerin für die B GmbH habe sie, die Beklagte, darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die B GmbH akzeptiert habe.

#### B) Das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB

§ 613a BGB regelt die Rechte und Pflichten bei einem Betriebsübergang. § 613a BGB findet dann Anwendung, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil mittels Rechtsgeschäft den Inhaber wechselt. § 613a BGB verfolgt dabei folgende Zwecke:

- Kündigungsschutz
- Kontinuität des Betriebsrats und Aufrechterhaltung der kollektivrechtlich geregelten Arbeitsbedingungen
- Verteilung der Haftungsrisiken zwischen altem und neuem Betriebsinhaber unter Sicherung der Ansprüche des Arbeitnehmers

Das Widerspruchsrecht steht im Zusammenhang mit dem durch § 613a BGB gegebenen Kündigungsschutz. Der Arbeitnehmer soll wegen des Betriebsübergangs nicht seinen Arbeitsplatz verlieren. Das Arbeitsverhältnis geht deshalb grundsätzlich auf den neuen Betriebsinhaber über. Das gilt aber dann nicht, wenn der Arbeitnehmer mit dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht einverstanden ist und deshalb dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widerspricht.

Ein solches Widerspruchsrecht hatte die Rechtsprechung dem Arbeitnehmer bereits vor der Aufnahme von § 613a Abs. 6 BGB in das Gesetz zugestanden. Der Gesetzgeber ging bei der Aufnahme von § 613a Abs. 6 BGB davon aus, es sei insbesondere mit

dem Recht auf freie Arbeitsplatzwahl nicht vereinbar, den Arbeitnehmer zu verpflichten für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat.<sup>1</sup>

Bei Ausübung des Widerspruchsrechts geht das Arbeitsverhältnis nicht auf den neuen Betriebsinhaber über, sondern verbleibt beim bisherigen Betriebsinhaber.<sup>2</sup> Das Widerspruchsrecht ist damit ein Gestaltungsrecht.

### C) Zur Entscheidung des Senats

Nach Ansicht des Senats besteht im Streitfall das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten über den 01.09.2007 hinaus. Der Senat ging also von einer wirksamen Ausübung des Widerspruchsrechts aus. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ging daher trotz des Betriebsübergangs nicht auf die B GmbH über. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, das Widerspruchsrecht der Klägerin sei zum Zeitpunkt seiner Ausübung mit Schreiben vom 30.07.2014 bereits verwirkt gewesen, hielt einer revisionsrechtlichen Kontrolle nicht stand.

### I. Möglichkeit der Verwirkung

Der Senat stellt zunächst fest, dass das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 6 BGB verwirken kann. Der Senat führte dazu aus:

*"Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Mit ihr wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie beruht auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes und dient dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Die Verwirkung verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner stets dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn dessen Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (**Zeitmoment**). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erweckten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (**Umstandsmoment**). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist.*

*Zeitmoment und Umstandsmoment beeinflussen sich wechselseitig in dem Sinne, dass beide Elemente bildhaft im Sinne "kommunizierender Röhren" miteinander verbunden sind.*

*Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände sind, die eine Geltendmachung für den Gegner unzumutbar machen, desto schneller kann ein Anspruch oder Recht verwirken. Umgekehrt gilt, je mehr Zeit seit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs verstrichen ist und je länger der Arbeitnehmer bereits für den Erwerber gearbeitet hat, desto geringer sind die Anforderungen an das Umstandsmoment. Es müssen letztlich besondere Verhaltensweisen sowohl des Berechtigten als auch des Verpflichteten vorliegen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen." (Hervorhebungen durch den Autor)*

<sup>1</sup> BT-Drucks. 14/7760, 20.

Aufgrund dieser Grundsätze ging der Senat davon aus, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht angenommen, das Widerspruchsrecht der Klägerin sei zum Zeitpunkt seiner Ausübung mit Schreiben vom 30.07.2014 verwirkt gewesen. Das Landesarbeitsgericht hatte seine Annahme damit begründet, dass auch dem bloßen Untätigbleiben unter bestimmten Umständen entnommen werden könne, dass mit einer Ausübung des Widerspruchsrechts nicht mehr zu rechnen sei. Dem hielt der Senat entgegen, das bloße Untätigbleiben könne nur dann zu einer Verwirkung führen, wenn

- der Arbeitnehmer im Rahmen einer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB von den dort genannten Personen
- über den mit dem Betriebsübergang verbundenen **Übergang seines Arbeitsverhältnisses**
- unter Mitteilung des **Zeitpunkts** oder des geplanten Zeitpunkts
- sowie des **Gegenstands des Betriebsübergangs**
- und des **Betriebsübernehmers** (zusammen: **grundlegende Informationen**)
- in Textform in Kenntnis gesetzt
- und über sein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB belehrt wurde.

Diese sieben Punkte korrespondieren der Anzahl nach mit einer weiteren Voraussetzung: Der Arbeitnehmer muss zudem über einen Zeitraum von mindestens sieben Jahren, der frühestens mit dem Betriebsübergang beginnt, für den neuen Inhaber tätig gewesen sein. Liegen diese Voraussetzungen allerdings vor, so sei das Widerspruchsrecht regelmäßig verwirkt.

#### Hinweis

Merke: 7 + 7 = Verwirkung des Widerspruchsrechts.

### II. Umstandsmoment

Wurde der Arbeitnehmer über den Übergang seines Arbeitsverhältnisses unter Angabe der grundlegenden Informationen einschließlich seines Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB unterrichtet, geht seine widerspruchslose Weiterarbeit für den neuen Inhaber nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts über ein bloßes Untätigbleiben hinaus. Der Arbeitnehmer weiß aufgrund der Unterrichtung über die grundlegenden Informationen, dass sein vormaliger Arbeitgeber infolge des Betriebsübergangs seine Position als "sein Arbeitgeber" kraft Gesetzes an den neuen Inhaber abgegeben hat und dass sich der Erwerber mit dem Betriebsübergang als sein "neuer Arbeitgeber" sieht.

Mit der Belehrung über sein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB wird dem Arbeitnehmer zudem deutlich gemacht, dass und wie er den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit dem vormaligen Arbeitgeber herbeiführen kann.

Arbeitet der Arbeitnehmer beim neuen Inhaber in Kenntnis dieser Umstände weiter, hat seine widerspruchslose Weiterarbeit eine andere Qualität als die eines schlichten Untätigbleibens. Sie

<sup>2</sup> Zu allem auch Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Auflage (2018), § 613a BGB Rn. 2, 96f.; Steffan, in: Kündigungsrecht, 5. Auflage (2017), § 613a BGB Rn. 218.

stellt dann ein Umstandsmoment dar, das zur Verwirkung führen kann.

### III. Zeitmoment

Trotz der Unterrichtung über die grundlegenden Informationen und das Widerspruchsrecht handelt es sich dennoch von außen betrachtet nur um die widerspruchslose Weiterarbeit des Arbeitnehmers. Dieser Umstand hat nach Ansicht des Senats kein besonders großes Gewicht. Der Senat fordert deshalb, dass die widerspruchslose Weiterarbeit über einen erheblichen Zeitraum erfolgt. Ein erheblicher Zeitraum liegt nach Ansicht des Senats nach Ablauf von sieben Jahren vor.

Der Senat orientiert sich dabei einerseits an § 195 BGB und andererseits an § 121 Abs. 2 BGB:

§ 195 BGB bestimmt die regelmäßige Verjährungsfrist für Ansprüche mit drei Jahren. Das Widerspruchsrecht ist aber kein Anspruch, sondern ein Gestaltungsrecht und unterliegt als solches nicht der Verjährung.

Die in §§ 119 ff. BGB geregelte Anfechtung ist demgegenüber ein Gestaltungsrecht wie das Widerspruchsrecht. Nach § 121 Abs. 2 BGB ist die Anfechtung auch bei Unkenntnis vom Anfechtungsgrund ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre vergangen sind. Anders als in den Fällen des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB braucht der Arbeitnehmer zur wirksamen Ausübung seines Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB aber keinen Grund.

Weder § 195 BGB noch § 121 Abs. 2 BGB sind daher mit dem Widerspruchsrecht vergleichbar. Der Senat zieht aber aus den Regelungen von § 195 BGB bzw. § 121 Abs. 2 BGB eine Unter- bzw. Obergrenze von drei bzw. zehn Jahren und wählt mit sieben Jahren einen zwischen diesen Grenzen liegenden Zeitraum.

#### Hinweis

Der Zeitraum von sieben Jahren ist keinesfalls zwingend. Sollte Ihnen ein solcher Fall begegnen, können Sie darüber diskutieren, ob das Widerspruchsrecht überhaupt verwirken kann und wie lange gegebenenfalls der Zeitraum sein sollte, um von einer Verwirkung ausgehen zu können.

§ 613a Abs. 6 BGB sieht für den Fall, dass der Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß unterrichtet wurde, keine zeitliche Höchstgrenze für die Ausübung des Widerspruchsrechts vor. Daraus kann aber nach überzeugender Ansicht nicht gefolgert werden, dass das Widerspruchsrecht schrankenlos gewährleistet wäre und nicht verwirken könne. Anders als etwa in § 77 Abs. 4 S. 3 BetrVG, § 4 Abs. 4 S. 2 TVG oder § 3 S. 3 MiLoG hat der Gesetzgeber die Verwirkung in § 613a Abs. 6 BGB nicht ausgeschlossen.

### IV. Keine unverhältnismäßige Einschränkung von Art. 12 Abs. 1 GG

Der Senat sieht im Übrigen durch eine Verwirkung des Widerspruchsrechts unter den genannten Voraussetzungen keinen unverhältnismäßigen Eingriff in das durch Art. 12 Abs. 1 GG ge-

schützte Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes. Der Arbeitnehmer hat nach Ansicht des Senats nach sieben Jahren regelmäßig ausreichend Zeit gehabt, sich mit allen Gegebenheiten beim neuen Betriebsinhaber vertraut zu machen und die Risiken abzuwägen, die mit der Ausübung des Widerspruchsrechts für ihn verbunden sind.

### D) Ergebnis

Im Fall erklärte die Klägerin kurz vor Ablauf von sieben Jahren nach dem Betriebsübergang ihren Widerspruch. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts war das gerade noch rechtzeitig, um dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die B GmbH wirksam zu widersprechen.

#### Hinweise für Studierende

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 24.08.2017 konkretisiert, unter welchen Umständen das Widerspruchsrecht bei einem Betriebsübergang verwirken kann. Für Studenten und Referendare ist das Urteil interessant, da mit Betriebsübergang und Verwirkung Grundlagen des Arbeitsrechts und des allgemeinen Zivilrechts behandelt werden.

#### Dr. Markus Meißner

Rechtsanwalt  
CMS Hasch Sigle

► [Inhaltsverzeichnis](#)



# KÖPFE

# GESUCHT

Referendare und Praktikanten  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Schwere Körperverletzung: Dauerhafte Gebrauchsunfähigkeit eines Körperteils bei unterlassener Behandlung

Urteil vom 7. Februar 2017, Az.: 5 StR 483/16

**Für die Dauerhaftigkeit des Verlustes der Gebrauchsfähigkeit eines Körperteils kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob das Opfer eine ihm mögliche medizinische Behandlung nicht wahrgenommen hat.**

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt

T und O teilten sich ein gemeinsames Zimmer in einem Asylbewerberheim. Ihr Verhältnis verschlechterte sich allerdings, weil T der Freundin des O „nachstellte“ als dieser inhaftiert war. Nach seiner Haftentlassung zog O aus dem gemeinsamen Zimmer aus, stellte T jedoch immer wieder in aggressiver Weise zur Rede. Eines Abends begab sich O mit einem Bekannten zum Zimmer des T, um ein ihm gehörendes Antennenkabel abzuholen. T sah gerade fern, weshalb es „vordergründig“ wegen des Kabels zu einer verbalen Auseinandersetzung kam. O sagte zu T: „*Ich fickte deine Mutter*“. Anschließend schlug er ihm mit der flachen Hand ins Gesicht. T reagierte hierauf, indem er O eine Fernbedienung kräftig auf den Mund schlug. Es kam zu einem Bruch des Oberkiefers mit Lockerung mehrerer Zähne sowie dem Verlust zweier Zähne im Frontbereich des Unterkiefers. Der Bekannte von O und ein Bekannter von T trennten daraufhin die Streitenden. O und sein Bekannter verließen das Zimmer. T hingegen ergriff ein Küchenmesser, folgte den beiden und schlug mehrmals damit in Richtung von Os Kopf und Hals, weshalb dieser zur Abwehr seine Hände hob. Erst in der Gemeinschaftsküche der Etage, in die O zurückgewichen war, ließ T ihn fliehen, nachdem O gefragt hatte: „*Hast du genug, willst du aufhören oder weitermachen?*“.

Durch die Messerhiebe kam es u.a. zu Schnittverletzungen der linken Hand, wobei alle Beugesehnen und die Nerven von vier Fingern durchtrennt wurden. Zudem wurde die Schlagader potentiell lebensgefährlich verletzt. Es fand eine Notoperation statt. Dennoch ist die linke Hand des O weitgehend gebrauchsunfähig. So ist ein Faustschluss der linken Hand unmöglich, ebenso wie ein vollständiges Strecken der betroffenen Finger. O leidet bei Kälte sowie bei schnellen Greifbewegungen und beim Tragen von schweren Lasten unter stromstoßartigen Schmerzen des linken Arms. Eine wesentliche Verbesserung dieser Beeinträchtigungen ist nicht mehr zu erwarten. Das ist allerdings teilweise darauf zurückzuführen, dass O auf die erforderliche Nachsorge seiner Verletzungen in Form ärztlicher Konsultationen

und angeratener Physiotherapie verzichtete. Sie hätte zu einer deutlichen geringeren Einschränkung der Bewegungsmöglichkeit geführt. O kann seit der Tat seinen Beruf als Friseur nicht mehr ausüben.

#### B) Verfahrensgang

Das LG Chemnitz verurteilte T wegen schwerer Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB).

#### C) Zur Entscheidung des Senates

Der 5. Strafsenat hatte sich in seiner Revisionsentscheidung mit der Zurechnung der schweren Folge in Gestalt der Bewegungseinschränkungen beschäftigen.

#### I. Strafbarkeit des T wegen

##### §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

T könnte sich einer schweren Körperverletzung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB schuldig gemacht haben, indem er mit dem Küchenmesser nach O schlug.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Verwirklichung des Grundtatbestands des § 223 Abs. 1 StGB

Der Tatbestand des Grunddelikts wurde verwirklicht.

##### b) Eintritt der schweren Folge

Eine Strafbarkeit nach § 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB setzt voraus, dass O ein „wichtiges Glied des Körpers [...] dauernd nicht mehr gebrauchen kann“.

##### aa) Glied des Körpers

Die heute hM. fasst unter die Begrifflichkeit „Glied des Körpers“ zu Recht nur solche Körperteile, die mit dem Rumpf oder einem anderen Körperteil verbunden sind.<sup>1</sup> Richtigerweise ist zusätzlich zu verlangen, dass diese Verbindung durch ein Gelenk besteht.<sup>2</sup> Damit werden Körperteile, wie Nase, Ohrmuschel oder Genitalien vom Tatbestand ausgenommen und somit die sprachlich existierende Unterscheidung zu den tatbestandlich erfassten *Körperteilen* beachtet. Os Finger sind durch Gelenke mit der Hand (Körperteil), die Hand durch ein Gelenk mit dem Arm (Körperteil) und der Arm durch ein Gelenk mit dem Rumpf verbunden. Es handelt sich bei ihnen daher jeweils um ein „Glied des Körpers“.

<sup>1</sup> Allein hierauf abstellend ohne weitere Einschränkung Stree, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl. (2006), § 226 Rn. 2.

<sup>2</sup> Zu dieser Definition des Begriffs „Körperteil“ als engerer Begriff gegenüber „Glied“ schon RGSt 6, 346 f.; hierauf verweisend auch BGHSt 28, 100 (102), wobei in der Sache unentschieden. Für diese Sichtweise hingegen etwa

Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 226 Rn. 6.; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 226 Rn. 3. Noch enger Hardtung, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. (2017), § 226 Rn. 26.

**Hinweis**

Eine andere Meinung<sup>3</sup> versteht im Wege einer extensiven Auslegung unter „Glieder des Körpers“ einen Körperteil, der eine in sich abgeschlossene Existenz mit besonderer Funktion im Gesamtorganismus hat, daher auch innere Organe wie z. B. Niere oder Leber. Diese Auslegung der Begrifflichkeit „Glieder des Körpers“ überschreitet jedoch die Wortlautgrenze, ist kriminalpolitisch mit Blick auf die anderen Tatmodalitäten nicht zwingend geboten (Beeinträchtigungen innerer Organe können häufig über Nr. 3 erfasst werden), gar in der Tendenz überschießend (einzelne bestimmte Organe, wie das Auge werden über den abschließend aufgezählten Funktionsschutz in Nr. 1 erfasst) und historisch fraglich, ersetzte das „wichtige Glied“ im Gesetzgebungsverfahren doch die zuvor vorgesehene „Verstümmelung“.

**bb) Wichtigkeit des Gliedes**

Wonach es sich richtet, ob es sich dabei um ein „wichtiges“ Körperglied handelt, ist umstritten.

Das RG<sup>4</sup> und einige Autoren jüngerer Zeit<sup>5</sup> stellen lediglich darauf ab, ob der Verlust des Glieds „für jeden normalen Menschen eine wesentliche Beeinträchtigung des gesamten Körpers in seinen regelmäßigen Verrichtungen“ bedeutet.

Teilweise wird sich jedoch dafür ausgesprochen auch die individuellen Verhältnisse des Opfers und damit auch die sozialen Verhältnisse wie seinen Beruf, zu berücksichtigen.<sup>6</sup> Folgt man dem, ist neben allgemeinen Erwägungen zur Wichtigkeit og. Glieder zu bedenken, dass O für seinen Beruf – ein Handwerk – gerade auf die Funktionsfähigkeit seiner Arme und insbesondere der Feinmotorik seiner Hände und Finger und deren Belastbarkeit angewiesen ist. Es handelt sich daher um „wichtige Glied[er] des Körpers“.

Der BGH<sup>7</sup> und ein Teil der Literatur<sup>8</sup> hingegen lassen neben „Jedermanns-Erwägungen“ lediglich individuelle körperliche Eigenschaften (Links-Rechts-Händigkeit) und Vorschädigungen in die Bewertung der Wichtigkeit des Körperglieds einfließen und bleiben damit hinter zuvor genannter Auffassung zurück. Os Beruf als Friseur wurde vom BGH daher konsequenterweise nur in der Strafzumessung berücksichtigt.<sup>9</sup> Während *Hände* und *Arme* schon aus allgemeinen, nicht-individuellen Erwägungen heraus einhellig stets als wichtige Glieder angesehen werden,<sup>10</sup> wurde bei *Fingern* in der Rspr. unterschieden. In Entscheidungen als wichtig erachtet wurden Daumen und Zeigefinger der rechten Hand, weil der dadurch mögliche „Pinzetten-Griff“ ganz ent-

scheidend für die menschliche Handgeschicklichkeit sei.<sup>11</sup> Welche Finger des O betroffen sind, wird nicht explizit benannt. Klar ist aber, dass jedenfalls einer davon Daumen oder Zeigefinger ist. Es ist dabei auch unerheblich, ob O Linkshänder ist, weil der Funktionsverlust des linken Zeigefingers wohl jedenfalls nicht durch einen der anderen – ebenfalls geschädigten – Finger der linken Hand übernommen werden kann, er daher auch wichtig ist.<sup>12</sup> Ob die anderen Finger der linken Hand ebenfalls wichtig iSd. § 226 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB sind, ist fraglich.

Der Senat führt in der vorliegenden Entscheidung aus:

„Nach diesen Maßgaben ist gegen die Auffassung des Landgerichts, die weitgehende Unbrauchbarkeit nicht nur der betroffenen Finger, sondern der gesamten linken Hand des Nebenklägers unterfalle § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB, rechtlich nichts zu erinnern.“<sup>13</sup>

**Hinweis**

Hiernach bleibt unklar, ob er alle vier betroffenen Finger als wichtige Glieder einstuft<sup>14</sup> oder mit der Strafbarkeitsfeststellung bzgl. der „betroffenen Finger[n]“ bereits nur diejenigen meint, die in bisheriger Rspr. als wichtig eingestuft wurden (Daumen, Zeigefinger). Für erstere Sichtweise könnte sprechen, dass bei Berücksichtigung von Vorschädigungen bzw. in diesem Fall einer Gesamtbetrachtung der durch die Tat eingetretenen Schädigungen, wohl jedem hinzugedachten, nicht beeinträchtigten Finger eine wichtige Funktion zukäme, wären doch jedenfalls drei andere Finger der Hand dauernd nicht mehr zu gebrauchen. Insofern ist davon auszugehen, dass auch die einzelnen Finger wichtige Glieder sind.

**cc) Unbrauchbarkeit des Gliedes**

Ob ein Opfer ein Körperglied „nicht mehr gebrauchen kann“, ist im Wege einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln. Entscheidend ist, ob die vorsätzliche Körperverletzung zum Ausfall so vieler Funktionen geführt hat, dass das Glied weitgehend unbrauchbar geworden ist, faktisch damit im Wesentlichen – ein völliger Funktionsverlust ist nicht erforderlich – die Wirkungen eines physischen Verlusts bestehen.<sup>15</sup>

Mit Blick auf den *linken Arm* ist zwar festzuhalten, dass O bei Kälte sowie bei schnellen Greifbewegungen und beim Tragen von schweren Lasten unter stromstoßartigen Schmerzen leidet. Das mag zwar den Alltag stark beeinträchtigen, kommt aber in den Wirkungen einem physischen Verlust des linken Armes nicht gleich, verbleiben doch deutlich mehr Funktionen, die der Arm noch erfüllt.

Bei der *linken Hand* hingegen ist ein Faustschluss nicht mehr möglich, ebenso wie das vollständige Strecken der betroffenen

<sup>3</sup> Vgl. etwa Eisele, BT I, 3. Aufl. (2014), Rn. 349; Rengier, BT II, 18. Aufl. (2017), § 15 Rn. 7 f.

<sup>4</sup> RGSt 62, 161; 64, 202

<sup>5</sup> Etwa Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 12. Aufl. (2017), § 226 Rn. 14 f.; Küpper/Börner, BT I, 4. Aufl. (2017), § 2 Rn. 24.

<sup>6</sup> Etwa Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 226 Rn. 3; Rengier, BT II, 18. Aufl. (2017), § 15 Rn. 10 ff.

<sup>7</sup> So nun BGHSt 51, 252 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Jäger, Examensrepetitorium BT, 6. Aufl. (2015), Rn. 85; Stree, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 226 Rn. 2.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 7.2.2017 – 5 StR 483/16 -, juris Rn. 7.

<sup>10</sup> Vgl. nur BGH NJW 1990, 990. Eisele, NJW 2017, 893 (894).

<sup>11</sup> BGHSt 51, 252 ff.

<sup>12</sup> Hierauf ebenfalls abstellend BGHSt 51, 252 ff.

<sup>13</sup> NSStZ 2017, 408 (409).

<sup>14</sup> Für die allgemeine Wichtigkeit jedes Fingers Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil 1, 16. Aufl. (2015), Rn. 275.

<sup>15</sup> Vgl. nur BGH, NSStZ 2017, 408 (409).

Finger. Das sichere und feste Greifen als ganz wesentliche Funktion einer Hand ist damit und durch die bei schnellen Bewegungen auftretenden Schmerzen wohl nahezu unmöglich, ebenso wie das Tragen schwerer Last auch ohne Faustschluss. Damit verbleibt für die Hand lediglich die Funktion als „verlängerter Arm“, ohne wesentliche spezifische Funktion. Der BGH stellte daher fest, dass sie weitgehend gebrauchsunfähig ist, damit also im Wesentlichen die Wirkungen eines physischen Verlusts bestehen.<sup>16</sup>

Die vier Finger der linken Hand erfüllen Ihre Funktionen des Beugens und Streckens als Untereinheiten der, dadurch ebenfalls nicht mehr zu gebrauchenden, gesamten linken Hand nicht mehr, sodass sie ebenfalls nicht mehr zu gebrauchen sind.

#### dd) Dauerhaftigkeit der Unbrauchbarkeit

Eine wesentliche Besserung der festgestellten Beeinträchtigungen war nicht mehr zu erwarten, weshalb die Gebrauchsunfähigkeit der linken Hand und der Finger auch „dauernd“ war.

##### Hinweis

Es war an dieser Stelle nicht darauf einzugehen, ob es an der „Dauerhaftigkeit“ fehlt, weil hier schlicht keine medizinisch-technischen Möglichkeiten bestanden, die Gebrauchsunfähigkeit zu beseitigen bzw. den Grad der Beeinträchtigung unter die Schwelle des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu „korrigieren“. Wäre sie zu beseitigen gewesen,<sup>17</sup> ließe sich das Merkmal der „Dauerhaftigkeit“ diskutieren. In der Literatur wird insoweit vertreten, dass eine machbare und zumutbare medizinische Maßnahme das Merkmal der Dauerhaftigkeit entfallen lassen kann. Die Problematik des Falles lag indes darin zu thematisieren, ob die eingetretene dauernde Gebrauchsunfähigkeit dem Täter trotz eines bestimmten Opferverhaltens zuzurechnen ist, was erst an späterer Stelle der Prüfung geschehen muss.<sup>18</sup>

#### c) Kausalität zwischen Handlung und schwerer Folge

Ts Messerhiebe waren kausal für Os Bewegungseinschränkungen. Der Umstand, dass O auf die ihm angeratenen, erforderlichen Maßnahmen verzichtete und damit eine Bedingung für die späteren Beeinträchtigungen gesetzt hat, dh. (mit-)kausal wurde, ist aufgrund der Gleichwertigkeit aller Bedingungen auf dem Boden der herrschenden *Äquivalenztheorie* unerheblich.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Krit. hierzu *Hardtung*, medstra 2018, 37, der darauf hinweist, dass jedenfalls das Tragen leichter Lasten noch möglich sei und daher bereits keine schwere Folge vorliege.

<sup>17</sup> Dabei ist „bei Gliedern des Körpers“ zu beachten, dass deren „Verlust“ (dh. Abtrennung) nicht etwa dadurch beseitigt würde, dass eine Prothese angefertigt und benutzt wird. Schon sprachlich lässt sich hier der physische „Verlust“ des Körperglieds nicht leugnen.

<sup>18</sup> Missverständlich insoweit *Kudlich*, JA 2017, 470 (472), der davon spricht, dass „das Merkmal der ‚dauernden‘ Gebrauchsunfähigkeit“ (normativ) zu verneinen sein könnte, weil das Opfer hier Behandlungsmöglichkeiten etwa durch Physiotherapie nicht wahrgenommen hat [...].“

<sup>19</sup> So auch der BGH: „Die Körperverletzung muss nicht die ausschließliche Ursache des nicht wiedergutzumachenden Schadens sein (vgl. RGSt 27, 80).“, BGH, NSTZ 2017, 408 (409).

#### d) Wenigstens Fahrlässigkeit

##### hinsichtlich der schweren Folge, § 18 StGB

T hat fahrlässig gehandelt, wenn er mit seinem Verhalten **gegen eine Sorgfaltspflicht verstoßen** hat (objektiver Sorgfaltspflichtverstoß) und der tatbestandliche **Erfolg objektiv vorhersehbar** war (objektive Vorhersehbarkeit). Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt bestimmen sich danach, welche Anforderungen an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Situation und der sozialen Lage des Täters zu stellen sind.<sup>20</sup> Nach Rspr.<sup>21</sup> und hL.<sup>22</sup> liegt bereits mit der vorsätzlichen Begehung des Grundtatbestands der erforderliche Sorgfaltspflichtverstoß vor.<sup>23</sup> Es komme daher nur noch darauf an, ob die schwere Folge objektiv vorhersehbar war. Hierfür ist auf die konkrete Lage sowie die persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters abzustellen; lag der Erfolg außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit, kann er dem Täter nicht zugerechnet werden. Dass die Messerhiebe zu Verletzungen führen würden lag ebenso iRd. Lebenswahrscheinlichkeit und damit nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung, wie der Umstand, dass O auf erforderliche Nachsorge verzichtete. Der Senat meint hierzu – allerdings ohne nähere Darlegung – im vorliegenden Fall:

„Die Gefahr, dass sich der Nebenkläger gegen die auf Hals und Kopf gerichteten heftigen Messerschläge mit den Händen schützen und hieran schwerwiegende Verletzungen erleiden würde, war für ihn offensichtlich. An der Vorhersehbarkeit vermag auch eine ‚Mitverursachung‘ eines Teils der Bewegungseinschränkungen durch den Verzicht des Nebenklägers auf Nachbehandlungen nichts zu ändern. Denn ein aus ärztlicher Sicht womöglich unvernünftiges Verhalten eines Geschädigten nach gravierender Verletzung liegt - zumal angesichts der dem Angeklagten bekannten sozialen Lebensumstände des Nebenklägers - nicht außerhalb jeder Erfahrung [...].“<sup>24</sup>

Die schwere Folge war daher objektiv vorhersehbar, weshalb T objektiv fahrlässig handelte.<sup>25</sup>

#### e) Objektive Zurechnung der schweren Folge

Allerdings ist fraglich, ob T die schwere Folge objektiv zugerechnet werden kann. Hieran bestehen Zweifel, weil diese unmittelbar aus Os Opferverhalten, namentlich seinem Verzicht auf Nachbehandlung resultierte. Es steht demnach nicht die „Dauerhaftigkeit“, sondern deren objektive Zurechnung in Rede.

<sup>20</sup> Statt aller *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, 12. Aufl. (2016), § 12 Rn. 25.

<sup>21</sup> Jüngst etwa BGHSt 51, 18 (21); mwN. *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 226 Rn. 7a.

<sup>22</sup> *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, 12. Aufl. (2016), § 13 Rn. 11 mwN.

<sup>23</sup> AA. *Hardtung*, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. (2017), § 18 Rn. 19 mwN.

<sup>24</sup> BGH, NSTZ 2017, 408 (409); zust. *Hardtung*, medstra 2018, 37 (38).

<sup>25</sup> Ungenau ist es, wenn *Kudlich*, JA 2017, 470 (471) meint, die fehlende Nachbehandlung werde vom BGH „hier das erste Mal unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit thematisiert“. Für § 227 StGB geschah dies etwa bereits in BGH, NSTZ 2009, 92 (93), hierzu sogleich.

### aa) Literatur: Zurechnungsunterbrechung bei eigenverantwortlichem Opferverhalten

Mit Blick auf dieses Urteil wurde die Annahme objektiver Zurechnung in der Literatur unter dem Gesichtspunkt eigenverantwortlichen Opferverhaltens überwiegend abgelehnt.<sup>26</sup> Die Maßstäbe zur Bewertung der „Dauerhaftigkeit“, wenn eine *nachträgliche Beseitigung* noch *möglich* ist, müssten insoweit erst recht gelten.<sup>27</sup> Entscheidend für die Eigenverantwortlichkeit sei insofern, ob die abgelehnten medizinischen Maßnahmen, die die endgültige „Dauerhaftigkeit“ verhindert hätten, *machbar* und *zumutbar* gewesen wären.<sup>28</sup> Dabei wird iRd. **Machbarkeit** berücksichtigt, ob der Eingriff überhaupt realisierbar und mit ihm auch eine hinreichende Wahrscheinlichkeit zur Verhinderung bzw. Beseitigung verbunden war. Für die **Zumutbarkeit** soll va. das Risiko der Maßnahme entscheidend sein.<sup>29</sup>

Strittig ist demgegenüber, ob die Finanzierbarkeit innerhalb von Machbarkeit und Zumutbarkeit eine Rolle spielen soll.<sup>30</sup> Dem ließe sich zwar entgegenhalten, dass einem wohlhabenden Schädiger gegenüber dem mittellosen damit eröffnet würde, dem Opfer zB. eine teure Operation zu ermöglichen und damit einer Bestrafung aus § 226 StGB zu entgehen. Das ist zwar ein, mit dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden nicht leicht vereinbares Ergebnis. Es trägt aber dem Umstand Rechnung, dass für die Frage der objektiven Zurechnung das Verhalten des Opfers und dessen Gründe in den Blick zu nehmen sind. Strafwürdigkeitserwägungen betreffend den Täter dürfen den Blick hierauf nicht verstellen (siehe hierzu sogleich). Im Übrigen würde die Gegenmeinung dazu führen, jede, unter finanziellen Gesichtspunkten, noch so unrealistische Behandlung zu berücksichtigen. Damit wären sowohl der wohlhabende Schädiger als auch der mittellose Schädiger nicht nach § 226 StGB strafbar – ein mit dem Gerechtigkeitsempfinden ebenfalls schwer zu vereinbarendes Ergebnis. Die Finanzierbarkeit ist daher zu berücksichtigen.

Gemessen am dargelegten Maßstab dürfte die Zurechnung der schweren Folge durch das eigenverantwortliche Opferverhalten in Form des Verzichts auf Nachbehandlung unterbrochen sein. Die angeratene Physiotherapie geht wohl mit zu vernachlässigendem Risiko einher und die Erfolgchancen waren gut: es wären deutlich geringere Einschränkungen zurückgeblieben. Auch von der Finanzierbarkeit dieser medizinisch indizierten Maßnahme ist auszugehen. Demnach hätte T sich keiner schweren Körperverletzung schuldig gemacht.

### bb) Rspr.: Zurechnungsunterbrechung nur in Extremfällen

Die Rspr. hingegen hat seit den Zeiten des RG überwiegend<sup>31</sup> einen restriktiven Ansatz in Bezug auf die „Dauerhaftigkeit“ vertreten. Das RG etwa ging noch davon aus, niemand könne gezwungen werden eine Operation an seinem Körper vornehmen zu lassen. Für die Beurteilung der Frage der „Dauerhaftigkeit“ komme es insoweit lediglich darauf an, dass die schwere Folge gegenwärtig vorliege.<sup>32</sup> Der BGH hat diesen Gedanken selbst bei Zahnersatz (fest und herausnehmbar) fortgeführt,<sup>33</sup> die Frage später hingegen offengelassen<sup>34</sup>. Mit der nunmehr vorliegenden Entscheidung dürfte er zum einen seine bisherige Sichtweise zum Merkmal der „Dauerhaftigkeit“ bekräftigt wissen wollen. Zum anderen hatte er die Problematik erstmals auf Ebene der objektiven Zurechnung zu thematisieren. Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass der Zurechnungszusammenhang allenfalls bei „Böswilligkeit“ und anderen „*extrem gelagerte[n] Konstellationen*“ entfallen könne, Verzicht auf eine medizinische Behandlung aber im Übrigen unbeachtlich sei.<sup>35</sup> Das Opfer müsse nicht einmal eine medizinisch indizierte Physiotherapie zur Verhinderung der schweren Folge in Anspruch nehmen. Trete diese ein, sei der Täter, wie vorliegend T, gemäß § 226 StGB zu bestrafen.

### cc) Streitentscheid

#### (1) Strafwürdigkeit des Täters

„*Dass der Verletzte eine medizinische Behandlung zur Beseitigung oder Abmilderung der eingetretenen Beeinträchtigungen unterlässt, kann nicht dazu führen, diese vom Täter herbeigeführte gravierende Folge als Gradmesser seiner Strafwürdigkeit auszugrenzen (vgl. BGH, Urteil vom 2. März 1962 - 4 StR 536/61, aaO). Das im Anwendungsbereich des § 226 StGB ohnehin stets außerordentlich schwer getroffene Opfer wird - hier nicht gegebene extrem gelagerte Konstellationen etwa der Böswilligkeit ausgenommen - in aller Regel aus Tätersicht nicht zu hinterfragende Gründe haben, weitere Behandlungen nicht auf sich zu nehmen, selbst wenn diese nach ärztlicher Beurteilung sinnvoll wären. Zu nennen ist insbesondere die Furcht vor den mit jeder (Folge-)Operation verbundenen Risiken und Leiden oder auch nur vor schmerzhaften Nachbehandlungen.*“<sup>36</sup>

#### (2) Gerechtigkeitsempfinden und Obliegenheit des Opfers

„*Es würde jeglichem Gerechtigkeitsempfinden widersprechen, über den Gedanken der Zurechnung eine Art Obliegenheit des Opfers zu konstruieren, sich ungeachtet dessen aus übergeordneter*

<sup>26</sup> Grünewald, NJW 2017, 1764 f.; wohl auch Kudlich, JA 2017, 470 (472); Hardtung, medstra 2018, 37 ff. Anders Eisele, JuS 2017, 893 (894), der dieses beim gefahr-spezifischen Zusammenhang (wohl gleichbedeutend mit tatbestands-spezifischem Gefährdungszusammenhang) verortet.

<sup>27</sup> Eisele, JuS 2017, 893 (894).

<sup>28</sup> Zu diesen Kriterien Hardtung, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. (2017), § 226 Rn. 42, der die „Zumutbarkeit“ zur Klarstellung durch das Fehlen „bedrängender Umstände“ ersetzt wissen will.

<sup>29</sup> Paeffgen/Böse, in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl. (2017), § 226 Rn. 20; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 226 Rn. 1a, 5; weitergehend Hardtung, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. (2017),

§ 226 Rn. 42, der als „bedrängenden“, die Zurechnung wegen Behandlungs-verzichts deshalb nicht ausschließenden Grund auch religiöse Gebote ansieht.

<sup>30</sup> Insgesamt hierzu Paeffgen/Böse, in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl. (2017), § 226 Rn. 20 mwN.

<sup>31</sup> Anders etwa LG Berlin, NStZ 1993, 286.

<sup>32</sup> RGSt 27, 80 f.

<sup>33</sup> BGHSt 17, 161 (164).

<sup>34</sup> BGHSt 24, 315 (318).

<sup>35</sup> BGH, NStZ 2017, 408 (410).

<sup>36</sup> BGH, NStZ 2017, 408 (409 f.).

Sicht ‚zumutbaren‘ (Folge-)Operationen und anderen beschwerlichen Heilmaßnahmen zu unterziehen, um dem Täter eine höhere Strafe zu ersparen (vgl. auch BGH, aaO; RGSt 27, 80).“<sup>37</sup>

### (3) Unzutreffende Bescheinigung fehlender Beeinträchtigung

„Darüber hinaus würde dem irreversibel geschädigten Opfer gegebenenfalls durch Gerichtsurteil bescheinigt, es sei gar nicht auf Dauer beeinträchtigt (vgl. Stree/Sternberg-Lieben, aaO, § 226 Rn. 1a).“<sup>38</sup>

### (4) Art. 103 Abs. 2 GG und Unbestimmtheit der Literatur

„Hinzu kommt, dass die durch das Schrifttum angeführten Kriterien für die anzustellende wertende Betrachtung ‚vage‘ sind [...]. Dementsprechend ist kein überzeugender rechtlicher Maßstab vorhanden, anhand dessen Risiken und Qualen sowie sonstige Beschwerlichkeiten gewichtet und dem Opfer dann ‚zugemutet‘ werden könnten. Es kann in diesem Rahmen auch nicht Aufgabe der Strafjustiz sein, die ihrerseits zumeist durch viele Faktoren bedingten Motive zu bewerten, die ein Opfer von der Durchführung einer weiteren medizinischen Behandlung abgehalten haben. Der Senat hatte mehrfach über Fälle zu entscheiden, in denen Schwerstverletzte im Zeitpunkt der Hauptverhandlung bereits eine Vielzahl von Operationen über sich hatten ergehen lassen müssen. Es ist nicht ersichtlich, wie mithilfe des Kriteriums der ‚Zumutbarkeit‘ entschieden werden könnte, ob dem hiervon erschöpften Opfer noch eine weitere Operation aufzugeben gewesen wäre, weil sie dessen Zustand nach sachverständiger Beurteilung so weit verbessert hätte, dass der von § 226 Abs. 1 StGB geforderte Schweregrad gerade nicht mehr erreicht wäre. Stellt man im Rahmen der Zumutbarkeitsbetrachtung ferner auf die Finanzierbarkeit der dem Opfer angesonnenen Behandlungen ab und gibt ihm insoweit gar eine ‚vernünftige‘ Verwendung etwa vorhandener eigener Mittel vor [...], wäre die Entscheidung endgültig dem Zufall preisgegeben (vgl. auch BGH, Urteil vom 2. März 1962 - 4 StR 536/61, aaO). Die im Schrifttum befürwortete Anschauung ist danach geeignet, die Bestimmtheit der Strafdrohung (Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1, 2 StGB) durchgreifend in Frage zu stellen.“<sup>39</sup>

### dd) Zwischenergebnis

Insgesamt ist T daher die schwere Folge trotz eigenverantwortlichen Verhaltens des O objektiv zuzurechnen.

### f) Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang

Dann liegt auch der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang vor. Der BGH hierzu:

„Unzweifelhaft hat sich, was bei § 226 StGB wie im Rahmen des § 227 StGB erforderlich ist [...], in der schweren Folge die den Schlägen mit dem Messer innewohnende Gefahr verwirklicht.“<sup>40</sup>

<sup>37</sup> BGH, NStZ 2017, 408 (410).

<sup>38</sup> BGH, NStZ 2017, 408 (410). Das Zitat des BGH geht insoweit fehl, als die Autoren hier lediglich anmahnen, dass die Nichtberücksichtigung des finanziellen Aspekts der Behandlung dazu führen könnte, dass eine Behandlung als möglich und zumutbar angesehen und die Dauerhaftigkeit (entsprechend hier deren objektive Zurechnung) deshalb abgelehnt wird, obwohl das Opfer aus finanziellen Gründen tatsächlich nicht in der Lage ist, die Folgen der Tat zu beseitigen oder zu mildern.

<sup>39</sup> BGH, NStZ 2017, 408 (410).

<sup>40</sup> BGH, NStZ 2017, 408 (409).

<sup>41</sup> Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), Vor § 52 Rn. 3 ff.

### g) Zwischenergebnis

T hat den Tatbestand verwirklicht.

### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig. Er handelte mit Blick auf die schwere Folge subjektiv fahrlässig und auch sonst schuldhaft.

### 3. Ergebnis

T hat sich einer schweren Körperverletzung schuldig gemacht.

## II. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Die neben der gefährlichen Körperverletzung verwirklichte einfache Körperverletzung tritt im Wege der Spezialität hinter diese zurück. Für das Verhältnis von gefährlicher und schwerer Körperverletzung gilt folgendes: Wenn, wie im vorliegenden Fall, ein räumlich-zeitlicher Zusammenhang besteht und das Geschehen bei natürlicher Betrachtungsweise als ein Lebensvorgang zu werten ist, liegt eine natürliche Handlungseinheit vor.<sup>41</sup> Es ist dann Tateinheit (§ 52 StGB) anzunehmen, wenn kein Fall der Gesetzeskonkurrenz vorliegt (Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion). Der BGH geht davon aus, dass §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB, wohl im Wege der Konsumtion, verdrängt wird. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB hingegen soll in Tateinheit zu § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB stehen. Hierfür spreche, dass weder notwendig noch regelmäßig die schwere Folge mit der lebensgefährdenden Behandlung einhergehe.<sup>42</sup> T hat sich danach wegen §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB in Tateinheit zu § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

#### Hinweis

Die frühere Rspr. und ein Teil der Literatur hingegen wollen auch §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB verdrängt wissen,<sup>43</sup> während andere aus Klarstellungsgründen für § 224 StGB stets Tateinheit annehmen.<sup>44</sup>

### D) Anmerkung

In der Literatur ist die Entscheidung des BGH überwiegend auf Ablehnung gestoßen.

### I. Argumentation gegen den Strafwürdigkeitsgedanken

Es ist zutreffend, dass sich die Strafwürdigkeit des Täters an der hervorgerufenen Rechtsgutsverletzung zum Zeitpunkt des Urteils bemessen muss. Nach § 226 StGB ist bereits begrifflich die „Dauerhaftigkeit“ einer schweren Folge vom Gesetz verlangt und deshalb eine Prognose erforderlich, in die auch weitere Behandlungen zur Beseitigung einzubeziehen sind.<sup>45</sup> Wenn allerdings eine schwere Folge – wie hier – zum Zeitpunkt des Urteils nicht mehr unter die Schwelle des § 226 StGB „korrigierbar“ und daher „dauerhaft“ ist, ist § 226 StGB trotzdem nicht zwingend zu bejahen. Denn wenn sich die Strafwürdigkeit des Täters an der

<sup>42</sup> BGH, NStZ 2017, 408 (410).

<sup>43</sup> Hierzu mwN. Hardtung, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. (2017), § 224 Rn. 59.

<sup>44</sup> Hierzu mwN. Paeffgen/Böse, in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl. (2017), § 224 Rn. 42.

<sup>45</sup> Hardtung, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. (2017), § 226 mwN., weist darauf hin, dass es nicht um das Vorliegen der „Dauerhaftigkeit“, sondern deren objektive Zurechnung gehe. ME. kann die Problematik allerdings aus og. Grund schon beim Tatbestandsmerkmal der „Dauerhaftigkeit“ verortet werden.

hervorgerufenen Rechtsgutsverletzung bemessen muss, kann damit nach allgemeiner Dogmatik nicht allein Kausalität ausreichend sein. Vielmehr ist die objektive Zurechnung des Erfolgs nach hL. und, nach der Rspr. zumindest in einigen Bereichen, zwingende Voraussetzung für eine Strafbarkeit. Diese kann allerdings durch das Opferverhalten unterbrochen werden.<sup>46</sup> Im sog. „Gubener Verfolgungsfall“ thematisierte der BGH etwa auch, ob der erforderliche Zurechnungszusammenhang dadurch unterbrochen sein könnte.<sup>47</sup> In einem anderen Fall zu § 227 StGB argumentierte der BGH gerade beim Verzicht auf ärztliche Behandlung ebenfalls in diese Richtung:

*„Es ist weiterhin zu bedenken, ob ein den Zurechnungszusammenhang unterbrechendes selbst schädigendes Verhalten des Tatopfers möglicherweise darin zu sehen ist, dass es [...] keine ärztliche Hilfe mehr in Anspruch nahm, obwohl sich der Gesundheitszustand ständig verschlechterte. Dabei wird von Bedeutung sein, welche Schmerzen und körperliche Symptome auftraten und inwieweit diese die Verletzte zur Inanspruchnahme weiterer ärztlicher Hilfe drängten. Die Argumentation im aufgehobenen Urteil, der Angeklagte habe voraussehen können, dass sich seine Ehefrau aus Scham nicht weiterbehandeln lassen würde, [...] überzeugt [...] nicht, weil den behandelnden Ärzten die mit einem Treppensturz erklärten Verletzungen bereits bekannt waren.“<sup>48</sup>*

Die nahezu kategorische Ablehnung des Opferverhaltens als zurechnungsausschließender Umstand im hiesigen Urteil kann daher nicht überzeugen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Maßstab des BGH für Fälle mit selbstgefährdendem oder -schädigendem Opferverhalten bei § 227 StGB dessen Vorhersehbarkeit ist. Insofern hatte er den Zurechnungszusammenhang bspw. in einem Fall nicht als unterbrochen angesehen, weil die Weigerung der Inanspruchnahme erforderlicher ärztlicher Behandlung in Form eines stationären Krankenhausaufenthalts einer schwerverletzten, alkoholkranken Frau aufgrund deren Drang nach weiterem Alkohol nicht außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit lag.<sup>49</sup>

Übertragen auf § 226 StGB ließe sich demnach tatsächlich für zahlreiche Fälle ein Zurechnungszusammenhang annehmen. Denn die Gründe, die zum Behandlungsverzicht führen und von denen der BGH hier einige exemplarisch benennt, liegen zu meist nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung – das kann im Übrigen auch, je nach Fallgestaltung, für die vom BGH angeführte Böswilligkeit<sup>50</sup> gelten. Das Kriterium der Vorhersehbarkeit dürfte in dieser Form allerdings zu weit reichen. Zwar liegt der BGH iE. richtig, wenn er eine Zurechnungsunterbrechung im Fall der alkoholkranken Frau ablehnt, im Fall der misshandelten Ehefrau hingegen auf die (naheliegende) Möglichkeit hinweist, eine solche könne vorliegen.<sup>51</sup>

Dieses Ergebnis ist jedoch mit der objektiven Zurechnung, genauer, der Lehre von den Verantwortungsbereichen zu begründen.<sup>52</sup> Entscheidend ist danach die Eigenverantwortlichkeit des Opferverhaltens, die hier in einem Fall gegeben ist, im anderen hingegen nicht (Alkoholkrankheit). Auch im Bereich der fahrlässigen Tötung durch Überlassung von Rauschmitteln, erkennt der BGH die Eigenverantwortlichkeit des Konsumenten und nicht die Vorhersehbarkeit als entscheidenden Gesichtspunkt an.<sup>53</sup> Die von der Literatur entwickelten Kriterien der Machbarkeit und Zumutbarkeit einer Behandlung auf die verzichtet wird oder – wie hier – wurde, dient letztlich nur der besseren Bestimmung der maßgeblichen Eigenverantwortlichkeit.

## II. Argumentation gegen Obliegenheitsaspekt und Gerechtigkeitsempfinden

Gegen die Argumentation bzgl. der Obliegenheit des Opfers spricht schon, dass der BGH im o.g. Fall der misshandelten Ehefrau genau eine solche „Obliegenheit des Opfers“ in Betracht zieht, wenn er (berechtigterweise) einen möglichen Zurechnungsausschluss wegen deren Verzicht auf Behandlung thematisiert. Widerspricht er damit etwa „jeglichem Gerechtigkeitsempfinden“? Außerdem geht es der Literatur bei ihren Erwägungen zur Zumutbarkeit, wie soeben dargelegt, um die Feststellung der objektiven Zurechnung der „Dauerhaftigkeit“ einer schweren Folge der Körperverletzung. Es geht nicht um das „Ersparen von Strafe“ durch das Opfer, sondern um das Darlegen einer zwingenden Voraussetzung des Tatbestands. Außerdem ist mit Blick auf das „Gerechtigkeitsempfinden“ noch darauf zu verweisen, dass der Täter, wie im vorliegenden Fall, zumeist noch wegen gefährlicher Körperverletzung bestraft werden kann. Deren Strafraum ist jedenfalls seit dem 6. StrRG durchaus beachtlich.

Und schließlich ist auch die Argumentation mit dem Begriff der „Obliegenheit des Opfers“ bzgl. entsprechender Behandlungen kritisch zu sehen. Damit wird suggeriert, es würde durch eine auferlegte Verpflichtung in das Selbstbestimmungsrecht des Opfers eingegriffen. Diesem wird nach der Rspr. und einem Teil in der Lit., weil danach jeder ärztliche Heileingriff eine tatbestandliche Körperverletzung ist, nur Genüge getan, wenn eine rechtfertigende Einwilligung des Patienten vorliegt.<sup>54</sup> Deshalb darf eine Behandlung zur Verhinderung, Beseitigung oder Abmilderung einer schweren Folge auch nur mit Einwilligung des Opfers vorgenommen werden. Gegen den Patientenwillen darf keine Behandlung, nicht einmal eine lebenserhaltende durchgeführt werden.<sup>55</sup> Doch auch durch die Berücksichtigung des Opferverhaltens iRd. objektiven Zurechnung ändert sich hieran nichts. Dem Opfer der Körperverletzung steht es danach immer noch frei, sich einer Behandlung zu unterziehen oder nicht. Von

<sup>46</sup> Eisele, NJW 2017, 893 (894).

<sup>47</sup> BGH, NStZ 2003, 149 (151).

<sup>48</sup> BGH, NStZ 2009, 92 (93).

<sup>49</sup> BGH, NStZ 1994, 394.

<sup>50</sup> Während der BGH keine Begründung für den Zurechnungsausschluss bei „Böswilligkeit“ und anderen „extrem gelagerte[n] Konstellationen“ liefert, ließe sich dieser über den Rechtsgedanken des § 226 BGB und den Schutzzweck der Körperverletzungsdelikte begründen: Bezweckt ist danach nicht, das Opfer vor langwierigen schweren Folgen zu schützen, die es einzig zu dem Zweck nicht abwendet, dem Täter zu schaden. Vgl. hierzu Hardtung, in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl. (2017), § 226 Rn. 42.

<sup>51</sup> Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 227 Rn. 4

<sup>52</sup> Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), Vor § 13 Rn. 100 ff.

<sup>53</sup> Vgl. zu dem gesamten Komplex und der neuen Rspr. auch um das sog. GBL, das nicht dem BtMG unterfällt Lorenz, JSE 2017, 50 ff.; ders., NStZ 2017, 226 f.

<sup>54</sup> RGSt 25, 375; 38, 34 f.; BGHSt 11, 111 f.; 12, 379 (383); 35, 246 (25), aus der jüngeren Rspr. etwa BGH, NJW 2013, 1688 ff.; siehe hierzu auch Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 223 Rn. 17 ff. („Rechtfertigungslösung“) mwN. auch zur zutreffenden Gegenauffassung („Tatbestandslösung“).

<sup>55</sup> Instruktiv zur neuen Rspr. zum „Behandlungsabbruch“ BGHSt 55, 191 ff.

einer „Obliegenheit“ kann keine Rede sein. Allein die Verantwortung für die schwere Folge verschiebt sich, soweit ein Behandlungsverzicht eigenverantwortlich geschieht. Der Täter ist dann nur verantwortlich für die einfache Körperverletzung, das Opfer für die lediglich kausal hiermit verknüpfte „Dauerhaftigkeit“ der schweren Folge.

### III. Argumentation gegen fehlerhafte Bescheinigung

Die Behauptung, die Literaturlösung führe dazu, dem irreversibel geschädigten Opfer werde bescheinigt, es sei gar nicht auf Dauer beeinträchtigt, verfängt ebenfalls nicht. Durch ein Gerichtsurteil, welches vom Vorwurf des § 226 StGB wegen eigenverantwortlichen Opferverhaltens freispricht, wird lediglich zum Ausdruck gebracht, dass die „Dauerhaftigkeit“ der schweren Folge nicht in den Verantwortungsbereich des Täters, sondern des Opfers selbst fällt. Dass eine (irreversible) schwere Folge hingegen faktisch eingetreten ist, ist in den Urteilsgründen festgestellt und damit auch, dass das Opfer „auf Dauer beeinträchtigt ist“.

### IV. Argumentation gegen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG und Unbestimmtheit

Der letzte Einwand des BGH, insbesondere verbunden mit einem Verweis auf den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG), vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Die Zumutbarkeit wirkt sich für den Angeklagten strafbarkeitseinschränkend aus. Wenn der BGH vorliegend Tatbestandsrestriktionen in diesem Bereich nahezu kategorisch ausschließt, stellt er den Angeklagten schlechter, als wenn er sie jedenfalls partiell zulässt. Damit wird der durch Art. 103 Abs. 2 GG intendierte Schutz des Verbotssadressaten konterkariert.<sup>56</sup> Darüber hinaus ist dem BGH zwar zuzugestehen, dass die Beurteilung der Zumutbarkeit im Prozess schwierig und aufwendig sein kann und ihre Einzelaspekte noch klarer herausgearbeitet werden müssen.<sup>57</sup> Allerdings drängt die gebotene Berücksichtigung der Dogmatik der objektiven Zurechnung zur Auseinandersetzung mit den aufgeworfenen Problemen. Ein erster Schritt wäre die grundsätzliche Anerkennung des Zurechnungsausschlusses durch eigenverantwortliches Opferverhalten bei § 226 StGB gewesen.<sup>58</sup> Gerade der vorliegende Fall bot hierfür eine gute Grundlage. Es erscheint dem unvoreingenommenen Leser des Urteils – auch wegen der fehlenden Ausführungen des BGH hierzu – kaum verständlich, warum das Opfer auf die notwendige Behandlung verzichtete. Jedenfalls werden keinerlei Gründe dafür mitgeteilt. Nach den bisher erarbeiteten Kriterien dürfte dies ein klarer Fall von Zumutbarkeit gewesen sein. Mit deren Unschärfen hätte der BGH sich in diesem Fall nicht auseinandersetzen müssen. Die weitere Konturierung wäre Aufgabe kommender Judikate gewesen. Schließlich zeigt auch ein Vergleich mit den fahrlässigen Delikten die Schwäche der Unbestimmtheits-Argumentation des BGH. Denn auch der Begriff der Fahrlässigkeit selbst gibt dem Rechtsanwender wenig an die Hand, um zu entscheiden, ob die Strafdrohung im Einzelfall greift oder nicht. Gleichwohl werden

hier nach nahezu allgemeiner Ansicht keine Bedenken um Art. 103 Abs. 2 GG geäußert.<sup>59</sup>

### V. Ergebnis

Mit dieser Sichtweise wäre die schwere Körperverletzung abzulehnen gewesen. Dann hat T sich nur einer gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht.

#### Hinweise für Studierende

Die Entscheidung betrifft mit der objektiven Zurechnung und der schweren Körperverletzung Themen, die bereits ganz am Anfang des Studiums auftauchen. Potentiell ist sie damit relevant für jede Art der strafrechtlichen Prüfung. Ihre Aktualität dürfte sie in besonderem Maße für Examenskandidaten interessant machen. Es gilt dabei, die zurechnungsausschließende Fallgruppe der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung zu wiederholen. Studierende sollten versuchen, die Parallelen zu anderen Fällen zu erkennen. Neben den „absoluten Klassikern“ wie etwa dem „Heroin-spritzenfall“<sup>60</sup> ist daher v.a. der „Gubener Verfolgungsfall“<sup>61</sup> zu wiederholen. Während dort die (versuchte) Körperverletzung mit Todesfolge im Mittelpunkt stand (§ 227 StGB), zeigt der vorliegende Fall, dass die Thematik des eigenverantwortlichen Opferverhaltens auch beim erfolgsqualifizierten Delikt der schweren Körperverletzung eine Rolle spielen kann. Der BGH befasst sich hier erstmals damit, entwickelt aber letztlich konsequent die bisherige Rspr. zur Dauerhaftigkeit der schweren Folge fort. Neben den o.g. Argumenten der Literatur sollten Studierende auch die Kriterien der *Machbarkeit* und *Zumutbarkeit* kennen, um die Frage nach der Eigenverantwortlichkeit des Opferverhaltens im Einzelfall überzeugend beantworten zu können.

Dipl.-Jur. **Henning Lorenz**, M.mel.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht  
(Prof. Dr. Henning Rosenau)

► **Inhaltsverzeichnis**

<sup>56</sup> In diese Richtung auch Kudlich, JA 2017, 470 (472).

<sup>57</sup> Zutr. krit. allerdings Hardtung, medstra 2018, 37 (41), der für die vom BGH benannten Ausnahmefälle der „Böswilligkeit“ und andere „extrem gelagerte[n] Konstellationen“ wesentlich größere Bedenken mit Blick auf die Bestimmtheit anmeldet.

<sup>58</sup> Krit. deshalb auch Hardtung, medstra 2018, 37 (41).

<sup>59</sup> So auch Hardtung, medstra 2018, 37 (40 f.). Es ist allerdings zu bemerken, dass der entscheidende 5. Strafsenat des BGH auch im Urteil zum „Göttinger Organallokationsskandal“ eine bedenkliche und im Ergebnis abzulehnende Sichtweise zu Art. 103 Abs. 2 GG geäußert hat, vgl. Rosenau/Lorenz, JR 2018, 168 (174 f.).

<sup>60</sup> BGHSt 32, 262.

<sup>61</sup> BGH, NSStZ 2003, 149 ff.

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Voraussetzungen heimtückischen Handelns

Urteil vom 15. November 2017, Az.: 5 StR 338/17

**1. Für das Vorliegen der vom Mordmerkmal der Heimtücke vorausgesetzten Arglosigkeit des Opfers ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Tathandlung abzustellen. Eine – aus vorherigen Begegnungen herrührende – generelle Spannungssituation zwischen Täter und Opfer hat im Regelfall keinen Einfluss auf das Vorliegen von Arglosigkeit im Tatzeitpunkt.**

**2. Das zur Bejahung heimtückischen Handelns notwendige und nicht unwesentlich aus dem objektiven Tatbild abzuleitende Ausnutzungsbewusstsein ist bei erhaltener Unrechtseinsicht grundsätzlich zu bejahen.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt

T hatte Kenntnis davon erlangt, dass O, geschiedener Ehemann der Halbschwester des T, mit seiner Halbschwester einen bereits länger andauernden Streit über das Sorge- und Umgangsrecht für deren gemeinsame Tochter führte. Dabei hatte O Ts Halbschwester – in Anwesenheit des Kindes – u.a. bedroht und körperlich angegriffen. Über den richtigen Umgang mit dem Kind war es zwischen T und O auch in der Vergangenheit bereits zu heftigen Auseinandersetzungen gekommen, in deren Verlauf T mitunter handgreiflich geworden war. T wollte O nun klar machen, dass dieser seine Halbschwester und seine Nichte künftig in Ruhe lassen solle. T gelang es, sich mit O zu verabreden, wobei er eine halbautomatische Pistole bei sich führte, um sich sowohl vor möglichen Überfällen Dritter als auch gegen eventuelle Übergriffe des O zu schützen. O kam leicht alkoholisiert und mit einem Fahrrad zum verabredeten Treffpunkt. Zwischen den beiden Männern entspann sich ein heftiger Streit, in dessen Verlauf T drohte, O umzubringen, wenn dieser sein Verhalten nicht ändere. Zudem zeigte er O die von ihm im Hosenbund mitgeführte Waffe. O erkannte die Gefahr, die von der Pistole ausging, lenkte aber dennoch nicht ein, sondern betitelte T u.a. als „Clown“, kündigte an, wieder eine Beziehung mit Ts Halbschwester aufnehmen zu wollen und bezeichnete die Waffe des T als Gaspistole. Um sich der Situation zu entziehen, wendete O dem T den Rücken zu, stieg unvermittelt auf sein Fahrrad und fuhr davon. Dabei lachte er herablassend. Daraufhin entschloss sich T zur Tötung des O. Er zog die Pistole und gab aus fünf bis sieben Metern Entfernung in Tötungsabsicht zehn gezielte Schüsse ab. Sechs Schüsse trafen Oberkörper und Kopf des O und führten tödliche Verletzungen herbei.

#### B) Verfahrensgang

Mit Blick auf die Tötung war das Landgericht Hamburg zu einer Verurteilung wegen Totschlags (§ 212 Abs. 1 StGB) gelangt. Das hier in Betracht kommende Mordmerkmal der Heimtücke verneinte das LG unter Verweis auf die beim Opfer im Zeitpunkt

der Tötungshandlung fehlende Arglosigkeit. Jedenfalls fehle es am notwendigen Kausalzusammenhang zwischen Arg- und Wehrlosigkeit. Im Übrigen sei das Vorliegen eines Ausnutzungsbewusstseins nicht ersichtlich.

Nebenkläger und Staatsanwaltschaft gingen gegen das Urteil in Revision, wobei die Sachrüge auf die Verneinung des Heimtücke-Merkmals und damit auf die unterbliebene Verurteilung wegen Mordes zielte.

#### C) Zur Entscheidung des Senates

Der 5. Strafsenat vermochte sich der Auffassung des LG nicht anzuschließen und hob das Urteil auf (§ 353 Abs. 1 StPO). Zugleich verwies er die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere – als Schwurgericht zuständige – Strafkammer des Landgerichts zurück (§ 354 Abs. 2 S. 1 StPO).

T könnte sich durch die Abgabe mehrerer Schüsse auf O wegen Mordes gemäß §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, 2 Gr. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Voraussetzungen des § 212 Abs. 1 StGB

Mit O ist ein Mensch zu Tode gekommen. Die Abgabe der Schüsse kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der tatbestandliche (Todes-)Erfolg entfele, womit das Handeln des T kausal ist. Mit dem gezielten Abfeuern einer Waffe aus kurzer Distanz auf einen Menschen hat T zudem eine rechtliche missbilligte Gefahr geschaffen, die sich in tatbestandsspezifischer Weise im Erfolg realisierte. Der eingetretene Erfolg ist T daher als „sein Werk“ objektiv zurechenbar.

#### Hinweis

Die §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, 2 werden hier im Verhältnis von Grunddelikt und Qualifikation geprüft. Damit wird hinsichtlich des Verhältnisses der beiden Vorschriften die herrschende Auffassung in der Literatur zugrunde gelegt, was in (universitären) Klausuren ohne Begründung zulässig ist.

Zur objektiven Zurechenbarkeit ist – einmal mehr – anzumerken, dass die Rechtsprechung diese im Rahmen von vorsätzlichen Erfolgsdelikten nicht anerkennt. Auch insoweit erfolgt eine Orientierung an den Anforderungen der universitären Ausbildung, sodass die – hier ohnehin unproblematische – Zurechnungsfrage auch und schon auf Ebene des objektiven Tatbestandes anzusprechen ist.

**b) Vorliegen tatbezogener Mordmerkmale iSd § 211****Abs. 2 Gr. 2 StGB**

T könnte heimtückisch iSd § 211 Abs. 2 Gr. 2 StGB gehandelt haben. Zu diesem Merkmal hält der *Senat* zunächst fest:

„[...] heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung bei Beginn des mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt [...]. Wesentlich ist danach, dass der Mörder das sich keines erheblichen Angriffs versehende, mithin arglose Opfer in einer hilflosen Lage überrascht und es dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren.“

Zunächst müsste O daher arglos gewesen sein. Er dürfte sich „keines erheblichen Angriffs“ versehen haben.

Anknüpfend an mehrere Feststellungen im Sachverhalt betrachtet der *Senat* die – vom Landgericht vorgenommene – Verneinung der Arglosigkeit als angreifbar. Von besonderem Gewicht sei der Umstand,

„[...] dass das Opfer im Anschluss an die verbale Provokation und noch während der laufenden Auseinandersetzung sein Fahrrad bestieg und – dem Angeklagten den Rücken zuwendend – losfuhr. Die hiermit verbundene Preisgabe von Verteidigungsmöglichkeiten ist ein gewichtiges Indiz für seine erhalten gebliebene Arglosigkeit [...].“

Als weiteres Indiz für das Vorliegen von Arglosigkeit bewertet der *Senat* den Umstand, dass T, als O sich von ihm abwandte, „seine Pistole noch im Hosenbund“ hatte. Zudem habe O „seine Einschätzung der Situation, als er aus der Schlagweite des [T] herausfuhr, [...] auch durch sein herablassendes Lachen zu erkennen gegeben“.

Sodann wendet sich der *Senat* mit Blick auf die Arglosigkeit einem Gesichtspunkt zu, der auch in der Ausbildungsliteratur häufig diskutiert wird. Gemeint ist die Frage, wie sich eine „auf früheren Aggressionen und einer feindseligen Atmosphäre beruhende latente Angst“ auf das Vorliegen von Arglosigkeit im Tatzeitpunkt auswirkt. Immerhin war es zwischen T und O auch in der Vergangenheit bereits zu heftigeren Auseinandersetzungen gekommen, in deren Verlauf insbesondere T zu Gewalttätigkeiten geneigt hatte.

Insoweit hält der *Senat* fest, dass es nur

„[...] darauf ankommt, ob es [das Opfer] gerade im Tatzeitpunkt mit Angriffen auf sein Leben gerechnet hat [...].“

**Hinweis**

Der Beurteilungszeitpunkt für das Vorliegen von Arglosigkeit ist insbesondere in Fällen umstritten, in denen das spätere Opfer zunächst in einen Hinterhalt gelockt wird. Selbst wenn das Opfer bei Eintritt des Täters in das Verletzungsstadium nicht mehr arglos ist, plädiert der BGH für

die Bejahung von Heimtücke, wenn die vom Täter ergriffenen Vorkehrungen und Maßnahmen zur Herbeiführung einer günstigen Tötungsgelegenheit „bei Ausführung der Tat noch fortwirken“<sup>1</sup>. Das Heimtückische liege in solchen Fällen gerade im Ergreifen vorbereitender Maßnahmen.<sup>2</sup>

Ähnlich gelagert ist die Frage, inwieweit Arglosigkeit auszuschließen ist, wenn das spätere Opfer dem Täter durch sein (Vorfeld-)Verhalten Anlass gegeben hat, sich – drastisch – zur Wehr zu setzen. Viel diskutiert sind die Erpresser-Fälle, in denen entweder der Erpresser bei Aufsuchen des Erpressten von diesem (hinterrücks) getötet wird<sup>3</sup> oder – umgekehrt – der Erpresste den Erpresser aufsucht und diesen tötet<sup>4</sup>. Freilich ist vorliegend keine der beiden Fallgruppen gegeben.

Folgt man dem *Senat* in seiner Bewertung der tatsächlichen Feststellungen, ist Arglosigkeit aufseiten des O zu bejahen.

Weiter stellt sich die Frage nach dem Kausalzusammenhang zwischen Arg- und Wehrlosigkeit. Das Landgericht hatte die Wehrlosigkeit auf die unterlegenen Verteidigungsmittel des O gegenüber dem bewaffneten T gestützt, nicht aber auf dessen „Unbekümmertheit“.

Auch dieser Einschätzung kann sich der *Senat* nicht anschließen. Diesbezüglich stellt er zwei Erwägungen an:

„[O] hatte sich unmittelbar vor den aus kurzer Distanz abgegebenen Schüssen von dem zuvor neben ihm stehenden [T] abgewandt. Es war ihm deshalb nicht mehr möglich, durch körperliche Abwehr zu versuchen, den Einsatz der kurz danach vom Angeklagten gezogenen Pistole zu verhindern. [...] Zudem ist [...] aus dem Blick geraten, dass [T] dem ihm den Rücken zuwendenden Opfer die Möglichkeit genommen hatte, ihn verbal etwa durch Einlenken oder Bitten von seinem Tun abzuhalten.“

Dem *Senat* zufolge beruht die Wehrlosigkeit also schon deshalb auf der Arglosigkeit, weil erst das – im Gefühl der Sicherheit erfolgte – Abwenden vom Täter dazu führte, dass keinerlei Einwirkungsmöglichkeiten (physischer oder verbaler Natur<sup>5</sup>) mehr bestanden.

Bejaht man daher auch den Kausalzusammenhang zwischen Arg- und Wehrlosigkeit, verbleibt die Frage nach dem Ausnutzungsbewusstsein.

Zu diesem hält der *Senat* zunächst Grundlegendes fest:

„Für ein Ausnutzungsbewusstsein genügt es, wenn der Täter die Heimtücke begründenden Umstände nicht nur in einer äußerlichen Weise wahrgenommen hat, sondern in dem Sinne in ihrer Bedeutung für die Tatbegehung erfasst hat, dass ihm bewusst geworden ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber dem Angriffschutzlosen Menschen zu überraschen [...].“

<sup>1</sup> BGHSt 22, 77 (79).

<sup>2</sup> BGHSt 22, 77 (79); BGH NStZ 2010, 450 (451).

<sup>3</sup> Dazu Eisele, BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 100.

<sup>4</sup> Eisele, BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 102.

<sup>5</sup> Der Verweis auf ein mögliches verbales Einwirken auf den Täter wird freilich in Teilen der Literatur kritisiert, da es völlig vom Belieben des Täters abhängt, ob er einem Betteln/Flehen/Beruhigen usw. nachgibt; vgl. etwa Puppe, NStZ 2009, 208 (209); ähnl. Neumann/Saliger, in: NK StGB, 5. Aufl. (2017), § 211 Rn. 68.

Wichtig ist sodann, dass der *Senat* auf die Bedeutung der objektiven Umstände für den Schluss auf das Ausnutzungsbewusstsein verweist:

*„Das Ausnutzungsbewusstsein kann bereits dem objektiven Bild des Geschehens entnommen werden, wenn dessen gedankliche Erfassung durch den Täter – wie bei Schüssen in den Rücken des Opfers – auf der Hand liegt.“*

Auch wenn die Tat *„einer raschen Eingebung folgend begangen“* wird, sei *„bei erhaltener Unrechtseinsicht [...] die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt [...]“. Danach hindert nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen.“*

Von diesem Regelfall sei grds. auch eine Ausnahme denkbar:

*„Allerdings kann die Spontanität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlte.“*

Entsprechende – den Ausnahmefall belegende – Feststellungen hatte das Landgericht, das maßgeblich auf die fehlende Arglosigkeit abgestellt hatte, nicht getroffen.

In der Folge ist heimtückisches Handeln des T zu bejahen.

## 2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich hinsichtlich sämtlicher Merkmale des objektiven Tatbestandes, einschließlich der das tatbezogene Mordmerkmal der Heimtücke begründenden Umstände.

Der *Senat* weist zudem darauf hin, dass das nunmehr zuständige Tatgericht auch die Voraussetzungen eines niedrigen Beweggrundes iSd § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4 StGB zu prüfen habe. Dieser Frage soll hier – auch in Ermangelung entsprechender Sachverhaltsangaben – nicht weiter nachgegangen werden.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

## III. Ergebnis

T hat sich durch die Abgabe mehrerer Schüsse auf O wegen Mordes gemäß §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

### Hinweise für Studierende

Die Heimtücke gehört zu den umstrittensten und in Prüfungsarbeiten gleichsam beliebtesten Mordmerkmalen.<sup>6</sup> Wie der an sich einfach gelagerte Sachverhalt demonstriert, bietet das Merkmal gleich mehrere Anknüpfungspunkte für – freilich einzelfallabhängige – Erörterungen. Besonders anschaulich zeigt der Fall, dass die Frage der Arglosigkeit grds. anhand der konkreten Tatsituation, nicht etwa unter Heranziehung vorangegangener Streitigkeiten, zu beantworten ist. Anders mag dies – je nach Sachlage – in den oben angesprochenen Erpresser-Fällen zu beurteilen sein. So soll das Heimtücke-Merkmal laut BGH dann einer „normativ orientierten einschränkenden Auslegung“<sup>7</sup> zugänglich sein, wenn sich das spätere Opfer als „überlegene[r] Rechtsbrecher“ erweist und den Täter erst in die Situation bringt, in der dieser „in den Randbereich der erforderlichen und gebotenen Verteidigung gerät oder gar exzessiv handelt“<sup>8</sup>. Unabhängig davon, ob man dieser Normativierung folgt<sup>9</sup>, sollten die im Rahmen des Notwehrrechts als „Chantage“-Fälle diskutierten Erpresser-Konstellationen auch bei Prüfung der Voraussetzungen des Heimtücke-Merkmals zu einer eingehenden Erörterung des zeitlichen Bezugspunktes der Arglosigkeit führen.

### Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Eberhard Karls Universität Tübingen  
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und  
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und  
Computerstrafrecht  
(Prof. Dr. Jörg Eisele)

► Inhaltsverzeichnis

<sup>6</sup> Zu den mit Blick auf das Heimtücke-Merkmal diskutierten Restriktionen *Bechtel*, JSE 2014, 267 (277 ff.).

<sup>7</sup> BGHSt 48, 207 (211).

<sup>8</sup> Vgl. jeweils BGHSt 48, 207 (211).

<sup>9</sup> Kritisch etwa *Eisele*, BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 102.

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Eigentums- und Gewahrsamsverhältnisse bei Entnahme von Bargeld aus Bankautomaten durch Nicht-Kontoinhaber

Beschluss vom 16. November 2017, Az.: 2 StR 154/17

1. Ein Geldinstitut möchte das in seinen Bankautomaten befindliche Bargeld regelmäßig nur an den Kontoinhaber übereignen, sodass sich die ausgegebenen Scheine für einen hinzutretenden Dritten als fremde bewegliche Sachen darstellen.

2. Bei technisch ordnungsgemäßer Bedienung eines Geldautomaten erfolgt die tatsächliche Ausgabe des Geldes mit dem Willen des Geldinstituts, sodass die Geldentnahme durch einen Nicht-Kontoinhaber keinen Gewahrsamsbruch begründet.

(Leitsätze des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt

T begab sich in eine Bankfiliale, in der O gerade im Begriff war, Geld abzuheben. T verwickelte O, während dieser seine Bankkarte einführte und seine Geheimnummer eingab, in ein Gespräch. Als O seine Geheimnummer eingetippt hatte, stieß T den O vom Automaten fort, wählte einen Auszahlungsbetrag von 500 Euro und entnahm das ausgegebene Bargeld. O forderte T auf, das Geld herauszugeben, woraufhin T nur erwiderte, O solle ruhig sein, andernfalls könne er ihn auch boxen. Zudem bot T dem O an, diesem Drogen zu verkaufen, was O ablehnte. So dann entfernte sich T.

#### B) Verfahrensgang

Mit Blick auf den geschilderten Sachverhalt war das Landgericht zu einer Verurteilung wegen räuberischer Erpressung gelangt.

#### C) Zur Entscheidung der des Senates

Der 2. Strafsenat bestätigte den Schuldspruch des Landgerichts und verwarf die u.a. gegen die rechtliche Würdigung des hier abgebildeten Geschehens gerichtete Revision nach Maßgabe des § 349 II StPO.

Zunächst wendete sich der Senat einer möglichen Raubstrafbarkeit zu.

#### I. Strafbarkeit gemäß § 249 Abs. 1 StGB

T könnte sich durch das Wegstoßen des O und die daran anschließende Entnahme des Geldes wegen Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

###### a) Objektiver Tatbestand

T müsste unter Anwendung von Gewalt oder Vorbringen einer qualifizierten Drohung eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

###### aa) Tatobjekt

Dazu müsste es sich bei den aus dem Automaten entnommenen Geldscheinen zunächst um taugliche Tatobjekte gehandelt haben. Fraglich ist, ob die Scheine für T im Moment der Entnahme fremd waren. So könnte im Bereitlegen der Scheine im Ausgabefach auch ein (konkludentes) Angebot auf Übereignung zu sehen sein, das durch den Zugreifenden (wiederum konkludent) angenommen wird. In der Folge käme es nach Maßgabe des § 929 S. 1 BGB zum Eigentumsübergang. Einer solchen Betrachtungsweise erteilt der Senat indes eine klare Absage:

*„Adressat des mit dem Ausgabevorgang verbundenen Einigungsangebots ist nach den vertraglichen Beziehungen zwischen Kontoinhaber und Geldinstitut und der Interessenlage der Kontoinhaber, nicht aber ein unberechtigter Benutzer des Geldautomaten. Dies gilt auch dann, wenn eine technisch ordnungsgemäße Bedienung des Automaten vorangegangen ist [...].“*

Konkretisierend führt der Senat aus:

*„Bei der Auslegung der konkludenten rechtsgeschäftlichen Erklärung der Sparkasse müssen die Interessen und Zwecke, die mit einer dinglichen Einigung verfolgt werden, berücksichtigt werden. Das Geldinstitut hat keinen Anlass, das in seinem Automaten befindliche Geld an einen unberechtigten Benutzer der Bankkarte und der Geheimzahl des Kontoinhabers zu übereignen [...]. Sein Übereignungsangebot richtet sich erkennbar nur an den Kontoinhaber, der hier das Angebot nicht angenommen hat.“*

Damit fehlte es an einem pauschalen Übereignungsangebot, das von jedwedem Zugreifenden hätte angenommen werden können. Folglich verblieb das Eigentum an den Scheinen bei der Bank, womit es sich für T um fremde bewegliche Sachen handelte.

###### bb) Tathandlung

Die Scheine müsste T sodann iSd § 249 Abs. 1 StGB weggenommen haben:

*„Wegnahme ist der ‚Bruch‘ fremden und die Begründung neuen Gewahrsams [...].“*

Mit der Entnahme des Geldes aus dem Automaten könnte T fremden Gewahrsam gebrochen haben. Die Voraussetzungen an den Gewahrsamsbruch konkretisiert der Senat wie folgt:

*„Ein Bruch des fremden Gewahrsams liegt aber nur vor, wenn der Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Inhabers aufgehoben wird.“*

Damit weist der *Senat* auf die tatbestandsausschließende Wirkung eines möglichen Einverständnisses hin. Zu fragen ist also, ob im Bereitstellen des Geldes eine gewollte Gewahrsamspreisgabe liegt, die einen – nachfolgenden – Gewahrsamsbruch ausschließt:

„Wird der Geldautomat technisch ordnungsgemäß bedient, erfolgt die tatsächliche Ausgabe des Geldes mit dem Willen des Geldinstituts. Dessen Gewahrsam wird nicht gebrochen [...]“

Damit kommt der *Senat* zu dem Befund, dass das Geldinstitut seinen Gewahrsam bewusst aufgegeben hat, um einen Zugriff Dritter zu ermöglichen. D.h. wiederum, dass T, der nicht Kontoinhaber ist, keinen fremden Gewahrsam brechen konnte. Abgesichert wird dieses Ergebnis mit dem Hinweis darauf, dass T auch keinen anderweitigen Gewahrsam brechen konnte:

„Da [O] keinen Gewahrsam an den Geldscheinen begründet hatte, konnte auch dieser vom Angeklagten nicht gebrochen werden.“

Schließlich weist der *Senat* nochmals darauf hin, dass der Wille des Geldinstituts mit Blick auf Eigentumsübergang einer- und Gewahrsamspreisgabe andererseits kein einheitlicher ist:

„Insoweit ist der tatsächliche Vorgang der Gewahrsamspreisgabe auch von dem rechtsgeschäftlichen Angebot an den Kontoinhaber auf Übereignung zu unterscheiden.“

#### Hinweis

Z.T. sind auch Stimmen auszumachen, die einen Gewahrsamsbruch in Fallgestaltungen wie der vorliegenden bejahen wollen: Die Gewahrsamspreisgabe solle in Wahrheit nur dem Berechtigten gegenüber erfolgen, nicht aber gegenüber jedweden Dritten, sodass die Entnahme durch einen Nichtberechtigten sehr wohl einen Gewahrsamsbruch begründe. Insoweit läge nur ein *bedingtes Einverständnis* der Bank vor.<sup>1</sup> Relevant wird die Frage zu meist in Konstellationen, in denen der Täter schon die Codekarte (samt PIN) entwendet hat und sich sodann am fremden Konto „bedient“. Hier wird freilich regelmäßig darauf verwiesen, dass der unberechtigte Nutzer der Codekarte ohnehin den insoweit spezielleren § 263a I Alt. 3 StGB (unbefugte Verwendung von Daten) verwirkliche.<sup>2</sup> Ungeachtet der Frage, ob man ein gänzlichliches Zurücktreten des § 242 StGB in entsprechenden Konstellationen tatsächlich befürwortet, so ist mit Blick auf den gegenständlichen Sachverhalt doch festzustellen, dass die bloße Auswahl des Geldbetrages kein „Verwenden“ (von Daten) iSd § 263a I StGB darstellt, sodass der Entscheidung, ob ein Gewahrsamsbruch vorliegt oder nicht, sehr wohl einigige Bedeutung zukommt.

Nachfolgend soll mit dem *Senat* und der wohl herrschenden Literaturauffassung<sup>3</sup> vom Nichtvorliegen eines Gewahrsamsbruchs ausgegangen werden.

<sup>1</sup> So etwa BayObLG NJW 1987, 663 f.; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 242 Rn. 36a.

<sup>2</sup> BGHSt 38, 120 (124 f.); BayObLG NJW 1987, 663 (665); Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 242 Rn. 36a.

#### b) Zwischenergebnis

In Ermangelung einer Wegnahmehandlung liegt bereits der objektive Raub-Tatbestand nicht vor.

#### 2. Ergebnis

T hat sich durch das Wegstoßen des O und die daran anschließende Entnahme des Geldes nicht wegen Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### II. Strafbarkeit gemäß §§ 253, 255 StGB

T könnte sich durch dieselbe Handlung wegen räuberischer Erpressung gemäß §§ 253, 255 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

T müsste unter Einsatz von Gewalt gegen eine Person oder Vorbringen einer qualifizierten Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt und dadurch einen Vermögensschaden hervorgerufen haben.

##### aa) Nötigungsmittel

Anknüpfungspunkt ist wiederum das Wegstoßen des O:

„Der Angeklagte hat durch Wegstoßen des [O] vom Geldautomaten Gewalt gegen diesen angewendet.“

##### bb) Nötigungserfolg

In der Folge müsste ein von § 253 StGB erfasster Nötigungserfolg (Handlung, Duldung, Unterlassung) eingetreten sein. Der *Senat* sieht – anknüpfend an die Gewaltanwendung – eine erzwungene Duldung:

„Dadurch hat er diesen gezwungen, die Eingabe des Auszahlungsbetrages in den Geldautomaten und die Herausnahme der dem Zeugen zur Übereignung angebotenen Geldscheine zu dulden.“

#### Hinweis

Sieht man – mit der herrschenden Auffassung in der Literatur – in der (räuberischen) Erpressung ein Selbstschädigungsdelikt, ist zudem zu verlangen, dass der Genötigte eine *Vermögensverfügung* vornimmt. Danach muss im abgenötigten Verhalten eine unmittelbare und vom Willen getragene Einwirkung des Genötigten auf das geschützte Vermögen liegen.<sup>4</sup>

Verzichtet man dagegen – im Anschluss an die Rechtsprechung – auf das Erfordernis der Vermögensverfügung (so ausdrücklich auch der 2. Senat in der gegenständlichen Entscheidung: „Auf eine Vermögensverfügung des Geschädigten kommt es als Nötigungserfolg nicht an [...]“), genügt jedwede Duldung des Opfers zur Annahme einer (räuberischen) Erpressung. So ist es insbesondere hinreichend, wenn der Täter die schädigende Handlung

<sup>3</sup> Vgl. etwa Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, 36. Edition (01.11.2017), § 242 Rn. 22.4; Eisele, BT II, 4. Aufl. (2017), Rn. 58; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 242 Rn. 51.

<sup>4</sup> Prägnant Rengier, BT I, 19. Aufl. (2017), § 11 Rn. 13; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 253 Rn. 8.

selbst vornimmt und das Opfer – infolge der vorangegangenen Nötigungshandlung – gezwungen ist, dies zu erdulden.<sup>5</sup>

Bei Befolgung der herrschenden Auffassung in der Literatur wäre mit Blick auf den gegenständlichen Sachverhalt festzustellen, dass es an einer willentlichen Einwirkung des Genötigten auf sein Vermögen fehlt. Der „Beitrag“ des O erschöpft sich in der durch das Wegstoßen bedingten Duldung der Entnahme (nicht Wegnahme, s.o.) der Scheine. Eine bewusste Vermögensminderung liegt nicht vor. Hinsichtlich der Entnahme des Geldes wäre sodann nur eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung (§ 246 I StGB) zu bejahen. Zu fragen wäre freilich, ob die nach Entnahme erfolgte Drohung, den O zu boxen, vermögensstrafrechtliche Relevanz gewinnt, wenn in Ansehung der Entnahme „nur“ eine Unterschlagung vorliegt. Eine Strafbarkeit nach § 252 StGB scheidet indes schon deshalb aus, weil es an einer tauglichen Vortat fehlt. In Betracht kommen wiederum die §§ 253, 255 StGB. Dann müsste der unterlassenen Geltendmachung von Herausgabeansprüchen bzw. der – nachfolgenden – Duldung des Entfernens wiederum der Charakter einer Vermögensverfügung zukommen. Zu beachten ist, dass die von O geforderte Herausgabe der Scheine sofort abgewiesen wurde und O keinerlei Handhabe gegenüber T hatte. Letztlich erschöpft sich das Verhalten Os also auch insoweit in einer erzwungenen Duldung, sodass auch mit Blick auf die spätere Drohung durch O keine Vermögensverfügung auszumachen ist.

Nachfolgend soll der weiteren Lösung des auf das Verfügungserfordernis verzichtenden *Senats* gefolgt werden.

### cc) Vermögensschaden

Einen Vermögensschaden bejaht der *Senat* gleich in zweifacher Hinsicht:

„[...] einerseits wurde sein Konto automatisch mit dem Ausgabebetrag belastet, andererseits hat er die ihm von der Sparkasse zur Übereignung angebotenen Geldscheine nicht erhalten.“

### b) Subjektiver Tatbestand

T handelte in Ansehung der objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich. Auch liegt die notwendige Bereicherungsabsicht vor.

### c) Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung

Einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch konnte T mit Blick auf die 500 Euro nicht vorweisen. Er ging auch nicht – irrig – vom Bestehen eines Anspruchs aus, sodass auch Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung zu bejahen ist.

## 2. Rechtswidrigkeit

Weder fehlt es an der Rechtswidrigkeit infolge eines Eingreifens der Verwerflichkeitsklausel des § 253 II StGB noch ist das Vorliegen eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes ersichtlich.

## 3. Schuld

Schuldausschlussgründe im engeren Sinne oder Entschuldigungsgründe greifen nicht ein.

## 4. Ergebnis

T hat sich durch das Wegstoßen des O und die daran anschließende Entnahme des Geldes wegen räuberischer Erpressung gemäß §§ 253, 255 StGB strafbar gemacht.

### Hinweise für Studierende

Zunächst weist der vorliegende Sachverhalt nicht in Richtung einer (räuberischen) Erpressung; immerhin setzt T Gewalt ein, um nachfolgend selbst an die hier interessierenden Vermögensgegenstände (Geldscheine) zu gelangen. Deshalb ist es auch folgerichtig, in die Prüfung über § 249 Abs. 1 StGB einzusteigen. Dabei ist, wie der *Senat* in der gegenständlichen Entscheidung beinahe schon lehrbuchartig festhält, sorgsam zwischen Eigentums- und Gewahrsamsverhältnissen zu differenzieren. Bei Entnahme von Geld aus einem Bankautomaten ist umstritten, ob auch das Handeln eines Nichtberechtigten vom Einverständnis des Geldinstituts gedeckt wird (s.o.). Wurde bereits die Codekarte entwendet, was im hiesigen Sachverhalt nicht der Fall war, liegt der Schwerpunkt freilich auf der – möglichen – Verwirklichung des § 263a StGB (s.o.). In einer Fallgestaltung, wie sie hier gegeben ist, stellt sich, sofern man eine Wegnahme verneint, zudem die Frage nach einer Strafbarkeit des Entnehmenden nach §§ 253, 255 StGB. In diesem Zusammenhang ist die – schon „klassische“ – Streitfrage nach dem Erfordernis der Vermögensverfügung im Rahmen der Erpressung in den Blick zu nehmen.<sup>6</sup>

Der an sich simple Sachverhalt bietet einige Anknüpfungspunkte für vermögensstrafrechtliche Probleme und verlangt vom Bearbeiter nicht nur saubere Differenzierung (zwischen Eigentums- und Gewahrsamsverhältnissen), sondern auch den klaren Blick dafür, dass die §§ 253, 255 StGB – je nach Sichtweise – einen „Auffangtatbestand“ darstellen können, falls ein Strafbarkeit nach § 249 Abs. 1 StGB ausscheidet. Hier wird Systemverständnis vorausgesetzt, sodass der Fall sich geradezu muster-gültig als Vorlage für eine Klausur eignet.

## Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Eberhard Karls Universität Tübingen  
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und  
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und  
Computerstrafrecht  
(Prof. Dr. Jörg Eisele)

### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>5</sup> Prägnant zu den Konsequenzen des Verzichts auf eine Vermögensverfügung wiederum *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 253 Rn. 8a

<sup>6</sup> Eingehend dazu auch *Eisele*, BT II, 4. Aufl. (2017), Rn. 759 ff.; *Rengier*, BT I, 19. Aufl. (2017), § 11 Rn. 21 ff.)

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Landgericht Augsburg

### Anonyme Anzeige, Anfangsverdacht, Wohnungsdurchsuchung

Beschluss vom 12. September 2017, Az.: 1 Qs 339/17

**Anonyme Anzeigen rechtfertigen in der Regel keinen Anfangsverdacht.**

**(Amtlicher Leitsatz)**

#### A) Sachverhalt und Verfahrensgang

Es ging beim Polizeipräsidium ein datumsloses, nicht unterschriebenes handschriftlich gefertigtes Schreiben folgenden Inhalts ein:

*„Die Pädophilen sind überall. So ist mir bekannt, dass auch in D. die Pädophilen ihr Unwesen treiben. Besonders Herr ... und sein Sohn vertreiben Kinderpornographie der übelsten Art. Der Computer ist im Keller versteckt“.*

Die zuständige Polizeidienststelle ermittelte daraufhin, *„dass die namentlich benannten Personen tatsächlich existierten, dass aber deren Wohnadresse falsch angegeben sei. Beide seien polizeilich noch nicht in Erscheinung getreten“.*

Die von der Staatsanwaltschaft eingeholten Auskünfte aus dem Bundeszentralregister ergaben, *„dass dort keine Eintragungen enthalten sind“.* Sie beantragte in der Folge *„den Erlass dreier Durchsuchungsbeschlüsse für Wohn- und Geschäftsanwesen der Beschuldigten“.*

Trotz *„entsprechenden Hinweises des Ermittlungsrichters des Amtsgerichts, dass ein anonymer Hinweis nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Regel nicht genügt, einen Anfangsverdacht zu begründen, beharrte die Staatsanwaltschaft auf ihrem Antrag“*, den das Amtsgericht – Ermittlungsrichter – sodann durch Beschluss ablehnte.

Dagegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit der Beschwerde, *„die im Wesentlichen damit begründet wird, dass der Standort eines Computers - „im Keller“ - angegeben worden sei und deshalb die Anzeige über eine pauschale anonyme Anzeige hinausgehe“.* Das Amtsgericht half der Beschwerde nicht ab.

#### B) Zur Entscheidung der Kammer

Das Landgericht – Beschwerdekammer – verwarf die zulässige Beschwerde als unbegründet:

*„Bei der vorliegenden Sachlage kann schon kein Anfangsverdacht angenommen werden“.*

Für dieses von der Kammer vorweggenommene Ergebnis entscheidend war die Frage, ob eine anonyme Anzeige einen Anfangsverdacht begründen und speziell eine (Wohnungs-) Durchsuchung rechtfertigen kann. Voraussetzung einer Durchsuchung (§ 102 StPO) ist das Vorliegen eines Anfangsverdachts (I.). Zudem ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besonders zu beachten<sup>1</sup> (II.).

#### I. Anfangsverdacht (§ 152 Abs. 2 StPO)

Für den **Anfangsverdacht** iSd. § 152 Abs. 2 StPO sind bekanntermaßen konkrete tatsächliche Anhaltspunkte zu fordern, die nach der kriminalistischen Erfahrung die Begehung einer verfolgbaren Straftat als möglich erscheinen lassen.<sup>2</sup> Die Schwelle dieses geringsten Verdachtsgrades – er ist eben auch materielle Voraussetzung für das Einleiten eines Ermittlungsverfahrens – ist von Rechts wegen sehr niedrig angesetzt.<sup>3</sup> Gleichviel reichen bloße, nicht durch konkrete Umstände belegte Vermutungen oder reine denktheoretische Möglichkeiten nicht aus.<sup>4</sup> Der Strafverfolgungsbehörde steht ein Beurteilungsspielraum (hinsichtlich der Stärke des Tatverdachts) zu,<sup>5</sup> der gerichtlich überprüfbar ist.<sup>6</sup>

Die Kammer stellt fest: *„Anders als bei namentlich gekennzeichneten Anzeigen setzt sich ein anonymer Anzeigerstatter nicht der Strafverfolgung wegen falscher Verdächtigung und übler Nachrede aus. Weder die Glaubwürdigkeit des Anzeigerstatters noch die Glaubhaftigkeit seiner Angaben ist für die Ermittlungsbehörden einschätzbar“.*

#### 1. Anfangsverdacht bei privaten Anzeigen

Wie angeklungen wird bei **privaten Anzeigen** (§ 158 Abs. 1 StPO) als ausschlaggebend angesehen, dass für die vorgebrachten Tatsachen durch die Person des Anzeigerstatters ein potentiell taugliches Beweismittel zur Verfügung steht, was i.E. zu einer Glaubwürdigkeitsbeurteilung dieser Person führt, die zentrale Bedeutung für die Beurteilung der Anhaltspunkte als ausreichend i.S.v. § 152 Abs. 2 StPO erlangt.<sup>7</sup> Hierbei ist allerdings in Rechnung zu stellen, dass die Prüfung des Grades der Wahrscheinlichkeit der Tatsachen gerade das Ziel des Einschreitens ist, also nicht dessen Voraussetzung sein kann.<sup>8</sup>

Erforderlich ist eine tatsächliche und eine rechtliche Prüfung: Der (als wahr unterstellte) Sachverhalt muss unter ein Strafgesetz fallen und verfolgbar sein<sup>9</sup> (hier unproblematisch der Fall, § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB). Und es muss aufgrund der vorliegenden

<sup>1</sup> Dies betonend BVerfG StV 2017, 361 (362); Gercke, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 102 Rn. 25 je mwN.

<sup>2</sup> Vgl. Eisenberg/Conen, NJW 1998, 2241 (2243) mwN.

<sup>3</sup> Vgl. Diemer, NSTz 2005, 666.

<sup>4</sup> BGH NSTz 1994, 499 (500).

<sup>5</sup> BGH NSTz 1992, 294 (295); Beulke, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2007), § 152 Rn. 28.

<sup>6</sup> Diemer, in: KK/StPO, 7. Aufl. (2013), § 152 Rn. 8 mN.

<sup>7</sup> Eisenberg/Conen, NJW 1998, 2241 (2244).

<sup>8</sup> Diemer, NSTz 2005, 666; Gercke, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 152 Rn. 11.

<sup>9</sup> Gercke, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 152 Rn. 13.

Anhaltspunkte, die sich ggf. in den Behauptungen des Anzeigerstatters erschöpfen, die Annahme gerechtfertigt sein, der Sachverhalt könne sich als wahr herausstellen. Neben dem Inhalt der Anzeige ist dabei die Glaubwürdigkeit der Person des Anzeigerstatters bedeutsam.<sup>10</sup>

## 2. Anfangsverdacht bei anonymen Anzeigen

Wenn der Ersteller einer **anonymen Anzeige** nun aber seine Person nicht offenbart, ist eine solche Glaubwürdigkeitsprüfung nicht möglich. Zwar kann als anerkannt gelten, dass auch anonyme Anzeigen einen Anfangsverdacht zu begründen vermögen.<sup>11</sup> Denn ihr genereller Ausschluss „widerspräche dem zentralen Anliegen des Strafverfahrens, nämlich der Ermittlung der materiellen Wahrheit in einem justizförmigen Verfahren als Voraussetzung für die Gewährleistung des Schuldprinzips“.<sup>12</sup> Allerdings besteht immer die erhöhte Gefahr und ein nur schwer bewertbares Risiko einer falschen Verdächtigung.<sup>13</sup> Denn bei einer anonymen Anzeige kann nur der Inhalt der Anzeige untersucht werden. Es wird gefordert, sie „besonders sorgfältig zu prüfen“<sup>14</sup>. Oftmals wird bei einer anonymen Anzeige – wie in dem oben wiedergegebenen Sachverhalt – nicht viel zu prüfen und bereits deswegen ein Anfangsverdacht zu verneinen sein.

So hält die Kammer knapp fest, es „gibt kein einziges, auf irgendeine Art und Weise objektivierbares Indiz, das einen Tatverdacht gegen die Beschuldigten begründen könnte“.

Allerdings ist es durchaus denkbar, dass auch eine anonyme Anzeige von „beträchtlicher sachlicher Qualität“<sup>15</sup>, „sachlich [...] fundiert“<sup>16</sup> bzw. „ausreichend detailliert“<sup>17</sup> ist oder „schlüssiges Tatsachenmaterial“<sup>18</sup> vorgelegt wurde und so alleine aus ihr heraus ein Anfangsverdacht resultiert<sup>19</sup>. Auch soll es möglich sein, dass sie „in wesentlichen Punkten [...] durch anderweitige Ermittlungen“<sup>20</sup> bestätigt<sup>21</sup> wird. Dergleichen kann die Kammer offenbar bereits im Ansatz nicht erkennen:

„Soweit die Staatsanwaltschaft die anonyme Anzeige rechtsirrig für nicht pauschal erachtet, weil eine [den Ermittlungen gemäß nicht einmal richtige] Adresse angegeben wurde und als Standort eines Computers der Keller genannt wurde, verkennt sie, dass sich aus derart nichtssagenden Angaben bei objektiver Betrachtung keinerlei Erkenntnisse ergeben, die einen Verdacht begründen oder erhärten können.“

Daraus, dass ein Haus einen Keller hat, lässt sich jedenfalls kein Schluss darauf ziehen, dass kinderpornographische Schriften vertrieben werden. Und die Behauptung, dort sei ein Computer, ist genauso pauschal gehalten, wie die Beschuldigung selbst. Rückschlüsse auf den Wahrheitsgehalt der anonymen Anzeige lassen sich hieraus nicht ziehen“.

## II. Verhältnismäßigkeit des Eingriffes in Art. 13 Abs. 1 GG

Ferner die Kammer: „Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Artikel 13 Abs. 1 GG gebietet, dass nur dann in den daraus resultierenden Schutzbereich eingegriffen werden darf, wenn hierfür konkrete tatsächliche Anhaltspunkte bestehen“.

Damit erinnert die Kammer daran, dass bei einer **Wohnungsdurchsuchung** der besondere grundrechtliche Schutz des Art. 13 Abs. 1 GG, in den mit dieser Maßnahme schwerwiegend eingegriffen wird, in Rechnung zu stellen ist. Deswegen ist neben dem auf konkreten Tatsachen beruhenden Anfangsverdacht ein **besonderes Rechtfertigungsbedürfnis** nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nötig.<sup>22</sup> Bei anonymen Anzeigen ist hierbei aus den bereits vorgenannten Gründen eine besonders sorgfältige Prüfung des Tatverdachts und der Verhältnismäßigkeit veranlasst. Nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind dabei insbesondere der „Gehalt der anonymen Aussage“ in Rechnung zu stellen sowie die etwaigen „Gründe für die Nichtoffenlegung der Identität der Auskunftsperson“. Eine anonyme Aussage kann demgemäß als Basis einer „stark“ in Grundrechte eingreifenden Durchsuchung „nur genügen, wenn sie von beträchtlicher sachlicher Qualität ist oder mit ihr zusammen schlüssiges Tatsachenmaterial vorgelegt worden ist.“<sup>23</sup> In den Worten der Kammer:

„Im Einklang mit der eindeutigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 14.07.2017, 2 BvR 274/14) bedeutet dies, dass eine anonyme Anzeige grundsätzlich nicht ausreicht einen Anfangsverdacht zu begründen.“

Jegliche andere Sichtweise würde dem Denunziantentum Tür und Tor öffnen. Es ist mit der Rechtsordnung und dem Wertesystem der Bundesrepublik Deutschland nicht vereinbar, wenn allein aufgrund einer anonymen Behauptung Durchsuchungen bei bislang völlig unbescholtenen Bürgern erfolgen. Insoweit hat die Staatsanwaltschaft auch die Unschuldsvermutung zu beachten. [...] Das Bundesverfassungsgericht hat [...] im bereits zitierten Beschluss ausführlich und zu Recht dargelegt, dass eine anonyme Anzeige nur genügen kann, „wenn sie von beträchtlicher sachlicher Qualität ist oder mit ihr zusammen schlüssiges Tatsachenmaterial vorgelegt wird“. Beides ist im vorliegenden Fall so offensichtlich nicht gegeben, dass sich die Frage stellt, ob die Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens im vorliegenden Fall überhaupt zulässig war, zumal bereits Form und Diktion der Anzeige im vorliegenden Fall die Glaubhaftigkeit der Behauptungen nicht unterstreichen.“

<sup>10</sup> Eisenberg/Conen, NJW 1998, 2241 (2244).

<sup>11</sup> LG Offenburg StV 1997, 626 (627); LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 10.12.2014 – 2 Qs 134/14, juris Rn. 8; auch BVerfG StV 2017, 361 (362).

<sup>12</sup> BVerfG StV 2017, 361 (362).

<sup>13</sup> LG Karlsruhe StraFo 2005, 420 (420 f.); LG Offenburg StV 1997, 626 (627); BVerfG StV 2017, 361 (362).

<sup>14</sup> LG Offenburg StV 1997, 626 (627); BVerfG StV 2017, 361 (362).

<sup>15</sup> BGHSt 38, 144 (147); LG Stuttgart, Beschl. v. 07.09.2007 – 7 Qs 71/07, juris Rn. 31.

<sup>16</sup> LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 10.12.2014 – 2 Qs 134/14, juris Rn. 8.

<sup>17</sup> LG Karlsruhe StraFo 2005, 420 (420 f.)

<sup>18</sup> LG Stuttgart, Beschl. v. 07.09.2007 – 7 Qs 71/07, juris Rn. 31.

<sup>19</sup> Vgl. LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 10.12.2014 – 2 Qs 134/14, juris Rn. 8.

<sup>20</sup> Zu Zulässigkeit sog. Erhebungen zur Verdachtsklärung (oder sog. Vorermittlungen) Diemer, NStZ 2005, 666; abl. dagegen Beulke, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2007), § 152 Rn. 33.

<sup>21</sup> LG Karlsruhe StraFo 2005, 420 (420 f.)

<sup>22</sup> BVerfG StV 2017, 361 (362).

<sup>23</sup> Ibid., mwN.

**Abschließender Hinweis**

Die Beschwerdeentscheidung<sup>24</sup> verdient – abgesehen von dem überzeugenden Ergebnis – besondere Hervorhebung, weil sie eine der seltenen Stellungnahmen zum benannten Themenfeld ist, die zudem inhaltlich über das in jedem Kommentar zu Lesende zum Anfangsverdacht deutlich hinaus geht. Gerade dies macht sie so interessant.

**Dr. Guido Philipp Ernst**

Richter am Landgericht  
Landgericht Stuttgart

Lehrbeauftragter  
Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg  
Repetitor  
Alpmann/Schmidt (Assessorkurs)  
Stuttgart

► **Inhaltsverzeichnis**

---

<sup>24</sup> Vertiefend zum Rechtsmittel der Beschwerde:  
► **Grüner-Blatt**, JSE 4/2014, 468 (469 f.).

# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Alexander Bechtel  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Dipl.-Jur. Caprice Nina Doerbeck  
 Pius Dolzer  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
 RA Steffen Follner  
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Sebastian Karl  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 Maik Kniebel  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
 (*Schriftleiter*)  
 Prof. Dr. Torsten Noak  
 Quetzal Rojano-Adam  
 Gabriel Schmidt  
 Dipl. Jur. Sascha Sebastian, M.mel.  
 (*Stellvertretender Schriftleiter*)  
 Philipp Trautmann  
 Betül Turgan  
 Carolin Werz  
 Julia Zaiser

## Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.  
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
 Döblerstrasse 15  
 D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
 (*Vorsitzender*)  
 Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.mel.  
 (*Stellv. Vorsitzender*)  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 (*Schatzmeister*)  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
 (*Ressortleiter Strafrecht*)  
 Prof. Dr. Arne Pautsch  
 (*Ressortleiter Öffentliches Recht*)

8. Jahrgang (2018)

ISSN 2195-044X

## Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann  
 RiLG Dr. Ralf Dietrich  
 Prof. Dr. Jörg Eisele  
 RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser  
 Prof. Dr. Volker Haas  
 RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)  
 RD Jochen Heinz  
 Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)  
 RA Prof. Rainer Kirchdörfer  
 Prof. Dr. Alexander Proelß  
 Prof. Dr. Joachim Renzikowski  
 Prof. Dr. Gottfried Schiemann  
 Prof. Dr. Jan Schürnbrand  
 Prof. Dr. Dominik Skauradszun  
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner  
 RiLG Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.  
 Prof. Dr. Christian Traulsen  
 RA Dr. Werner Walk  
 RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)  
 RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)  
 MR Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>  
 E-Mail: ▶ [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de)



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011  
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.  
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:  
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

## Beiträge in früheren Ausgaben

4/2017   Arne Pautsch	Die Wahlpflicht
4/2017   Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
3/2017   Sascha Sebastian	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
3/2017   Benjamin Bungarten	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
2/2017   Susanne Bertow	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?
2/2017   Markus Meißner/Philipp Fitzek	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)
1/2017   Tim P. Holler/Christoph J. Bender	Der Ehebegriff als Methodenproblem
1/2017   Torsten Noak	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt
4/2016   Philipp Tolga Mavituna	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordpa- ragraphen
4/2016   Markus Meißner	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen
3/2016   Sarah Bunk	Ist Ämterpatronage strafbar?
2/2016   Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Not- wehr?
1/2016   Torsten Noak	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völker- rechtlicher Vorgaben
4/2015   Sascha Brüggemann	Anonymität im Internet
3/2015   Patrick Christian Otto	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts
3/2015   Christian F. Majer	Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen
2/2015   Simon Pschorr	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle
2/2015   Arne Pautsch	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand
1/2015   Christian Picker	Das neue Mindestlohngesetz
4/2014   Caprice Nina Doerbeck	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolg- saussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?
4/2014   Sascha Brüggemann	Datenkrake NSA
3/2014   Alexander Bechtel	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?
2/2014   Christian F. Majer	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung
2/2014   Philipp K. Kauffmann	In dubio pro – Selbstanzeige?

<b>1/2014</b>   <i>Andreas Lohbeck</i>	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?
<b>4/2013</b>   <i>Philipp Kauffmann</i>	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat
<b>4/2013</b>   <i>Stanyo Dinov</i>	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan
<b>3/2013</b>   <i>Sebastian Brüggemann</i>	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit
<b>2/2013</b>   <i>Joachim Renzikowski</i>	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.
<b>1/2013</b>   <i>Andreas Lohbeck</i>	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht
<b>1/2013</b>   <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>	Die Ethik und die Rechtsanwälte
<b>4/2012</b>   <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
<b>3/2012</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
<b>2/2012</b>   <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
<b>1/2012</b>   <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen
<b>1/2012</b>   <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
<b>1/2011</b>   <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
<b>1/2011</b>   <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

► [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de).

## Autorinnen und Autoren gesucht!

### Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de). Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

### Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen