



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)
Ass. iur. 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)
ELB Jochen Heinz
Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
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. Dominik Skauradzun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
MR 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 a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

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

AUS DEM INHALT

BEITRÄGE

Judith Klink-Straub

Schuldrechtsreform 2.0

Arne Pautsch/Jana Müser

Selbstvollziehendes Gesetz und Verwaltungsvollzugsvorbehalt

KLAUSUREN

Michael Hippeli

Strafrecht: „Der falsche Impfnachweis“

Joachim Renzikowski

Strafrecht: „Drum spare in der Zeit, dann hast Du in der Not“

AKTENVORTRAG

Claudius Petzold

Zivilrecht: „A. Hannich: Streithammel und Zicken“

RECHTSPRECHUNG

BGH

Konkurrenzrechtliche Bewertung mehrerer
Diebstahlhandlungen

EGMR

Verpflichtung eines Staates zur rechtlichen Anerkennung
gleichgeschlechtlicher Partnerschaften

INHALTSVERZEICHNIS

| | | |
|--|---|------------|
| Beiträge | Judith Klink-Straub Schuldrechtsreform 2.0 | Seite ▶ 1 |
| | Arne Pautsch/Jana Müser Selbstvollziehendes Gesetz und Verwaltungsvollzugsvorbehalt | Seite ▶ 12 |
| Klausuren | Michael Hippeli Anfängerklausur Strafrecht: „Der falsche Impfnachweis“ | Seite ▶ 17 |
| | Joachim Renzikowski Original Examensklausur und -lösungsskizze Strafrecht: „Drum spare in der Zeit, dann hast Du in der Not“ | Seite ▶ 23 |
| Aktenvortrag | Claudius Petzold Anwaltliche Aufgabenstellung – Zivilrecht „A. Hannich: Streithammel und Zicken“ | Seite ▶ 29 |
| Rechtsprechung Strafrecht | BGH Konkurrenzrechtliche Bewertung mehrerer Diebstahlshandlungen Urteil vom 26.05.2021 (<i>Leyla Beyza Keles</i>) | Seite ▶ 41 |
| Rechtsprechung Öffentliches Recht | EGMR Verpflichtung eines Staates zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften Urteil vom 13.07.2021 (<i>Sascha Sebastian</i>) | Seite ▶ 45 |
| Rezension | Pius O. Dolzer <i>Carsten Schäfer</i> (Hrsg.), MoPeG – Modernisierung des Personengesellschaftsrechts mit Synopsen zum BGB aF/nF und HGB aF/nF (2022) | Seite ▶ 53 |

EDITORIAL

Nach nunmehr über zwei Jahren Pandemie und Pandemiemaßnahmen ist es wohl nicht übertrieben zu sagen, dass das Virus nicht nur in der Gesellschaft, sondern auch in den Gesetzbüchern seine Spuren hinterlassen hat. Wie die vielen teilweise erfolgreichen Klagen gegen abstrakte und konkrete Maßnahmen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens zeigen, stoßen die entsprechenden Normen und ihre Anwendung nicht immer auf Gegenliebe bei den Normunterworfenen. Doch haben uns die teils kritikwürdigen, teils notwendigen Freiheitsbeschränkungen auch plastisch vor Augen geführt, wie unzureichend die digitale Infrastruktur und der sie betreffende Rechtsrahmen eigentlich sind. Fernunterricht und Arbeiten in den eigenen vier Wänden („Home-Office“) waren zwar eine Möglichkeit Lehr- und Arbeitsbetrieb auch im „Lockdown“ aufrecht zu erhalten, sie setzten jedoch funktionierende Technik, Sachkunde bei allen Beteiligten und vor Allem eine ausreichend schnelle Internetverbindung voraus. Wenig überraschend erlebte daher in dieser Zeit der elektronische Handel mit körperlicher und unkörperlicher Ware einen regelrechten Goldrausch. Und auch hier trafen moderne Verbraucherbedürfnisse auf ein Schuld- und Kaufrecht, dessen Kern mehr als 20 Jahre und in Teilen sogar über 120 Jahre alt ist.

Dies soll sich nun auf Initiative der europäischen Union hin ändern. Im ersten **Beitrag** in diesem Heft befasst sich KLINK-STRAUB daher in „*Schuldrechtsreform 2.0*“ mit der Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen ins deutsche Recht.

Der zweite **Beitrag** im Heft befasst sich unterdessen mit den unmittelbaren rechtlichen Auswirkungen der COVID-19-Pandemie. PAUTSCH und MÜSER zeigen in „*Selbstvollziehendes Gesetz und Verwaltungsvollzugsvorbehalt*“ rechtsstaatliche und grundrechtliche Probleme des durch das vierte Bevölkerungsschutzgesetz eingefügten § 28b IfSG auf.

Die erste **Klausur** in dieser Ausgabe stammt aus dem **Strafrecht** und ist an Anfänger gerichtet. Unter dem Titel „*Der falsche Impfnachweis*“ bereitet HIPPELI einige aktuelle Rechtsprobleme im Zusammenhang mit den Urkundendelikten auf, die im Zuge der Pandemie aufgetreten sind. Von Interesse für Examenkandidaten und solche, die es noch werden wollen, ist die zweite **Klausur**. Auch sie entstammt dem **Strafrecht**. In „*Drum spare in der Zeit, dann hast Du in der Not*“ stellt RENZIKOWSKI seine Original Examensklausur- und Lösungsskizze vor, welche sich mit dem strafrechtlichen Schutz des Vermögens und der freien Willensentschließung sowie einigen Grundproblemen der Notwehr befasst.

Erstmals gibt es in dieser Ausgabe auch einen Aktenvortrag. Thematisch handelt es sich um eine **anwaltliche Aufgabenstellung** aus dem **Zivilrecht**. PETZOLD behandelt in „A. Hannich: Streithammel und Zicken“ neben den im Anwaltsberuf gefragten praktischen Fähigkeiten vor allem Fragen des Persönlichkeitsrechts und des Datenschutzes.

Die **Rechtsprechung** beginnt dieses Mal mit dem **Strafrecht**. Hier musste der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofes darüber befinden, ob der Umstand, dass der Täter vorab den Entschluss zur Begehung einer Mehrzahl von Taten gefasst und ein einheitliches Ziel verfolgt hat, die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit oder einer Tateinheit begründen kann, sofern sich die tatbestandsmäßigen Ausführungshandlungen nicht überschneiden (KELES).

Aus dem **Öffentlichen Recht** gibt es eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, der in Kammerbesetzung darüber befinden musste, ob ein Mitgliedsstaat der Europäischen Konvention für Menschenrechte grundrechtlich dazu verpflichtet ist, Menschen, welche in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften leben, ein Instrumentarium zur rechtlichen Anerkennung ihrer Beziehungen zur Verfügung zu stellen und ihnen so dieselben rechtlichen Vorteile zur gewähren, die verheiratete Paare genießen (SEBASTIAN).

Das Heft schließt mit einer **Rezension** des 2022 erschienenen und von Carsten Schäfer herausgegebenen Werkes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts samt seiner Synopsen zum BGB aF/nF und HGB aF/nF (DOLZER).

Prof. Dr. Christian F. Majer
Schriftleiter

Sascha Sebastian, M.mel.
Stellvertretender Schriftleiter

BEITRAG

Prof. Dr. Judith Klink-Straub*

Schuldrechtsreform 2.0

Die neuen Regeln für Verträge über digitale Produkte in §§ 327 ff. BGB

Gliederung

Abstract

A) Einführung und Begriffsklärung

B) Verträge über digitale Produkte, §§ 327 ff. BGB

I. Darstellung der neuen Rechtslage

1. Anwendungsbereich
 - a) Begriff der digitalen Produkte
 - b) Verbrauchervertrag
 - c) Zahlen mit Geld oder mit personenbezogenen Daten
 - d) Körperlicher Datenträger
 - e) Kein Ausschluss
2. Paketverträge und Abgrenzung zu Waren mit digitalen Elementen
3. Bereitstellung des digitalen Produkts
4. Vertragsgemäßheit digitaler Produkte, §§ 327d-327 h BGB
5. Aktualisierungspflicht, § 327f BGB
6. Rechte des Verbrauchers bei Mängeln, § 327i BGB
7. Beweislastumkehr und Verjährung, §§ 327k, j BGB
8. Änderungen an digitalen Produkten, § 327r BGB
9. Abweichende Vereinbarungen, § 327s BGB
10. Sonderkündigungsrecht des Unternehmers, § 327q BGB
11. Unternehmerrückgriff, § 327t, u BGB

II. Bewertung der neuen Vorschriften

Abstract

Mit den neuen Regelungen für Verträge über digitale Produkte hat der Gesetzgeber das BGB im Verhältnis Unternehmer und Verbraucher fit für die Digitalisierung gemacht. Da die Vertragsgegenstände zunehmend nicht mehr verkörpert sind, war es notwendig, neue Begriffe wie digitale Produkte, Bereitstellung, Produktmangel und Aktualisierungspflicht in das BGB einzuführen. Die herkömmlichen Vertragsarten im Besonderen Teil des Schuldrechts kommen bei unkörperlichen Vertragsgegenständen an ihre Grenzen. Außerhalb des Anwendungsbereichs von Verbraucherverträgen besteht deswegen noch eine Lücke, die es gilt, in den nächsten Jahren zu schließen.

A) Einführung und Begriffsklärung

Die Nutzung von Streamingdiensten, das Herunterladen von Apps, der Erwerb eines neuen Smartphones oder der Kauf eines

Saugroboters, der sich von Ferne steuern lässt. Das Leben ist ohne solche Tätigkeiten kaum mehr vorstellbar. Die rechtliche Einordnung der zu Grunde liegenden Geschäfte erfolgte bislang nach den – im Kern mehr als 120 Jahre alten – Vorschriften bzw. Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Mit Wirkung zum 1.1.2022 wurde das Gesetz nun einer großen Reform unterzogen, die insbesondere als Antwort auf die Herausforderungen der Digitalisierung zu verstehen ist.¹ Die Regelungen stellen die Umsetzung zweier europäischer Richtlinien - der sog. Warenkauf-Richtlinie² und der Richtlinie über digitale Inhalte³ – dar und werfen teils komplizierte Abgrenzungsfragen auf.

Die Warenkaufrichtlinie hat der deutsche Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Regelung des Kaufs von Sachen und anderer Aspekte des Kaufvertrages⁴ umgesetzt. Obgleich die beiden europäischen Richtlinien nur im Verhältnis Verbraucher – Unternehmer gelten, hat der Gesetzgeber zugleich auch Änderungen im allgemeinen Kaufrecht vorgenommen. Insbesondere wurde der **Begriff des Sachmangels in § 434 BGB** neu gefasst. Die größten inhaltlichen Änderungen erfolgten aber – entsprechend der Intention der Warenkaufrichtlinie, den Verbraucherschutz im Binnenmarkt zu stärken – im **Verbrauchsgüterkaufrecht**. Hervorzuheben ist – neben der Verlängerung der Beweislastumkehr von sechs Monaten auf ein Jahr - hier v.a., dass komplett neue Vorgaben für sog. **Waren mit digitalen Elementen** eingeführt wurden. Waren mit digitalen Elementen sind dabei solche körperlichen Gegenstände, die nur zusammen mit einem digitalen Element funktionieren können. Verfügt beispielsweise ein PKW über einen Spurhalteassistent, stellt der PKW eine sog. Ware mit einem digitalen Element dar, wenn er ohne den Spurhalteassistent nicht fahren kann. Für diese Fallgestaltungen gelten von nun an Sonderbestimmungen, die dem Verbraucher einen zusätzlichen Schutz bieten sollen.⁵

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen⁶ wurde dagegen die Richtlinie über digitale Inhalte umgesetzt. Mit diesem Gesetz wurden neue Vorschriften eingeführt für **Verträge mit digitalen Produkten**. Darunter sind in Abgrenzung zu Waren mit digitalen Elementen - mit Ausnahme von körperlichen Datenträgern⁷ - nur unkörperliche Vertragsgegenstände zu verstehen wie etwa E-Books, Software, Videos etc. Für beide Vertragsgegenstände,

* Die Autorin ist Professorin für Zivilrecht und Zivilprozessrecht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

¹ Vgl. hierzu insbesondere Brönneke, Föhlich, Tonner, Das neue Schuldrecht (2022); Wendehorst, NJW 2021, 2913 ff.; Spindler, MMR 2021, 451 ff.; Spindler, MMR 2021, 528 ff.

² Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. 2019, L 136 S. 28.

³ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. 2019, L 136 S. 1.

⁴ BGBl. I 2021, S. 2133 ff.

⁵ Vgl. hierzu §§ 475b bis e BGB.

⁶ BGBl. I 2021, S. 2123 ff.

⁷ Vgl. § 327 Abs. 5 BGB.

also Waren mit digitalen Elementen als auch digitale Produkte, hat der Gesetzgeber erstmals eine Pflicht zur **Aktualisierung** eingeführt. Damit sind Unternehmer von nun an verpflichtet, dem Verbraucher auch regelmäßig Updates zur Verfügung zu stellen.⁸

Außer diesen beiden Richtlinien hatte der Gesetzgeber noch eine weitere europäische Richtlinie – die sog. **Modernisierungsrichtlinie**⁹ – umzusetzen. Das entsprechende Umsetzungsgesetz¹⁰ wird am 28.5.2022 in Kraft treten. Mit diesem Gesetz werden die einem Verbraucher zustehenden Widerrufsrechte bei einem Online-Geschäft in Teilen reformiert und an die Richtlinie für digitale Inhalte angepasst.¹¹ Zudem werden erstmals u.a. Informationspflichten für die Betreiber sog. **Online-Marktplätze**¹² eingeführt und Ordnungswidrigkeitentatbestände geschaffen für den Fall, dass der Unternehmer sog. Verbraucherinteressen verletzt, etwa indem er den o.g. Informationspflichten nicht nachkommt.¹³ Lediglich kleinere Änderungen, u.a. durch Einführung eines Kündigungsbuttons¹⁴ und im Bereich der AGB-Kontrolle,¹⁵ erfolgten schließlich aufgrund des **Gesetzes für faire Verbraucherverträge**.¹⁶ Das Gesetz für faire Verbraucherverträge ist in großen Teilen bereits am 1.10.2021 und am 1.3.2022 in Kraft getreten, manche Bestimmungen – so die neuen Vorgaben zum Kündigungsbutton – treten allerdings erst zum 1.7.2022 in Kraft.

Da in den §§ 327 ff. BGB ein ganz neuer Vertragsgegenstand eingeführt wurde, befasst sich der vorliegende Beitrag mit diesen Regelungen. Zunächst werden die neuen Vorschriften allgemein vorgestellt (B I.). Im Anschluss daran erfolgt eine Bewertung (B II.).

B) Verträge über digitale Produkte, §§ 327 ff. BGB

I. Darstellung der neuen Rechtslage

Die neuen Regelungen für Verträge über digitale Produkte finden sich im Allgemeinen Teil (AT) des Schuldrechts. Dies überrascht nur auf den ersten Blick. Denn Verträgen über digitale Produkte können ganz unterschiedliche Vertragsarten im Besonderen Teil (BT) des Schuldrechts zugrunde liegen. So können digitale Produkte verkauft, verschenkt oder vermietet werden. Auch Leihverträge, Dienstverträge oder gemischte Verträge über digitale Produkte sind denkbar. Hätte der Gesetzgeber die Regelungen für digitale Produkte jeweils bei den besonderen Vertragsarten aufgeführt, wäre aber das BGB sehr unübersichtlich geworden.¹⁷

Die §§ 327 ff. BGB kommen daher unabhängig von der Frage, welcher konkrete Vertragstyp im Schuldrecht BT zu bejahen ist,

immer dann zur Anwendung, wenn der **Vertragsgegenstand ein digitales Produkt** ist.¹⁸

In diesem Fall gehen die Regelungen für Verträge über digitale Produkte quasi vor die Klammer gezogen den Vorschriften im Besonderen Teil vor.¹⁹ Ein Rückgriff auf die Bestimmungen im Besonderen Teil ist nur möglich, soweit die §§ 327 ff. BGB keine Regelungen enthalten.

Beispiel

Die fleißige Studentin Heidi kauft sich bei V im Internet ein neues Lehrbuch zur Reform des Schuldrechts 2022 als e-Book. V stellt jedoch den Link zum Download auch nach Aufforderung nicht bereit. Da § 327b Abs. 1 BGB bereits davon ausgeht, dass eine Verpflichtung zu einer Bereitstellung eines digitalen Produkts besteht, ist Anspruchsgrundlage für die Bereitstellung des Links daher allein § 433 Abs. 1 BGB.

1. Anwendungsbereich

a) Begriff der digitalen Produkte

Die Definition für **digitale Produkte** selbst findet sich in § 327 Abs. 1 BGB. Digitale Produkte können danach sowohl **digitale Inhalte** als auch **digitale Dienstleistungen** sein.

Digitale Inhalte stellen den „Komplementärbegriff zu einer Sache nach § 90 BGB“ dar.²⁰ Sie liegen nach § 327 Abs. 2 S. 1 BGB vor, wenn das Produkt sowohl **digital erstellt** als auch **digital bereitgestellt** wurde. Bei E-Books, Software, Videodateien oder etwa Musikdateien, die im Internet erworben werden, handelt es sich demzufolge um digitale Inhalte.²¹ Häufig liegt diesen Verträgen ein einmaliger Leistungsaustausch – oft in Form eines Kaufvertrages – zugrunde.

Demgegenüber liegt digitalen Dienstleistungen nach § 327 Abs. 2 S. 2 BGB in der Regel ein Dauerschuldverhältnis zugrunde. Verträge über digitale Dienstleistungen können daher etwa mietvertragliche oder dienstvertragliche Elemente enthalten.²² Anders als man auf den ersten Blick meinen könnte, geht es hierbei nicht „um digital erbrachte Dienstleistungen, sondern um Dienstleistungen im digitalen Raum.“²³ Mit § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB sind solche Dienstleistungen gemeint, die der Verbraucher **alleine in Anspruch nehmen** kann. Zum Beispiel liegt eine digitale Dienstleistung nach Nr. 1 vor bei der Miete eines Cloud-Speicherplatzes. § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB erfasst in Abgrenzung hierzu Dienstleistungen, die der Verbraucher **auch mit anderen zusammen** nutzen kann. In erster Linie sind hiermit die sozialen Netzwerke gemeint, wie etwa Facebook, WhatsApp oder Instagram.²⁴

⁸ Hierzu etwa *Felsch/Kremer/Wagener*, MMR 2022, 18.

⁹ Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. 2019, L 328 S. 7.

¹⁰ Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, BGBl. I 2021, S. 3483 ff.

¹¹ Siehe hierzu § 356 Abs. 4 und 5 BGB nF.

¹² Siehe hierzu § 312 k BGB nF.

¹³ Siehe hierzu Art. 246e § 2 EGBGB nF.

¹⁴ Siehe hierzu § 312k BGB nF.

¹⁵ Siehe hierzu § 308 Nr. 9 BGB und § 309 Nr. 9 BGB.

¹⁶ BGBl. I 2021, S. 3433 ff.

¹⁷ ▶ *BT-Drs. 19/27653, S. 26 ff.* Vgl. auch *Wendehorst*, NJW 2021, 2913.

¹⁸ *Klink-Straub*, NJW 2021, 3217; vgl. auch *Fries*, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327 Rn. 2.

¹⁹ *Spindler*, MMR 2021, 451.

²⁰ *Fries*, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327 Rn. 7.

²¹ ▶ *BT-Drs. 19/27653, S. 39.*

²² Es sind aber auch werkvertragliche Elemente denkbar, vgl. hierzu *Fries*, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327 Rn. 9.

²³ *Ibid.*

²⁴ ▶ *BT-Drs. 19/27653, S. 39.*

b) Verbrauchervertrag

Die §§ 327 ff. BGB kommen nur zur Anwendung, wenn es sich um einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer entsprechend § 310 Abs. 3 BGB handelt. Was ein Verbraucher und was ein Unternehmer ist, ergibt sich aus § 13 BGB und aus § 14 BGB. Die Vorschriften für Verträge über digitale Produkte sind dabei prinzipiell auch neben den wichtigen im Online-Geschäft bereits geltenden Vorgaben zum Fernabsatzvertrag nach §§ 312c, 312g, 355 BGB anwendbar. Zu berücksichtigen ist hier allerdings, dass dem Verbraucher, der ein digitales Produkt käuflich erworben hat, in den allermeisten Fällen kein Widerrufsrecht mehr zustehen wird. Denn beim Erwerb des digitalen Produkts wird in der Regel mit der Ausführung des Vertrages vor Ablauf der Widerrufsfrist begonnen. Ist der Verbraucher hiermit einverstanden und wurde dieser ordnungsgemäß über den Verlust des Widerrufsrechts belehrt,²⁵ ist ein Widerruf nach § 356 Abs. 5 BGB ausgeschlossen.

Beispiel

In dem obigen Beispielfall kann Heidi ihre Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages nach § 433 BGB aber noch widerrufen. Ihr Widerrufsrecht ergibt sich aus §§ 312g, 355 BGB, da sie mit V einen Fernabsatzvertrag nach § 312c Abs. 1 BGB geschlossen hat. Da V noch nicht mit der Ausführung des Vertrages begonnen hat, ist ihr Widerrufsrecht nicht nach § 356 Abs. 5 BGB ausgeschlossen. Gleichzeitig hat sie auch die Ansprüche aus § 327c BGB, da V ihr das e-Book noch nicht bereitstellt hat.

c) Zahlen mit Geld oder mit personenbezogenen Daten

Unproblematisch zur Anwendung kommen die §§ 327 ff. BGB, wenn der Verbraucher das digitale Produkt mit einem Preis, d.h. mit Geld bezahlt.²⁶

Erstmals hat der Gesetzgeber jedoch auch anerkannt, dass personenbezogenen Daten ein wirtschaftlicher Wert zukommen kann.²⁷ In § 327 Abs. 3 BGB findet sich daher die Regelung, dass der Anwendungsbereich für Verträge über digitale Produkte auch dann eröffnet wird, wenn mit personenbezogenen Daten „bezahlt“ wird. Was personenbezogene Daten sind, ergibt sich aus Art. 4 Nr. 1 DS-GVO. Personenbezogene Daten sind danach alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen.

Beispiel

Bietet ein Verlag einen Artikel für 3 Euro zum Download im Internet an, ist der Anwendungsbereich unproblematisch eröffnet. Die §§ 327 ff. BGB sind jedoch auch dann anwendbar, wenn der Verlag anbietet, den Artikel statt der 3 Euro „kostenlos“ zur Verfügung zu stellen. Erforderlich sei lediglich, dass der Verbraucher darin einwilligt, dass seine personenbezogenen Daten auch für personalisierte Werbung verarbeitet werden können.

Nicht zur Anwendung kommen die Vorgaben zum Bezahlen mit Daten jedoch dann, wenn der Unternehmer die Daten zur Erfüllung seiner Leistungspflicht benötigt. So ist der Unternehmer bei der Online-Registrierung etwa auf Angaben wie den Namen

oder die Anschrift des Verbrauchers angewiesen. Auch gibt es rechtliche Anforderungen, die den Unternehmer dazu verpflichten, personenbezogene Daten für eine bestimmte Dauer zu speichern. In beiden Fällen stellen die Daten keinen Gegenwert dar, weswegen §§ 327 Abs. 3, 312 Abs. 1a S. 2 BGB bestimmen, dass die Vorgaben für Verträge über digitale Produkte nicht zur Anwendung kommen. Damit der Verbraucherschutz nicht ausgehöhlt wird, spielt es auch keine Rolle, ob die Datenverarbeitung rechtmäßig erfolgt ist oder nicht.²⁸

d) Körperlicher Datenträger

Nach § 327 Absatz 5 BGB fallen auch Verträge über **körperliche Datenträger**, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen - mit Ausnahme der Vorgaben zur Bereitstellung nach §§ 327b und c BGB²⁹ - unter den Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB. Körperliche Datenträger sind z.B. DVDs, CDs, USB-Sticks und Speicherkarten. Die Datenträger müssen nach der Gesetzesbegründung allerdings „als Träger digitaler Inhalte dienen“, so dass „Leermedien wie etwa CD-Rohlinge“ nicht von § 327 Absatz 5 BGB erfasst sind.³⁰

e) Kein Ausschluss

Keine Anwendung finden die Regelungen für digitale Produkte in den in § 327 Abs. 6 BGB aufgeführten Fällen. Hervorzuheben sind hierbei die Nummern 1, 2, 3 und 6.

- Oft werden Dienstleistungen ausgeführt und hierfür digitale Hilfsmittel benutzt. Nr. 1 stellt klar, dass in solchen Fällen die Vorgaben der §§ 327 ff. BGB nicht zur Anwendung kommen. Erstellt beispielsweise ein Architekt mittels eines CAD-Programms ein Haus, so sind alleine die §§ 611 oder 631 BGB anzuwenden, nicht aber die §§ 327 ff. BGB. Auch Verträge, bei denen der Rechtsanwalt im Rahmen seiner Beratung etwa die Höhe der Prozesskosten digital berechnet oder vorab in Urteilsdatenbanken recherchiert, unterfallen selbstverständlich nicht den §§ 327 ff. BGB. Verwendet allerdings eine Rechtsanwaltskanzlei beispielweise sog. Legal Chatbots, die in der Lage sind, mittels Künstlicher Intelligenz einfach gelagerte Rechtsfragen selbstständig zu lösen, sind richtigerweise die §§ 327 ff. BGB anzuwenden.³¹
- Nach Nr. 2 sind Verträge über Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 61 TKG vom Anwendungsbereich ausgenommen, nicht jedoch Verträge über sog. **nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste** im Sinne des § 3 Nr. 40 TKG. Das bedeutet, dass die §§ 327 ff. BGB keine Anwendung finden für Verträge über herkömmliche Sprachtelefon-, Textmitteilungs- und E-Mail-Übertragungsdienste zur Telekommunikation.³² Für die sogenannten Over-the-Top-(OTT) Dienste, wozu Internet-Telefonie, Messengerdienste wie

²⁵ Ab dem 28.5.2022 muss der Unternehmer dem Verbraucher zusätzlich eine Bestätigung gemäß § 312 f. BGB zur Verfügung stellen, vgl. § 356 Abs. 5 Nr. 2 c BGB nF.

²⁶ Unter den Begriff des Preises fallen nach § 327 Abs. 1 S. 2 BGB etwa auch elektronische Gutscheine oder E-Coupons.

²⁷ Klink-Straub, NJW 2021, S. 3217.

²⁸ ▶BT-Drs. 19/27653 S. 40.

²⁹ Für diesen Fall sollen die allgemeinen Regeln, insbesondere § 475 Abs. 1 und 2 BGB gelten, vgl. ▶BT-Drs. 19/27653, S. 42.

³⁰ ▶BT-Drs. 19/27653 S. 39.

³¹ ▶BT-Drs. 19/27653, S. 42. Kritisch hierzu Fries, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327 Rn. 30.

³² ▶BT-Drs. 19/26108, S. 236.

Whatsapp und web-gestützten E-Mail-Dienste gehören, sind sie *jedoch* anzuwenden.³³

- Ausgenommen sind desweiteren - ebenfalls nur klarstellend - nach Nr. 3 Behandlungsverträge nach § 630a BGB. Damit sind Verträge über „Leistungen, die nur Ärzte erbringen können, ausgenommen“.³⁴ Werden aber etwa durch Unternehmen Gesundheits-Apps und Patiententagebücher angeboten, unterfallen diese den §§ 327 ff. BGB.³⁵
- Nach Nr. 6 sind Verträge über die Bereitstellung von **Open Source Software** vom Anwendungsbereich ausgenommen. Erforderlich ist hierfür allerdings, dass - wie dies bei Open Source Software üblich ist - der Quellcode offengelegt wird und die Software kostenlos zur Verfügung gestellt wird. Etwaige vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten darf der Unternehmer desweiteren nur zur Verbesserung der Sicherheit, der Kompatibilität oder der Interoperabilität verarbeiten. Liegt der Verarbeitung ein anderer Zweck zugrunde, kommen dagegen die §§ 327 ff. BGB zur Anwendung.³⁶

2. Paketverträge und Abgrenzung zu Waren mit digitalen Elementen

Es kann vorkommen, dass der Verbraucher nicht nur eine körperliche Sache, sondern gleichzeitig auch ein digitales Produkt erwirbt. Erfolgt dies in einem einzigen Vertrag, liegt ein sog. **Paketvertrag** vor.

Beispiel

K und V treffen eine Vereinbarung über den Kauf eines TV-Geräts und die Bereitstellung eines Videostreamingangebots dazu.

Nach § 327a Abs. 1 BGB kommt es in diesem Fall zu einer **Aufspaltung der anwendbaren Regelungen**³⁷: Für den digitalen Teil gelten die §§ 327 ff. BGB, für den analogen Teil die §§ 433 ff. BGB. Allerdings ist - wie sich aus § 327c Abs. 6 S. 1 BGB und aus § 327m Abs. 4 S. 1 BGB ergibt - eine Beendigung des gesamten Vertrages möglich, wenn das digitale Produkt nicht bereitgestellt wird und der Verbraucher an dem analogen Teil alleine kein Interesse hat.

§ 327a Abs. 2 BGB regelt den Fall, dass eine körperliche Sache erworben wird, welche digitale Elemente enthält. Die körperliche Sache funktioniert dabei jedoch auch ohne das digitale Element.

Beispiel

K kauft von V ein Auto mit Sitzheizung. Letztere kann mittels einer App schon vorab eingestellt werden. Das Auto kann aber auch ohne eine defekte Sitzheizung fahren.

In diesem Fall gelten die gleichen Rechtsfolgen wie oben. D.h. es kommt wiederum zu einer **Aufspaltung** in einen analogen und einen digitalen Teil. Nach § 327c Abs. 7 BGB und nach § 327m Abs. 5 BGB kann sich der Verbraucher vom gesamten Vertrag

lösen, wenn sich die Sache ohne das digitale Element zur gewöhnlichen Verwendung nicht eignen würde.

Funktioniert die körperliche Sache dagegen nicht ohne das digitale Element, spricht das Gesetz von **Waren mit digitalen Elementen**. In diesem Fall kommen nach § 327a Abs. 3 BGB ausschließlich die §§ 433 ff. BGB zur Anwendung.³⁸

Beispiel

K kauft von V ein Auto, welches über einen Spurhalteassistenten verfügt. Ohne den Spurhalteassistenten kann das Auto nicht fahren. Es sind ausschließlich die Regelungen für den Kaufvertrag anzuwenden.

3. Bereitstellung des digitalen Produkts

Die Bereitstellung des digitalen Produkts ist in den §§ 327b und c BGB geregelt.³⁹ Dabei stellt § 327b Abs. 1 BGB selbst **keine eigene Anspruchsgrundlage** für die Bereitstellung des digitalen Produkts dar.⁴⁰ Die Verpflichtung zur Bereitstellung ergibt sich vielmehr aus dem Vertrag selbst. Dies ergibt sich aus der einleitenden Formulierung „Ist der Unternehmer ... verpflichtet“.⁴¹ Als bloßer Verweis auf die nachfolgenden Bestimmungen für die Leistungszeit und die Art und Weise der Bereitstellung hat § 327b Abs. 1 BGB somit eigentlich keine eigenständige Bedeutung.

Der Gesetzgeber hat den Begriff „Bereitstellen“ gewählt, weil es bei digitalen Produkten im Unterschied zu körperlichen Sachen keine Übergabe oder auch keine Ablieferung gibt.⁴² Lediglich dann, wenn das digitale Produkt auf einem körperlichen Datenträger gespeichert ist, kommt es zur Übergabe. Für diesen Fall bestimmt allerdings § 327 Abs. 5 BGB, dass die Vorgaben der §§ 327b und c BGB keine Anwendung finden.

§ 327b Abs. 2 BGB geht - wie auch § 271 BGB - davon aus, dass die Parteien zunächst einmal selbst bestimmen können, wann das digitale Produkt bereitgestellt wird. Lediglich dann, wenn die Parteien keine Absprache über die Leistungszeit getroffen haben, ist in § 327b Abs. 2 BGB geregelt, dass der Verbraucher die Bereitstellung unverzüglich nach Vertragsschluss verlangen und der Unternehmer sie sofort bewirken kann. Unverzüglich ist dabei nicht iSd. § 121 BGB zu verstehen. Vielmehr hat eine richtlinienkonforme Auslegung zu erfolgen. Gemeint ist die „tatsächliche Bereitstellung ohne Zeitverzug“.

Im Hinblick auf die Art und Weise der Bereitstellung unterscheidet § 327b BGB danach, ob digitale Inhalte bereitgestellt werden oder digitale Dienstleistungen.

Nach § 327b Abs. 3 BGB werden dem Verbraucher digitale Inhalte bereitgestellt, indem sie dem Verbraucher entweder **zur Verfügung gestellt** oder indem sie ihm **zugänglich gemacht** werden. Ein **Zuverlässigstellen** liegt vor, wenn dem Verbraucher eine eigenständige Zugriffsmöglichkeit verschafft wurde. Dies kann unmittelbar erfolgen, etwa indem der Anbieter dem Verbraucher eine Software per Fernzugriff auf seinen Rechner

³³ ▶BT-Drs. 19/26108, S. 234.

³⁴ Fries, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327 Rn. 33.

³⁵ Ibid.

³⁶ Vgl. hierzu ausführlich Schöttle, MMR 2021, 683 ff.

³⁷ Wendehorst, NJW 2021, 2913.

³⁸ Siehe hierzu die §§ 475b ff. BGB.

³⁹ Hierzu umfassend Fervers, NJW 2021, 3681.

⁴⁰ Sie hierzu auch schon oben unter B. I.

⁴¹ ▶BT-Drs.19/27653, S. 47.

⁴² Brönneke/Föhlich/Tonner, Das neue Schuldrecht, 1. Auflage 2022, S. 51.

aufspielt⁴³ oder mittels „einer hierzu bestimmten Einrichtung“, wobei die Einrichtung nicht unter der Kontrolle des Unternehmers stehen darf. Unter einer Einrichtung ist „jedes körperliche oder virtuelle Medium“ zu verstehen, so dass etwa die Übersendung des digitalen Produkts per E-Mail hierunter fallen würde.⁴⁴ **Zugänglich gemacht** werden dem Verbraucher digitale Inhalte, wenn diesem die Möglichkeit verschafft wird, diese in Anspruch zu nehmen.⁴⁵

§ 327b Abs. 4 BGB bestimmt, dass bei digitalen Dienstleistungen die Bereitstellung ebenfalls durch eine Zugänglichmachung erfolgt. Auch dies kann wiederum unmittelbar erfolgen, so etwa wenn der Anbieter es dem Verbraucher ermöglicht, den digitalen Inhalt von seiner Website herunterzuladen. Mittelbar mittels „einer hierzu bestimmten Einrichtung“ wird das digitale Produkt z.B. dann zugänglich gemacht, wenn es in einer von einem Dritten betriebenen Cloud hochgeladen wird.⁴⁶

Beispiel

Im obigen Beispiel möchte Heidi das eBook nicht auf ihre eigene Festplatte herunterladen, sondern in einer von einem Dritten betriebenen Cloud abspeichern.

Eine Reihe von einzelnen Bereitstellungen oder auch eine „sequenzielle Bereitstellung“ liegt dann vor, wenn der Verbraucher immer wieder neue digitale Produkte erhält, was etwa dann der Fall ist, wenn er eine Serienstaffel gekauft hat.⁴⁷ In diesem Fall bestimmt § 327b Abs. 5 BGB, dass die o.g. Vorgaben für jede einzelne Bereitstellung innerhalb der Reihe gelten.

In § 327c BGB sind die Rechte des Verbrauchers bei unterbliebener Bereitstellung geregelt. Danach stehen dem Verbraucher im Fall einer unterbliebenen Bereitstellung das Recht auf **Vertragsbeendigung** nach § 327c Abs. 1 BGB zu sowie nach § 327c Abs. 2 das Recht, **Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen** verlangen zu können. § 327c BGB meint dabei nur solche Fälle, bei denen die Bereitstellung ganz unterblieben ist. Ist die Bereitstellung nur unvollständig, liegt - wie sich aus § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB ergibt - eine mangelhafte Leistung vor. Aus der Formulierung in § 327c Abs. 1 BGB, dass der Unternehmer seiner fälligen Verpflichtung zur Bereitstellung nicht nachkommt, ergibt sich zugleich, dass dem Unternehmer die Bereitstellung auch möglich sein muss. Ist dem Unternehmer die Bereitstellung nach § 275 BGB unmöglich, ist § 327c nicht anzuwenden.⁴⁸

Beispiel

Student Lukas möchte sich abends zur Entspannung einen Film beim Video Streamingdienst N. ansehen. Wegen urheberrechtlicher Verstöße hat Künstler K gegen N jedoch im einstweiligen Verfügungsverfahren einen Titel erwirkt, wonach es N zu unterlassen hat, den Film auszustrahlen. In diesem Fall ist es N nach § 275 BGB rechtlich unmöglich, seiner Bereitstellungspflicht nachzukommen, so dass § 327c BGB nicht zur Anwendung kommt. Hat N den Film selbst erstellt und hat die Unmöglichkeit zu vertreten, haftet er allerdings nach §§ 327c Abs. 2 S. 3 BGB iVm. § 283 BGB.

Das Recht auf Vertragsbeendigung nach § 327c Abs. 1 BGB und der Anspruch auf Schadensersatz bzw. Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 327c Abs. 2 BGB stehen dem Verbraucher nur zu, wenn er den Unternehmer zuvor ergebnislos zur Bereitstellung **aufgefordert** hat. Die Aufforderung kann dabei mündlich und konkludent erfolgen. Ebenso wie die Mahnung nach § 286 BGB ist sie eine geschäftsähnliche Handlung, die dem Unternehmer zugehen muss.

Beispiel

Der 17-jährige Lukas hat sich im Internet mit Einverständnis seiner Eltern ein e-Book bei V bestellt. Stellt V dem Lukas das e-Book nicht bereit, kann Lukas ihn ohne das Wissen seiner Eltern selbst zur Bereitstellung auffordern. Denn für geschäftsähnliche Handlungen ist eine Geschäftsfähigkeit keine Voraussetzung.

Nur in Ausnahmefällen ist die Aufforderung entsprechend § 327c Abs. 3 S. 1 BGB **entbehrlich**. Dies zum einen dann, wenn der Unternehmer die Bereitstellung verweigert (Nr. 1). Im Unterschied zu § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB muss der Unternehmer die Bereitstellung allerdings nicht ernsthaft und endgültig verweigern.⁴⁹ Es reicht aus, wenn der Unternehmer etwa kundtut, dass er „gerade eben nicht leisten wolle“. Weiter ist die Aufforderung dann entbehrlich, wenn nach den Umständen eindeutig zu erkennen ist, dass nicht bereitgestellt wird (Nr. 2). Das kann etwa dann der Fall sein, wenn der Verbraucher eine Serie heruntergeladen hat, diese aber wegen des Todes einer Schauspielerin nicht mehr zu Ende gebracht werden kann.⁵⁰ Letztlich ist die Aufforderung entbehrlich, wenn die termin- oder fristgerechte Bereitstellung für den Verbraucher wesentlich ist (Nr. 3). Möchte der Verbraucher etwa ein Bundesliga-Spiel über einen Streamingdienst anschauen, ist dies für ihn wertlos, wenn das Spiel bereits vorbei ist.⁵¹

Hinsichtlich der Rechtsfolgen verweist § 327c Abs. 4 BGB sodann auf §§ 327o und p BGB. Hierauf wird unten noch einzugehen sein.⁵²

4. Vertragsgemäßheit digitaler Produkte, §§ 327d-327h BGB

Ob ein digitales Produkt vertragsgemäß ist, folgt aus §§ 327d-327h BGB. § 327d BGB bestimmt dabei - vergleichbar dem § 433 Abs. 1 S. 2 BGB - dass der Unternehmer das digitale Produkt frei von Produkt- und Rechtsmängeln bereitzustellen hat. Wann das digitale Produkt frei von Produktmängeln ist, folgt aus § 327e BGB, der Parallelvorschrift zu § 434 BGB im Kaufrecht.

Nach § 327e BGB ist das digitale Produkt mangelfrei, wenn dieses **kumulativ** den **subjektiven**, den **objektiven** und den **Anforderungen an die Integration** entspricht. Bei Verträgen mit einem einmaligen Leistungsaustausch ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Mangelfreiheit nach § 327e Abs. 1 S. 2 BGB der Zeitpunkt der Bereitstellung. Bei Verträgen, denen ein Dauerschuldverhältnis zugrunde liegt, muss das digitale Produkt nach § 327e Abs. 1 S. 3 BGB hingegen während des gesamten Bereitstellungszeitraum mangelfrei sein.

⁴³ Fries, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327b Rn. 7.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ ▶BT-Drs.19/27653, S. 48.

⁴⁶ Fries, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327b Rn. 7

⁴⁷ Ibid., Rn. 11.

⁴⁸ ▶BT-Drs.19/27653, S. 50.

⁴⁹ Fries, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327c Rn. 10.

⁵⁰ Ibid., Rn. 11.

⁵¹ Ibid., Rn. 12.

⁵² Siehe hierzu unter B) I. 6.

Mit **subjektiven Anforderungen** sind dabei die Anforderungen gemeint, die das Produkt, nach dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Vertrag, erfüllen muss. Ob ein digitales Produkt den subjektiven Anforderungen entspricht, folgt dabei im Einzelnen aus § 327e Abs. 2 BGB. Hervorzuheben ist hierbei zum Einen, dass – wie bereits ausgeführt – entsprechend § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Buchst. a) keine unterbliebene Bereitstellung, sondern ein Mangel vorliegt, wenn der Unternehmer nur Teile eines digitalen Produkts bereitgestellt hat.⁵³ Außerdem ist § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB hervorzuheben, wonach ein Mangel auch dann vorliegt, wenn der Unternehmer nicht etwaige im Vertrag vereinbarten Aktualisierungen vorgenommen hat.

Mit den **objektiven Anforderungen** nach § 327e Abs. 3 BGB sind die gesetzlichen Anforderungen gemeint. Von Bedeutung ist hier § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB. Danach liegt ein Mangel am digitalen Produkt insbesondere dann vor, „wenn dieses nicht die Sicherheit aufweist, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und die der Verbraucher unter Berücksichtigung der Art des digitalen Produkts erwarten kann.“ Demnach liegt immer dann ein Mangel vor, wenn das Produkt nicht die Anforderungen an die Datensicherheit nach der DS-GVO erfüllt.⁵⁴ Hervorzuheben ist auch § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB, welcher bestimmt, dass ein Mangel am Produkt immer dann zu bejahen ist, wenn der Unternehmer seiner gesetzlichen Aktualisierungspflicht nicht nachgekommen ist.⁵⁵

Genauso wie im Kaufrecht ist schließlich in § 327e Abs. 5 BGB geregelt, dass auch die Lieferung eines **aliuds** einen Mangel darstellt. Rechtsmängel im Sinne des § 327g BGB stellen schließlich v.a. Verstöße gegen das Urheberrechtsgesetz dar. Hier ergeben sich allerdings keine Besonderheiten zur Parallelvorschrift des § 435 BGB im Kaufrecht.

Nach § 327h BGB kann zum Schutz des Verbrauchers von den wichtigsten objektiven Anforderungen, d.h. Eignung für die gewöhnliche Verwendung, übliche und erwartbare Beschaffenheit, Beschaffenheit einer Testversion oder Voranzeige, Zubehör und Anleitungen, Aktualisierungen sowie von § 327g BGB nur unter hohen formellen Voraussetzungen **abgewichen** werden. Voraussetzung ist, dass der Verbraucher vor Abgabe der Vertragserklärung von der Abweichung „eigens in Kenntnis gesetzt wurde“ und dass diese Abweichung „im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde.“

5. Aktualisierungspflicht, § 327f BGB

Die Aktualisierungspflicht selbst ist in § 327 f. BGB geregelt.⁵⁶ Danach ist der Unternehmer verpflichtet, **Aktualisierungen**, die für die **Vertragsgemäßheit** des digitalen Produkts erforderlich sind, bereitzustellen und den Verbraucher über diese Bereitstellungen zu informieren. Da nur Aktualisierungen geschuldet sind, die für die Vertragsmäßigkeit erforderlich sind, sind hiermit nur sog. **Updates** gemeint, die die Kompatibilität und Sicherheit des digitalen Produkts gewährleisten sollen.⁵⁷ Upgrades, also Verbesserungen des Produkts, schuldet der Unternehmer nach dieser Vorschrift nicht.⁵⁸ Folgender neuen Update-

Pflicht ist insbesondere, dass der Verbraucher keine Wartungs- und Pflegeverträge für seine Software mehr abschließen muss.

§ 327f BGB spricht lediglich von einer Verpflichtung zur Aktualisierung. Der Unternehmer ist daher nicht verpflichtet, diese auch zu installieren.⁵⁹ Es bleibt daher dem Verbraucher selbst überlassen, ob er die Updates auch tatsächlich auf seinem Rechner aufspielt.

In welchem Zeitraum der Unternehmer Aktualisierungen bereitzustellen hat, ergibt sich aus § 327f Abs. 1 S. 3 BGB. Handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, ist nach § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB der Bereitstellungszeitraum maßgeblich. Bei Verträgen mit einem einmaligen Leistungsaustausch soll nach § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB allerdings der Zeitraum maßgeblich sein, den der Verbraucher „aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts unter Berücksichtigung der Umstände des Vertrages“ erwarten kann. Aufgrund dieser Formulierung hat es der Gesetzgeber damit den Gerichten überlassen, im **Einzelfall** zu entscheiden, wie lange die Aktualisierungspflicht gilt.

6. Rechte des Verbrauchers bei Mängeln, § 327i BGB

Die Rechte des Verbrauchers bei Mängeln des digitalen Produkts sind – entsprechend § 437 BGB im Kaufrecht - in einer **Brückennorm** geregelt, nämlich in § 327i BGB. Liegt ein Mangel am digitalen Produkt vor, kann der Verbraucher daher die dort aufgeführten Rechte geltend machen:

- Danach steht ihm zunächst das Recht auf **Nacherfüllung** nach Nr. 1 iVm. § 327l BGB zu. Darunter versteht man die Neulieferung und die Nachbesserung. Eine Neulieferung liegt etwa dann vor, wenn der Verbraucher sich neue Software herunterladen kann. Verbesserungen können erfolgen, indem dem Verbraucher etwa sog. Patches zur Verfügung gestellt werden. Anders als im Kaufrecht nach § 439 BGB hat der Verbraucher dabei keine Wahl zwischen Neulieferung und Nachbesserung. Ob neu geliefert oder nachgebessert wird, bleibt vielmehr dem Unternehmer überlassen (wie im Werkvertragsrecht). Die Nacherfüllung hat der Unternehmer nach § 327l BGB innerhalb einer angemessenen Frist zu erbringen. Der Anspruch auf Nacherfüllung besteht jedoch nicht, wenn diese nach § 275 BGB unmöglich geworden oder für den Unternehmer mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist.⁶⁰
- Erst dann, wenn eine Nacherfüllung aus den in § 327m Abs. 1 Nr. 1 bis 6 BGB genannten Gründen nicht erfolgt bzw. nicht erfolgen kann, kann der Verbraucher den **Vertrag beenden** (Nr. 2).

Für die Vertragsbeendigung ist nach § 327o Abs. 1 BGB eine **Erklärung des Verbrauchers** erforderlich. Diese muss dem Unternehmer nach § 130 BGB zugehen. Eine Beendigung des Vertrages ist nach § 327m Abs. 2 S. 1 BGB

⁵³ Vgl. den Begriff „Menge“ in § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Buchst. a).

⁵⁴ Hierzu umfassend *Schneider*, ZD 2021, 458.

⁵⁵ Siehe hierzu unten unter B) I.5.

⁵⁶ Hierzu umfassend *Felsch/Kremer/Wagener*, MMR 2022, 18.

⁵⁷ *Spindler*, MMR 2021, 451.

⁵⁸ Siehe hierzu aber § 327r BGB und die Ausführungen unter B) I. 8.

⁵⁹ *Spindler*, MMR 2021, 451.

⁶⁰ Vgl. hierzu im Einzelnen *Fries*, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327l Rn. 1 ff.

allerdings dann nicht möglich, wenn der Mangel unerheblich ist, wobei hier jedoch – wie sich aus § 327n Abs. 1 S. 2 BGB ergibt – eine Minderung in Betracht kommt. Da in den Fällen des Bezahls mit Daten eine Minderung des Preises ausscheidet, soll der Verbraucher nach § 327m Abs. 2 S. 2 BGB den Vertrag allerdings auch bei nur unerheblichen Mängeln beenden können.⁶¹

Die Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung ergeben sich aus § 327o BGB. Nach § 327o Abs. 2 S. 2 BGB entfällt der Zahlungsanspruch des Unternehmers. Wenn der Verbraucher schon gezahlt hat, hat er nach § 327o Abs. 2 S. 1 BGB einen Rückzahlungsanspruch gegen den Unternehmer. Nach § 327p Abs. 2 BGB darf der Unternehmer auch die Inhalte, etwa digitale Bilder, Video- und Audiodateien, die der Verbraucher bei der Nutzung bereitgestellt hat, nicht weiter nutzen.⁶² § 327p Abs. 3 BGB bestimmt, dass der Unternehmer dem Verbraucher auf Verlangen die entsprechenden Inhalte auch zurückgeben muss. Wichtig zu wissen ist dabei, dass § 327p nur anwendbar ist auf **nicht-personenbezogene Daten**. Handelt es sich bei den Inhalten um personenbezogene Daten, richten sich die Rechte des Verbrauchers nach der DS-GVO. Hiernach steht dem Verbraucher insbesondere ein Anspruch auf Löschung seiner personenbezogenen Daten nach Art. 17 DS-GVO zu.⁶³

Der Verbraucher selbst schuldet keinen Wertersatz für die Nutzung der Dienste. Nach § 327p Abs. 1 BGB darf er das digitale Produkt lediglich nicht weiter benutzen. Der Unternehmer ist dabei berechtigt, eine weitere Nutzung zu unterbinden.⁶⁴ Nach § 327o Abs. 5 BGB hat der Verbraucher auf Verlangen des Unternehmers einen vom ihm bereitgestellten Datenträger zurückzugewähren. Dies aber nur Zug um Zug nach § 348 BGB, wenn der Verbraucher ein Rücksendetikett bekommen hat.

- Statt den Vertrag zu beenden, kann der Verbraucher nach § 327i Nr. 2 iVm. § 327n BGB auch **mindern**. Hierfür muss dem Unternehmer wieder eine entsprechende Erklärung zugehen. Hat der Verbraucher mehr gezahlt als den geminderten Preis, ergibt sich ein Rückzahlungsanspruch aus § 327n Abs. 4 BGB.⁶⁵
- Des Weiteren steht dem Verbraucher ein **Schadensersatz oder Aufwendungsersatz** zu für den Fall, dass das digitale Produkt mangelhaft ist (Nr. 3). Der Verbraucher kann wählen zwischen einem kleinem und einem großen Schadensersatzanspruch. Bei der Verweisung auf §§ 280 Abs. 1, 327m Abs. 3 BGB handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung, so dass insbesondere ein **Verschulden** des Unternehmers Voraussetzung ist. Schadensersatz kann der Verbraucher **neben** dem Anspruch auf Vertragsbeendigung geltend machen wie sich aus § 327m Abs. 3 S. 4 BGB ergibt.⁶⁶

Beispiel

K hat bei V eine neue Software für seine Fotobearbeitung gekauft. Diese hatte allerdings eine Fehlfunktion. Aufgrund dessen kam es beim Ausdruck zu vielen Fehldrucken.

Da K sehr teures Fotopapier verwendet hat, ist ihm ein Schaden in Höhe von 50 Euro entstanden. Diesen kann er nach §§ 327i Nr. 3, 280 BGB ersetzt verlangen. Zudem kann er nach einer entsprechenden Aufforderung auch den Vertrag beenden.

7. Beweislastumkehr und Verjährung, §§ 327k, j BGB

§ 327k BGB enthält eine Beweislastumkehr. Zeigt sich innerhalb eines Jahres ein Mangel am digitalen Produkt, wird bei einmaligen Bereitstellungen – wie im Kaufrecht in § 477 BGB – vermutet, dass der Mangel schon bei der Bereitstellung vorhanden war. Bei dauerhaften Bereitstellungen wird dagegen vermutet, dass das Produkt schon während der gesamten Zeit der Bereitstellung an einem Mangel litt. Diese Vermutungen gelten jedoch dann nicht, wenn die digitale Umgebung des Verbrauchers nicht kompatibel war (Abs. 3 Nr. 1) oder der Verbraucher bei der Aufklärung nicht mitgewirkt hat (Abs. 3 Nr. 2). Allerdings muss der Unternehmer dem Verbraucher klar und unmissverständlich die in Abs. 4 genannten Informationen zukommen lassen.⁶⁷

Genau wie § 438 BGB sieht auch § 327j Abs. 1 BGB eine zweijährige Verjährung vor mit Beginn der Bereitstellung. Abs. 2 enthält dabei eine **Ablaufhemmung** für dauerhafte Bereitstellungen. Nach dieser Vorschrift verjähren die Ansprüche nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Bereitstellungszeitraums.

Beispiel

K schließt mit V einen Vertrag über die kostenpflichtige Nutzung der „Dropbox Plus“. Der Vertrag über die Nutzung der Dropbox soll vom 1.1.2022 bis zum 31.12.2025 dauern. Da das Ende des Bereitstellungszeitraums der 31.12.2025 ist, sind Ansprüche erst zum 1.1.2027 verjährt.

Auch Abs. 3 enthält eine Ablaufhemmung für Ansprüche wegen Verletzung der Aktualisierungspflicht. Ebenfalls enthält § 327j Abs. 4 BGB eine Ablaufhemmung für den Fall, dass sich ein Mangel innerhalb der Verjährungsfrist gezeigt hat.

8. Änderungen an digitalen Produkten, § 327r BGB

Unternehmen können ein Interesse daran haben, ihre Produkte weiterzuentwickeln. Deswegen gibt § 327r BGB ihnen – als Ausnahme von dem Grundsatz *pacta sunt servanda* – unter bestimmten engen Voraussetzungen einen Anspruch darauf, Änderungen am digitalen Produkt einseitig vorzunehmen.⁶⁸ Mit diesen Änderungen sind allerdings nur **upgrades** gemeint. § 327r BGB findet dabei auch nur Anwendung auf Verträge, denen **dauerhafte Bereitstellungen** zugrunde liegen.⁶⁹ Voraussetzung für einen Änderungsanspruch ist, dass

- der Vertrag diese Möglichkeit vorsieht und einen triftigen Grund dafür enthält (Abs. 1 Nr. 1),
- dem Verbraucher durch die Änderungen keine zusätzlichen Kosten entstehen (Abs. 1 Nr. 2) und

⁶¹ Klink-Straub, NJW 2021, 3217.

⁶² ▶BT-Drs.19/27653, S. 73.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Siehe hierzu unter B) II.

⁶⁵ Fries, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327n Rn. 1 ff.

⁶⁶ ▶BT-Drs.19/27653, S. 73.

⁶⁷ Fries, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327k Rn. 14.

⁶⁸ ▶BT-Drs.19/27653, S. 77.

⁶⁹ Schulze, in: HK-BGB, 11. Aufl. (2021), § 327r Rn. 1.

- der Verbraucher klar und verständlich über die Änderungen informiert wird (Abs. 1 Nr. 3).

Sollten die Änderungen zur Folge haben, dass die Zugriffsmöglichkeit über das digitale Produkt oder deren Nutzbarkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt ist, muss der Unternehmer den Verbraucher vorab entsprechend den Vorgaben in § 327r Abs. 2 BGB über die Änderungen **informieren**.

In diesem Fall kann der Verbraucher nach § 327r Abs. 3 BGB den Vertrag unentgeltlich **30 Tage nach Zugang der o.g. Information** beenden. Erfolgt die Änderung nach dem Zugang der Information, ist für den Fristbeginn nach § 327r Abs. 3 S. 3 BGB der Zeitpunkt der Änderung maßgeblich.⁷⁰ Für die Beendigung des Vertrages verweist § 327r Abs. 5 BGB dann wiederum auf §§ 327o und p BGB.

Zu beachten ist allerdings, dass dem Verbraucher nach § 327r Abs. 4 Nr. 2 BGB das Recht auf Vertragsbeendigung nicht zusteht, wenn der Unternehmer es dem Verbraucher ermöglicht, die „bislang verwendete Version ohne zusätzliche Kosten“ weiter zu benutzen.⁷¹

9. Abweichende Vereinbarungen, § 327s BGB

§ 327s BGB bestimmt, dass abweichende Vereinbarungen zulasten des Verbrauchers grundsätzlich unzulässig sind, sofern sie nicht **nach der Mitteilung** des Verbrauchers über die unterbliebene Bereitstellung oder über den Mangel des digitalen Produkts gestellt worden sind. Zulässig ist es dagegen nach § 327s Abs. 4 BGB – entsprechend § 476 BGB im Kaufrecht – **Schadensersatzansprüche** auszuschließen.

10. Sonderkündigungsrecht des Unternehmers, § 327q BGB

§ 327q BGB betrifft die Fälle des Bezahlens mit Daten. § 327q BGB stellt den Grundsatz auf, dass die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten, wie der Widerruf der Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO, keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages haben soll.⁷²

Allerdings sieht § 327q Abs. 2 BGB vor, dass dem Unternehmer in diesem Fall ein **Sonderkündigungsrecht** zusteht. § 327q Abs. 2 BGB gilt dabei aber nur für Fälle der dauerhaften Bereitstellung und einer Reihe von Bereitstellungen. Erforderlich hierfür ist, dass dem Unternehmer „unter Berücksichtigung des weiterhin zulässigen Umfangs der Datenverarbeitung und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf einer gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.“ Nach § 327q Abs. 3 BGB sind Ersatzansprüche des Verbrauchers ausgeschlossen.⁷³

Beispiel

K lädt sich zum privaten Gebrauch die Gesundheits-App fitforever vom Anbieter A auf sein Handy herunter. Die Nutzung der App ist kostenlos. Allerdings muss K vor der Nutzung seine Einwilligung dazu abgeben, dass A die Daten des K zu seinem Fitness-Zeitplan und zu seinen Joggingstrecken verarbeiten und auch an Dritte zum Zwecke der Werbung weitergeben darf. Nach Art. 7 Abs. 4 DS-GVO kann A seine Einwilligung

jederzeit widerrufen. § 327q Abs. 1 BGB bestimmt allerdings, dass der schuldrechtliche Vertrag über das digitale Produkt dennoch wirksam ist. A steht jedoch u.U. ein Sonderkündigungsrecht nach § 327q Abs. 2 BGB zu.

11. Unternehmerrückgriff, § 327t, u BGB

Im Untertitel 2 finden sich spezielle Vorschriften, die nur für Unternehmer gelten, vgl. § 327t BGB. Sind dem Unternehmer Aufwendungen entstanden, weil der Verbraucher seine Rechte wegen **unterbliebener Bereitstellung** geltend gemacht hat, kann dieser beim Vertriebspartner nach § 327u Abs. 1 BGB **Regress** nehmen. Genauso kann er bei diesem Regress nehmen, wenn der Verbraucher ihm gegenüber **Rechte wegen Nacherfüllung** geltend macht. Nach § 327u Abs. 2 BGB verjähren diese Ansprüche in 6 Monaten. Die Verjährung beginnt, sobald der Verbraucher von seinem Recht auf Vertragsbeendigung Gebrauch gemacht hat (Nr. 1) bzw. zu dem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat (Nr. 2). § 327u Abs. 6 BGB lässt dabei einen Kettenregress entlang der Lieferkette zu.⁷⁴

II. Bewertung der neuen Vorschriften

Nachdem die neue Rechtslage anhand von praxisrelevanten Beispielen dargestellt wurde, soll nun untersucht werden, ob die Reform geglückt ist. Zu diesem Zweck werden problematische Punkte beleuchtet und Verbesserungsoptionen aufgezeigt.

▪ Ziel der Richtlinie zu begrüßen

Zunächst ist es dabei insgesamt zu begrüßen, dass auf europäischer Ebene die Richtlinie über digitale Produkte verabschiedet wurde. In vielen Fällen des täglichen Lebens erwerben Verbraucher keine körperlichen Gegenstände mehr. Vielmehr machen sie von der Möglichkeit Gebrauch, den Vertragsgegenstand online im Internet per Download herunterzuladen. Auch Dienste wie Facebook, YouTube und Instagram sind heute nicht mehr wegzudenken. Die Corona-Pandemie hat dazu beigetragen, diesen Prozess noch weiter zu beschleunigen. Es ist daher sehr wichtig, dass es von nun an einheitliche europäische Regelungen zum Verbraucherschutz bei digitalen Produkten gibt. Indem der Richtliniengeber unter dem Begriff der digitalen Produkte digitale Inhalte als auch digitale Dienstleistungen versteht, werden nahezu sämtliche unkörperlichen Vertragsgegenstände im Internet vom Anwendungsbereich erfasst. Damit wurde vorgesorgt, dass keine Regelungslücken entstehen.⁷⁵

▪ Standort im BGB sinnvoll

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dazu entschieden, die Vorgaben der Richtlinie nicht in einem eigenen Gesetz, sondern im BGB selbst umzusetzen. Dies ist als positiv zu beurteilen. Gerade die Erfahrungen mit dem alten AGBG haben gezeigt, dass es zu einer Rechtszersplitterung führt und es im Grundsatz nicht sinnvoll erscheint, separate Verbraucherschützende Gesetze zu erlassen. Auch der Standort im Schuldrecht AT ist nicht zu beanstanden.

⁷⁰ Fries, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327r Rn. 10.

⁷¹ BT-Drs.19/27653, S. 79.

⁷² Vertiefend hierzu Buchmüller/Roos, ZD 2022, S. 8.

⁷³ Hierzu im Einzelnen Klink-Straub, NJW 2021, 3217.

⁷⁴ BT-Drs.19/27653, S. 82.

⁷⁵ Erwägungsgrund 19, ABl. 2019, L 136 S. 3.

Mit Blick darauf, dass – wie beschrieben – unterschiedliche Vertragsarten für den Vertragsgegenstand „digitale Produkte“ in Betracht kommen, wäre eine Verortung im Schuldrecht BT unübersichtlicher und weniger praktikabel gewesen.⁷⁶

▪ Anwendungsbereich zu schmal

Die Richtlinie über digitale Inhalte betrifft nur das Verhältnis Verbraucher und Unternehmer.⁷⁷ Dennoch hätte es dem deutschen Gesetzgeber freigestanden, zugleich Regelungen für unkörperliche Gegenstände auch für das Verhältnis Unternehmer – Unternehmer und Verbraucher – Verbraucher zu treffen. Es ist zu kritisieren, dass der Gesetzgeber dies nicht getan hat. Der Gesetzgeber hat es damit verabsäumt, auch außerhalb des persönlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie das BGB insgesamt „fit für die Digitalisierung“ zu machen:

Kauft beispielsweise ein Architekt eine Standardsoftware per Download für sein Büro, können mangels Verbrauchereigenschaft des Architekten nach § 13 BGB die §§ 327 ff. BGB nicht angewendet werden. Somit findet – weil Software keine Sache nach § 90 BGB ist – über § 453 BGB (sonstiger Gegenstand) das Kaufrecht Anwendung.

Die alleinige Anwendung des Kaufrechts ist jedoch in diesen Fällen oftmals nicht passend. Zum Beispiel ist in § 438 Abs. 2 BGB die Rede von „Ablieferung der Sache“ oder in § 446 BGB von „Übergabe“. Beiden Vorschriften liegt nach dem Wortlaut der Gedanke zugrunde, dass Kaufgegenstand nur eine körperliche Sache ist.⁷⁸ Hier hätte man die Reform zum Anlass nehmen können, auch für das Verhältnis Unternehmer – Unternehmer und Verbraucher – Verbraucher einen Begriff der Bereitstellung einzuführen. Überdies hätte sich der Gesetzgeber überlegen können, ob es nicht angezeigt gewesen wäre, grundsätzlich jedem Käufer einen Anspruch auf technisch notwendige Aktualisierungen vergleichbar der Vorschrift des § 327f BGB zukommen zu lassen und auch jedem Verkäufer zur Fortentwicklung seiner Produkte die Möglichkeit zu geben, einseitig Änderungen an diesen entsprechend dem Vorbild des § 327r BGB vorzunehmen.

▪ Vorschriften zum Bezahlen mit Daten zu begrüßen

Die Vorschriften zum Bezahlen mit Daten sind im Wesentlichen zu begrüßen, da somit klargestellt wurde, dass auch personenbezogenen Daten heute ein hoher wirtschaftlicher Wert zukommen kann. Zu beanstanden ist lediglich, dass es der Gesetzgeber offengelassen hat, ob personenbezogene Daten eine Gegenleistung darstellen können oder nicht. Insbesondere die Frage, ob der Unternehmer einen einklagbaren Anspruch auf Bereitstellung von personenbezogenen Daten hat, hätte geklärt werden müssen.⁷⁹

Da nach der Gesetzesbegründung ein Bereitstellen von personenbezogenen Daten auch dann vorliegt, wenn der Verbraucher es passiv zulässt, dass der Unternehmer Daten über ihn erhebt, wäre streng genommen ein Vertrag über ein digitales Produkt bei jedem Aufruf einer Webseite zu bejahen, sollte der Unternehmer Cookies setzen. Dies geht jedoch zu weit, insbesondere dürfte es an einem Rechtsbindungswillen des Unternehmers fehlen, da er ja in diesem Stadium seinen vermeintlichen Vertragspartner noch gar nicht kennt.

Soweit derzeit diskutiert wird, ob die Vorgaben zum Bezahlen mit Daten analog auch auf andere **nicht-monetäre Gegenleistungen** anzuwenden sind,⁸⁰ ist dies abzulehnen. Eine analoge Anwendung setzt immer eine planwidrige Regelungslücke voraus. Diese liegt hier jedoch ersichtlich nicht vor. Denn der Gesetzgeber hat es nicht übersehen, einen bestimmten Komplex zu regeln. Er wollte aufgrund der immer weiter fortschreitenden Begehrlichkeiten der Privatwirtschaft an den Daten von Internetnutzern nur die Fallgestaltungen des Bezahls mit Daten regeln und damit den Verbraucher schützen, der – oft in Unkenntnis einer Verletzung seiner Privatsphäre – (vermeintlich) kostenlose Dienste in Anspruch nimmt.

▪ Ausschlussstatbestände im Wesentlichen gelungen

Während der Ausschlussstatbestand des § 327 Abs. 6 Nr. 1 BGB lediglich zur Klarstellung eingefügt wurde und eigentlich eine Selbstverständlichkeit ausspricht,⁸¹ ist es als sehr positiv hervorzuheben, dass der Gesetzgeber in § 327 Abs. 6 Nr. 2 BGB bestimmt hat, dass **nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste**, wozu v.a. Messenger Dienste wie WhatsApp gehören, in den Anwendungsbereich mit einbezogen werden. Denn gerade diese Dienste erheben eine Vielzahl an personenbezogenen Daten über den Nutzer. Mit den neuen Vorschriften zum Bezahlen mit Daten steht der Verbraucher bei diesen Diensten nunmehr nicht mehr rechtlos da. Auch ist es zu begrüßen, dass digitale Produkte, die der Allgemeinheit zugutekommen sollen, vom Anwendungsbereich ausgenommen werden. Müsste man für freie und quelloffene Software die Vorgaben für Verträge über digitale Produkte anwenden, wäre dies für die Softwareentwicklung sehr nachteilig. Insofern ist insbesondere auch § 327 Abs. 6 Nr. 6 BGB sehr zu begrüßen.

▪ Einführung der Begriffe Bereitstellung und Vertragsbeendigung war notwendig

Die Vorgaben zur Bereitstellung in den §§ 327b und c BGB sind ebenfalls geglückt. Die Einführung des Begriffs der Bereitstellung im BGB war erforderlich, weil – wie beschrieben⁸² – eine Übergabe und eine Ablieferung bei digitalen Produkten nicht möglich ist. Den neuen Begriff

⁷⁶ ▶BT-Drs. 19/27653, S. 26 ff.

⁷⁷ Siehe hierzu oben unter B) I.

⁷⁸ Vgl. hierzu nur die Definition der Übergabe bei Tröger, in: BeckOGK-BGB (1.1.2022), § 446 Rn. 32.

⁷⁹ So auch etwa *Verband der Automobilindustrie, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der EU-Richtlinie*

über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen vom 03.11.2020, S. 11.

⁸⁰ Wendehorst, NJW 2021, 2913; Fries, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327 Rn. 26.

⁸¹ Vgl. hierzu schon oben unter B) I.

⁸² Vgl. hierzu schon oben unter B) I.

der Vertragsbeendigung musste der Gesetzgeber einführen, weil zwischen einmaligen und dauerhaften Bereitstellungen unterschieden wird. Bei einmaligen Bereitstellungen wäre ausschließlich ein Rücktritt möglich gewesen, bei dauerhaften Bereitstellungen dagegen eine Kündigung. Um beide Arten der Bereitstellung zu erfassen, hat der Gesetzgeber nachvollziehbarer Weise den Begriff der Vertragsbeendigung gewählt. Dass der Verbraucher im Fall einer nicht erfolgten Bereitstellung das Recht hat, den Vertrag zu beenden und Schadensersatz im Fall eines Verschuldens zu verlangen, ist richtig. Auch mit den Ausnahmetatbeständen in § 327c Abs. 3 S. 1 Nr. 1 – 3 BGB wird man – wie andere Beispiele im BGB zeigen⁸³ – gut umgehen können.

▪ **Regelung zum Produktmangel zu detailliert**

Die mit § 434 BGB vergleichbare Vorschrift zum Produktmangel in § 327e BGB ist sehr lange und unübersichtlich geworden. Es wird sich zeigen, ob die dort enthaltenen Definitionen die Rechtsanwendung tatsächlich erleichtern. Positiv hervorzuheben ist jedoch, dass mit § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB erstmals explizit geregelt wurde, dass digitale Produkte auch dann mangelhaft sind, wenn sie den Datenschutzerfordernungen nicht genügen. Da § 327e BGB für die Mangelfreiheit voraussetzt, dass das digitale Produkt kumulativ sowohl die subjektiven als auch die objektiven Anforderungen erfüllen muss, wird in der Zukunft wohl verstärkt davon Gebrauch gemacht werden, von den in § 327h BGB genannten objektiven Anforderungen abzuweichen. Wie sich aus § 327h BGB ergibt, ist dies allerdings nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich. Unternehmer werden in Zukunft daher rechtssichere Gestaltungen finden müssen. Unzulässig dürfte es jedoch sein, Abweichungen im Rahmen von AGBs vorzunehmen.

▪ **Verbraucherfreundliche Auslegung bei Einführung einer Nutzungssperre erforderlich**

Liegt ein Produktmangel nach § 327e BGB vor, kann der Verbraucher – wie gesehen – nach § 327i Nr. 2 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen den Vertrag beenden.⁸⁴ Die Rechtsfolgen richten sich dann nach § 327o BGB. Nach § 327p Abs. 1 S. 1 BGB darf der Verbraucher im Fall der Vertragsbeendigung das digitale Produkt nicht weiter nutzen. Nach S. 2 ist der Unternehmer berechtigt, eine weitere Nutzung zu **unterbinden**, etwa indem er eine Nutzungssperre einrichtet.⁸⁵

Dieser letzte Satz ist problematisch. Fraglich ist hier nämlich, ob der Unternehmer schon von Anfang an – d.h. gleich nach Vertragsbeendigung – eine Unterbindung vornehmen darf oder ob er dies nur tun darf, wenn der Unternehmer auch festgestellt hat, dass der Verbraucher

das Produkt tatsächlich weaternutzt. Der Wortlaut ist hier nicht eindeutig. Richtigerweise dürfte jedoch von letzterem auszugehen sein. Für diese Auslegung spricht das Ziel der neuen Vorschriften, den Verbraucher zu schützen und ihn nicht über Gebühr mit vorbeugenden Maßnahmen des Unternehmers zu belasten.⁸⁶

▪ **Personenbezug bei Herausgabeverlangen immer gegeben**

Ein weiteres großes Problem ist es, dass der Unternehmer **nicht-personenbezogene** Daten nach § 327p Abs. 3 BGB auf Verlangen des Verbrauchers bereitzustellen hat. Dieser Pflicht kann der Unternehmer aber nur nachkommen, wenn er die Inhalte demjenigen Verbraucher zuordnet, der das Herausgabeverlangen geltend macht. In diesem Fall liegen dann aber doch personenbezogene Daten nach Art. 4 DS-GVO vor. Dann aber würden sich die Rechte des Verbrauchers nach der DS-GVO richten. § 327p Abs. 3 BGB macht vor diesem Hintergrund **keinen Sinn**.⁸⁷

▪ **Verweis auf DS-GVO wäre hilfreich gewesen**

Zu bemängeln ist an § 327p BGB des Weiteren auch, dass nicht explizit geregelt wurde, dass sich die Rechte des Verbrauchers hinsichtlich seiner **personenbezogenen Daten** bei Vertragsbeendigung ausschließlich nach der DS-GVO richten. Es hätte für mehr Rechtsklarheit gesorgt, wenn dies nicht nur in der Gesetzesbegründung erwähnt worden wäre, **sondern im Gesetz selbst**.⁸⁸

▪ **Zeitraum der Aktualisierungspflicht problematisch**

Die wohl umstrittenste Vorschrift im Gesetzgebungsverfahren war § 327f. BGB. Diese Vorschrift verpflichtet – wie dargestellt⁸⁹ – Unternehmer dazu, dem Verbraucher **Updates** zur Verfügung zu stellen. Während die grundsätzliche Update-Verpflichtung nicht zu beanstanden ist, ist allerdings die Vorschrift des § 327f. Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB zu bemängeln.

Sowohl Verbraucher als auch Unternehmer benötigen nämlich **Rechtssicherheit** darüber, wie lange bei **einmaligen Bereitstellungen** Aktualisierungen vorzunehmen sind. Insofern wäre es angebracht gewesen, die Vorschrift des § 327f. Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB zu konkretisieren.

Für den Fall, dass das digitale Produkt in einer Sache enthalten oder mit dieser verbunden ist, hat – so die Gesetzesbegründung – die übliche **Nutzungs- und Verwendungsdauer** der Sache einen maßgeblichen Einfluss auf die Dauer des Zeitraums, für den der Verbraucher berechtigterweise Aktualisierungen erwarten kann.⁹⁰

⁸³ Siehe hierzu nur die Fälle, bei denen nach § 323 Abs. 2 BGB eine Fristsetzung entbehrlich ist.

⁸⁴ Siehe hierzu oben unter B) I.

⁸⁵ Fries, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327p Rn. 5.

⁸⁶ Vgl. hierzu ▶BT-Drs. 19/27653, 72. Kritisch Fries, in: Beck-OGK-BGB (1.1.2022), § 327p Rn. 5.

⁸⁷ So auch bereits *Verband der Automobilindustrie, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der EU-Richtlinie*

über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen vom 03.11.2020, S. 9.

⁸⁸ *Wendehorst, Stellungnahme zu zwei Referentenentwürfen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) vom 30.11.2020.*

⁸⁹ Siehe hierzu oben unter B) I.

⁹⁰ ▶BT-Drs. 19/27653, S. 59.

Dies führt im Ergebnis zu einer erheblich langen Verpflichtung des Unternehmers, Updates zur Verfügung zu stellen.⁹¹ Kauft sich beispielsweise ein Käufer ein Fahrzeug mit einem integrierten Navigationsgerät, wäre der Verkäufer - da ein Kfz eine Nutzungsdauer bis zu 15 Jahren haben kann - verpflichtet, die Updates für diese lange Zeit zur Verfügung zu stellen. Nach § 327j Abs. 3 BGB wären etwaige Ansprüche wegen einer Verletzung der Aktualisierungspflicht auch noch nicht verjährt.

Es wird sich zeigen, ob diese Regelung für den Verbraucher auf lange Sicht gesehen einen großen Vorteil bringt. Denn Unternehmer werden als Reaktion auf diese Verpflichtung ihre Preise entsprechend anpassen müssen. Auch ist zu erwarten, dass diese die Verpflichtung zur Aktualisierung in größerem Maße abbedingen werden, was unter den Voraussetzungen des § 327h BGB ja möglich ist.

▪ Adressat der Aktualisierungspflicht problematisch

Ein weiteres großes Problem ist es, dass ein Unternehmer oft gar nicht dazu in der Lage ist, seinen Aktualisierungspflichten nachzukommen. Denn oftmals hat er das digitale Produkt vom Entwickler erworben. In vielen Fällen verfügt nur dieser aber über die Fähigkeit, Updates bereitzustellen. Da die §§ 327 ff. BGB keine Herstellergarantie vorsehen, kann sich der Verbraucher bei nicht erfolgter Bereitstellung nur an seinen Vertragspartner - den Unternehmer - halten. Ist diesem die Bereitstellung nicht möglich, stehen dem Verbraucher gegen den Unternehmer nur **Sekundäransprüche** zu.⁹² Der Unternehmer kann dann zwar Rückgriff beim Entwickler nehmen. Besser wäre es aber gewesen, dem Verbraucher einen direkten Anspruch gegen den Hersteller einzuräumen.

▪ Verhältnis Schuldrecht zu DS-GVO gelungen

Sehr gelungen ist dem Gesetzgeber die Vorschrift des § 327q BGB,⁹³ wonach der schuldrechtliche Vertrag wirksam bleibt, selbst wenn der Verbraucher etwa seine Einwilligung zur Datenverarbeitung widerruft. Damit erleidet der Verbraucher keine Nachteile, wenn er von seinen Rechten nach der DS-GVO Gebrauch macht. Indem dem Unternehmer bei einer Reihe von einzelnen Bereitstellungen und bei dauerhaften Bereitstellungen ein Sonderkündigungsrecht zugestanden wird, sind auch seine Interessen gewahrt. Es wird sich zeigen, ob Unternehmer in der Masse überhaupt von diesem Recht werden Gebrauch machen. Möglicherweise werden sie aber auch Kosten und Aufwand scheuen, die mit einer Kündigung einhergehen.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



⁹¹ Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht (2022), S. 70.

⁹² Ibid., S. 69.

⁹³ So auch Wendehorst, NJW 2021, S. 2913.

BEITRAG

Prof. Dr. Arne Pautsch*/cand. iur. Jana Müser**

Selbstvollziehendes Gesetz und Verwaltungsvollzugsvorbehalt

Rechtsstaatliche und grundrechtliche Aspekte der bundesgesetzlichen Bekämpfung der Corona-Pandemie

Gliederung

Abstract

A) Einleitung

B) Der Verwaltungsvollzugsvorbehalt als allgemeine Schranke des selbstvollziehenden Gesetzes?

C) Selbstvollziehendes Gesetz und grundrechtliche Schrankenforderungen

I. Verstößt ein selbstvollziehendes Gesetz gegen

Art. 2 Abs. 2 S. 3 iVm. Art. 104 Abs. 1 GG?

II. Verstößt ein selbstvollziehendes Gesetz gegen

Art. 19 Abs. 4 GG?

D) Fazit

Abstract

Der Beitrag untersucht Verfassungsfragen der „Figur“ des selbstvollziehenden Gesetzes. Neben der Frage, ob der Verwaltungsvollzugsvorbehalt eine allgemeine Schranke des selbstvollziehenden Gesetzes darstellt, werden auch die grundrechtlichen Schrankenforderungen an ein solches Gesetz näher betrachtet. Insgesamt nimmt der Beitrag auf die Verfassungsmäßigkeit des § 28b IfSG (aF.) sowie auf die „Bundesnotbremse-I“-Entscheidung des BVerfG Bezug.

A) Einleitung

Die Bewältigung der Corona-Pandemie hat sich im Bund-Länder-Verhältnis vor allem auf dem Verordnungswege durch die sog. Corona-Schutzverordnungen auf der bundesrechtlichen Ermächtigung im Infektionsschutzgesetz (IfSG) vollzogen.¹ Im Pandemieverlauf war allerdings innerhalb des Regelungskomplexes der insoweit maßgeblichen Bestimmungen der §§ 28 ff. IfSG durch Art. 1 Nr. 2 des „Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (Viertes Bevölkerungsschutzgesetz)“² vom 22.04.2021 die als „Bundesnotbremse“ bezeichnete parlamentsgesetzliche Vorschrift des § 28b IfSG eingefügt worden. Mit dieser temporär vom 23.04.2021 bis zum 30.06.2021 geltenden Regelung sollte eine bundeseinheitliche Pandemiebekämpfung sichergestellt werden. Die Regelung hatte folgenden Wortlaut (verkürzt):

§ 28b IfSG

Bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) bei besonderem Infektionsgeschehen, Verordnungsermächtigung

(1) ¹Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100 000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen:

1. private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum sind nur gestattet, wenn an ihnen höchstens die Angehörigen eines Haushalts und eine weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres teilnehmen; Zusammenkünfte, die ausschließlich zwischen den Angehörigen desselben Haushalts, ausschließlich zwischen Ehe- oder Lebenspartnerinnen und -partnern, oder ausschließlich in Wahrnehmung eines Sorge- oder Umgangsrechts oder im Rahmen von Veranstaltungen bis 30 Personen bei Todesfällen stattfinden, bleiben unberührt;

2. der Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft und dem jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztum ist von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags untersagt; dies gilt nicht für Aufenthalte, die folgenden Zwecken dienen:

- a) der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, insbesondere eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen,
 - b) der Berufsausübung im Sinne des Artikels 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, soweit diese nicht gesondert eingeschränkt ist, der Ausübung des Dienstes oder des Mandats, der Berichterstattung durch Vertreterinnen und Vertreter von Presse, Rundfunk, Film und anderer Medien,
 - c) der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts,
 - d) der unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger oder der Begleitung Sterbender,
 - e) der Versorgung von Tieren,
 - f) aus ähnlich gewichtigen oder unabweisbaren Zwecken oder
 - g) zwischen 22 und 24 Uhr der im Freien stattfindenden allein ausgeübten körperlichen Bewegung, nicht jedoch in Sportanlagen;
- [...]

Der Sache nach handelt es sich bei § 28b IfSG um ein sog. „selbstvollziehendes Gesetz“, dessen Hauptcharakteristikum darin besteht, dass seine Inhalte – nämlich bestimmte Gebote und Verbote – unmittelbare Rechtswirkung entfalten, ohne dass es noch eines behördlichen Vollzugsaktes im Einzelfall bedarf. Die

* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg.

** Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und ist freie studentische Hilfskraft an der Professur des Autors Pautsch.

¹ Dazu ausführlich ▶Pautsch, JSE 2020, S. 1 ff.; Pautsch/Haug, NJ 2020, S.

² BGBl. I S. 802.

„Figur“ des selbstvollziehenden Gesetzes – d.h. parlamentsgesetzliche Regelungen mit „self executing“-Charakter – ist dem deutschen öffentlichen Recht keineswegs fremd.³ Allerdings wirft sie sowohl rechtsstaatliche als auch grundrechtliche Fragen auf, die hier am Beispiel der „Bundesnotbremse“ – insbesondere mit Blick auf die Ausgangsbeschränkungen nach § 28a Abs. 1 Nr. 1 IfSG und ihre Vereinbarkeit Art. 2 Abs. 2 S. 3 iVm. Art. 104 Abs. 1 GG – behandelt werden sollen. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass sich das BVerfG in seiner „Bundesnotbremse I“-Entscheidung⁴ vom 19.11.2021 mit ebenjenem Problem zu befassen hatte, was bei der rechtlichen Behandlung auch im Rahmen dieses Beitrags zu berücksichtigen ist. Zunächst gilt es jedoch, die rechtsstaatliche Bedeutung des Verwaltungsvollzugsvorbehalts im Allgemeinen zu erörtern und ihn in Bezug zum selbstvollziehenden Gesetz zu setzen.

B) Der Verwaltungsvollzugsvorbehalt als allgemeine Schranke des selbstvollziehenden Gesetzes?

Auch wenn es einen geschriebenen Verwaltungsvollzugsvorbehalt im Verständnis von *Michael/Morlok*⁵ nicht gibt, könnte sich das Erfordernis, den parlamentarischen Gesetzgeber beim Erlass selbstvollziehender Gesetze gewissen Schranken zu unterwerfen, bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ergeben. Denn insoweit ist zu berücksichtigen, dass das Rechtsstaatsprinzip auch und gerade zur Garantie und Sicherung der Grundrechte durch die staatlichen Gewalten verpflichtet.⁶ Bezogen hierauf muss in rechtsstaatlicher Perspektive vor allem berücksichtigt werden, dass der Verwaltungsvollzugsvorbehalt nicht nur den Bereich der Exekutive – d.h. vor allem die Administrative – adressiert, sondern sich zugleich als Schutzposition der Grundrechtsträger erweist. Dies beruht auf der aus Art. 1 Abs. 3 GG abzuleitenden Erkenntnis, dass ein weitgehender Grundrechtsschutz vor allem durch die Beteiligung aller drei Gewalten zu erzielen ist: Während der Gesetzgeber das Normprogramm in abstrakt-genereller Weise vorgibt und die Rechtsprechung sowohl Normsetzung und auch Normvollzug kontrolliert, obliegt der vollziehenden Gewalt die Gesetzesanwendung im Einzelfall, mit der letztlich eine schonende – da einzelfallbezogene – Grundrechtsbeschränkung gewährleistet wird.⁷ Anders gewendet, ist es gerade der Einzelakt im Rahmen des Verwaltungsvollzuges, dem eine individuell-grundrechtssichernde Funktion zukommt, die im Rahmen selbstvollziehender Gesetze – selbst dann, wenn sie einen hohen rechtlichen Detaillierungsgrad aufweisen wie § 28b IfSG (aF.) hinsichtlich der Vorgaben der „Bundesnotbremse“ – nicht erreicht werden kann. Zutreffend wird hervorgehoben, dass ohne einen Vollzugsakt der Verwaltung auch die Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers erheblich in Mitleidenschaft gezogen werden und damit die rechtsstaatliche Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG

empfindlich verkürzt wird, indem der Bürger zur Geltendmachung etwaiger Grundrechtsverletzungen allein auf den verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz verwiesen ist.⁸ Alles dies streitet bereits dafür, unter dem Aspekt des Rechtsstaatsprinzips einen (freilich ungeschriebenen) Verwaltungsvollzugsvorbehalt als grundsätzliche Schranke selbstvollziehender Gesetze anzusehen. Insoweit gemahnt das Rechtsstaatsprinzip mit seinen grundrechtsschützenden Unterausprägungen den parlamentarischen Gesetzgeber beim Erlass selbstvollziehender Gesetze jedenfalls zur Vorsicht bezüglich der Reichweite solcher Regelungen. Dies gilt als allgemeine rechtsstaatliche Vorgabe auch für die nachfolgende grundrechtliche Behandlung am Maßstab der Schrankenvorbehalte.

C) Selbstvollziehendes Gesetz und grundrechtliche Schrankenforderungen

Wesentlich konkretere Anforderungen an ein selbstvollziehendes Gesetz ergeben sich aus den Grundrechten – und hier vor allem den Schrankenvorbehalten. Sie wirken insoweit wie ein Verwaltungsvorbehalt bzw. sind als Ausdruck eines solchen zu sehen.⁹ Mit Blick auf die bundesgesetzliche Regelung der Ausgangsbeschränkungen der „Corona-Bundesnotbremse“ in § 28b IfSG (aF.) wird dieses Phänomen nachfolgend exemplarisch näher beleuchtet.

I. Verstößt ein selbstvollziehendes Gesetz gegen Art. 2 Abs. 2 S. 3 iVm. Art. 104 Abs. 1 GG?

Das Grundgesetz sieht zwei Varianten der Formulierung eines einfachen Gesetzesvorbehalts vor: „auf Grund eines Gesetzes“ und „durch ein Gesetz“. Bei genauerer Betrachtung drängt sich die Frage auf, ob die unterschiedliche Formulierung zugleich auch einen rechtlichen Unterschied bezwecken soll. Darf ein selbstvollziehendes Gesetz auch dann in ein Grundrecht eingreifen, wenn ein Eingriff nur „auf Grund eines Gesetzes“ vorgesehen ist? Ebendiese rechtliche Fragestellung wurde vor dem Hintergrund der im April 2021 erlassenen Bundesnotbremse wieder aktuell. Im November 2021 entschied das BVerfG in seinem Beschluss zur Bundesnotbremse I in Bezug auf die Schranken des Art. 2 Abs. 2 S. 3 iVm. Art. 104 Abs. 1 GG, dass ein Eingriff durch den selbstvollziehenden § 28b IfSG aF. verfassungsgemäß war. Die Argumentation des BVerfG wurde daraufhin in der Literatur vielfach kritisiert.¹⁰ Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend eine umfassende Auslegung des Gesetzesvorbehalts „auf Grund eines Gesetzes“ am Beispiel des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG erfolgen.

Der Wortlaut „auf Grund eines Gesetzes“ ergibt für sich gesehen noch keinen Hinweis auf einen Ausschluss eines Eingriffs durch ein selbstvollziehendes Gesetz. Vergleicht man die Formulierung des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG mit den übrigen Schrankenrege-

³ Zur rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung vgl. grundlegend etwa *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135 ff., wenngleich dort als (allgemeiner) Verwaltungsvorbehalt bezeichnet und als Gegenstück zum Parlamentsvorbehalt zur Sicherung des exekutiven Kernbereichs verstanden; maßgebend insbesondere *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. (2019), Rn. 583 ff., die die Problematik zutreffend in den grundrechtlichen Kontext einordnen und dem Verwaltungsvollzugsvorbehalt eine zuvörderst grundrechtsschützende Funktion zuschreiben. Der treffende Begriff „Verwaltungsvollzugsvorbehalt“ geht denn auch – soweit ersichtlich – auf *Michael/Morlok* zurück.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21; vgl. dazu die Entscheidungsbesprechung von *Pautsch*, JSE 2021, S. 186 ff.

⁵ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. (2019), Rn. 583.

⁶ D.h. auch im Hinblick auf die Bindung nach Art. 1 Abs. 3 GG, vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Nachdruck (1999), Rn. 195, 203; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 9. Aufl. (2021), Art. 20 Rn. 77.

⁷ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. (2019), Rn. 583.

⁸ *Ibid.*, Rn. 583.

⁹ *Ibid.*, Rn. 586.

¹⁰ Vgl. *Lepsius*, Zerstörerisches Potential für den Verfassungsstaat, *LTO*, 03.12.2021; *Thurn*, Grenzenlose Vorverlagerung, *Verfassungsblog*, 03.12.2021; *Wißgott*, Doch eine 'self-executing' Ausgangssperre, *Verfassungsblog*, 02.12.2021; differenzierend *Pautsch*, JSE 2021, S. 186 ff.

lungen des Grundgesetzes, so ist kein einheitliches System erkennbar.¹¹ Beispielsweise sieht Art. 16 Abs. 1 GG einen Eingriff „auf Grund eines Gesetzes“ vor und dennoch ist ein Eingriff durch ein selbstvollziehendes Gesetz bei diesem Grundrecht anerkannt.¹² Bei der Lektüre der Grundrechte fällt jedoch auf, dass der Gesetzestext immer wieder zwischen den Formulierungen „auf Grund eines Gesetzes“ und „durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ wechselt. Wenn die Satzteile „durch“ und „auf Grund“ eines Gesetzes die gleiche rechtliche Bedeutung hätten, wäre insbesondere eine Kombination beider Formulierungen überflüssig. Dies spricht dafür, dass die unterschiedlichen Formulierungen auch eine rechtliche Relevanz haben.¹³

Eine eindeutige Aussage des Verfassungsgebers, ob die Formulierung „auf Grund eines Gesetzes“ einen Eingriff durch eine „self-executing Norm“ ausschließt, existiert nicht.¹⁴ Teilweise wird daher, um die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs unmittelbar durch Gesetz historisch zu begründen, auf Art. 114 Abs. 1 WRV verwiesen.¹⁵ Diese Norm enthielt, wie auch Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, den Gesetzesvorbehalt „auf Grund eines Gesetzes“. Dennoch war es damals anerkannt, dass ein Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit auch ohne eine Beteiligung der Verwaltung erfolgen konnte.¹⁶ Gleiches könnte auf Art. 2 Abs. 2 S. 3 iVm. Art. 104 Abs. 1 GG übertragen werden.¹⁷ Da das System der Grundrechte und der Schranken der WRV jedoch nicht einheitlich auf das Grundgesetz übertragen wurde, ist es nicht stringent die damals anerkannten Auslegungen der WRV nur da, wo es vermeintlich günstig ist, auf das Grundgesetz zu übertragen. Insgesamt lassen sich aus der historischen Betrachtung keine rechtlichen Schlüsse ziehen.

In seiner Entscheidung zur Bundesnotbremse I überträgt das BVerfG seine Rechtsprechung zu dem gleichlautenden Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 GG auf Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG.¹⁸ Das BVerfG hat in einem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung einen Eingriff durch ein selbstvollziehendes Gesetz gebilligt.¹⁹ Der bloße Verweis auf das Urteil zu Art. 10 Abs. 2 GG ist eine unzureichende Begründung dafür, dass ein Eingriff auch im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG durch ein selbstvollziehendes Gesetz verfassungsgemäß sein soll. Schon im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung begründete das BVerfG die Anerkennung eines Eingriffs durch ein selbstvollziehendes Gesetz nicht, sondern beließ es vielmehr bei einer bloßen Feststellung, dass ein solcher Eingriff entgegen des Wortlauts des Art. 10 Abs. 2 GG möglich sei.²⁰

Es ist zudem nicht erkennbar, warum es zwingend ist, die Rechtsprechung zu Art. 10 Abs. 2 GG auf Art. 2 Abs. 2 S. 3 iVm. Art. 104 Abs. 1 GG zu übertragen.²¹ Es gibt, wie es das BVerfG auch selbst feststellt, kein festes System der Schranken.²² Damit kann die Formulierung „auf Grund eines Gesetzes“ in Art. 10 Abs. 2 GG und in Art. 2 Abs. 2 S. 3 iVm. Art. 104 Abs. 1 GG unterschiedlich ausgelegt werden. Die Argumentation des BVerfG ist damit nicht überzeugend.

Mangels einheitlicher Systematik ist daher die Auslegung der Schranken für jedes Grundrecht einzeln vorzunehmen. In die Freiheit einer Person kann gem. Art. 2 Abs. 2 S. 3 iVm. Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG „nur unter der Beachtung der [im förmlichen Gesetz] vorgeschriebenen Form“ eingegriffen werden. Das heißt, dass die Verwaltung an einem Grundrechtseingriff beteiligt werden muss, denn nur sie kann im konkreten Einzelfall für die Einhaltung der Form, welche die Legislative gesetzlich bestimmt hat, sorgen.²³ Der Grundrechtsträger soll dadurch vor übereiltem staatlichem Handeln geschützt werden, indem der Eingriff von mehreren Gewalten gleichzeitig getragen wird.²⁴ Dadurch wird die Mitwirkung des Gesetzgebers auch nicht in unzulässiger Weise geschmälert.²⁵ Vielmehr wirkt die Legislative in der Form mit, dass sie ein Gesetz erlässt, welches lediglich nachfolgend der Umsetzung durch die Exekutive bedarf. Wenn die Verwaltung an einem Eingriff in die körperliche Freiheit notwendigerweise beteiligt sein muss, schließt dies die Möglichkeit eines Eingriffs durch ein selbstvollziehendes Gesetz aus.

Das BVerfG nimmt in seiner Entscheidung zur Bundesnotbremse I eine gegensätzliche Argumentation vor. Nach Ansicht des BVerfG wird Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG ausschließlich dann relevant, wenn eine Beteiligung der Verwaltung aufgrund eines Eingriffes in Art. 2 Abs. 2 GG durch unmittelbaren körperlichen Zwang notwendig ist.²⁶ Da ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 GG aber auch ohne unmittelbaren Zwang möglich sei, bedürfe es im Umkehrschluss dann auch nicht der Beteiligung der Exekutive.²⁷ So läge der Fall auch bei § 28b IfSG aF., da dieser keinen unmittelbaren Zwang anordne.²⁸ Damit sei ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 GG auch durch ein selbstvollziehendes Gesetz möglich.²⁹

¹¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. (2020), Vorb. Art. 1 Rn. 42; BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 270.

¹² Vgl. v. Arnault/Martini, in: v. Münch/Kunig (Begr.), GG, 7. Aufl. (2021), Art. 16 Rn. 41.

¹³ So im Ergebnis auch: Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2018), Art. 2 Rn. 198; Michael/Morlok, Grundrechte, 7. Aufl., (2019), Rn. 583 ff.; aA.: Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. (2020), Vorb. Art. 1 Rn. 42.

¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 270; Stern/Sachs/Dietlein, in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, (2006), § 106, S. 1106.

¹⁵ Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665 (668 f.).

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 269.

¹⁹ BVerfGE 125, 260 (313); BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 269.

²⁰ BVerfGE 125, 260 (313); Wißgott, Doch eine 'self-executing' Ausgangssperre, [Verfassungsblog](#), 02.12.2021.

²¹ Wißgott, Doch eine 'self-executing' Ausgangssperre, [Verfassungsblog](#), 02.12.2021.

²² Wißgott, Doch eine 'self-executing' Ausgangssperre, [Verfassungsblog](#), 02.12.2021; BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 269.

²³ BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 26.

²⁴ Kießling, [Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige für die öffentliche Anhörung im Hauptausschuss des Deutschen Bundestages](#), 16.05.2021, S. 8.

²⁵ So jedoch Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665 (668 f.).

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 272 (Juris).

²⁷ Ibid.

²⁸ Teilweise wird daher auch die Eingriffsqualität bestritten, vgl. Kunig/Kämmerer, in: v. Münch/Kunig (Begr.), GG, Bd. I, 7. Aufl. (2021), Art. 2, Rn. 145; Rixen, in: Kluckert (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. (2021), § 18 Rn. 15 ff.; Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665 (668 f.); dies ist aber mit Blick auf die Gesetzesbegründung des § 28 b IfSG aF. abzulehnen, denn dieser zielt Art. 2 Abs. 2 GG als eingeschränktes Grundrecht, vgl. Schwarz, COVuR 2021, 258 (Fn. 39); Wißgott, Doch eine 'self-executing' Ausgangssperre, [Verfassungsblog](#), 02.12.2021.

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 272.

Bei dieser Argumentation ist der Zusammenhang eines weiten Eingriffsbegriffes mit den Schrankenregelungen unverständlich.³⁰ Ein Rückgriff auf einen weiten Eingriffsbegriff hat lediglich zur Folge, dass überhaupt ein Eingriff vorliegt.³¹ Er sagt allerdings nichts über den rechtlichen Umfang eines Gesetzesvorbehalts aus.³² Zudem ergibt sich diese Differenzierung der Eingriffstiefe weder aus dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 GG noch aus dem des Art. 104 Abs. 1 GG. Gerade mit Blick auf die erhöhte Schutzbedürftigkeit des Grundrechtsträgers vor körperlich wirkenden Eingriffen des Staates ist der Argumentation des BVerfG nicht zu folgen.

Die Formulierung „auf Grund eines Gesetzes“ muss folglich zumindest in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG dahingehend ausgelegt werden, dass ein Eingriff durch ein selbstvollziehendes Gesetz verfassungswidrig ist. Damit hätte das BVerfG § 28b IfSG aF. als „self-executing Norm“ bereits an dieser Stelle für verfassungswidrig erklären müssen.

II. Verstößt ein selbstvollziehendes Gesetz gegen Art. 19 Abs. 4 GG?

Die Verfassungsmäßigkeit des § 28b IfSG aF. wird jedoch nicht nur aufgrund der Formulierung der Schranken des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG angezweifelt. Es wird diskutiert, ob durch das Konstrukt eines selbstvollziehenden Gesetzes die Rechtsweggarantie verletzt wird. Wenn die Verwaltung „auf Grund eines Gesetzes“ in ein Grundrecht eingreift, steht dem Grundrechtsträger zunächst die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage gegen den Akt der Exekutive offen. Wenn hingegen ein selbstvollziehendes Gesetz in ein Grundrecht eines Grundrechtsträgers eingreift, wird dieser sich idR. mit einer Verfassungsbeschwerde gegen das legislative Handeln wehren.³³ Möglicherweise gibt es daneben auch einen Weg beim Verwaltungsgericht Rechtsschutz gegen ein Gesetz zu erlangen. Die Verwaltungsgerichte haben zwar keine Kompetenz ein formelles Gesetz zu verwerfen, denn die alleinige Verwerfungskompetenz steht dem BVerfG gem. Art. 100 Abs. 1 GG zu. Dennoch ist die Verfassungsbeschwerde grds. subsidiär zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren, denn die Verwaltungsgerichte haben die Kompetenz, Normen inzident zu überprüfen.³⁴ Daher kommen grds. die nachfolgenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren in Betracht:

- Zunächst ist eine *negative Feststellungsklage* zu erwägen. Dabei begehrt der Kläger die Feststellung, dass sich aus dem selbstvollziehenden Gesetz keine individuellen Beschränkungen für ihn ergeben und er folglich nicht vom Regelungsumfang des Gesetzes erfasst wird.³⁵ Gegen diese Möglichkeit der Klage spricht jedoch, dass sich eine negative Feststellungsklage nur auf die „Feststellung des Bestehens bzw. Nichtbestehens“ eines Rechtsverhältnisses in einem konkreten Fall beziehen kann.³⁶ Der Klagegegenstand kann gerade nicht der abstrakte Wirkungsumfang einer Norm sein.³⁷
- Teilweise wird auch die Möglichkeit einer *vorbeugenden Unterlassungsklage* vor den Verwaltungsgerichten als Rechtsschutzmöglichkeit gegen selbstvollziehende Gesetze in Betracht gezogen. Diese ist jedoch ebenfalls abzulehnen, da sie sich ausschließlich gegen untergesetzliche Normen, nicht aber gegen formelle Gesetze richtet.³⁸
- Letztendlich kommt auch eine *Klage gegen einen Bußgeldbescheid* in Betracht, der aufgrund eines Verstoßes gegen die selbstvollziehende Norm ergangen ist.³⁹ Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass dem Grundrechtsträger nicht zugemutet werden kann, erst gegen ein Verbot verstoßen und eine Sanktion erhalten zu müssen, bevor er Rechtsschutz erlangen kann.⁴⁰ Zudem kann ein Gesetz auch in Grundrechte eingreifen, ohne dass es zu einer Sanktion kommt, gegen die sich die Klage richten könnte.⁴¹ Wenn der Rechtsschutz jedoch nur gegen die Sanktion bestünde, gäbe es keinen Rechtsschutz gegen ein Gesetz, welches keine Sanktion vorsieht.⁴²

Folglich gibt es keinen instanzgerichtlichen Rechtsschutz gegen „self-executing Normen“ vor den Verwaltungsgerichten. Der Rechtsschutz gegen selbstvollziehende Gesetze beschränkt sich auf die Verfassungsbeschwerde. Fraglich ist somit, ob die Verfassungsbeschwerde als Rechtsweg iSv. Art. 19 Abs. 4 GG zum Schutz des Grundrechtsträgers gegen selbstvollziehende Gesetze ausreicht. Problematisch ist dabei zunächst, dass eine Verfassungsbeschwerde nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG iVm. §§ 13 Nr. 8a, 90 f. BVerfG zulässig ist. Dadurch ist der Rechtsschutz vor dem BVerfG nur schwer zu erreichen.⁴³ Gerade im Eilrechtsschutz werden, diese ohnehin

³⁰ Wißgott, Doch eine 'self-executing' Ausgangssperre, [Verfassungsblog](#), 02.12.2021.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Kießling, [Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige für die öffentliche Anhörung im Hauptausschuss des Deutschen Bundestages](#), 16.05.2021, S. 7; so auch Kingreen, [Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite \(BT-Drucksache19/28444\)](#), 15.04.2021, S. 4 f.

³⁴ Pils, JA 2011, 113.

³⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.2.2004 – 1 BvR 2016/01, Rn. 53.

³⁶ Kingreen, [Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite \(BT-Drucksache19/28444\)](#), 15.04.2021, S. 4 f.; Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 12. Aufl. (2021), § 18 Rn. 8.

³⁷ Kingreen, [Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite \(BT-Drucksache19/28444\)](#), 15.04.2021, S. 4 f.

³⁸ BVerfG NWvZ 2007, 1311; 2021, 1300; Möllers, [Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache19/28444](#), 15.04.2021, S. 3 f.

³⁹ Kingreen, [Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite \(BT-Drucksache19/28444\)](#), 15.04.2021, S. 4 f.; Möllers, [Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache19/28444](#), 15.04.2021, S. 3 f.

⁴⁰ Möllers, [Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache19/28444](#), 15.04.2021, S. 3 f.; BVerfGE 81, 70 (82 f.).

⁴¹ Möllers, [Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache19/28444](#), 15.04.2021, S. 3 f.

⁴² Ibid.

⁴³ Wißgott, Doch eine 'self-executing' Ausgangssperre, [Verfassungsblog](#), 02.12.2021.

schon engen Zulässigkeitsvoraussetzungen, durch die Anforderungen des § 32 BVerfG weiter verengt.⁴⁴ Im Eilrechtsschutz beschränkt sich die Sachprüfung des BVerfG zudem auf eine Folgenabwägung.⁴⁵ Im Vergleich zu einer summarischen Prüfung der Verwaltungsgerichte im Eilrechtsschutz, ist ein Beschluss des BVerfG weniger umfangreich. Der Rechtsschutz ist im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde damit im Ergebnis geringer als vor den Verwaltungsgerichten.⁴⁶

Ein weiteres Problem besteht darin, dass das BVerfG die Gesamtverantwortung, ausreichenden Rechtsschutz gegen selbstvollziehende Gesetze zu gewährleisten, trägt.⁴⁷ Damit geht auch ein erheblicher politischer Druck einher. Wenn das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz nicht zur Entscheidung annimmt, dann besteht gegen dieses konkrete legislative Handeln keine andere Möglichkeit des Rechtsschutzes mehr.⁴⁸ Wenn es ein Gesetz wiederum für verfassungswidrig erklärt, dann schwächt das BVerfG damit die Position der Legislative.⁴⁹ Diese Erwägungen werden insbesondere im Hinblick auf die Corona-Politik relevant. Hierbei ist es wichtig, dass das legislative Handeln in der Gesellschaft akzeptiert wird und die Corona-Maßnahmen in der Bevölkerung täglich umgesetzt werden.⁵⁰ Anderenfalls kann die Pandemie nicht bekämpft werden. Damit geht auch die Gefahr einher, dass das BVerfG bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit in der Tendenz ein Gesetz eher für verfassungsmäßig als für verfassungswidrig erklären würde, da jedes Urteil auch einen politischen Effekt hat. Folglich besteht allein durch die Verfassungsbeschwerde kein ausreichender Rechtsschutz gegen selbstvollziehende Gesetze.⁵¹ Teilweise wird auch angeführt, dass Art. 19 Abs. 4 GG keinen Rechtsschutz gegen Gesetze garantiere.⁵² Nach der Rechtsprechung des BVerfG gilt ebendiese Beschränkung der Rechtsweggarantie bei umsetzungsbedürftigen Gesetzen allerdings nicht, wenn das BVerfG faktisch, d.h. durch einen Wegfall des Verwaltungsrechtswegs, zur einzigen Instanz wird.⁵³ So liegt der Fall jedoch immer bei selbstvollziehenden Gesetzen, bei denen der Rechtsschutz nur über eine Verfassungsbeschwerde beim BVerfG zu erlangen ist. Im Ergebnis muss Art. 19 Abs. 4 GG dem Bürger somit auch gegen Gesetze einen Rechtsweg zubilligen.⁵⁴ In der Konsequenz verletzen selbstvollziehende Gesetze bei der jetzigen Ausgestaltung des Rechtsschutzes die Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

C) Fazit

Der Beitrag hat am Beispiel der Corona-Bekämpfung auf der Grundlage von § 28b IfSG (aF.) zu verdeutlichen versucht, dass selbstvollziehende Gesetze zwar nicht verfassungsrechtlich ausgeschlossen sind, jedoch im Hinblick auf rechtsstaatliche Anforderungen an den Grundrechtsschutz eine maßgebliche Schranke im sog. Verwaltungsvollzugsvorbehalt finden (müssen). Besonders deutlich tritt diese Grenze in den Schrankenforderungen derjenigen Grundrechte in den Vordergrund, bei denen – wie in Art. 2 Abs. 2 S. 3 iVm. Art. 104 Abs. 1 GG – eine Einschränkungsmöglichkeit nur „auf Grund Gesetzes“ besteht. Die Auffassung des BVerfG in der referierten „Bundesnotbremse I“-Entscheidung konterkariert diese Einordnung und kann nicht ohne Kritik bleiben.

► Inhaltsverzeichnis



⁴⁴ Kießling, ►Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige für die öffentliche Anhörung im Hauptausschuss des Deutschen Bundestages, 16.05.2021, S. 7.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Möllers, ►Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache19/28444, 15.04.2021, S. 3 und Wollenschläger, ►Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, 16.04.2021, S. 11.

⁴⁸ Möllers, ►Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache19/28444, 15.04.2021, S. 3 f.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

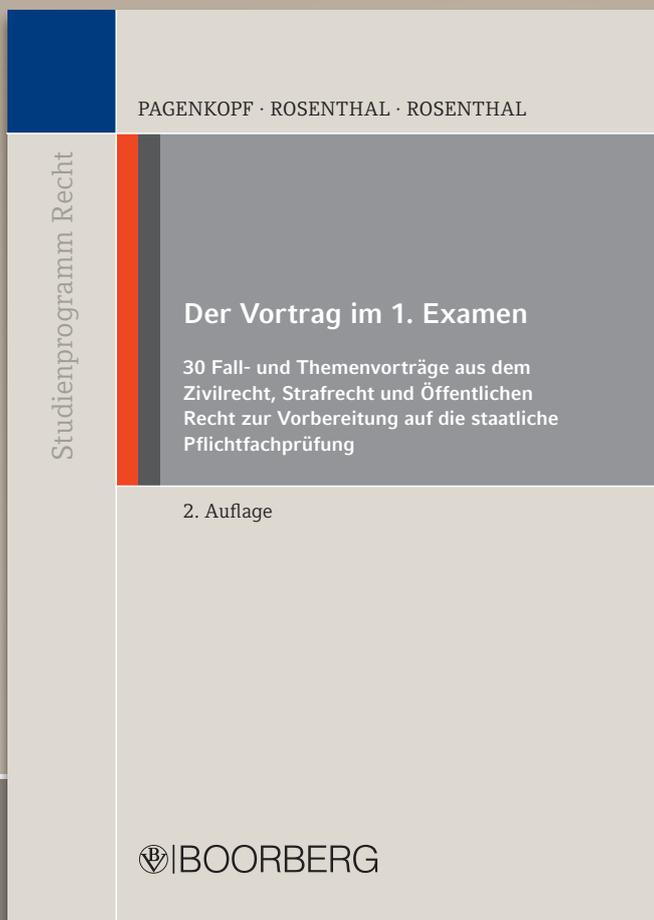
⁵¹ Ibid.

⁵² Siehe dazu Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2018), Art. 19 Rn. 434.

⁵³ BVerfGE 139, 321 (364 f.); Möllers, ►Stellungnahme zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite BT-Drucksache19/28444, 15.04.2021, S. 3 f.

⁵⁴ So auch Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2018), Art. 19 Rn. 434.

So gelingt der Vortrag.



Pagenkopf · Rosenthal · Rosenthal
Der Vortrag im 1. Examen
30 Fall- und Themenvorträge aus dem Zivilrecht, Strafrecht und Öffentlichem Recht zur Vorbereitung auf die staatliche Pflichtfachprüfung
2021, 2. Auflage, 222 Seiten, DIN A4, € 29,80
Reihe Studienprogramm Recht
ISBN 978-3-415-06990-9

Der Themen- oder Sachvortrag ist in einigen Bundesländern seit mehr als 10 Jahren fester Bestandteil der ersten juristischen Staatsprüfung. Für Studierende in der Examensvorbereitung hat der Vortrag somit eine enorme Bedeutung, die immer noch weiter zunimmt.

Das Buch enthält **30 aktuelle und daueraktuelle Vorträge**, die examensrelevante Probleme aus dem Bereich des Bürgerlichen Rechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts behandeln.

Das Autorenteam geht mit dem nötigen Blick für das Wesentliche auf die wichtigsten Rahmenbedingungen eines erfolgreichen Vortrags ein. Die Leserinnen und Leser erhalten wertvolle **Tipps zur richtigen Zeiteinteilung**. Die Aspekte der Rhetorik und die Beherrschung der Fachsprache werden ebenso behandelt wie die nicht zu unterschätzende Bedeutung der Prüfungsangst.



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415069909

WWW.BOORBERG.DE

 **BOORBERG**

RICHARD BOORBERG VERLAG FAX 0711/7385-100 · 089/4361564 TEL 0711/7385-343 · 089/436000-20 BESTELLUNG@BOORBERG.DE

KLAUSUR – STRAFRECHT

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

„Der falsche Impfnachweis“ Anfängerklausur

Sachverhalt

Karl Kraftmaier (K) ist ein ausgewiesener Impfgegner. In Internetforen wird seine entsprechende Gesinnung deutlich. Dort spricht er im Zusammenhang mit Corona-Impfungen seit Ende 2020 von „Volkstod“, den das „Merkel-Regime“ im Auftrag von Bill Gates für Deutschland plane, um nach der „Islamisierung Deutschlands“ nun endlich den vollständigen „Great Reset“ zu erreichen. Die Pläne der neuen Bundesregierung für eine allgemeine Impfpflicht voraussichtlich ab dem Herbst 2022 befindet K als eine weitere Steigerung des Unrechts in der faschistischen Diktatur der BRD GmbH: Nun sollen den friedlichen Bürgern auch noch zwangsweise „Giftspritzen“ verabreicht werden. Da die mRNA-Impfstoffe mit Notzulassungen in den Markt gekommen seien und auf die Gene einwirkten, handele es sich um riesige Menschenversuche, die gegen die Menschenwürde, die körperliche Unversehrtheit wie auch den Nürnberger Kodex von 1947 verstoßen.

Eine Impfpflicht mit im Hinblick auf ein „angeblich existentes Corona-Virus“ unwirksamen, aber gleichwohl gefährlichen Impfstoffen sei nicht hinnehmbar, dagegen müsse Widerstand geleistet werden. Schon die ganzen bei der Europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA) angezeigten Impftoten und Impfschäden zeigten doch, wie gefährlich die Corona-Impfungen seien. Außerdem lasse sich feststellen, dass die Bilanz der Corona-Toten durch die EU und die angebliche deutsche Regierung eindeutig gefälscht ist, da an COVID-19 Verstorbene letztlich nicht nachweisbar sind.¹

K will sich schon im Vorfeld einer etwaigen allgemeinen Impfpflicht keinesfalls freiwillig impfen lassen. Jedoch erkennt er aufgrund der im Herbst 2021 bestehenden und sich stetig weiter zuspitzenden Zugangsregelungen (3G, 2G, 2G+) nach den jeweils aktuellen Fassungen der Landes-Coronaverordnungen, dass ihm die soziale Teilhabe kaum mehr möglich sein wird, da ein Zugang zu den allermeisten Läden des Einzelhandels, zu Restaurants sowie zu Sport- und Freizeiteinrichtungen ohne Vorlage eines Impfnachweis kaum mehr möglich ist.

Daher entschließt sich K Anfang November 2021 dazu, gefälschte Impfnachweise einzusetzen. Von Anfang an ist ihm dabei bewusst, dass die digitalen Nachweise mit Speichermöglichkeit auf dem Smartphone schwieriger nachzumachen sind. K nimmt daher am 09.11.2021 seinen im Jahr 1980 ausgestellten gelben Impfnachweis, macht auf der Seite zu „sonstigen Schutzimpfungen“ drei Einträge mit Kugelschreiber, klebt drei

weiße Dokumentationsstreifen ein und unterschreibt mit jeweils unleserlicher Unterschrift. Für den objektiven Betrachter ergibt sich nun, dass K zweimal gegen Corona geimpft und so dann nochmal geboostert wurde.

Am 10.11.2021 besucht K nach erfolgter Online-Reservierung allein ein Restaurant an seinem Wohnort Bad Homburg (Hessen). Dort wird sein Impfstatus korrekt überprüft, jedoch fällt niemandem im Restaurant etwas auf. Am 25.11.2021 geht K wieder allein in dasselbe Restaurant. Diesmal fällt dem die Impfnachweise überprüfenden Kellner auf, dass K bei der Herstellung der Impfnachweise ein dummer Fehler unterlaufen ist. Als Datum der Drittimpfung hat K versehentlich den 01.12.2021 und nicht wie von ihm geplant den 01.11.2021 eingetragen. Durch dieses Datum in der Zukunft wird dem Kellner klar, dass mindestens die Booster-Eintragung gefälscht sein muss. Er ruft unauffällig die Polizei und bedient den K dessen ungeachtet erst einmal weiter. Die eintreffende Polizeistreife bittet K, zunächst einmal zur Klärung des Sachverhalts auf die Polizeistation Bad Homburg mitzukommen.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von K nach dem StGB.

Auszüge aus Gesetzestexten

Strafgesetzbuch – StGB idF bis zum 23.11.2021

§ 275 Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen

- (1) Wer eine Fälschung von amtlichen Ausweisen vorbereitet, indem er
1. Platten, Formen, Drucksätze, Druckstöcke, Negative, Matrizen oder ähnliche Vorrichtungen, die ihrer Art nach zur Begehung der Tat geeignet sind,
 2. Papier, das einer solchen Papierart gleicht oder zum Verwechseln ähnlich ist, die zur Herstellung von amtlichen Ausweisen bestimmt und gegen Nachahmung besonders gesichert ist, oder
 3. Vordrucke für amtliche Ausweise
- herstellt, sich oder einem anderen verschafft, feilhält, verwahrt, einem anderen überlässt oder einzuführen oder auszuführen unternimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Handelt der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach Absatz 1 verbunden hat, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.
- (3) § 149 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.

* Der Autor ist Professor an der Hochschule für Wirtschaft und Gesellschaft in Ludwigshafen.

¹ Die vorstehenden Absätze beinhalten gewissermaßen die „greatest hits“ an Corona-Verschwörungstheorien sowie natürlich auch alternative Fakten.

Bspw. bedeutet eine Impfpflicht keinen Impfwang, da Impfpflichten bei Nichtbefolgung seit 1949 in der BRD und in der DDR nur noch mit Bußgeldern sanktioniert wurden und werden.

§ 277 Fälschung von Gesundheitszeugnissen

Wer unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein Zeugnis über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand ausstellt oder ein derartiges echtes Zeugnis verfälscht und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 279 Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse

Wer, um eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand zu täuschen, von einem Zeugnis der in den §§ 277 und 278 bezeichneten Art Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 281 Missbrauch von Ausweispapieren

(1) Wer ein Ausweispapier, das für einen anderen ausgestellt ist, zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht, oder wer zur Täuschung im Rechtsverkehr einem anderen ein Ausweispapier überlässt, das nicht für diesen ausgestellt ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.

(2) Einem Ausweispapier stehen Zeugnisse und andere Urkunden gleich, die im Verkehr als Ausweis verwendet werden.

Hinweis

Die übrigen vorliegend relevanten Straftatbestände wie insbesondere die §§ 267, 276 StGB sind 2021 nicht verändert worden.

Gliederung

A) Sachverhaltskomplex I – 09.11.2021

I. Strafbarkeit des K wegen § 277 StGB aF.

1. Vorprüfung
2. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Tatobjekt
 - bb) Täterkreis
 - cc) Tathandlung
 - b) Zwischenergebnis
3. Ergebnis

II. Strafbarkeit des K wegen § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB

III. Strafbarkeit des K wegen § 276 Abs. 1 Nr. 2 StGB

IV. Strafbarkeit des K wegen § 275 Abs. 1 StGB aF.

V. Ergebnis Sachverhaltskomplex I

B) Sachverhaltskomplex II – 10.11.2021

I. Strafbarkeit des K wegen § 279 StGB aF.

II. Strafbarkeit des K wegen § 263 Abs. 1 StGB

III. Ergebnis Sachverhaltskomplex II

C) Sachverhaltskomplex III – 25.11.2021

I. Strafbarkeit des K wegen § 279 StGB

1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - b) Subjektiver Tatbestand
 - c) Zwischenergebnis
2. Rechtswidrigkeit
3. Schuld
4. Ergebnis

II. Strafbarkeit des K wegen § 281 Abs. 2 StGB

III. Ergebnis Sachverhaltskomplex III

D) Gesamtergebnis

Gutachten

Hinweis

Die vorliegende Prüfung ist recht eindeutig nach den drei unterschiedlichen Zeitpunkten für die Begehung etwaiger Straftaten 09.11.2021, 10.11.2021 und 25.11.2021 zu gliedern.

A) Sachverhaltskomplex I – 09.11.2021

I. Strafbarkeit des K wegen § 277 StGB aF

K könnte sich dadurch, dass er sich am 09.11.2021 in einer Weise an seinem gelben Impfausweis zu schaffen machte, dass dieser Impfausweis hiernach fälschlich dokumentierte, dass K dreifach gegen Corona geimpft ist, wegen Fälschung von Gesundheitszeugnissen iSd. § 277 StGB aF. strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Problematisch ist vorliegend, dass auch § 277 StGB mit Wirkung zum 24.11.2021 verändert wurde, so dass fraglich ist, ob § 277 StGB aF. oder § 277 StGB nF auf das Handeln von K anzuwenden ist.

Nach der sog. Meistbegünstigungsklausel des § 2 Abs. 2 StGB ist bei täterbegünstigenden materiellen Gesetzesänderungen zwischen Beendigung der Tat und der Entscheidung des Gerichts das jeweils mildeste Gesetz als Ganzes anzuwenden, das zwischen der Tat und der Entscheidung gilt oder gegolten hat, sei es auch nur vorübergehend.² Was das mildeste Gesetz ist, richtet sich nicht unbedingt nur nach der jeweiligen Strafdrohung, sondern danach, welche Regelung für den Einzelfall nach seinen besonderen Umständen die mildere Beurteilung zulässt.³

Daran gemessen ergibt sich, dass § 277 StGB nF zum einen im neuen Abs. 2 erstmals eine erhöhte Strafdrohung für besonders schwere Fälle ausspricht. Zum anderen trägt Abs. 1 des § 277 StGB nF nunmehr den Zusatz „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften dieses Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist“. Aus alledem wird deutlich, dass der zum Begehungszeitpunkt 09.11.2021 geltende § 277 StGB aF. für K günstiger sein wird, so dass dieser zur Anwendung zu bringen ist.

2. Tatbestand

Sodann muss P zunächst den Tatbestand des § 277 StGB aF. verwirklicht haben.

a) Objektiver Tatbestand

Zunächst muss K den objektiven Tatbestand erfüllt haben.

Insoweit ist es erforderlich, dass K unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein Zeugnis über seinen Gesundheitszustand ausgestellt und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch gemacht hat.

aa) Tatobjekt

Fraglich ist, ob mit dem analogen Impfnachweis (=die Eintragung im gelben Impfausweis) ein taugliches Tatobjekt vorliegt.

Tatobjekt des § 277 StGB aF. sind Gesundheitszeugnisse. Gesundheitszeugnisse sind nicht nur Zeugnisse über den gegenwärtigen Gesundheitszustand eines Menschen, sondern auch solche über früher durchgemachte Krankheiten und die von ihnen zurückgelassenen Spuren sowie auch Zeugnisse über die Aussichten, von gewissen Krankheiten befallen oder von ihnen verschont zu werden.⁴ Auch die Bescheinigung einer erfolgten Corona-Impfung enthält eine Aussage über den gegenwärtigen Gesundheitszustand eines Menschen, da hiermit etwas über eine Immunisierung ausgesagt wird, ohne dass es auf den Grad der Wirkung einer Impfung ankäme.⁵

² Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 2 Rn. 3; v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 2 Rn. 5.

³ BGH NSTZ-RR 2002, 201 (202); BGH NSTZ 2016, 733 (736); Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 2 Rn. 28; Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 2 Rn. 10.

⁴ Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paefffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 277 Rn. 3; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 277 Rn. 2.

⁵ Nun erstmals ausdrücklich LG Kaiserslautern BeckRS 2021, 41301.

Damit liegt insgesamt mit dem analogen Impfnachweis des K ein Gesundheitszeugnis vor, somit gibt es ein taugliches Tatobjekt.

bb) Täterkreis

Weiterhin muss K unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen gehandelt haben.

In Betracht kommt dabei, dass K unberechtigt unter dem Namen eines Arztes gehandelt hat. Denn aus § 13 Abs. 5 IfSG iVm. § 3 Abs. 1 der Coronavirus-Impfverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit sowie § 20 Abs. 4 Satz 1 IfSG ergibt sich, dass für die Durchführung der Corona-Impfungen und die entsprechende Dokumentation jeweils Ärzte verantwortlich sind, gleich in welcher Einrichtung diese arbeiten. Die Ausnahme des § 20b Abs. 1 Satz 1 IfSG, wonach zuletzt zusätzlich Zahnärzte, Tierärzte sowie Apotheker bei Corona-Impfungen als verantwortliche Personen handeln können, galt zum hier in Rede stehenden Zeitpunkt 09.11.2021 jedenfalls noch nicht.⁶ Ehedem würden Zahnärzte (diese sind jedoch schon als Ärzte zu begreifen), Tierärzte sowie Apotheker zumindest unter den Begriff der anderen approbierten Medizinalperson fallen.⁷

Da K in seinem gelben Impfausweis drei Mal unleserlich unterschrieben hat, ist davon auszugehen, dass er eine jeweils ärztliche Unterschrift und damit auch insgesamt ärztliche Eintragungen vortäuschen wollte, so dass er unberechtigt unter dem Namen eines Arztes gehandelt hat.

cc) Tathandlung

Zudem muss K die entsprechende Tathandlung verwirklicht haben. Die Tathandlung besteht bei § 277 StGB aF. aus zwei Akten, indem sich an die Fälschungshandlung noch der Gebrauch zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften anschließen muss.

Fraglich ist damit zunächst, ob K eine Fälschungshandlung begangen hat. Insoweit könnte K ein falsches Zeugnis über seinen Gesundheitszustand ausgestellt haben. In der maßgeblichen Variante geht es um das Handeln unter dem Namen eines (vom Täter personenverschiedenen) insbesondere Arztes, infolge der hiermit verbundenen Identitätstäuschung letzten Endes die Herstellung einer unechten Urkunde erfolgt.⁸ Genau dieser Sachverhalt liegt hier auch vor. Denn K hat sich unter dem Signum eines unbestimmbaren Arztes selbst ein objektiv falsches Gesundheitszeugnis ausgestellt.

Jedoch muss K genau dieses falsche Gesundheitszeugnis in der Folge auch zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften gebraucht haben. K hat seinen Impfausweis mit falschen Eintragungen zur Corona-Impfung jedoch „nur“ in einem Restaurant verwendet, nicht jedoch gegenüber Behörden oder Versicherungsgesellschaften i.e.S. Der Behördenbegriff ergibt

sich dabei aus § 11 Nr. 7 StGB. Danach bestimmt sich eine Behörde nach dem verwaltungsorganisatorischen Behördenbegriff, wonach es um eine in die Gesamtheit der Staatsverwaltung eingeordnete, organisatorische Einheit von Personen und sächlichen Mitteln geht, die – mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattet – dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Erreichung der Zwecke des Staates oder von ihm geförderter Zwecke tätig zu sein.⁹ Das StGB kennt demgegenüber keinen eigenen Behördenbegriff.¹⁰ Daran gemessen ergibt sich, dass etwa Restaurants und/oder deren Personal auch durch eine Tätigkeit wie dem Abverlangen des Erbringens eines Impfnachweises als Zugangsberechtigung nicht als Behörden anzusehen sind.

Insgesamt scheidet eine taugliche Tathandlung dadurch aus, dass K den gefälschten Impfnachweis nicht gegenüber einer Behörde oder einer Versicherungsgesellschaft gebraucht hat.

b) Zwischenergebnis

K hat bereits den objektiven Tatbestand des § 277 StGB aF. nicht erfüllt.

3. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des K wegen Fälschung von Gesundheitszeugnissen i.Sd. § 277 StGB aF. scheidet somit aus.

II. Strafbarkeit des K wegen § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB

Fraglich ist aber, ob das insoweit feststehende Ausstellen eines falschen Gesundheitszeugnisses unter dem Namen eines nicht näher bestimmbar Arztes durch K am 09.11.2021 dann nicht zumindest als Urkundenfälschung in der Variante des Herstellens einer unechten Urkunde i.Sd. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar sein könnte.

Gesundheitszeugnisse sind jedenfalls auch Urkunden¹¹, denn es handelt sich dabei um verkörperte, allgemein oder für Eingeweihte verständliche, menschliche Gedankenerklärungen, die geeignet und bestimmt sind, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen und die ihren Aussteller erkennen lassen.

Problematisch ist aber grundlegend der doch recht seltsame Umstand, dass bei Anwendung des § 267 StGB auf Fälle, bei denen nicht i.Sd. § 277 StGB aF. gegenüber Behörden oder Versicherungsgesellschaften getäuscht werden soll oder wird, eine härtere Bestrafung von bis zu fünf Jahren Haft drohen würde, während beim spezielleren Delikt des § 277 StGB aF. vergleichsweise nur eine Haftstrafe bis zu einem Jahr droht. Deshalb war es nach allgemeiner Ansicht so, dass § 277 StGB aF. im Verhältnis zu § 267 StGB eine Sperrwirkung zukam, wenn sich die Tathandlungen weitestgehend überschneiden und nur deswegen

⁶ § 20b IfSG wurde erst mit Wirkung zum 12.12.2021 geschaffen, vgl. BGBl. I 2021, S. 512.

⁷ Vgl. LG München II BeckRS 2020, 19286; Erb, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 277 Rn. 3; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 277 Rn. 3.

⁸ Erb, in: MüKo-StGB, 3.

Aufl. (2019), § 277 Rn. 5; Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 277 Rn. 8.

⁹ Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 277 Rn. 8; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 369 ff.

¹⁰ v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 2 Rn. 50; Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 2 Rn. 29.

¹¹ LG Karlsruhe BeckRS 2021, 38285; LG Paderborn BeckRS 2021, 40611; LG Landau BeckRS 2021, 39654; LG Kaiserslautern BeckRS 2021, 41301; AG Kempten BeckRS 2020, 31415; Schuhr, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. (2018), § 267 Rn. 5.

nicht iSd. § 277 StGB aF. gestraft werden konnte, da die Täuschung gegenüber einer anderen Person als einer Behörde oder einer Versicherungsgesellschaft erfolgte bzw. erfolgen sollte.¹²

Im Ergebnis hat sich K nicht wegen Fälschung von Gesundheitszeugnissen iSd. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des K wegen § 276 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Womöglich könnte sich K aber durch seine Handlungen am 09.11.2021 wegen Verschaffens von falschen amtlichen Ausweisen iSd. § 276 Abs. 1 Var. 1 StGB aF. strafbar gemacht haben.

Dann muss es aber insbesondere um einen unechten oder verfälschten amtlichen Ausweis gehen. Amtliche Ausweise sind dabei Urkunden, die von einer tatsächlich existierenden Behörde oder sonstigen Stelle öffentlicher Verwaltung ausgestellt wurden, um zumindest auch die Identität einer Person nachzuweisen.¹³ Bei Impfnachweisen geht es jedoch nicht um einen Identitätsnachweis. Zudem fehlt der amtliche Charakter, da Impfärzte bei Ausstellung von Impfnachweisen nicht hoheitlich handeln.¹⁴

Somit scheidet eine Strafbarkeit des K wegen Verschaffens von falschen amtlichen Ausweisen iSd. § 276 Abs. 1 Var. 1 StGB aus.

IV. Strafbarkeit des K wegen § 275 Abs. 1 StGB aF

Auch eine Strafbarkeit des K wegen der Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen iSd. § 275 Abs. 1 StGB aF. scheidet letztlich aus.

Wegen § 2 Abs. 3 StGB ist dabei erneut auf die zum Zeitpunkt der Begehung geltende Fassung von § 275 StGB abzustellen. Seinerzeit ging es nur um amtliche Ausweise, während § 275 Abs. 1a StGB nF. seit dem 24.11.2021 auch explizit Vorbereitungshandlungen für die Herstellung eines unrichtigen Impfausweises (Eintragung unrichtiger Impfdokumentationen in Blankett-Impfausweise) erfasst. Der Gesetzgeber hat in dem maßgeblichen Gesetzgebungsverfahren klargestellt, dass sich Impfausweise von amtlichen Ausweisen dadurch unterscheiden, dass sie regelmäßig nicht durch Behörden ausgegeben und ausgefüllt werden, so dass Impfausweise eben keine amtlichen Ausweise sind.¹⁵ Dementsprechend steht einerseits fest, dass das mildere und damit hinsichtlich K heranziehbare Gesetz § 275 StGB aF. ist. Andererseits ist damit klar, dass K auch nicht iSd. § 275 StGB aF. strafbar sein kann, da es beim Ausstellen eines falschen Impfnachweises noch nicht um amtliche Ausweise ging.

K hat sich somit nicht wegen der Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen iSd. § 275 Abs. 1 StGB aF. strafbar gemacht.

V. Ergebnis Sachverhaltskomplex I

K hat sich in Sachverhaltskomplex I wider Erwarten aufgrund einer zu diesem Zeitpunkt noch existenten Strafbarkeitslücke nicht strafbar gemacht.

¹² Vgl. jeweils mwN *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 277 Rn. 9; *Erb*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 277 Rn. 9; *Zieschang*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2019), § 277 Rn. 1; *Gaede/Krüger*, NJW 2021, 2159 (2163).

B) Sachverhaltskomplex II – 10.11.2021

I. Strafbarkeit des K wegen § 279 StGB aF.

Fraglich ist, ob K sich am 10.11.2021 wegen des Gebrauchs unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 279 StGB aF. strafbar gemacht hat, als er im Restaurant in Bad Homburg zum ersten Mal seinen gelben Impfausweis mit einem gefälschten Impfnachweis vorlegte.

Erneut kann wegen § 2 Abs. 3 StGB nur diejenige Fassung von § 279 StGB im Begehungszeitraum zur Anwendung kommen, denn ab dem 24.11.2021 trat eine neue Fassung in Kraft, durch die es seither nicht mehr nur auf ein sehr eingeschränktes Gebrauchmachen des unrichtigen Gesundheitszeugnisses gegenüber Behörden oder Versicherungsgesellschaften ankommt, sondern generell auf ein Gebrauchmachen im Rechtsverkehr. Dies bedeutet zugleich, dass das Gebrauchmachen in einem Restaurant nach § 279 StGB aF. am 10.11.2021 nicht ausreichend sein kann.

K hat sich daher nicht wegen des Gebrauchs unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 279 StGB aF. strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des K wegen § 263 Abs. 1 StGB

Letztlich kann auch keine Strafbarkeit wegen Betrugs des K iSd. § 263 Abs. 1 StGB in Betracht kommen, da niemand einen erkennbaren Vermögensschaden erlitten hat, insbesondere nicht das durch einen gefälschten Impfnachweis (vermittels seiner Mitarbeiter) getäuschte Restaurant.

III. Ergebnis Sachverhaltskomplex II

K hat sich auch im Sachverhaltskomplex II nicht strafbar gemacht.

C) Sachverhaltskomplex III – 25.11.2021

I. Strafbarkeit des K wegen § 279 StGB

Fraglich ist allerdings, ob sich K zumindest am 25.11.2021 wegen Gebrauchs unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. strafbar gemacht hat, als er ebenso wie am 10.11.2021 im Restaurant in Bad Homburg seinen gelben Impfausweis mit einem gefälschten Impfnachweis vorlegte.

1. Tatbestand

Dann muss K zunächst den Tatbestand des § 279 StGB erfüllt haben.

a) Objektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob K am 25.11.2021 den objektiven Tatbestand des § 279 StGB erfüllt hat.

Nach § 279 StGB idF seit dem 24.11.2021 macht sich nun bereits schon strafbar, wer allgemein zur Täuschung im Rechtsverkehr von einem Gesundheitszeugnis der in den §§ 277, 278 StGB bezeichneten Art Gebrauch macht. Vor dem 24.11.2021 konnte § 279 StGB aF. dagegen nur einschlägig sein, wenn das Gebrauchmachen gegenüber einer Behörde oder einer Versicherungsgesellschaft erfolgte.

¹³ BGH BeckRS 2015, 01164; OLG Köln NStZ 2010, 520 (521); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 275 Rn. 1; v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 273 Rn. 3.

¹⁴ LG Kaiserslautern BeckRS 2021, 41301.

¹⁵ ▶BT-Drs. 20/15, S. 33.

Der objektive Tatbestand setzt als Tathandlung einzig voraus, dass es zum Gebrauch gefälschter Gesundheitszeugnisse iSd. § 277 StGB oder unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 278 StGB gekommen ist.¹⁶ Gebrauchen bedeutet dabei, dass der Täter das Zeugnis an den Adressaten gelangen lässt, auf eine Kenntnisnahme kommt es nicht einmal an.¹⁷

Daran gemessen ist vorliegend zwar unstreitig, dass K (auch) am 25.11.2021 das Merkmal des Gebrauchmachens erfüllt hat, als er dem Kellner des Restaurants seinen gelben Impfausweis mit einem gefälschten Impfnachweis vorgezeigt hat.

Fraglich ist aber, ob es sich dabei tatsächlich um einen Gebrauch gefälschter Gesundheitszeugnisse iSd. § 277 StGB gehandelt hat. Denn streng genommen liegt zwar – wie bereits geprüft – ein am 09.11.2021 gefälschtes Gesundheitszeugnis vor. Allerdings war dieser Fälschungsakt zum Begehungszeitpunkt aufgrund einer seinerzeit noch vorhandenen Gesetzeslücke noch nicht iSd. § 277 StGB aF. strafbar. Allerdings ergibt sich, dass es für Zwecke des § 279 StGB ausreicht, dass ein objektiv gefälschtes oder objektiv unrichtiges Gesundheitszeugnis gebraucht wurde, auf eine tatsächliche Strafbarkeit iSd. § 277 StGB oder iSd. § 278 StGB kommt es dagegen nicht an.¹⁸ Da sowohl iSd. § 277 StGB aF. als auch iSd. § 277 StGB nF ein objektiv gefälschtes Gesundheitszeugnis vorliegt, muss auch nicht geklärt werden, auf welche Fassung des § 277 StGB § 279 StGB nF genau verweist (statische oder dynamische Verweisung).

Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

Weiterhin muss K auch den subjektiven Tatbestand des § 279 StGB erfüllt haben.

Insoweit muss vorliegend mindestens mit bedingtem Vorsatz hinsichtlich der Unechtheit des Gesundheitszeugnisses und damit auch hinsichtlich des Gesundheitszustandes des Täters gehandelt worden sein.¹⁹ Zudem kommt es auf eine Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr an. Bei dieser muss es dem Täter des § 279 StGB auf eine Täuschung sonstiger am Rechtsverkehr teilnehmender Personen gehen.²⁰ Das subjektive Tatbestandsmerkmal „zur Täuschung im „Rechtsverkehr“ soll insoweit insbesondere dann erfüllt sein, wenn an einer Einlasskontrolle – etwa in der Gastronomie oder einer Universität – ein falscher Impfnachweis vorgelegt wird.²¹

Daran gemessen hat K jedenfalls auch den subjektiven Tatbestand des § 279 StGB erfüllt.

c) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 279 StGB ist damit insgesamt erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

Das Handeln von K muss auch rechtswidrig sein. Insoweit sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Damit hat K auch rechtswidrig gehandelt.

3. Schuld

Schließlich muss K auch schuldhaft gehandelt haben. Da auch keine Schuldausschließungsgründe erkennbar sind, war das Handeln von K auch schuldhaft.

4. Ergebnis

Damit hat sich K wegen Gebrauchs unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 279 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des K wegen § 281 Abs. 2 StGB

Womöglich könnte sich K am 25.11.2021 durch die Vorlage seines gefälschten Impfnachweises auch noch wegen des Missbrauchs von Ausweispapieren iSd. § 281 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben. Hiernach wird neuerdings auch bestraft, wer ein Gesundheitszeugnis, das für einen anderen ausgestellt ist, zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht. Mit dem neuen § 281 Abs. 2 StGB sollten Fälle erfasst werden, bei denen fremde Gesundheitszeugnisse – also solche, die sich auf den Gesundheitszustand einer anderen Person beziehen – zur Täuschung im Rechtsverkehr als eigene verwendet werden.²² K hat allerdings seinen eigenen gelben Impfausweis für eine Falscheintragung genutzt, so dass § 281 Abs. 2 StGB nicht einschlägig sein kann. K hat sich daher nicht iSd. § 281 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Ergebnis Sachverhaltskomplex III

Da keine anderen Strafbarkeiten in Betracht kommen, hat sich K im Sachverhaltskomplex III einzig wegen Gebrauchs unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 279 StGB strafbar gemacht.

D) Gesamtergebnis

Insgesamt hat sich K nur am 25.11.2021 wegen Gebrauchs unrichtiger Gesundheitszeugnisse iSd. § 279 StGB strafbar gemacht.

► Inhaltsverzeichnis



¹⁶ Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 279 Rn. 1; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 279 Rn. 3.

¹⁷ Zieschang, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2019), § 279 Rn. 5; Erb, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 279 Rn. 3.

¹⁸ BGH NJW 1954, 281 (283); Hoyer, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 279 Rn 2; Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 279 Rn. 3.

¹⁹ Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 279 Rn. 5; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 279 Rn. 3.

²⁰ ▶BT-Drs. 20/15, S. 34.

²¹ ▶BT-Drs. 20/27, S. 12.

²² ▶BT-Drs. 20/15, S. 35.

KLAUSUR – STRAFRECHT

Prof. Dr. Joachim Renzikowski*

„Drum spare in der Zeit, dann hast Du in der Not“ Original Examensklausur und -lösungsskizze

Sachverhalt

I. Karl Klever, der allein zeichnungsberechtigte Leiter der örtlichen Filiale der Kleinsparerbank in Obergroßkleckersdorf träumte schon lange von einem besseren Leben, mit Urlaub in der Toskana und so. Um das seiner Meinung nach völlig unangemessene Gehalt etwas aufzubessern, verfiel er auf folgende „Geschäftsidee“: Er bot ausgewählten Kunden Sparbriefe zu 100 Euro mit einer Treueverzinsung von 8 % an (Diese Anlageform hatte die Kleinsparerbank vor Jahren auslaufen lassen). Die jeweiligen Beträge ließ sich Klever am Schalter in bar aushändigen und überwies sie, was die betreffenden Interessenten nicht ahnten, auf sein Konto bei der Kreissparkasse. Im Laufe der Zeit kam auf diese Weise eine hübsche Summe zusammen, von der sich trefflich leben ließ.

Der Schwindel flog lange Zeit nicht auf. Denn das äußerst günstige Angebot wurde mit Flyern der Kleinsparerbank in der Filiale in Obergroßkleckersdorf beworben. Klever stellte den Erwerbern offizielle Sparurkunden aus. Ferner erhielten alle Anleger am Jahresende ordnungsgemäße Zinsabrechnungen, wobei die Zinsen auf die Einlage angerechnet wurden. Nach dem Ablauf der Frist zahlte Klever die fälligen Einlagen mit Zins und Zinseszins zurück. Das funktionierte natürlich nur, weil Klever den entsprechenden Geldbedarf dadurch decken konnte, dass sich immer mehr Kunden für seinen Sparbrief interessierten.

Wer weiß, wie lange das „System Klever“ noch gut gegangen wäre, wenn nicht eines Tages Tante Frieda in der Filiale der Kleinsparerbank in Untergroßkleckersdorf nach den supergünstigen Sparbriefen gefragt hätte. Auf das überraschte Erstaunen des dortigen Mitarbeiters, Herrn Müller, antwortete Tante Frieda spitz, ihre Nichte Berta Panislawski habe doch mehrere solcher Sparbriefe bei dem Herrn Klever in Obergroßkleckersdorf erworben und ob denn bei der Kleinsparerbank die linke Hand nicht wisse, was die rechte tue. Mit dieser Bemerkung hatte Tante Frieda ja auch recht.

Herr Müller veranlasste daraufhin eine bankinterne Überprüfung des Geschäftsgebarens des Kollegen in Obergroßkleckersdorf. Dabei stellte sich heraus, dass Karl Klever sich auf diese Weise insgesamt eine Summe von 1,2 Millionen Euro beschafft hatte. Zähneknirschend musste die Kleinsparerbank die Verpflichtungen aus den Sparbriefen übernehmen. Jeder Anleger erhielt anstandslos zum Laufzeitende seine Einlagen mit Zinsen zurück.

Gänzlich unbemerkt war Klevers Treiben bis dahin nicht geblieben. Gerhard Gernegroß, ein subalternen Schalterangestellter, hatte alsbald wegen des freizügigen Lebensstils seines Vorge-

setzten Verdacht geschöpft. An Klevers Reichtum mochte Gustav nur allzu gerne teilhaben. Eines Abends nach Schalterschluss forderte er Klever deshalb auf, ihm 5.000 Euro zu geben, widrigenfalls er die Vorkommnisse dem Vorstand der Kleinsparerbank melden würde. Klever nahm Gustavs Drohung zunächst nicht ernst, sondern lachte ihn nur aus. Daraufhin versicherte sich Gustav der Dienste seines Freundes Walli Welle, eines ehemaligen Preisboxers. Zusammen mit Welle sprach er am Samstagnachmittag bei Klever vor. Unvorsichtigerweise ließ Klever beide in seine Wohnung, wohl weil er den angetrunkenen Welle für harmlos hielt. Später ergab die gerichtsmedizinische Untersuchung des Welle eine Blutalkoholkonzentration von 2,68 Promille zum fraglichen Zeitpunkt, so dass im Hinblick auf sein Verhalten von verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) ausgegangen werden muss. In der Wohnung wiederholte Gernegroß jedoch sein Ansinnen. Welle, dem Klevers ausweichendes Geschwätz auf die Nerven ging, kam alsbald zur Sache und unterstrich die Ernsthaftigkeit der Zahlungsaufforderung dadurch, dass er begann, die umfangreiche Plattensammlung Klevers zu zerstören. Spätestens als die Originalversion von Miles Davis' „Kind of Blue“ unter den riesigen Fäusten von Welle zu Granulat wurde, war es um Klevers Fassung geschehen. Er ging in die Küche, holte sein gesamtes Bargeld, etwa 490 Euro, hervor und übergab es an Gustav.

Aus der Küche hatte Klever jedoch noch etwas anderes mitgebracht. Als sich Welle und Gustav über das Geld beugten, um es nachzuzählen, schlich sich Klever hinter den ihm an Körperkräften weit überlegenen Walli Welle. Aus Wut und wegen des Geldes riss er unversehens Wallis Kopf an den Haaren nach hinten und schlitzte mit einem fünf Zentimeter langen Kartoffelschäler seine Kehle auf. Damit hatten Walli und Gustav nicht gerechnet. Walli brach blutüberströmt zusammen und verstarb innerhalb kurzer Zeit. Gustav, durch den grausigen Anblick völlig überwältigt, verschwand in größter Eile, ohne das Hinscheiden seines Freundes abzuwarten. Das Geld ließ er in seiner Panik in der Wohnung zurück. **Wie haben sich Karl Klever und Gustav Gernegroß strafbar gemacht?**

II. Die Staatsanwaltschaft erhebt im Strafverfahren gegen Gustav Anklage an das Landgericht. Richter R, bei dem die Anklageschrift landet, ist wenig erfreut, da sich sein Schreibtisch unter lauter Haftsachen biegt und er große Schwierigkeiten hat, zu terminieren. Als er feststellt, dass Gustav bislang nicht vorbestraft ist, findet er, dass er nicht zuständig ist. Eine Bewährungsstrafe könne schließlich auch das Amtsgericht verhängen. **Was kann R tun?**

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Gliederung

1. Tatkomplex: Die Sparbriefe

A) Strafbarkeit von Karl Klever (K)

I. § 263 StGB: Betrug

1. Objektiver Tatbestand
2. Zwischenergebnis

II. § 266 StGB: Untreue

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand
3. Zwischenergebnis

III. § 246 Abs. 2 StGB: Veruntreuende Unterschlagung

B) Ergebnis im Tatkomplex 1

2. Tatkomplex: Die Erpressung

A) Strafbarkeit von Gustav Gernegroß (G)

I. §§ 253, 25 Abs. 2 StGB: Mittäterschaftliche Erpressung

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand

II. §§ 266, 13 StGB: Untreue durch Unterlassen

III. §§ 303, 25 Abs. 2 StGB:

Mittäterschaftliche Sachbeschädigung

IV. § 123 StGB: Hausfriedensbruch

B) Strafbarkeit des K

I. § 212 StGB: Totschlag

1. Tatbestand
2. Rechtswidrigkeit
3. Zwischenergebnis

II. § 211 StGB: Mord

Strafprozessuale Frage

Lösungshinweise

Hinweis

Die Arbeit hat zwei Schwerpunkte. Im ersten Teil geht es um Eigentums- und Vermögensdelikte, wobei von den Bearbeitern erwartet wird, dass sie die zivilrechtlichen Vorfragen erkennen. Der zweite Teil wirft Probleme der Notwehr auf. Je nach Lösungsweg muss die neuere Rechtsprechung zur normativen Einschränkung des Mordmerkmals 'Heimtücke' beachtet werden.

1. Tatkomplex: Die Sparbriefe

A) Strafbarkeit von Karl Klever (K)

I. § 263 StGB: Betrug

1. Objektiver Tatbestand

a) K hat die jeweiligen Käufer eines Sparbriefs darüber **getäuscht**, dass er ihr eingezahltes Geld für eigene Zwecke verwenden wollte. Demgegenüber gingen die Kunden davon aus, dass sie durch die Einzahlung einen Anspruch gegenüber der Kleinsparerbank auf fristgemäße Rückzahlung des Darlehens nebst den angefallenen Zinsen (§ 488 BGB) zu erlangen. Da das

auch tatsächlich der Fall war (s.u.), könnte man bereits einen betrugsrelevanten **Irrtum** der Kunden verneinen.

Aufgrund der Täuschung durch K haben die Kunden den zum Erwerb der gewünschten Sparbriefe erforderlichen Geldbetrag eingezahlt und dadurch über ihr **Vermögen verfügt**.

b) Ein Betrug scheitert aber daran, dass den Betroffenen in jedem einzelnen Fall kein **Schaden** entstanden ist, denn sie haben in Wirklichkeit einen Anspruch aus § 488 BGB gegen die Kleinsparerbank erworben. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, dass die Realisierung dieses Anspruchs in irgendeiner Weise gefährdet war.

Es muss nämlich beachtet werden, dass K nach außen hin als Vertreter der Kleinsparerbank aufgetreten ist. Zwar hatte er im Innenverhältnis keine Vertretungsmacht, denn die Kleinsparerbank bot entsprechende Sparbriefe zu den günstigen Konditionen nicht an. Darauf kommt es angesichts seiner alleinigen Zeichnungsberechtigung jedoch nicht an. Die Überschreitung seiner Vollmacht im Innenverhältnis wirkt sich nicht auf das Außenverhältnis aus, da keinem Kunden der Bank möglich und zumutbar ist, sich über die Interna der Kleinsparerbank zu informieren. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob die Kleinsparerbank das Handeln des K gemäß § 177 BGB im Nachhinein genehmigt hat (etwa konkludent durch die Erfüllung der Darlehensverbindlichkeiten).²

2. Zwischenergebnis

K hat sich deshalb nicht wegen Betrugs strafbar gemacht.

Hinweis

Ein Versuch kommt auch dann nicht in Betracht, wenn K sein Verhalten selbst als strafbaren Betrug angesehen hätte (wofür der Sachverhalt nichts hergibt). Denn dabei handelte es sich um einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum, der lediglich zu einem straflosen Wahndelikt führen kann.

II. § 266 StGB: Untreue

1. Objektiver Tatbestand

a) Einschlägig ist der **Missbrauchstatbestand** (1. Alt.). K war als Zweigstellenleiter der Kleinsparerbank Vertreter und besaß die Rechtsmacht, wirksam über die Vermögensrechte der Bank zu verfügen, insbesondere auch Sparverträge abzuschließen.

Typisch für den Missbrauchstatbestand ist das Auseinanderfallen von „rechtlichem Können“ und „rechtlichem Dürfen“: Der Täter muss die Befugnis nach außen rechtlich wirksam ausgeübt haben, ohne im Innenverhältnis dazu ermächtigt gewesen zu sein.³ Das war hier der Fall: K bot eigenmächtig Sparverträge an.

Resultat der Missbrauchshandlung muss ein Vermögensschaden sein, worunter jede Vermögensminderung nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung fällt.⁴ Ein **Vermögensschaden** liegt nicht erst dann vor, wenn eine geldwerte Leistung erbracht wird, sondern kann auch schon durch das Eingehen einer Verbindlichkeit

¹ Vgl. BGH, NStZ 2003, 425 ff. m. Anm. von Schneider und von Roxin, JZ 2003, 966 ff.

² In diesem Fall läge zumindest eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor, da eine derartige nachträgliche Genehmigung keineswegs sicher ist.

³ Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 266 Rn. 17.

⁴ Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Vermögensbegriffen ist an dieser Stelle überflüssig.

gegeben sein. K hat durch sein Verhalten für die Kleinsparbank Darlehensverträge gemäß § 488 BGB abgeschlossen. Soweit die Anleger dadurch einen Anspruch auf Rückzahlung erlangten, scheidet ein Vermögensschaden im Hinblick auf den Missbrauchstatbestand aus. Denn die Bank erlangt beim Verkauf der Sparbriefe ihrerseits die jeweilige Einlage. Dass sie nach dem Ablauf der Laufzeit zur Rückzahlung der Einlage verpflichtet wird, begründet keinen Schaden. Der Schaden für die Kleinsparbank liegt vielmehr darin, dass sie für das Geld höhere Zinsen zahlen musste, als marktüblich sind und als sie selbst wollte.

b) Ebenfalls greift der **Treubruchtatbestand** ein. Diese Alternative erfasst den Missbrauch der tatsächlichen Einwirkungsmacht des Täters auf fremdes Vermögen.⁵ Auf den Streit, ob und inwieweit auch die zweite Alternative eine besondere Vermögensbetreuungspflicht voraussetzt, kommt es vorliegend nicht an, weil die Voraussetzungen jedenfalls bei K gegeben waren (s.o.). K hat seine Treuepflicht dadurch verletzt, dass er die Einlagen der Sparbriefkäufer nicht der Kleinsparbank zugeführt, sondern auf ein eigenes Konto umgeleitet hat. Der Schaden der Kleinsparbank lag hier also in dem Verlust der Einlagen.

2. Subjektiver Tatbestand

K wusste, dass er seine Vertretungsmacht missbrauchte und dass er seine Treuepflicht verletzte. Er wusste auch, dass er dadurch der Kleinsparbank einen Schaden in Höhe von insgesamt 1,2 Mio. Euro nebst den anfallenden Zinsen zugefügt hat. Eine besondere Bereicherungsabsicht ist nicht erforderlich.

3. Zwischenergebnis

Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, so dass sich K nach § 266 StGB strafbar gemacht hat.

III. § 246 Abs. 2 StGB: Veruntreuende Unterschlagung

Die Voraussetzungen einer qualifizierten veruntreuenden Unterschlagung liegen hier vor. Insbesondere ist das eingezahlte Geld für K **fremd** geblieben, denn die Kunden wollten ihm keineswegs Eigentum verschaffen. Vielmehr handelte er für sie als Stellvertreter der Kleinsparbank, der für die Bank Eigentum am eingezahlten Geld begründen sollte. Sein entgegenstehender Wille ist nach § 116 BGB unbeachtlich. Das Geld wurde dem K von den einzelnen Anlegern **anvertraut**, damit er es an die Kleinsparbank weiterleitet. Dadurch, dass K das Geld auf sein eigenes Konto bei einer anderen Bank eingezahlt hat, hat er sich die jeweiligen Beträge zugeeignet.

Die Strafbarkeit nach § 246 Abs. 2 StGB scheidet jedoch an der **Subsidiaritätsklausel**, die ungeachtet ihres Standorts in Abs. 1 auch für die Qualifikation gilt.⁶ Denn die Zueignungshandlung war Bestandteil der Tathandlung der Treubruchsalternative nach § 266 StGB.

B) Ergebnis im Tatkomplex 1

K hat in zweierlei Hinsicht Untreue gegenüber der Kleinsparbank begangen: durch ihre Verpflichtung, höhere Zinsen an die

Käufer der Sparbriefe zu zahlen, und durch die (faktische) Verwendung der Einlagen für eigene Zwecke. Daher liegt die Annahme von zwei verschiedenen Untreuehandlungen in Tateinheit (§ 53 StGB) nahe. Die jeweils einzelnen Handlungen gegenüber den verschiedenen Kunden und das Einstecken des Geldes können als natürliche Handlungseinheit zusammengefasst werden, da sie auf einem einheitlichen Entschluss beruhten und immer auf die gleiche Art und Weise begangen wurden.

2. Tatkomplex: Die Erpressung

A) Strafbarkeit von Gustav Gernegroß (G)

I. §§ 253, 25 Abs. 2 StGB:

Mittäterschaftliche Erpressung

1. Objektiver Tatbestand

Nötigungsmittel war die Zerstörung der Schallplatten durch Walli Welle (W). Dieses Verhalten stellt sich als Gewalt gegen Sachen dar. Problematisch ist insofern, ob man für den Gewaltbegriff eine Einwirkung auf den Körper des Genötigten verlangen muss.⁷ Denn das Verhalten des W hatte keine mittelbare physische Wirkung auf die Person des K. In der Zerstörung der Schallplatten liegt jedoch die konkludente Erklärung, damit so lange fortzufahren, bis K das Geld bezahlt hat. Somit ist eine **Drohung mit einem empfindlichen Übel** zu bejahen.

Hinweis

Gelegentlich wird vertreten, dass ein tatbestandsmäßiger Angriff auf die Willensfreiheit nur dann vorliege, wenn der entsprechende Handlungsspielraum auch rechtlich geschützt sei.⁸ Ob diese Ansicht im vorliegenden Fall eine Nötigungshandlung ablehnen würde, ist jedoch höchst zweifelhaft. Zwar war K mit seinen Straftaten zu Geld gekommen. Daraus folgt aber noch nicht, dass dadurch sein gesamtes Vermögen „bemakelt“ worden wäre. Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass das Geld, das K bezahlt hat, nicht „sauber“ war. Außerdem wollte G den Betrag keineswegs der geschädigten Bank wieder zurückbringen, sondern handelte ausschließlich im eigenen Interesse. K hat kein Recht gegenüber der Bank (§ 812 Abs. 1 BGB), wohl aber gegenüber dem G.

G selbst hat die Schallplatten zwar nicht eigenhändig zerstört. Jedoch ergibt sich die Nötigungsrelevanz des Verhaltens des W erst aus dem von G hergestellten Kontext. G und W handelten arbeitsteilig aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, so dass dem G das Verhalten des W nach den Grundsätzen der **Mittäterschaft** (§ 25 Abs. 2 StGB) zugerechnet werden kann.

Aufgrund der Zerstörung der Schallplatten händigte K dem G einen Geldbetrag aus. Der Streit, ob § 253 StGB eine **Vermögensverfügung** verlangt,⁹ spielt hier keine Rolle. Infolge dieser Zahlung war das Vermögen des K um 490 Euro vermindert. Auf den Streit über die verschiedenen Vermögensbegriffe¹⁰ kommt es hier nicht an. Zwar war K infolge der Auszahlung ungerechtfertigt bereichert. Aber selbst nach einem extrem juristischen

⁵ Matt, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 266 Rn. 57.

⁶ Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 246 Rn. 23.

⁷ S. etwa BGHSt 41, S. 182 (185); Sinn, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 240 Rn. 65; anders die – inzwischen durch die Rechtsprechung des BVerfG zu den Sitzblockaden überholte – frühere Rechtsprechung, nach der es vor

allem auf die physische Zwangswirkung beim Opfer ankam, vgl. BGHSt 8, 102 (103); 37, 350 (353): „vergeistigter Gewaltbegriff“.

⁸ Vgl. Jakobs, in: GS-Hilde Kaufmann (1986), S. 791 (797): Nur ein Eingriff in die rechtlich garantierte Freiheit kann ein Nötigungserfolg sein.

⁹ S. Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 253 Rn. 8 f.

¹⁰ Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 263 Rn. 78 ff.

Vermögensbegriff wäre ein Schaden zu bejahen, da K jedenfalls gegenüber Z in seinem Vermögen durchaus rechtlich geschützt war.¹¹ Da bereits eine **Vermögensgefährdung** ausreicht, war die Erpressung mit der Übergabe des Geldes an G vollendet, obwohl er sich noch in der Herrschaftssphäre des K befand.¹²

2. Subjektiver Tatbestand:

G handelte mit **Nötigungsvorsatz**. Da er das Geld behalten und nicht der Kleinsparerbank zurückerstatten wollte, liegt auch die **Absicht rechtswidriger Bereicherung** vor.

Hinweis

Auf den ersten erfolglosen Erpressungsversuch muss nicht gesondert eingegangen werden, da es sich um eine mitbestrafte Vortat handelt.

II. §§ 266, 13 StGB: Untreue durch Unterlassen

Dass G es unterließ, die Fehlbuchung dem Vorstand der Keinsparerbank zu melden, führt nicht zur Strafbarkeit wegen Untreue. Ohnehin enthält der Sachverhalt dazu keine Details. Der **Missbrauchstatbestand** scheidet von vornherein aus, weil G nicht über das Vermögen der Kleinsparerbank verfügt hat. Aber auch der **Treubruchtatbestand** kommt nicht in Betracht. So scheidet eine Unterlassungsstrafbarkeit an der fehlenden **Garantenstellung**, da G zwar zur fremdnützigen Vermögensfürsorge verpflichtet, jedoch dabei nicht mit einem eigenen Ermessensspielraum zu verantwortlichen Entscheidungen ausgestattet war. Wäre G selbst mit dem Vorgang befasst gewesen, hätte er wohl einschreiten müssen. Die Wiederbeschaffung von Geldern, die andere fehlgeleitet hatten, gehörte nicht zu seinen dienstlichen Aufgaben.

III. §§ 303, 25 Abs. 2 StGB:

Mittäterschaftliche Sachbeschädigung

W hat die Schallplatten völlig **zerstört** und damit den Tatbestand einer Sachbeschädigung erfüllt. Sein Verhalten kann dem G nach den Grundsätzen der **Mittäterschaft** (§ 25 Abs. 2 StGB) zugerechnet werden (s.o.).

IV. § 123 StGB: Hausfriedensbruch

G hat die **Wohnung** des K betreten. Jedoch wurden G und W von K in seine Wohnung eingelassen, so dass von einem **Eindringen** keine Rede sein kann. Da sich das **tatbestandsaus-schließende Einverständnis** bei § 123 StGB lediglich auf den Umstand bezieht, einer anderen Person Zugang zu den geschützten Räumlichkeiten zu gewähren, kommt es nicht darauf an, ob es von G und W möglicherweise durch Täuschung erschlichen wurde.

Vereinzelt wird es für möglich gehalten, die erste Alternative des § 123 StGB auch durch ein **Unterlassen** zu verwirklichen. Sobald der Täter mit seinem strafbaren Tun beginne, werde sein Eindringen widerrechtlich, da der Hausrechtsinhaber damit nicht einverstanden sei. Nach dem Gedanken der **Ingerenz** sei der Täter deshalb verpflichtet, sich unverzüglich zu entfernen.¹³ Auf diese Weise wird jedoch die Voraussetzung der Aufforderung, **sich zu entfernen** (2. Alt.), umgangen.

B) Strafbarkeit des K

I. § 212 StGB: Totschlag

1. Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 212 StGB ist durch das Aufschlitzen mit dem Kartoffelschäler, die Ursache für den Tod des W erfüllt. Der objektive Finalzusammenhang besteht, weil diese Handlung ein objektiv taugliches Mittel zur Herbeiführung des Todes war.

K handelte dabei auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Als Rechtfertigungsgrund kommt jedoch **Notwehr** (§ 32 StGB) in Betracht. K befand sich in einer **Notwehrlage**. Dass die erpresserische Drohung einen **Angriff** auf die Willensfreiheit (und das Eigentum) des Opfers darstellt, lässt sich nicht ernsthaft bezweifeln. Die höchst umstrittene Problematik der Notwehr gegen „Chantage“¹⁴ stellt sich hier nicht, weil W (und G) dem K nicht nur die Information des Bankvorstandes in mehr oder weniger ferner Zukunft androhten, sondern schon aktuell mit der Übelszufügung begonnen worden war. Außerdem hatte G das Geld bereits erhalten. Schuldhaft braucht der Angriff nach hL. nicht zu sein.¹⁵ Die **Gegenwärtigkeit** des Angriffs auf sein Eigentum und seine Willensfreiheit scheidet nicht daran, dass die Erpressung schon vollendet war (s.o.). Denn solange die Beute noch nicht vor dem Zugriff des Verteidigers gesichert ist, kann Notwehr geübt werden.¹⁶

Fraglich ist, ob die tödliche Verteidigung **geeignet** war, den Angriff auf die Willensfreiheit und das Eigentum des K abzuwehren. *Roxin* hat daran in seiner Besprechung des dem vorliegenden Fall zugrundeliegenden Urteils erhebliche Zweifel. Die Tötung des W war demzufolge kein geeignetes Mittel zur Wiedererlangung des Geldes, da G mit dem Geld hätte fliehen können.¹⁷ Andererseits ist anerkannt, dass an die Geeignetheit der Verteidigung keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen und dass sie vor allem aus einer ex ante-Perspektive heraus zu beurteilen ist (so dass es keine Rolle spielt, dass G tatsächlich das Geld in der Wohnung des K zurückgelassen hat): Nur eine Verteidigung, die von vornherein aussichtslos erscheint, wird durch § 32 StGB nicht gerechtfertigt.¹⁸ Ob man das – wie *Roxin*

¹¹ Außer, man geht so weit und erklärt jedes deliktisch erlangte Vermögen schlechthin für schutzlos, vgl. *Mitsch*, Strafrecht. Besonderer, Teil 2, 3. Aufl. (2015), S. 314; dadurch wird die „Einheit der Rechtsordnung“ jedoch überspannt.

¹² Noch vertretbar erscheint es, wenn Nichtvollendung darauf gestützt wird, dass G noch keine Gewahrsamsenklave (durch Einstecken des Geldes) begründet hätte.

¹³ *Lenckner*, in Schönke/Schröder, StGB; 25. Aufl. (1997), § 123 Rn. 26 (inzwischen aufgegeben). Von den Bearbeitern ist diese Variante nicht zu erwarten.

¹⁴ *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 18.

¹⁵ So unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 24 mwN. zur Gegenansicht. Eine andere Ansicht ist zwar vertretbar, aber hier ist zu bedenken, dass G schuldfähig war, und sich die Verteidigung im Endeffekt gegen beide Mittäter gerichtet hat.

¹⁶ Vgl. BGH, NStZ 2003, 425 (426).

¹⁷ *Roxin*, JZ 2003, 966 (967).

¹⁸ *S. Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 35.

wohl meint – für den vorliegenden Fall sagen muss, ist jedoch sehr fraglich.

Ferner äußert *Roxin* Zweifel an der **Erforderlichkeit** der Verteidigung. Seiner Ansicht nach ist die Tötung des Angreifers, der nicht im Besitz der Beute ist, nicht erforderlich. Außerdem hätte der Angreifer aufgrund seiner völligen Überraschung auch ohne eine absichtliche Tötung durch Halsabschneiden kampfunfähig gemacht werden können.¹⁹ Zwar muss der Verteidiger bei § 32 StGB **unter mehreren Abwehrmöglichkeiten die mildeste** wählen. Gleichwohl braucht er sich nicht eines unsicheren Mittels zu bedienen, sondern darf sich auf die Art und Weise verteidigen, die sicheren Erfolg verspricht.²⁰ Hier stand K einem kampferfahrenen, ihm an Körperkraft erheblich überlegenen Gegner gegenüber. Es ist kaum vorstellbar, dass K eine realistische Alternative gehabt hätte, wenn er den lebensgefährlichen Einsatz eines 5 cm langen Kartoffelschälers zuerst angedroht hätte. Ebenfalls bleibt es eine Spekulation, ob es ausgereicht hätte, wenn K dem W den Kartoffelschäler lediglich von hinten an die Kehle gehalten hätte. Deshalb sprechen gute Gründe dafür, die Erforderlichkeit der Verteidigung zu bejahen.

Von der Erforderlichkeit der Verteidigung streng zu unterscheiden sind die **sozialethischen Notwehrschranken**, die üblicherweise an dem Ausdruck „**geboten**“ in § 32 Abs. 1 StGB festgemacht werden.²¹ In Betracht kommt zunächst die Fallgruppe der **Notwehrprovokation**, weil K in doppelter Weise Anteil an der Erpressung hat: Erst seine strafbare Untreue ließ ihn überhaupt zu einem Erpressungsoffer werden, und dann hat er auch noch die Angreifer unvorsichtigerweise in seine Wohnung gelassen. Entwickelt wird die Notwehrschranke aus dem dualistischen Notwehrprinzip, wonach die Verteidigung neben dem Selbstschutz auch der Bewahrung der Rechtsordnung dienen soll.²² Bei einem provozierten Angriff sei das Rechtsbewährungsinteresse jedoch gemindert. Die Verteidigung in Notwehr würde ansonsten beim unverantwortlichen Spiel des Täters mit dem Recht als Mittel zur Rechtsbewahrung diskreditiert. Deshalb dürfe sich nur verteidigen, wer sich selbst rechtmäßig verhalte.²³ Die Voraussetzungen der Notwehrprovokation lagen bei K indes nicht vor. So schied eine Absichtsprovokation, bei der überwiegend eine Verteidigungsbefugnis unter Berufung auf das Rechtsmissbrauchsverbot völlig versagt wird²⁴, deshalb aus, weil K nicht zielstrebig „unter dem Deckmantel der äußerlich gegebenen Notwehrlage“ gegen W vorgegangen war. Vielmehr spricht

der Ablauf der Geschehnisse in seiner Wohnung dafür, dass er mit dem Vorgehen von G und W nicht gerechnet hatte. Bei auf andere Weise verschuldeten Angriffen ist zunächst umstritten, ob das den Angriff auslösende Vorverhalten rechtswidrig²⁵ oder (nur) sozialethisch zu beanstanden²⁶ sein muss. Das – unvorsichtige – Einlassen der Erpresser war jedoch keine rechtswidrige oder sonstwie beanstandbare Provokation.²⁷ Ebenfalls kann eine Mitverantwortung des K für das Verhalten der Erpresser nicht auf die strafbare Untreue gestützt werden. Insoweit fehlt es nicht nur an jedem raum-zeitlichen Zusammenhang zum späteren Angriff, es richtete sich auch nicht gegen Rechtsgüter von G oder W.²⁸

Ferner wird eine Abwehr für unzulässig gehalten, wenn ihre **Folgen in einem groben und unerträglichen Missverhältnis** zu der durch den Angriff drohenden Beeinträchtigung stehen. Gleichwohl soll dadurch selbst die tödliche Abwehr gegen Angriffe auf das Eigentum nicht von vornherein ausgeschlossen sein.²⁹ Im Ergebnis kommt es für die hL. auf den Wert der Sache an, was die Kalamität mit sich bringt, den Wert eines Menschenlebens beziffern zu müssen. Ohne sich auf eine bestimmte Wertgrenze festzulegen, wird man annehmen müssen, dass ein Betrag von 490 Euro nicht als geringwertig anzusehen ist. Für einen grundsätzlichen Ausschluss der Notwehr zur Verteidigung von Sachen beruft man sich vereinzelt auf Art. 2 Abs. 2 lit a) EMRK.³⁰ Als Normadressat erblickt die hL. allein den Staat, so dass eine Einschränkung des Notwehrrechts im Verhältnis zwischen den Bürgern daraus nicht abgeleitet werden könne.³¹

Schließlich wird eine Einschränkung gegenüber **schuldlos handelnden Angreifern** erwogen. Umstritten ist hierbei, ob das Notwehrrecht auch gegenüber Personen zu beschränken ist, die zwar schuldhaft, aber mit erheblich verminderter Schuld handeln.³² Folgt man einer Einschränkung des Notwehrrechts, dann wird man eine absichtliche Tötung eines reduziert schuldfähigen Angreifers zur Verteidigung des Eigentums als Grenzüberschreitung ansehen können,³³ zumal K erkannt hatte, dass W angetrunken war.

¹⁹ *Roxin*, JZ 2003, 967.

²⁰ BGH, NStZ 2003, 427; s. ferner *Fischer*, StGB, 67. Aufl. (2020), § 32 Rn. 33a mwN.

²¹ Vgl. *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 44. Dagegen wird in prinzipieller Hinsicht eingewendet, dass die Annahme ungeschriebener sozialethischer Notwehrschranken gegen das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) verstoße, s. *Erb*, ZStW 108 (1996), 268 (290, 294); *Loos*, in: FS-Deutsch (1999), S. 233 (245); sofern nicht die Geltung von Art. 103 Abs. 2 GG für die Rechtfertigungsgründe seinerseits in Frage gestellt wird, so etwa von *Günther*, in: FS-Grünwald (1999), S. 213 ff. gegen BGHSt 39, S. 1 (27 f.).

²² S. BGHSt 24, 356 (359); *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn 1 f. mwN.

²³ Vgl. *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn 54 ff.; gegen die Fallgruppe der Notwehrprovokation wird eingewendet, dass sich an der Bewertung des Angreiferverhaltens durch das Vorverhalten nichts ändere, sofern nicht die Provokation ihrerseits ein rechtswidriger Angriff sei und die Rollen von Angreifer und Verteidiger umkehre. Zudem bleibe der Angreifer eigenverantwortlich und könne seinen Angriff

abbrechen. Wenn er ihn gleichwohl fortsetze, müsse er sich auch allein die Folgen der Verteidigung zuschreiben lassen. S. *Mitsch*, JuS 2001, 751 (752 ff.).

²⁴ Vgl. BGH, NStZ 2003, 427; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn 55.

²⁵ So *Roxin/Greco*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 15 Rn 73.

²⁶ So z.B. BGHSt 42, 101.

²⁷ BGH, NStZ 2003, 428; *Roxin*, JZ 2003, 427.

²⁸ BGH, NStZ 2003, 428.

²⁹ Vgl. *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 50.

³⁰ S. *Frister*, GA 1985, 553 ff.

³¹ Vgl. *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 62 mwN; andererseits ist der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 2 EMRK über die Installation von Schutzpflichten durchaus eine Ausstrahlungswirkung auf die Bürger zu entnehmen. Von den Bearbeitern kann diese Thematik nicht erwartet werden.

³² Dafür unter Berufung auf das geminderte Rechtsbewährungsinteresse *Roxin/Greco*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 15 Rn. 61; ablehnend *Krause*, in: FS-Bruns (1978), S. 84 ff.

³³ So *Roxin*, JZ 2003, 968.

3. Zwischenergebnis

Wer die Tat objektiv für gerechtfertigt hält, hat mit dem **subjektiven Rechtfertigungselement** keine Probleme. Der Verteidigungswille wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass K auch aus anderen Motiven (Wut) handelte.³⁴

Hält man die Tat dagegen objektiv nicht für durch Notwehr gedeckt, so hat sich K wegen Totschlags strafbar gemacht. Für einen **Erlaubnistatbestands-** oder ein **Erlaubnisirrtum** gibt der Sachverhalt nichts her. **§ 33 StGB** kommt nur bei **asthenischen Affekten** in Betracht.

II. § 211 StGB: Mord

Wer eine Rechtfertigung durch Notwehr abgelehnt hat, muss eine Strafbarkeit nach § 211 StGB untersuchen, da W von der Tat des K völlig überrascht wurde. In Betracht kommt deshalb das Mordmerkmal der **Heimtücke**, welches die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tötung voraussetzt.³⁵ Bei einer psychologisierenden Deutung der Heimtücke muss das Mordmerkmal im vorliegenden Fall bejaht werden.

In der Literatur wird seit jeher unter Verweis auf die absolute Strafdrohung eine **normative Einschränkung** gefordert. Demnach verlangt Heimtücke zusätzlich einen **verwerflichen Vertrauensbruch**³⁶ oder ein **besonders tückisch-verschlagenes Vorgehen**.³⁷ In diesem Sinne wäre K nicht als Mörder anzusehen. Diese und andere Vorschläge zu einer normativen Typenkorrektur haben sich bislang wegen ihrer Unbestimmtheit jedoch nicht durchsetzen können. Die Rechtsprechung berücksichtigt das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände auf der Rechtsfolgenseite und ersetzt die als unverhältnismäßig erscheinende lebenslange Freiheitsstrafe in entsprechender Anwendung von § 49 Abs. 1 StGB durch einen Strafraum von 3 bis 15 Jahren.³⁸

Eine Entscheidung des 1. Senats lässt jedoch Tendenzen zu einer Normativierung der Heimtücke erkennen. So könne in einer Notwehrlage der Angreifer nicht als arglos gelten, selbst wenn er tatsächlich mit der tödlichen Verteidigung nicht gerechnet habe. Er habe durch seinen rechtswidrigen Angriff die Verteidigung provoziert, und es sei unbillig, dem Verteidiger die Ausnutzung des Überraschungsmoments zur Last zu legen.³⁹ Während *Roxin* diese Entscheidung begrüßt hat⁴⁰, ist ihr von anderer Seite ein Paradigmenwechsel vorgehalten worden, der die bisherige klare Auslegung der Mordmerkmale in Frage zu stellen drohe. Denn die Normativierung der Heimtücke könne sich nicht auf Notwehrlagen beschränken, sondern müsse allgemein danach fragen, ob die Arglosigkeit begründet sei, bzw. ob sich das Opfer die Arglosigkeit „verdient“ habe. Sofern zugestanden wird, dass das tausalösende Opferverhalten eine Privilegierung des Täters gebietet, wird die traditionelle Rechtsfolgenlösung als adäquate Problembehandlung vorgezogen.⁴¹ Ob diese Kritik berechtigt ist, lässt sich indes bezweifeln. Übersehen wird nämlich,

dass auch die Rechtsfolgenlösung auf Systembildung angewiesen ist, soll sie sich nicht in bloßer Willkür im Sinne einer „kleinen Begnadigung“ durch die Gerichte auswirken. Vorschläge für eine derartige Systematisierung sind aber schon sehr früh vorgelegt worden.⁴²

Hinweis

Einzelheiten der neueren Diskussion können vom Bearbeiter nicht erwartet werden. Jedoch ist ein entsprechendes Problembewusstsein zu verlangen, das sich bei guten Arbeiten nicht nur auf die traditionellen Bahnen (Vertrauensbruch usw.) beschränkt.

Strafprozessuale Frage

Das Eingangsgericht ist an die Anträge der Staatsanwaltschaft nicht gebunden (§ 206 StPO), sondern prüft seine Zuständigkeit von Amts wegen. Wenn sich das LG sachlich für unzuständig hält, kann es das Hauptverfahren nach § 209 Abs. 1 StPO vor dem Amtsgericht mit bindender Wirkung eröffnen.

Die **sachliche Zuständigkeit** der Strafkammer ergibt sich auch § 74 GVG. Ein Fall der besonderen Zuständigkeit nach Abs. 2 liegt hier nicht vor. Gemäß § 24 GVG reicht die Strafgewalt des Amtsgerichts bis zu einer Obergrenze von vier Jahren. Eine Strafaussetzung zur Bewährung ist bis zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren möglich (s. § 56 Abs. 2 StGB). Besondere Gründe für eine Anklageerhebung vor dem LG gem. § 24 Abs. 2 GVG, die zudem der vollen rechtliche Überprüfung unterlägen, hat die Staatsanwaltschaft nicht geltend gemacht.

Deshalb kann R vor der Hauptverhandlung die Sache an das Amtsgericht verweisen.

► Inhaltsverzeichnis



³⁴ Vgl. *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 32 Rn. 63.

³⁵ *Fischer*, StGB, 67. Aufl. (2020), Rn. 34.

³⁶ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 211 Rn. 26 f.

³⁷ Vgl. *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht. Besonderer Teil 1, 44. Aufl. (2020), Rn. 61.

³⁸ Seit BGHSt 30, 105 (120 ff.); näher zum Streitstand *Schneider*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 211 Rn. 33 ff.

³⁹ BGH, NStZ 2003, 426 f.

⁴⁰ *Roxin*, JZ 2003, 966.

⁴¹ *Schneider*, NStZ 2003, 429 ff.; s. ferner *Schneider*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 211 Rn. 161 ff.

⁴² Etwa von *Günther*, JR 1985, 268 ff.: „mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente“; abl. *Schneider*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 211 Rn. 166.

AKTENVORTRAG – ZIVILRECHT

Prof. Dr. Claudius Petzold*

„A. Hannich: Streithammel und Zicken“ Assessorexamen – Anwaltlicher Aktenvortrag

Aktenauszug

Prof. Anselm Hannich
Albrechtsweg 3
24105 Kiel

Rechtsanwalt Kimmlich
Manichstraße
1524105 Kiel

Kiel, 9. September 2021

Probleme im Institut für Kommunikation in modernen Zeiten

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt Kimmlich,
erneut habe ich eine Frage:

Erfolgreich habe ich das **Institut für Kommunikation in modernen Zeiten** gegründet, das nunmehr seit Juli 2020 Sommer- und Wochenendkurse anbietet. Inhaltlich ist es stark an meine universitäre Forschung angelehnt. Es dient dazu, die Studierenden für ihre spätere Tätigkeit in ihren praktischen Kommunikationsfähigkeiten auszubilden. Sie sollen lernen, wie man den gesellschaftlichen Anforderungen an Inklusion genügt, dabei ansprechend und modern formuliert. Teilnehmer sind auch Abiturienten und Berufstätige.

Wir konnten hier von der Universität Räume des alten Institutsgebäudes (altes philologisches Institut) mieten, wahrlich Räume, die die Würde unserer alten Institution ausstrahlen. Jetzt bekomme ich plötzlich Beschwerden von Studierenden, einem ehemaligen Mitarbeiter und einen recht bekannten Kollegen, die sich über Fotografien auf der Institutswebseite aufregen. Als ich fotografiert habe, hat sich doch keine:r beschwert. Das schadet denen doch nicht, ich habe auch Fotos ausgesucht, die nicht irgendwie beschämend sind. Es ist auch kein Foto des jetzigen Professor Breitenberg, wir haben einfach einen Studenten so zurecht gemacht, dass er halt etwas ähnelt. Mein Gott, keiner versteht heute mehr einen Spaß und die Welt der Werbung.

Mit freundlichen Grüßen

Hannich

Prof. Hannich

* Der Autor ist Counsel bei der Rechtsanwaltskanzlei Washington Group & Associates in Taipei.



RECHTSANWALTSKANZLEI KIMMLICH

Rechtsanwalt Kimmlich | Manichstraße 15 • 24105 Kiel

Herrn
Anselm Hannich
Albrechtsweg 3
24105 Kiel

Rechtsanwalt Kimmlich
Manichstraße 15 • 24105 Kiel

Telefon: [...]
Telefax: [...]
E-Mail: [...]

Ihr Zeichen: -
Unser Zeichen: HA-21/2021
Datum: 21. September 2021

Beschwerden Persönlichkeitsrecht

Sehr geehrter Herr Prof. Hannich,
vielen Dank für Ihre Nachfrage.

So abstrakt kann ich Ihre Frage nicht beantworten, da Probleme des europäischen Datenschutzes und des Kunsturhebergesetzes betroffen sind. Ich bitte um genauere Erläuterung über die Umstände. Wenn es schriftliche Beschwerden gibt, können Sie mir bitte Kopien übersenden? Ebenso gute Kopien der Fotos?

Bitte beschreiben Sie mir,

- ob die Studenten vor der Aufnahme der Fotografien über die beabsichtigte Veröffentlichung informiert worden sind,
- wer auf die Webseite Zugriff hat,
- ob die Fotos nebenbei auf einer Veranstaltung getätigt worden sind,
- ob Ihr Institut eine völlig selbständige Organisation ist (GmbH, rechtsfähiger Verein) oder nur praktisch von der Universität unabhängig, ihre Webseite ist derzeit gesperrt,
- ob Sie bereits auf die Beschwerden geantwortet haben.

Mit freundlichen Grüßen

Kimmlich

RA Kimmlich

Prof. Anselm Hannich
Albrechtsweg 3
24105 Kiel

Rechtsanwalt Kimmlich
Manichstraße
1524105 Kiel

Kiel, 24. September 2021

Probleme im Institut für Kommunikation in modernen Zeiten

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt Kimmlich,

in der Anlage erhalten Sie die Beschwerden der Betroffenen. Aus diesen ergibt sich der Inhalt. Die Angaben sind schon wahr, aber werden irgendwie völlig gegen die Interessen des Instituts für Kommunikation in modernen Zeiten verdreht. Der Wortlaut ist auch identisch, die haben sich wohl abgesprochen.

Mit freundlichen Grüßen

Hannich

Prof. Hannich

Anlage 1 zum Schreiben vom 24.9.2021, Beschwerdebrief 1:

Beschwerdebrief

Marcel Niedermeier, Matrikelnummer 4060210

25. Juni 2021

Sehr geehrter Herr Prof. Hannich,

eben habe ich auf der Webseite gesehen, dass ich dort mit einer großen Gruppe an Menschen vor dem Eingang des Institutsgebäudes abgebildet worden bin. Ich bin nicht auf dem Foto zu erkennen, weil meine Kommilitonin Herta als Motiv diente und andere im Vordergrund stehen. Neben vielen anderen bin ich gerade 9:05 Uhr zum Unterricht angekommen. Es stört mich aber, als Werbeobjekt verwendet zu werden.

Bitte entfernen Sie dieses Bild innerhalb von zwei Wochen oder bearbeiten es so nach, dass ich gelöscht werde, immerhin gibt es dafür ausreichend Programme.

Mit freundlichen Grüßen

Niedermaier

Anlage 2 zum Schreiben vom 24.9.2021, Beschwerdebrief 2:**Beschwerdebrief**

Hermann Peters

25. Juni 2021

Sehr geehrter Herr Prof. Hannich,

eben habe ich auf der Webseite gesehen, dass ich auf einem Foto abgebildet wurde, dass während eines Institutsausflugs gemacht und dann aus Spaß von Studenten verändert worden ist. Auch wenn die Studenten sich hier einen gemeinsamen Scherz als „ugly Foto Montage“ erlaubten, ist mein Gesicht immer noch sehr gut zu erkennen, zumindest in der Vergrößerung am Computer. Es war ein purer Scherz am Rande, als gemeinsame Erinnerung an den Ausflug. Ich bat auch die Studenten, das Foto nicht weiterzugeben, sondern nur privat zu behalten. Bitte entfernen Sie dieses Bild innerhalb von zwei Wochen oder bearbeiten es so nach, dass ich gelöscht werde, immerhin gibt es dafür ausreichend Programme. Meine neuen Kollegen haben bereits über mich gespottet.

Mit freundlichen Grüßen

Hermann Peters

Anlage:



Anlage 3 zum Schreiben vom 24.9.2021, Beschwerdebrief 3:**Beschwerdebrief**

Ralf Schneider, Matrikelnummer 4161441

25. Juni 2021

Sehr geehrter Herr Prof. Hannich,

eben habe ich auf der Webseite gesehen, dass ich dort mit einer Klasse während des Unterrichts im letzten Jahr mit etwa 12 anderen Studenten abgebildet worden bin. Sie hatten damals einen Fotografen mitgebracht und gemeint, dies sei als Erinnerung gedacht. Nie haben Sie gesagt, dass das Foto später auf Ihrer Webseite veröffentlicht wird. Da hätte ich wohl nie zugestimmt, was einem bloßen Lächeln schon gar nicht zu entnehmen ist. Es stört mich aber, als Werbeobjekt auf einer Webseite verwendet zu werden.

Bitte entfernen Sie dieses Bild innerhalb von zwei Wochen.

Mit freundlichen Grüßen

Ralf Schneider

Anlage 4 zum Schreiben vom 24.9.2021, Beschwerdebrief 4**Beschwerdebrief**

Klara Adams

28. Juni 2021

Sehr geehrter Herr Prof. Hannich,

ich bin die Mutter von Hanna Adams, die letztes Jahr an Ihrem Kurs teilgenommen hat. Hanna hatte großes Interesse an dem Kurs. Sie hatte aus persönlicher Verbindung zugestimmt, dass Sie ihr Foto auf den Webseiten des Instituts veröffentlichen. Sie haben ihr wohl dafür ein recht teures Fachbuch aus Ihrer eigenen Publikation geschenkt.

Ich bin damit nicht einverstanden, dass meine Tochter auf der Webseite in derartiger Nahaufnahme zu sehen ist. Es stört mich, dass meine Tochter als Werbeobjekt verwendet wird. Als 15-jährige konnte sie gar nicht wirksam einwilligen.

Bitte entfernen Sie dieses Bild innerhalb von zwei Wochen.

Mit freundlichen Grüßen

Klara Adams

Anlage 5 zum Schreiben vom 24.9.2021, Beschwerdebrief 5

Beschwerdebrief

Prof. Dr. Klaus Breitenberg

28. Juni 2021

Sehr geehrter Kollege Hannich,

wir kennen uns aus verschiedenen Veranstaltungen zum Thema Kommunikation. Vor kurzem wurde ich von mehreren Kollegen auf ein Foto auf Ihrer Webseite aufmerksam gemacht, dass doch sehr starke Bezüge zu meiner Person aufweist. Meines Wissens stammt das Foto nicht von mir, zeigt aber sehr starke Charakterzüge auf, sodass nur ich damit verbunden werden kann. Gemeinsam ist das sehr lange lockige graue Haar mit einem langen Bart, das typischerweise von mir getragene, rot-blaue Holzfäller T-Shirt neben der Aufschrift „Selbst Kapazitäten besuchen unser Institut“. Nun genieße ich gerade in Bereich der Kommunikation einen durchaus akzeptierten Ruf, einige Medien ließen die Bemerkung „Kapazität“ fallen. Vielen Personen meinen damit, dass ich zugestimmt habe.

Ich bin damit nicht einverstanden, dass meine Reputation für derartige Werbung benutzt wird, es ist mir zu reißerisch. Ich wäre auch gerne vorab gefragt worden.

Bitte entfernen Sie dieses Bild innerhalb von zwei Wochen.

Mit freundlichen Grüßen

Klaus Breitenberg

Prof. Anselm Hannich
Albrechtsweg 3
24105 Kiel

Rechtsanwalt Kimmlich
Manichstraße
1524105 Kiel

Kiel, 14. Oktober 2021

Probleme im Institut für Kommunikation in modernen Zeiten**Klageerhebung**

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt Kimmlich,

jetzt habe ich von einzelnen Studierenden noch eine Klage erhalten, die Sie in der Anlage erhalten. Als ich oder eine Studentin die Fotos gemacht haben, wurde dies teils nebenbei erledigt. Einige Studenten haben schon gesehen, dass wir fotografiert haben. Ehrlich gesagt, genau weiß ich es nicht mehr. Zeugen habe ich keine.

Bisher habe ich die Vorwürfe nicht beantwortet, weil ich lieber Ihre Antwort abwarten möchte. Das Institut ist von der Universität rechtlich getrennt, klar gebe ich auf meiner Universitätswebseite Hinweise auf das Institut.

Beantworten Sie mir doch bitte folgende Fragen: Können die so einfach Klage erheben, ohne mir vorher eine Warnung vor einer Klage zu geben oder wenigstens mal eine Einigung zu versuchen? Was passiert, wenn ich jetzt die Fotos schnell lösche? Können Sie mir nicht bitte innerhalb kurzer Zeit eine grobe Einschätzung geben? Ich möchte doch etwas Sicherheit, bevor ich zu einer internationalen Tagung aufbreche.

Mit freundlichen Grüßen,

Hannich

Prof. Hannich

Anm.: Klage wird nicht abgedruckt

Aufgabenstellung und Vermerk für die Bearbeitung:

Fertigen Sie ein kurzes Gutachten für Herrn Hannich an, ohne dass der Sachverhalt wiederholt werden muss. Soweit keine eindeutigen Aussagen gemacht werden können, geben Sie eine Risikoanalyse ab bzw. stellen die Unklarheiten dar. Im 2. Teil entwerfen Sie ein Anwaltsschreiben an den Mandanten, in dem Sie auf das beigegefügte Gutachten Bezug nehmen dürfen und eine zusammenfassende Antwort auf die Mandantenschreiben geben.

Gliederung

A) Gutachten

I. Sachverhaltsdarstellung

II. Rechtliche Würdigung

1. Verstoß gegen das KunstUrhG
2. Anwendungsvorrang und Verstoß gegen die DS-GVO
3. Im Einzelnen
 - a) Beschwerdebrief 1
 - b) Beschwerdebrief 5
 - c) Beschwerdebrief 2
 - d) Beschwerdebrief 3
 - e) Beschwerdebrief 4
4. Prozessuale Fragen
 - a) Durchführung eines Einigungsversuches
 - b) Rechtsfolgen des Löschens

II. Praktische Erwägungen

B) Anwaltsschreiben

C) Hinweise und Schlussbemerkungen

Lösung

A) Gutachten

I. Sachverhaltsdarstellung

{erlassen}

II. Rechtliche Würdigung

1. Verstoß gegen das KunstUrhG

Die Abbildungen könnten nach § 22 S. 1 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (KunstUrhG) unrechtmäßig sein. Aus einem Verstoß entsteht ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB. Danach dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt nach S. 2 im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, dass er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. Unter dem öffentlichen zur Schau stellen ist die Wahrnehmbarmachung durch Bildträger oder sonstige Medien, wie Presse, Film, Fernsehen, Internet bzw. sonstige elektronische Medien zu verstehen.¹

2. Anwendungsvorrang und Verstoß gegen die DS-GVO

Ungeklärt ist das Verhältnis zur DS-GVO. Die DS-GVO gilt als EU-Verordnung nach Art. 288 AEUV unmittelbar in den Mitgliedstaaten, ohne dass es einer Umsetzung bedarf.

Personenbildnisse sind nach Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 1 und 2 DS-GVO personenbezogene Daten,² für deren Verarbeitung es nach Art. 6 Abs. 1 Nr. 1 DS-GVO einer Einwilligung bedarf. Unser Mandant ist als Betreiber der Webseite für die streitgegenständliche Datenverarbeitung Verantwortlicher iSd. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO. Nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der insgesamt sechs im Einzelnen in lit. a bis lit. f dieser Vorschrift aufgeführten Voraussetzungen erfüllt ist.

Art. 85 Abs. 2 DS-GVO lässt für die Mitgliedsstaaten Abweichungen im Falle journalistischer, wissenschaftlicher, literarischer oder künstlerischer Verarbeitungsvorgänge zu, sodass zumindest in diesem Bereich das KunstUrhG anwendbar bleibt.³ Die Bildnisse werden aber hier nicht im direkten Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Tätigkeit des Institutes, sondern für Werbezwecke für dieses verwendet. Laut Erwägungsgrund 153 zur DS-GVO soll die Öffnungsklausel nur für die aufgezählten Bereiche gelten, wenn die personenbezogenen Daten ausschließlich im Rahmen der Bereiche erhoben werden.⁴ Autoren sehen allerdings weitergehend in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO eine generelle Öffnungsklausel oder eine Ausgestaltungsmöglichkeit für den deutschen Gesetzgeber, sodass das KunstUrhG weiterhin anwendbar bleibt.⁵

Eine Auseinandersetzung kann offenbleiben, wenn beide Normen zum gleichen Ergebnis kommen.⁶

¹ Herrmann, in: Gersdorf/Paal, BeckOK-InfoMedienR, 35. Ed. (01.02.2022), § 22 KunstUrhG Rn. 12.

² OVG Lüneburg NVwZ 2021, 659, Rn. 14; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057.

³ Specht-Riemenschneider, in: Dreier/Schulze, UrhG, 7. Aufl. (2022), § 22 KUG Rn. 16a.

⁴ DSGVO, Erwägungsgrund 153, <https://dsgvo-gesetz.de/erwaegungsgruende/nr-153/>.

⁵ Specht-Riemenschneider, in: Dreier/Schulze, UrhG, 7. Aufl. (2022), § 22 KUG Rn. 16a, Vorb. Rn. 2, 6; Kaiser, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 238. EL (September 2021), Vorb. Zu § 22 KUG Rn. 11a; ausführlich: Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057 (1061 f.).

⁶ So auch das LG Frankfurt Main, vom 13.09.2018 - 2-03 O 283/18, Rn. 29f.

Hinweis

Wegen des Anwendungsvorrangs müsste eigentlich die DS-GVO zuerst geprüft werden. Um den Meinungsstreit zu umgehen, vermeiden Gerichte eine strikte Trennung.⁷

3. Beurteilung im Einzelnen**a) Beschwerdebrief 1**

Der Bildnisbegriff setzt die Erkennbarkeit der abgebildeten Person voraus.⁸ Herr Niedermeier erklärt selbst, dass er nur eine unter vielen Ankömmlingen nicht zu erkennen ist, die anonymisiert bleiben möchten. Es liegt hier also kein Verstoß gegen das KunstUrhG vor. Personenbezogene Daten nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO liegen bei einem Foto vor, wenn die Person identifizierbar ist⁹, so dass auch nach der DS-GVO keine anderes Ergebnis erzielt wird.

Hinweis

Es sind also zwei Ebenen zu prüfen, ob überhaupt ein Bildnis (Brief 1) oder personenbezogene Daten vorliegen und ob eventuell Ausnahmen (folgende Briefe) vorliegen. Jedenfalls mussten die Bearbeiter schon davon ausgehen, dass es zwischen den Briefen Unterschiede in der Rechtsbewertung gibt.

b) Beschwerdebrief 5

Fraglich ist, ob es sich um ein Bildnis des Prof. Breitenberg handelt, weil er nicht persönlich fotografiert wurde, sondern das Bildnis eines Doppelgängers verwendet worden ist. Gerichte haben zu § 22 KunstUrhG entschieden, dass ein Bildnis einer Person vorliegen kann, wenn durch einen Doppelgänger der Eindruck erweckt wird, es handele sich um die prominente Person selbst. Die Ähnlichkeit kann sich dann aus bestimmten, diese Person kennzeichnende Merkmale ergeben, wie Körperhaltung, Größe, Frisur usw., wenn bei einem nicht unerheblichen Teil des Publikums ein entsprechender Eindruck erweckt wird.¹⁰ Innerhalb der DS-GVO kann nichts anderes gelten, wenn Gerichte ebenso auf die Identifizierbarkeit abstellen. Die Doppelgängerrechtsprechung betrifft zwar überwiegend prominente Personen, umfasst aber auch, wenn diese Personen in den bestimmten Personenkreisen, an die sich die Werbung auch richtet, bekannt sind. Es liegt uns derzeit nur das Foto des Doppelgängers vor, sodass nicht mit dem Original verglichen werden kann. Die Angaben im Beschwerdebrief als zutreffend unterstellt, spricht viel für ein Bildnis des Prof. Breitenberg.

Hinweis

Praktischer, aber nicht zwingend ist es, den Beschwerdebrief 5 hier abzarbeiten, weil es sich noch um die gleiche Problematik handelt, ob überhaupt ein Bildnis vorliegt.

c) Beschwerdebrief 2

Aufgrund der Identifizierbarkeit der Person mit klaren Gesichtszügen und sonstigen äußerlichen Merkmalen handelt es sich um

ein Bildnis, auch wenn es vielleicht absichtlich nicht sehr vorteilhaft ist. Es könnte jedoch eine Ausnahmegrund vorliegen. Nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 KunstUrhG dürfen ohne die nach § 22 KunstUrhG erforderliche Einwilligung Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft erscheinen, verbreitet und zur Schau gestellt werden. Das setzt voraus, dass die Aufnahme eine Örtlichkeit zeigt, ohne dass die gleichzeitige Personenabbildung im Vordergrund steht, die Person sich also zufällig in einer Umgebung befindet, die eigentlicher Gegenstand der Abbildung ist. Es darf also keine Personendarstellung bezweckt sein. Die Person muss hinter den eigentlichen Zweck der Abbildung, also hinter deren Hauptgegenstand, zurücktreten.¹¹ Bei der Bewertung entscheidet der Gesamteindruck der Abbildung.¹² Ist dagegen die Umgebung bloßes Rahmenwerk einer Personendarstellung oder ist die Person eindeutig aus der Anonymität herausgelöst, sodass sie aus der Sicht des Betrachters zum Blickfang wird.¹³ Herr Peters nimmt vielleicht 1/5 des Bildes ein, sodass quantitativ gegen die Annahme der Landschaft als Beiwerk spricht. Allerdings steht er zentriert im Bild. Das helle T-Shirt sticht klar aus dem im Übrigen recht monotonen grünen Hintergrund stark hervor und zieht durch die farbliche Gestaltung automatisch den Blick auf sich. Zudem ist der Landschaft selbst keine Besonderheit zu entnehmen, die den Blick des Betrachters aufnehmen könnte. Ein Ausnahmegrund liegt nicht vor.

Hinweis

Wenn schon ein Foto abgedruckt wird, legen die Aufgabensteller einen großen Wert auf die detaillierte Auseinandersetzung mit diesem Foto – anderenfalls würden sie sich die Kosten sparen.

Es greift keiner der in Art. 6 Abs. 1 lit a) bis f) DS-GVO genannten Rechtfertigungsgründe ein, weil auf dem Foto die Gesichtszüge eindeutig zu erkennen sind.

d) Beschwerdebrief 3

Das Foto könnte generell als Bild von einer öffentlichen Veranstaltung, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 KunstUrhG einwilligungsfrei sein, weil Herr Schneider auf ihnen als deren Teilnehmer abgebildet wird. Voraussetzung ist, dass der Vorgang in der Öffentlichkeit stattgefunden hat. Der Begriff ähnliche Vorgänge ist weit auszulegen und erfasst insbesondere Demonstrationen, Sportveranstaltungen, politische Versammlungen oder Karnevalssumzüge. Unter Versammlungen und Aufzüge fallen aber nur Menschenmengen, die eine solche Größe aufweisen, dass die einzelne Person sich nicht mehr aus ihnen hervorhebt. Eine Hochzeitsgesellschaft erfüllt beispielsweise diese Voraussetzungen nicht.¹⁴ Eine Gruppe von 13 Personen ist somit als nicht Öffentlichkeit zu verstehen, weil einzelne Personen noch individualisierbar sind.

Herr Schneider könnte aber in die Veröffentlichung eingewilligt haben. Wie weit die Einwilligung reicht, ist durch eine Auslegung seiner Erklärung anhand der Auslegungsregeln der §§ 133,

⁷ Vgl. BGH NJW 2021, 1311 (1314) - Urlaubslotto.

⁸ BGH NJW 1979, 2205 - Fußballtorwart; Herrmann, in: Gersdorf/Paal, BeckOK-InfoMedienR, 35. Ed. (01.02.2022), § 22 KunstUrhG Rn. 4.

⁹ OLG Köln, Urt. vom 17.12.2020, 15 U 37/20, Rn. 50 - Tina Turner.

¹⁰ OLG Köln, Urt. vom 17.12.2020, 15 U 37/20, Rn. 20 - Tina Turner (auch die Vorinstanz LG Köln ZUM-RD 2020, 293, 294 f.).

¹¹ Herrmann, in: Gersdorf/Paal, BeckOK-InfoMedienR, 35. Ed. (01.02.2022), § 22 KunstUrhG Rn. 21.

¹² BGH NJW 1979, 2205 (2206); OLG Oldenburg NJW 1989, 400 (401).

¹³ Specht, in: Dreier/Schulze, UrhG, 7. Aufl. (2022), § 23 KUG Rn. 36.

¹⁴ Herrmann, in: Gersdorf/Paal, BeckOK-InfoMedienR, 35. Ed. (01.02.2022), § 22 KunstUrhG Rn. 22.

157 BGB zu ermitteln.¹⁵ Aus dem Verhalten, sich bei der Aufnahme nicht zu entfernen und zu lächeln, kann schon eine konkludente Einwilligung entnommen werden, sodass eher die Reichweite der Einwilligung fraglich ist. Jedoch trägt Herr Schneider vor, er habe von einer Veröffentlichung auf den Internetseiten für das Institut nicht gewusst. Wer einer Aufnahme allgemein zustimmt, wird beispielsweise nicht ohne weiteres der Verwendung der Abbildung durch Dritte zu Werbezwecken zustimmen.¹⁶ Unser Mandant ist für die Einwilligung darlegungs- und beweisbelastet,¹⁷

Hinweis

Der Rechtscharakter der Einwilligung ist umstritten (Rechtsgeschäft vs. rechtsgeschäftsähnliche Handlung), wobei dies im Ergebnis nicht so relevant ist¹⁸. Prüfungskandidaten sollten den Streit im Hinterkopf behalten.

Art. 7 Abs. 1 DS-GVO verlangt eine Einwilligung des Betroffenen. Die Norm stellt an die Einwilligung höhere Anforderungen; so bedarf es einer eindeutig bestätigenden Handlung, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist¹⁹. Insofern kann aus dem Lächeln noch weniger eine Einwilligung für die Veröffentlichung entnommen werden. Jedenfalls liegt aber in dem Schreiben vom 24.9.2021 nach Art. 7 Abs. 3 1 DS-GVO ein wirksamer Widerruf.

e) Beschwerdebrief 4

Hanna Adams Einwilligung könnte durch die Annahme des Fachbuches nach § 22 S. 2 KunstUrhG als erteilt gelten bzw. ausdrücklich erteilt worden sein. Fraglich ist, ob die Einwilligung durch eine Minderjährige wirksam erteilt werden konnte. Nach der wohl mittlerweile überwiegenden Meinung von der „Theorie der Doppelzuständigkeit“ müssen bei einem einsichtsfähigen Minderjährigen kumulativ er und seine gesetzlichen Vertreter der Handlung zustimmen.²⁰ Anders dagegen stellt das OLG Karlsruhe darauf ab, ob der Minderjährige aufgrund seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag.²¹ Der Meinungsstreit ist bisher nicht endgültig entschieden, sodass ein Prozessrisiko bleibt. Da Hanna Adams noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet hat, ergeben sich aus Art. 8 DS-GVO keine anderen Rechtswertungen.

4. Prozessuale Fragen

a) Durchführung eines Einigungsversuches

Die Klage könnte unzulässig sein. Nach § 15a EGZPO dürfen die Länder in bestimmten Fällen die Durchführung eines Einigungsversuches als Zulässigkeitsvoraussetzung festlegen. Wird der Einigungsversuch nicht durchgeführt, ist die Klage unzulässig.²² Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Gesetz zur Ausführung von § 15 a des Ge-

setzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (Landesschlichtungsgesetz - LSchliG) ist die Erhebung der Klage erst zulässig, nachdem von einer Gütestelle nach § 3 versucht worden ist, eine Streitigkeit über Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre einvernehmlich beizulegen. Die in dieser Vorschrift, die § 15a Abs. 1 Nr. 3 EGZPO entspricht, geregelten Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre betreffen insbesondere Unterlassungsansprüche bei Beleidigungen und unwahren Tatsachenbehauptungen, Widerrufsansprüche bei unwahren Tatsachenbehauptungen und Ansprüche auf Schadensersatz.²³ Erfasst sind aber nur Ansprüche wegen Ehrverletzung, nicht aber sämtliche Ansprüche wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.²⁴ Die Klage ist daher grundsätzlich zulässig.

b) Rechtsfolgen des Löschens

Das Löschen der Fotos könnte das Prozesskostenrisiko minimieren und dabei eine rufschädigende mündliche Verhandlung vermieden werden.

Nach dem Löschen könnte ein eventueller Anspruch vorprozessual oder noch im Prozess anerkannt werden. Allerdings hat das Anerkenntnis auf die Kosten kaum Auswirkung. Hat nach § 93 ZPO der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt. Allerdings hat Herr Prof. Hannisch nicht auf die vorherige Aufforderung unter Setzung einer angemessenen Frist reagiert, sodass er zu den Kosten verpflichtet bleibt. Lediglich die Gerichtsgebühren mindern sich, § 3 GKG, Anlage 1 Kostenverzeichnis, Nr. 1211.

Nach dem Löschen könnten beide Seiten gemäß § 91 a Abs. 1 ZPO den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären; das Gericht entscheidet dann über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss. Hier würde ein Gericht mit hoher Wahrscheinlichkeit die gesamten Kosten auf unseren Mandanten verlagern.

Sollte Prof. Hannich nach der Löschung nichts erklären, kann die Gegenseite die sogen. einseitige Erledigung erklären. Er kann nunmehr die Feststellung verlangen, dass die ursprünglich zulässige und begründete Klage durch ein nachträglich eingetretenes Ereignis unbegründet wurde. Eine einseitige Erledigterklärung stellt eine Klageänderung dar, die nach § 263 ZPO sachdienlich bzw. nach anderer Auffassung nach § 264 Nr. 2 oder 3 ZPO stets zulässig ist. An der Kostentragung ändert sich dadurch nichts.

II. Praktische Erwägungen

Mit Ausnahme des ersten Beschwerdebriefes besteht ein hohes Prozessrisiko zulasten des Mandanten. Unabhängig von Rechtsfragen wäre ein Verfahren für die Reputation des Instituts hinderlich, sodass eine außergerichtliche Einigung mit möglichst

¹⁵ Frömming, NJW 1996, 958; Herrmann, in: Gersdorf/Paal, BeckOK-InfoMedienR, 35. Ed. (01.02.2022), § 22 KunstUrhG Rn. 14.

¹⁶ OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 1118.

¹⁷ LG Frankfurt am Main, vom 13.09.2018 - 2-03 O 283/18, Rn. 46.

¹⁸ Ohly, GRUR 2012, 983 (985); Engels, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg, BeckOK-Urheberrecht, 33. Ed. (15.01.2022), § 22 Rn. 29.

¹⁹ DSGVO, Erwägungsgrund 32, <https://dsgvo-gesetz.de/erwaegungsgruende/nr-32/>.

²⁰ Ohly GRUR 2012, 983 (992).

²¹ OLG Karlsruhe, Urteil vom 31.03.1983 - 4 U 179/81.

²² Gruber, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. (2020), § 15a EGZPO Rn. 4, derzeit unzulässig.

²³ BGH NJW 2008, 1662 f.; Gruber, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. (2020), § 15a EGZPO Rn. 34.

²⁴ BGH NJW 2008, 1662 f.; Gruber, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. (2020), § 15a EGZPO Rn. 34.

geräuschloser Verfahrensbeendigung gesucht werden sollte. Herr Prof. Hannich kann sich selbst nicht mehr genau erinnern, inwieweit die Beteiligten aufgeklärt und um Einwilligung gebeten worden sind, jedenfalls trägt er die Beweislast dafür.

B) Anwaltsschreiben



RECHTSANWALTSKANZLEI KIMMLICH

Rechtsanwalt Kimmlich | Manichstraße 15 • 24105 Kiel

Herrn
Anselm Hannich
Albrechtsweg 3
24105 Kiel

Rechtsanwalt Kimmlich
Manichstraße 15 • 24105 Kiel

Telefon: [...]

Telefax: [...]

E-Mail: [...]

Ihr Zeichen: -

Unser Zeichen: HA-21/2021

Datum: 23. Oktober 2021

Beschwerden Persönlichkeitsrecht

Sehr geehrter Herr Prof. Hannich,

anliegend finden Sie eine guterachterliche Stellungnahme zu den Beschwerdebriefen mit der Bitte um Kenntnisnahme.

Mit Ausnahme der Beschwerde Nr. 1 von Herrn Niedermeier besteht doch in allen Fällen ein hohes Risiko, dass ein Gericht ein Verstoß gegen § 22 I S. 1 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (KunstUrhG) sieht. Etwas hängt das natürlich auch von der persönlichen Bewertung eines Gerichtes ab. Beim Beschwerdebrief 5 kann ich nur die Angaben von Herrn Prof. Breitenberg übernehmen, weil mir ein Originalfoto fehlt. Sollte doch eine derart genannte Übereinstimmung bestehen, hätte Herr Prof. Breitenbergs Klage durchaus eine große Erfolgsaussicht. Bei der Bewertung der Abbildungen laut Beschwerdebrief 2 besteht ein gewisser Beurteilungsspielraum, ob nun die Person im Vordergrund steht.

Sollte ein Gericht einen generellen Anwendungsvorrang der DS-GVO sehen, wären die Erfolgsaussichten noch viel geringer.

Die Gegenseite durfte ohne Weiteres Klage erheben, weil Sie auf die Schreiben nicht reagiert haben. Eine Schlichtung nach dem Landesschlichtungsgesetz ist in diesem Rechtsstreit nicht vorher erforderlich. Auch wenn Sie die Fotos jetzt noch löschen, werden weitere Kosten entstehen.

Ich würde eine Einigung mit der Gegenseite auf außergerichtlichem Wege empfehlen, um den Streit möglichst ohne Aufsehen zu beseitigen.

Hinweis

Wichtig ist es für die Prüfung laut Aufgabenvermerk (und auch später in der Praxis) die vom Mandanten gestellten Fragen besonders zu beantworten, auch wenn sie vielleicht in rechtlicher Hinsicht nicht so bedeutend sind.

Mit freundlichen Grüßen

Kimmlich

RA Kimmlich

C) Hinweise und Schlussbemerkungen

In diesem etwas ungewohnten Rechtsgebiet mussten die Bearbeiter nur sauber unter das KunstUrhG und die DSGVO subsumieren, dabei die Besonderheiten der einzelnen Fälle jeweils herausarbeiten, ohne dass Spezialkenntnisse wirklich erforderlich waren. Den Beschwerdebriefen liegen tatsächliche Auseinandersetzungen zugrunde, früher waren Unternehmen weitaus weniger sensibilisiert im Umgang mit Fotos. Im derzeitigen Aufenthaltsland des Autors wird eine ähnliche gleichlautende Rechtsprechung praktisch ignoriert. Der Beschwerdebrief 5 bietet Anlass, die aktuelle Entscheidung des BGH und der Vorinstanzen zu Tina Turner (Tributeshows) zum Ausnahmetatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 KunstUrhG durchzuarbeiten.

► [Inhaltsverzeichnis](#)





KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

RECHTSPRECHUNG

STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Konkurrenzrechtliche Bewertung mehrerer Diebstahlshandlungen

Urteil vom 26. Mai 2021, Az.: 2 StR 439/20

Allein der Umstand, dass der Täter vorab den Entschluss zur Begehung einer Mehrzahl von Taten fasst und ein einheitliches Ziel verfolgt, kann weder die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit noch eine Tateinheit begründen, sofern sich die tatbestandsmäßigen Ausführungshandlungen nicht überschneiden.

(Leitsatz der Bearbeiterin)

A) Sachverhalt

I. Vorgeschichte

Der spielsüchtige A spielte seitdem er 18 ist an Geldspielautomaten. Er verbrauchte seine finanziellen Mittel, lieh sich Geld, bestahl seinen Vater und verspielte auch Geld, das er heimlich vom Konto seiner Freundin abgehoben hatte. Er arbeitete als Servicekraft in einer Spielothek O. Als er dort Assistent der Geschäftsleitung wurde, sah er eine Möglichkeit seine Spielsucht zu finanzieren. Er hatte nun im Tresor Zugriff auf die Bareinnahmen der Spielbank O. Rasch machte er sich mit den Vorgängen vertraut und bestimmte die „systemischen Schwachstellen“ bei der Erfassung, Kontrolle und Weiterleitung von Tageseinnahmen. Dabei erreichte die Spielsucht von A einen pathologischen Zustand. Er begann sodann regelmäßig eine andere Spielbank S zu besuchen. Die Möglichkeit eines hohen Gewinns in einer Spielbank sprach ihn besonders an. Er wollte zwar mit dem erhofften Gewinn seine Schulden „auf einen Schlag“ begleichen können. Allerdings ging es ihm hauptsächlich darum, seine Spielsucht zu befriedigen und sein Verlangen nach Glücksgefühlen zu stillen. Mit den Spielgewinnen holte A seinen Angehörigen und seiner Freundin teure Geschenke, erwarb Luxusgegenstände und beglich die Schulden auf seinem Girokonto.

II. Tatkomplex: Das Geschäft mit den Devisen

A entnahm Devisen aus dem Tresor der Spielothek O, um im der Spielbank S spielen zu können. Dabei hoffte er, die entnommenen Gelder durch Gewinne in den Tresor zurücklegen zu können. Der Tresor stellte für ihn eine nahezu unerschöpfliche Quelle dar. Trotz seiner zuvor gefassten Absicht, die entnommenen Geldbeträge mit seinen Gewinnen zurückzuzahlen, hielt er es für wahrscheinlich und nahm es in Kauf, dies nicht erreichen zu können. Zunächst nahm A 5.000,00 Schweizer Franken aus dem Tresor. Er tauschte die Devisen in ca. 4.100,00 EUR um. Da dieser Betrag die registrierungspflichtige Höhe von 2.500,00 EUR überschritt, wurde A bei dem Devisenumtausch namentlich erfasst. Er verspielte dieses Geld. Bei seinem weiteren Vorgehen vermied er die Überschreitung dieser Grenze. Insgesamt nahm er innerhalb mehrerer Monate Devisen im Gegenwert von ca. 280.000,00 EUR weg. Er verschleierte sein Vorgehen durch

falsche Angaben gegenüber seinen Mitarbeitern und durch Manipulation von Devisenaufstellungen.

Es konnte nicht festgestellt werden, durch wie viele Einzelhandlungen er die Devisen entnahm.

III. Tatkomplex: Die Safebags

Nachdem die Spielothek O ihr System der Devisenabrechnung änderte, musste A seine Vorgehensweise umstellen. Nun entschloss er sich Bargeld in EUR aus den Tageseinnahmen zu entnehmen. Er ging zwar weiterhin davon aus, die entnommenen Geldbeträge nach Spielgewinnen zurücklegen zu können. Schließlich gelang es ihm jedoch nicht.

Bei fünfzehn Gelegenheiten entnahm A Bargeld aus den sogenannten Safebags im Tresor der Spielbank O. Das aus Spielgewinnen zurückgeführtes Geld verpackte er in neue Safebags, die er entsprechend beschriftete.

In den beiden Tatkomplexen entwendete A zusammengerechnet Bargeld im Wert von ca. 1.800.000,00 EUR. Der Verlust der Spielbank O betrug nach Abzug der Rückführungen 1.100.000,00 EUR.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht hatte A wegen Diebstahl in zwei Fällen verurteilt. Auf Revision der Staatsanwaltschaft, der die Verletzung materiellen Rechts rügte, hob der Senat das Urteil, soweit es den Angeklagten betrifft, mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück.

C) Die Entscheidung des Senates

Hinweis

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird die Strafbarkeit des A in beiden Tatkomplexen zusammen geprüft.

I. Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 Abs. 1 Alt 1 StGB)

A könnte sich der Untreue nach § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er wiederholt Devisen und Bargeld aus dem Tresor der Spielbank O entnommen hat. Dafür müsste er eine Vermögensbetreuungspflicht innegehabt haben. A hatte zwar als Assistent der Geschäftsleitung faktisch Zugriff auf die Bargeldeinnahmen. Er musste aber die Vermögensinteressen der Spielbank O nicht betreuen. Er hatte vielmehr unselbständige Aufgaben inne. Daher lag Untreue „[...] nicht nahe, weshalb kein Erörterungsmangel vorliegt.“

II. Strafbarkeit wegen Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB)

Fraglich ist, ob A sich wegen Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat, indem er Devisen und später Bargeld aus dem Tresor der Spielbank O entnommen hat.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Dafür müsste er eine fremde bewegliche Sache einem anderen weggenommen haben. Bei dem Bargeld im Tresor handelte es sich um für A fremde bewegliche Sachen, weil sie nicht in seinem Eigentum standen. Wegnahme ist Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams gegen oder ohne Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers. Gewahrsam ist ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache, das vom Herrschaftswillen getragen ist. Das Vorliegen dieser Elemente richtet sich nach der natürlichen Auffassung des täglichen Lebens.¹ A war in der Spielothek O angestellt und hatte faktischen Zugriff auf das Bargeld im Tresor. Im Rahmen seiner unselbständigen Aufgaben hatte er nur einen untergeordneten Mitgewahrsam an dem Bargeld im Tresor. A hat also „den übergeordneten Gewahrsam der Spielbank O durch Wegnahme von Bargeld gebrochen“.

Damit hat er den objektiven Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich hinsichtlich sämtlicher Merkmale des objektiven Tatbestands. Fraglich ist, ob A das Bargeld in der Absicht sich rechtswidrig zuzueignen wegnahm.

Er müsste dafür zumindest mit bedingtem Enteignungsvorsatz handeln. Fraglich ist, ob der Wille des A das Bargeld möglicherweise zurückzulegen, eine Auswirkung auf den Enteignungsvorsatz hatte. A nahm es jedoch billigend in Kauf und hielt es für wahrscheinlich, dass er den Betrag nicht zurückzahlen kann. Schließlich gelang es ihm auch nicht den Gesamtbetrag zurückzulegen.

„Die Rückgabe von anderen als den zuvor weggenommenen Geldscheinen und Münzen lässt als Schadensminderung den zuvor beendeten Diebstahlstatbestand unberührt.“

Mithin handelte A jedenfalls mit bedingtem Enteignungsvorsatz. Ferner handelte er mit Aneignungsabsicht.

A hat den subjektiven Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft. Insbesondere war er nicht nach § 20 StGB schuldunfähig.

3. Strafzumessung

Das Regelbeispiel der gewerbsmäßigen Begehung nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB lag vor, weil A durch wiederholte Tatbegehung sich eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen wollte.

Die Fähigkeit des A, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, könnte aufgrund seiner „pathologischen Spielsucht“ nach § 21 StGB erheblich vermindert sein. In diesem Fall wäre er nur vermindert schuldfähig und die Milderung seiner Strafe würde in Betracht kommen.

Das Landgericht hat bei den gesamten Taten eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit angenommen und daher nicht den Strafraum des § 243 Abs. 1 StGB, sondern denjenigen des § 242 Abs. 1 StGB zu Grunde gelegt. Der Senat tritt der Wertung des Landgerichts entgegen. Zum einen verweist er allgemein auf die strengen Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB:

„Pathologisches Spielen stellt für sich genommen keine die Schuldfähigkeit erheblich einschränkende oder ausschließende krankhafte seelische Störung oder schwere andere seelische Störung im Sinne der §§ 20, 21 StGB dar; vielmehr kommt es auf den Grad und das Ausmaß psychopathologischer Symptome und deren konkrete Auswirkungen auf das Verhalten des Täters bei der Begehung der jeweiligen Tat an. Die Beurteilung erfordert konkretisierende und widerspruchsfreie Darlegungen dazu, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei der Begehung der konkreten Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der jeweiligen Tatsituation ausgewirkt hat. Maßgeblich ist bei einer Spielsucht, ob der Betroffene dadurch gravierende psychische Veränderungen in seiner Persönlichkeit erfährt, die in ihrem Schweregrad einer krankhaften seelischen Störung gleichwertig sind. Nur wenn eine Spielsucht diagnostiziert ist und zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt oder der Täter bei Beschaffungstaten unter starken Entzugserscheinungen gelitten hat, kann eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit im Sinne von § 21 StGB anzunehmen sein [...]“²

Zum anderen weist der Senat auf das konkret festgestellte planmäßige Vorgehen des A hin, das gegen eine Verminderung der Steuerungsfähigkeit gemäß § 21 StGB spricht:

„Der Angeklagte hat lange Zeit seine Arbeitstätigkeit ausgeführt, ohne aufzufallen. Dabei sprechen die genauen Tatvorbereitungen durch Analyse und Ausnutzung der „systemischen Schwächen“ im Betriebsablauf der Spielbank F. sowie die Komplexität der Ausführungshandlungen der Diebstähle indiziell gegen eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit [...]. Dieses Leistungsverhalten hat das Landgericht nicht erörtert.“

Danach hätte das Landgericht die konkreten Umstände umfassender prüfen müssen. Die Bejahung der verminderten Schuldfähigkeit bedarf nach dem Senat mehr als die Feststellung einer pathologischen Spielsucht.³

¹ Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 242, Rn. 22 ff.

² Mehr dazu: BGH, Urt. v. 25.09.2004, Az.: 5 StR 411/04.

³ Vgl, für einen Fall, bei dem § 21 StGB als naheliegend angesehen wurde: BGH, Urt. v. 13.03.2019, Az.: 1 StR 424/18.

A hat hier die erheblichen Geldgewinne nicht nur zum Spielen eingesetzt, sondern auch für teure Geschenke oder Einkäufe verwendet, was ebenfalls gegen eine völlige Einengung des Verhaltensspielraums auf das Glücksspiel spricht.⁴

Sollte das Tatgericht keine weiteren Feststellungen zur Spielsucht des A treffen können, wäre entsprechend der obigen Ausführungen die verminderte Schuldfähigkeit gemäß § 21 StGB zu verneinen. Der Strafraum des § 243 Abs. 1 StGB wäre anzuwenden.

4. Konkurrenzen

Fraglich ist, durch wie viele Handlungen A die Diebstähle begangen hat.

Hierzu hält der Senat zunächst abstrakt fest:

„Verletzt ‚dieselbe Handlung‘ mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt (§ 52 Abs. 1 StGB). Der Handlungsbegriff knüpft dabei vor allem an den Vollzug eines Verhaltens im natürlichen Sinn an, also praktisch an willensgesteuerte Körperbewegungen. Die Verknüpfung einer mehrfachen Tatbestandserfüllung zur Tateinheit ist gegebenenfalls in einer Überlagerung von mehreren Ausführungshandlungen zu sehen.“

Da A mehrfach Devisen und Bargeld aus dem Tresor der Spielbank O wegnahm, lagen grundsätzlich mehrere Handlungen vor. Indes hält der Senat drei Fallgruppen fest, bei denen ausnahmsweise mehrere Handlungen zu einer „natürlichen Handlungseinheit“ zusammengefasst werden können: die erste Fallgruppe ist diejenige, bei der

„[...] zwischen mehreren strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen ein solcher unmittelbarer Zusammenhang besteht, dass sich das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitlich zusammengefasstes Tun darstellt und die Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element miteinander verbunden sind. Eine weitere Fallgruppe des § 52 Abs. 1 StGB ist die tatbestandliche Handlungseinheit bei mehraktigen oder zusammengesetzten Delikten sowie bei Dauerdelikten. Darüber hinaus kann bei Delikten mit pauschalierenden Handlungsbeschreibungen oder fortlaufenden Tatbestandsverwirklichungen eine Tat im Rechtssinne vorliegen. Der Sache nach stellt auch die „Bewertungseinheit“ eine Zusammenfassung einer Mehrzahl natürlicher Handlungen zu einer Tat dar [...]. Dabei geht es regelmäßig um einen Tatbestand, der typischerweise im Gesetz in pauschalierender, weit gefasster und verschiedene natürliche Handlungen zusammenfassender Weise beschrieben ist und der dementsprechend trotz mehrerer – nicht wegen teilweisen Zusammenfallens von Tathandlungen oder wegen eines auch räumlich und zeitlich engen Zusammenhangs tateinheitlich verbundener – derartiger Handlungen als nur einmal erfüllt angesehen wird.“

Das Landgericht hat jeweils ein Fall des Diebstahls in den zwei Tatkomplexen angenommen. Es hat die beiden Tatkomplexe jeweils zu einer „Bewertungseinheit“ zusammengefasst. Dabei hat die Kammer darauf abgestellt, dass die Handlungen des A in den jeweiligen Tatkomplexen von einem „einheitlichen Stehwillen“ getragen gewesen sind. Im zweiten Tatkomplex seien „die vorgenommenen oder vorgetäuschten Rückführungen von Gelbeträgen miteinander so verzahnt, dass die Handlungen als eine Tat erscheinen“.

Diese konkurrenzrechtliche Wertung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung des Senats nicht stand. Der Diebstahl sei kein Delikt mit pauschalierenden Handlungsbeschreibungen oder fortlaufenden Tatbestandverwirklichungen. Vielmehr komme es beim Diebstahl konkurrenzrechtlich darauf an, ob eine natürliche Handlung oder mehrere Wegnahmehandlungen vorliegen. Erst im zweiten Schritt sollen mehrere Wegnahmehandlungen zu einer „Bewertungseinheit“ zusammengefasst werden können, wenn sie

„derart in einem engen, zeitlichen, räumlichen und situativen Zusammenhang stehen, dass sie sich objektiv als zusammengehöriges Tun darstellen, das gegebenenfalls auch auf einer einheitlichen Willensentschließung beruht.“

„Soweit [A] durch eine einzige Handlung eine Mehrzahl von Geldscheinen und Münzen weggenommen hat, liegt eine Tat vor, weil sie sich in einer natürlichen Handlung erschöpft.“ Nach Feststellungen des Landgerichts nahm A jedoch bei mehreren Gelegenheiten an verschiedenen Tagen Geldscheine und Münzen aus dem Tresor weg. Diesbezüglich fehlt es somit schon an einem engen zeitlichen und situativen Zusammenhang. Der Senat weist aber zusätzlich darauf hin, dass allein der Vorsatz mehrere Taten zu begehen zur Annahme von einer „Bewertungseinheit“ nicht ausreicht:

„Allein der Umstand, dass der Täter vorab den Entschluss zur Begehung einer Mehrzahl von Taten fasst und ein einheitliches Ziel verfolgt, kann weder die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit noch eine Tateinheit begründen, sofern sich die tatbestandsmäßigen Ausführungshandlungen nicht überschneiden.“

Abschließend hält der Senat fest, dass der Zweifelsgrundsatz (in dubio pro reo) die Annahme von einer Tateinheit ebenfalls nicht gebietet. Im Zweifel kann nur dann von einer Handlung ausgegangen werden, wenn

„sich das Gericht nach Gesamtwürdigung aller Tatsachen und Beweismittel nicht davon überzeugen kann, dass wenigstens im Sinne einer Mindestfeststellung eine Zahl von Einzeltaten bestimmt werden kann.“

Hier habe das Landgericht im zweiten Tatkomplex mehrere Handlungen dargestellt, die als Tatmehrheit zu bewerten sind, weil sie zeitlich auseinander lagen. Im ersten Tatkomplex habe es bereits die Möglichkeit, im Sinne von Mindestfeststellungen eine Handlungsmehrheit festzustellen, nicht in Betracht gezogen. Zumindest sei die erste Wegnahme von 5.000,00 Schweizer

⁴ Für das Kriterium der „völligen Einengung des Verhaltensspielraums auf das Glücksspiel“: BGH, Urt. v. 07.09.2013, Az.: 5 StR 377/13.

Franken als solche festgestellt, sodass mindestens zwei Handlungen anzunehmen wären.

Mithin hat A nach den bisherigen Feststellungen mindestens 17 Diebstähle (zwei Diebstähle im ersten Tatkomplex und 15 Diebstähle im zweiten Tatkomplex) begangen, die zueinander in Tateinheit stehen.

5. Ergebnis

A hat sich wegen gewerbsmäßigem Diebstahl in 17 Fällen gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 53 StGB strafbar gemacht.

Abschließende Hinweise zur Entscheidung

Die Entscheidung eignet sich gut für die Wiederholung von Konkurrenzen im Strafrecht. Mit ihr kann das diesbezügliche Wissen wiederholt und vertieft werden. Ferner führen die Ausführungen zur §§ 20, 21 StGB die strengen Voraussetzungen der verminderten Schuldfähigkeit wieder vor Augen.

Leyla Beyza Keles

Rechtsreferendarin

Oberlandesgericht Karlsruhe

z. Zt.: Anwaltsstation II

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Verpflichtung eines Staates zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften

Urteil vom 13. Juli 2021, Az.: 40792/10 [u.a.] – Fedotova and Others v. Russia

1. Ein Mitgliedsstaat kann aus Art. 8 EMRK verpflichtet sein, Maßnahmen einzuführen, die dazu bestimmt sind, die Achtung des Privat- und Familienlebens auch in der Sphäre der Beziehungen zwischen zwei Individuen sicherzustellen. (Rn. 44)

2. Dem Mitgliedsstaat hat im Falle einer grundrechtlichen Schutzpflicht zwar einen gewissen Ermessensspielraum dabei, wie er der Verpflichtung nachkommt, allerdings ist dieser stark eingeschränkt, wenn es um den Schutz besonders wichtiger Facetten der Existenz oder Identität eines Individuums geht. (Rn. 47)

3. Gleichgeschlechtliche Paare sind genauso imstande eine feste Beziehung einzugehen, wie verschiedengeschlechtliche Paare. Sie befinden sich in einer recht ähnlichen Situation, wenn es um das Bedürfnis nach rechtlicher Anerkennung und Schutz ihrer Beziehungen geht. (Rn. 48)

4. Zwar ist bei Annahme einer grundrechtlichen Schutzpflicht die Auswirkung auf die Bevölkerung als Ganzes zu berücksichtigen, allerdings spielt es keine Rolle, ob die Mehrheit der Gesellschaft es gutheißt, dass einer Minderheit die Ausübung bestimmter Grundrechte nicht zusteht. (Rn. 53)

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt*

Der Fall betrifft drei gleichgeschlechtliche Paare, welche im Jahre 2009 die Anerkennung ihrer jeweiligen Partnerschaften durch den russischen Staat beehrten. Zu diesem Zwecke setzten sie die für Eheschließungen zuständige Stelle über ihre Intention, zu heiraten („заявление о вступление в брак“), in Kenntnis. In allen Fällen wurde eine Eheschließung jedoch mit Verweis auf das geltende russische Familienrecht abgelehnt, welches die Ehe als „Freiwilligen ehelichen Zusammenschluss zwischen einem Mann und einer Frau“¹ definiert.²

B) Verfahrensgang

Alle drei Paare beschritten den gegen die Entscheidung zulässigen nationalen Rechtsweg, wo sie indes erneut darauf hingewiesen wurden, dass die fehlende Geschlechterverschiedenheit eine Eheschließung unmöglich mache. Hiergegen brachten sie vor, dass weder das russische Familienrecht noch die Verfassung einer gleichgeschlechtlichen Ehe ausdrücklich entgegenstünden. So gebe es ausdrücklich normierte Eheverbote, welche den Fall einer gleichgeschlechtlichen Ehe aber nicht erfassten.³ Darüber hinaus kenne das russische Recht keine andere Form der rechtlich anerkannten Familiengemeinschaft, wie etwa eine Lebenspartnerschaft.⁴ Paare, die die rechtliche Anerkennung ihrer Beziehung begehren, sind daher auf die Eheschließung angewiesen. Hierzu sei der Staat auch völkerrechtlich angehalten, denn auf Grundlage geltender internationaler Verpflichtungen müsse er jede Form von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung untersagen und gleichzeitig das Privat- und Familienleben seiner Bürger zu achten.⁵

Die Argumente stießen vor den verschiedenen angerufenen Gerichten jedoch auf taube Ohren. Zwar gestand man den Klägern zu, dass jeder Antrag auf Eheschließung von der zuständigen Stelle zumindest geprüft werden müsse, da eine entsprechende Weigerung andernfalls zur formellen Rechtswidrigkeit der Ablehnung führe.⁶ In materieller Hinsicht allerdings sei eine gleichgeschlechtliche Ehe mit den nationalen und religiösen Traditionen Russlands nicht zu vereinbaren. Sie widerspreche grundlegend dem Verständnis der Ehe als biologische Vereinigung zwischen Mann und Frau, der staatlichen Schutzpflicht gegenüber der Familie, der Mutterschaft und dem Kindeswohl und dem Verbot der Förderung von Homosexualität.⁷

Auch – so die Gerichte – haben die entsprechenden Formulare lediglich Pflichtfelder für „ihn“ und „sie“, können also von zwei Frauen oder zwei Männern von vornherein nicht genutzt werden.⁸ Auch im Völkerrecht oder der russischen Verfassung gebe es kein Gebot „gleichgeschlechtliche Partnerschaften zu fördern oder sie zu unterstützen“.⁹

* Der Autor dankt Herrn Jan Rosenstein für die kritische Durchsicht des Manuskriptes und seine hilfreichen Hinweise und Anmerkungen.

¹ Vgl. Art. 1 Abs. 3 des russischen Familiengesetzbuches: „Регулирование семейных отношений осуществляется в соответствии с принципами добровольности брачного союза мужчины и женщины [...]“

² EGMR, Urt. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] – Fedotova and Others v. Russia, Rn. 5

³ Ibid., Rn. 11 und Rn. 14

⁴ Ibid., Rn. 16

⁵ Ibid., Rn. 14

⁶ Ibid., Rn. 15 und Rn. 20.

⁷ Ibid., Rn. 15.

⁸ Ibid., Rn. 10.

⁹ Ibid., Rn. 10.

Die entsprechenden Klagen wurden dementsprechend letztinstanzlich mit den Hinweisen abgeschmettert, dass ein fehlendes ausdrückliches Verbot keineswegs eine (implizite) Erlaubnis der entsprechenden Handlung zur Folge habe und es sich bei dem Vorbringen der Paare um nichts weiter handele, als deren Meinung, welche diese sich auf Grundlage einer falschen Interpretation des Familienrechts und der nationalen Traditionen gebildet hätten.¹⁰

Durch die letztinstanzlichen Entscheidungen der russischen Gerichte sehen die drei Paare u.a. ihr Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) verletzt.¹¹ Sie wandten sich daher im Jahre 2010 im Wege einer **Individualbeschwerde** (Art. 34 EMRK) an den **Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)**, welcher die Verfahren aufgrund der sich ähnelnden Materie zur gemeinsamen Entscheidung verband (Art. 42 Verfo EGMR¹²).¹³

C) Die Entscheidung der Kammer

Die Entscheidung erging in **Kammerbesetzung** (vgl. Art. 26 Abs. 1 EMRK) unter dem Vorsitz des belgischen Richters *Lemmens*.¹⁴

I. Juristische Bestandsaufnahme

Bevor die Kammer jedoch zur Sachentscheidung übergehen konnte, war eine Bestandsaufnahme, des relevanten nationalen Rechts und seiner Anwendung sowie der möglicherweise einschlägigen internationalen Rechtsakte vonnöten.

1. Recht und Rechtsprechung in Russland

Der Blick in die russische **Verfassung**¹⁵ offenbart eine Kollisionsregel zugunsten völkerrechtlicher Vereinbarungen (Art. 15 Abs. 4),¹⁶ sowie eine allgemeine Handlungsfreiheit samt Schrankenregel, dass diese dort ende, wo der Rechtskreis anderer beginnt (Art. 17 Abs. 1 und 3).¹⁷ Auch statuiert die Verfassung einen allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 19 Abs. 1)¹⁸ mit Diskriminierungsverboten für bestimmte Merkmale (Art. 19 Abs. 2):

„Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. [...]“

„Der Staat garantiert die Gleichheit der Rechte und Freiheiten des Menschen und Bürgers unabhängig von Geschlecht, Rasse, Nationalität, Sprache, Herkunft, Vermögensverhältnissen und Amtsstellung, Wohnort, Einstellung zur Religion, Überzeugungen, Zugehörigkeit zu gesellschaftlichen Vereinigungen oder auch von anderen Umständen. [...]“

¹⁰ Ibid., Rn. 12, Rn. 17 und Rn. 21.

¹¹ Auf die Darstellung der darüberhinausgehenden Rüge einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes (hier Art. 8 EMRK iVm. Art. 14 EMRK) wird hier verzichtet.

¹² Abrufbar auf der Seite des Gerichtshofes:

► https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

¹³ Einzelheiten zum Verfahren vor dem EGMR bei *Sebastian*, JSE 2017, 269 f. und ders., GRUR Int. 2013, 524 (525 f.) jeweils mwN.

¹⁴ Weiterführend zur Organisation des Gerichtshofes: Meyer-Ladewig/von Raumer, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage (2017), Einl. Rn. 40 ff.

¹⁵ Die Verfassung selbst ist online einsehbar in ►russischer, ►englischer, ►französischer und ►deutscher Sprache.

¹⁶ „[...] Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass zwar eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts („Пол“) verboten ist, die Sexualität („сексуальность“) jedoch keine Ausdrückliche Erwähnung findet und es verfehlt schiene, diese den (persönlichen) Überzeugungen („убеждений“) zu subsumieren. Ferner wurde die Zuständigkeitsregelung in Art. 72 der Verfassung am 14. März 2020 um folgenden Passus ergänzt:

1. В совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации находятся:
[...]
ж.1) [...] ; защита института брака как союза мужчины и женщины;
[...].

1. Zur gemeinsamen Zuständigkeit der Rußländischen Föderation und der Subjekte der Rußländischen Föderation gehören:
[...]
g.1) [...] ; Verteidigung des Instituts der Ehe als Gemeinschaft von Mann und Frau; [...].

Dieses Eheverständnis setzt sich im **einfachen Recht**¹⁹ und dessen Anwendung fort. So wird die Geschlechterverschiedenheit in Art. 1 Abs. 3 und 12 Abs. 1 des russischen Familiengesetzbuches ausdrücklich erwähnt, auch wenn sie in der Tat in den Eheverboten („*Обстоятельства, препятствующие заключению брака*“) in Art. 14 nicht zu finden ist.

Aus der **russischen Rechtsprechung** ist die Murzin-Entscheidung²⁰ des russischen Verfassungsgerichts (Конституционный Суд Российской Федерации) aus dem Jahre 2006 relevant für den Fall. Dort wurde die Verfassungswidrigkeit des einfachgesetzlichen Erfordernisses der Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner gerügt, allerdings mit vorhersehbarem Ausgang. So wies das Gericht darauf hin, dass es der Hauptzweck des Schutzes der Familie sei, Kinder hervorzubringen, was eine biologische Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner notwendig mache. Dem Staat obliege es insofern weder aufgrund der Verfassung noch aufgrund internationaler Abkommen, gleichgeschlechtliche Partnerschaften zu „*unterstützen oder anzuerkennen*“²¹. Ferner wies das Gericht mit Verweis auf Art. 23 IPbPR darauf hin, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner auch im Internationalen Recht Niederschlag gefunden habe:

Art. 23 IPbPR

(1) Die Familie ist die natürliche Kernzelle der Gesellschaft und hat Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat.

(2) Das Recht von Mann und Frau, im heiratsfähigen Alter eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, wird anerkannt.

[...]

правила международного договора.“/„[...] Legt ein völkerrechtlicher Vertrag der Rußländischen Föderation andere Regeln fest als die gesetzlich vorgesehenen, so werden die Regeln des völkerrechtlichen Vertrages angewandt.“

¹⁷ „Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц.“/„Die Wahrnehmung der Rechte und Freiheiten des Menschen und Bürgers darf die Rechte und Freiheiten anderer Personen nicht verletzen.“

¹⁸ „Все равны перед законом и судом.“/„Alle sind vor dem Gesetz und vor dem Gericht gleich.“

¹⁹ EGMR, Urt. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and others v. Russia, Rn. 24

²⁰ Im Urteil wiedergegeben bei Ibid., Rn. 25.

²¹ Ibid.

2. Internationale Rechtsakte

Aus dem Internationalen Recht ist die sog. PACE²² Resolution 2239 (2018)²³ des Europarates von Bedeutung. Sie fordert alle Mitgliedsstaaten auf,

4.3. align their constitutional, legislative and regulatory provisions and policies with respect to same-sex partners with the case law of the European Court of Human Rights in this field, and accordingly:

4.3.1. ensure that same-sex partners have available to them a specific legal framework providing for the recognition and protection of their unions;

4.3.2. grant equal rights to same-sex couples and heterosexual couples as regards succession to a tenancy;

4.3.3. ensure that cohabiting same-sex partners, whatever the legal status of their partnership, qualify as dependants for the purposes of health insurance cover;

4.3.4. when dealing with applications for residence permits for the purposes of family reunification, ensure that, if same-sex couples are not able to marry, there is some other way for a foreign same-sex partner to qualify for a residence permit; [...]

4.3. ihre Regelungen in Verfassung, Gesetzen und Verwaltungsvorschriften in Bezug auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften dem Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in diesem Bereich anzupassen und dementsprechend:

4.3.1. sicherzustellen, dass gleichgeschlechtlichen Partnern ein spezifisches rechtliches Instrumentarium zur Verfügung steht, welches die rechtliche Anerkennung und den Schutz ihrer Beziehung ermöglicht.

4.3.2. Gleich- und Verschiedengeschlechtliche Paare im Hinblick auf Rechtsnachfolge in ein Mietverhältnis dieselben Rechte zuzugestehen.

4.3.3. Sicherzustellen, dass zusammenlebende gleichgeschlechtliche Partner – unabhängig vom rechtlichen Status ihrer Beziehung – als Familienangehörige im Sinne des Krankenversicherungsrechts gelten.

4.3.4. im Verfahren betreffend Aufenthaltstitel für eine Familienzusammenführung sicherzustellen, dass – sollten gleichgeschlechtliche Paare nicht in der Lage sein, zu heiraten – eine andere rechtliche Handhabe für den ausländischen gleichgeschlechtlichen Partner besteht, einen Aufenthaltstitel zu erhalten.

Ferner stellte die European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) in ihrem Bericht über Russland vom 5. März 2019²⁴ fest, dass den russischen Verantwortlichen empfohlen werde, gleichgeschlechtlichen Paaren eine Möglichkeit zu eröffnen, ihre Beziehung – frei von jeder Diskriminierung – rechtlich anerkennen und schützen zu lassen.²⁵

²² PACE steht für „Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation“

²³ <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp>.

²⁴ Abzurufen unter: <https://rm.coe.int/fifth-report-on-the-russian-ferderation/1680934a91>.

²⁵ ECRI, Report on the Russian Federation (fifth monitoring cycle), S. 37 (Nr. 117).

²⁶ Abzurufen unter: <https://rm.coe.int/ecri-factsheet-lgbti-issues/1680a1960a>.

²⁷ ECRI, Factsheet on LGBTI issues, S. 5 (Nr. 6): „The authorities should provide a legal framework that allows same-sex couples to have their relationship formally and legally recognised and protected, without discrimination of any kind, in order to address the practical problems related to the social reality in which they live.“

²⁸ Eine etwas ausführlicher Auseinandersetzung findet sich in EGMR, Urte. v. 14.12.2017, Nr. 26431/13 [u.a.] – Orlandi and Others v. Italy, Rn. 110 ff., wo bei Rn. 113 auch etwas auf die Gründe für die Ablehnung einer (rechtlichen) Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften eingegangen wird:

Am 1. März 2021 veröffentlichte die ECRI zudem ihr Factsheet on LGBTI issues,²⁶ in welchem der Forderung nach rechtlicher Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in den Konventionsstaaten noch einmal Nachdruck verliehen wurde, um so „praktische Probleme bezüglich der sozialen Realität in welcher [gleichgeschlechtliche Paare] leben“ anzugehen.²⁷

3. Rechtsvergleichung

Die Ausführungen zur Rechtsvergleichung fallen recht knapp aus.²⁸ Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass von den – zum Zeitpunkt der Entscheidung – 47 Mitgliedsstaaten des Europarates 16 die rechtlichen Voraussetzungen für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen haben, eine Ehe einzugehen.²⁹ Zusätzlich besteht in 14 Mitgliedsstaaten die Möglichkeit eine Art rechtlich anerkannter eingetragener Lebenspartnerschaft (civil union) einzugehen.³⁰

II. Das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

Auch die Verfahrensbeteiligten bekamen die Gelegenheit, ihre Positionen vor dem Gerichtshof noch einmal zu begründen.

1. Die russische Regierung

Die russische Regierung führte zur Verteidigung der Entscheidung ihrer nationalen Behörden und Gerichte an, dass der besondere Schutz der Familie durch den russischen Staat eine andere Entscheidung unmöglich machte.³¹ Zudem wurde der Verweis auf den historisch gewachsenen Ehebegriff und die russischen Traditionen noch einmal wiederholt und darauf hingewiesen, dass kein europäischer Konsens hinsichtlich der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften ersichtlich sei.³² Die entsprechende Entscheidung sei daher den Mitgliedsstaaten selbst zu überlassen. Darüber hinaus würde das formale Anerkennen gleichgeschlechtlicher Partnerschaften durch den Staat

„[...] be contrary to the crucial principle of protecting minors from promoting homosexuality [which] may harm their health, morals and create in them a distorted image of the social equivalence of traditional and non-traditional marital relations.“³³

„[...] dem bedeuten Grundsatz widersprechen, Minderjährige vor der Förderung von Homosexualität zu schützen[, was] ihre Gesundheit und Moral schädigen und in ihnen ein verzerrtes Bild der sozialen Äquivalenz von traditionellen und nicht-traditionellen ehelichen Beziehungen vermitteln könnte.“

Schließlich wird die Studie eines Russischen Meinungsforschungsinstituts (ВЦИОМ³⁴) ins Feld geführt,³⁵ der zufolge 15%

„[...] some member States base their position on the legal definition of marriage as a union between a man and a woman only, and some States go further and rely on grounds of public order, tradition and procreation.“

²⁹ Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Irland, Island, Luxemburg, Malta, die Niederlande, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien, und das Vereinigte Königreich.

³⁰ Andorra, Estland, Griechenland, Italien, Kroatien, Liechtenstein, Monaco, Montenegro, San Marino, die Schweiz, Slowenien, Tschechien, Ungarn, und Zypern.

³¹ EGMR, Urte. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] – Fedotova and Others v. Russia, Rn. 32

³² Ibid., Rn. 33

³³ Ibid., Rn. 34

³⁴ <https://wciom.ru/>.

³⁵ EGMR, Urte. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] – Fedotova and Others v. Russia, Rn. 35; Das Ergebnis der Befragung kann (in russischer Sprache) unter <https://wciom.ru/analytical-reviews/analiticheskii-obzor/odnopolnye-braki-za-i-protiv> eingesehen werden.

der russischen Bevölkerung homosexuelle Personen als „normale Menschen“ betrachteten, den persönlichen Kontakt mit ihnen aber vermieden,³⁶ 20% Homosexualität für eine Krankheit³⁷ und 15% sie für eine „soziale Krankheit“³⁸ hielten und 20% der Ansicht waren, dass homosexuelle Personen gefährlich seien und aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden müssten³⁹. Derselben Studie könne zudem entnommen werden, dass 80% der Befragten im Jahre 2015 die Anerkennung einer gleichgeschlechtlichen Ehe ablehnten, während dies im Jahre 1995 lediglich 38% taten.

Die Regierung schloss ihren Vortrag mit der Feststellung, dass das Fehlen der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften, homosexuelle Personen nicht ihrer Rechte und Freiheiten beraube.⁴⁰

2. Die Beschwerdeführer

Die Beschwerdeführer sehen in der zunehmenden Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe sowie der Möglichkeit, eingetragene Lebenspartnerschaften einzugehen, durchaus das Aufkommen eines „Europäischen Konsens“ in der Frage der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften und geben zu bedenken, dass der von der russischen Regierung geforderte nationale Einschätzungsspielraum niemals so weit gehen dürfe, dass das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens einer gesamten Gruppe von Menschen ausgehöhlt werde.⁴¹ Die russische Gesetzgebung – insbesondere das Verbot der „Förderung von Homosexualität“⁴² – beruhe letztlich auf nichts anderem als Stereotypen und Vorurteilen, die es zu überkommen gelte und die den Gerichtshof bereits in anderen Entscheidungen nicht überzeugt hätten.⁴³ Schließlich sei auch die Aussage, dass aus der fehlenden Anerkennung keine Einschränkung staatsbürgerlicher Rechte folge, falsch, da ohne eine solche auch der Zugang zu bestimmten Krediten – insbesondere solchen für den Hauskauf – verwehrt sei, der Partner nicht im Krankenhaus besucht werden könne, eine Adoption unnötig erschwert sei und auch im Strafprozess kein Aussageverweigerungsrecht zugunsten des Partners bestehe.⁴⁴

³⁶ „Гомосексуалисты, конечно, нормальные люди, но общаться с ними мне лично не хочется“.

³⁷ „Это больные люди, которым нужна медицинская помощь“.

³⁸ „Гомосексуализм – социальная болезнь, и лечить надо само общество“.

³⁹ „Гомосексуалисты – опасные люди, их следует изолировать от общества“.

⁴⁰ EGMR, Urte. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 36.

⁴¹ Ibid., Rn. 38.

⁴² Bundesgesetz vom 29. Juni 2013 Nr. 135-ФЗ [...] über den Schutz der Kinder vor Informationen, die ihrer Gesundheit und Entwicklung schaden und sonstige Regelungen der Russischen Föderation mit dem Ziel des Schutzes der Kinder vor Propagandainformationen, die traditionelle Familienwerte ablehnen. / Федеральный закон от 29 июня 2013 г. N 135-ФЗ [...] О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию и отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях защиты детей от информации, пропагандирующей отрицание традиционных семейных ценностей. Abrufbar bspw. unter <https://base.garant.ru/70403756/>.

⁴³ EGMR, Urte. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 38 f. mit Verweis auf EGMR, Urte. v. 21.10.2010, Nr. 4916/07 [u.a.] - Alekseyev v. Russia, Rn. 62, wo es um das Verbot von „gay pride“-Paraden in Russland ging.

⁴⁴ EGMR, Urte. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 40.

III. Die Verletzung von Art. 8 EMRK

In der Sache geht es sodann um eine Verletzung von Art. 8 EMRK, welche voraussetzt, dass durch die Weigerung der russischen Behörden, die Beziehungen der Beschwerdeführer rechtlich anzuerkennen, in den Schutzbereich der Garantie eingegriffen wurde und dass diese Beeinträchtigung nicht durch die in der Konvention normierten Schranken gerechtfertigt ist.⁴⁵

1. Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Art. 8 EMRK schützt mit Privat- und Familienleben sowie Wohnung und Korrespondenz gleich vier sich überschneidende Lebensbereiche und garantiert damit einen umfassenden Freiheitsraum des Einzelnen, in welchem dieser seine Persönlichkeit frei entfalten kann.⁴⁶ Der Regelungsgehalt der Garantie ist jedoch nicht auf die Abwehr willkürlicher Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die umschriebene Freiheitssphäre beschränkt, sondern kann auch eine positive Verpflichtung des Staates begründen, dafür zu sorgen, dass die Ausübung des geschützten Verhaltens tatsächlich und rechtlich möglich ist.⁴⁷ Zur Reichweite einer solchen Verpflichtung schreibt der Gerichtshof⁴⁸:

„These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private or family life even in the sphere of the relations of individuals between themselves [...],⁴⁹ including positive obligations to establish a legal framework guaranteeing the effective enjoyment of the rights guaranteed by Article 8 of the Convention [...].“⁵⁰

The notion of “respect” is not clear-cut, especially as far as positive obligations are concerned: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion’s requirements will vary considerably from case to case [...].⁵¹ Nonetheless, certain factors have

„Diese Verpflichtungen können das Einführen von Maßnahmen nötig machen, die dazu bestimmt sind, die Achtung des Privat- und Familienlebens auch in der Sphäre der Beziehungen zwischen zwei Individuen sicherzustellen. Das schließt die Schaffung eines Rechtsrahmens ein, der den Genuss der in Art. 8 EMRK umschriebenen Rechte effektiv garantiert.“

Der Begriff der „Achtung“ ist dabei nicht eindeutig. Insbesondere nicht insoweit damit positive Schutzpflichten beschrieben werden sollen: Unter Berücksichtigung der Vielfalt an denkbaren Bräuchen und Sitten und den Verhältnissen in den Mitgliedsstaaten, variieren auch die Anforderungen von Fall zu

⁴⁵ Weiterführend zur Grundrechtsprüfung im Konventionsrecht: Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage (2021), § 18 mwN.

⁴⁶ Im Einzelnen Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention (2009), Art. 8 Rn. 1 und Harris/O’Boyle/Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 3. Auflage (2014), S. 522.

⁴⁷ Rn. 44: „positive obligations to ensure effective respect for the rights protected by Article 8“. Zuvor bereits festgestellt in: EGMR, Urte. v. 26.03.1985, Nr. 8978/80 - X and Y v. the Netherlands, Rn. 23 (Effektives Beschwerderecht eines Elternteils im Falle eines Sexualdelikts zulasten des Kindes); Urte. v. 3.11.2011, Nr. 57813/00 - S.H. and Others v. Austria, Rn. 87 (Recht auf in vitro Fertilisation); Urte. v. 6.12.2007, Nr. 39388/05 - Maumousseau and Washington v. France (Effektiver Rechtsschutz in Sorgerrechtssachen), Rn. 83; Urte. v. 20.11.2013, Nr. 5786/08 - Söderman v. Sweden, Rn. 78 (Schutz der Privatsphäre vor Bildaufnahmen); Urte. v. 13.07.2014, Nr. 37359/09 - Hämäläinen v. Finland, Rn. 62 (Anerkennen einer geänderten Geschlechtsidentität).

⁴⁸ EGMR, Urte. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and others v. Russia, Rn. 44 f.

⁴⁹ EGMR, Urte. v. 3.11.2011, Nr. 57813/00 - S.H. and Others v. Austria, Rn. 87; Urte. v. 20.11.2013, Nr. 5786/08 - Söderman v. Sweden, Rn. 78

⁵⁰ EGMR, Urte. v. 21.07.2015, Nr. 18766/11 [u.a.] - Oliari and Others v. Italy, Rn. 185.

⁵¹ EGMR, Urte. v. 11.07.2002, Nr. 28957/95 - Christine Goodwin v. the United Kingdom, Rn. 72.

been considered relevant for the assessment of the content of those positive obligations on States [...].⁵²

Fall beträchtlich. Nichtsdestotrotz haben sich bestimmte Faktoren als relevante herauskristallisiert, wenn es um die Beurteilung des Inhaltes einer positiven staatlichen Schutzpflicht geht.“

Als zu berücksichtigende Faktoren bei der Ausgestaltung einer staatlichen Schutzpflicht gegenüber gleichgeschlechtlichen Paaren arbeitet der Gerichtshof sodann die folgenden heraus⁵³:

“[T]he impact on an applicant of a situation where there is discordance between social reality and the law [...].⁵⁴”

„Die Auswirkung auf die Antragssteller, welche in einer Situation leben müssen, in welcher es eine Diskrepanz zwischen sozialer Wirklichkeit und geltendem Recht gibt.“

“[T]he impact of the alleged positive obligation at stake on the State concerned. [...] whether the alleged obligation is narrow and precise or broad and indeterminate⁵⁵ [...]”

„Die Auswirkungen, die die Annahme einer positiven Schutzpflicht auf den betroffenen Mitgliedsstaat haben wird. Insbesondere, ob sie klar und präzise ist oder weit und unbestimmt.“

“The extent of any burden the obligation would impose on the State [...].⁵⁶”

„Der Umfang einer jeder Belastung, welche eine solche Verpflichtung einem Staat auferlegen würde.“

Was die Anwendung der Prinzipien auf den konkreten Fall angeht, so stellt der Gerichtshof klar, dass es keinen wesentlichen Unterschied zwischen positiver Schutzpflicht und negativem Abwehrrecht gibt. Es müsse vielmehr in beiden Fällen ein angemessener Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen gefunden und die Schrankenregelung in Art. 8 Abs. 2 EMRK berücksichtigt werden.⁵⁷ Sollte der Gerichtshof zu der Überzeugung gelangen, dass Art. 8 EMRK dem Staat hier eine entsprechende Verpflichtung auferlegt, so hätte dieser bei der Implementation einen gewissen Beurteilungsspielraum („margin of appreciation“⁵⁸). Doch auch wenn hinsichtlich des Umfangs eines solchen viele Faktoren zu berücksichtigen sind, weist der Gerichtshof auch darauf hin, dass im Kontext des von Art. 8 EMRK geschützten Privatlebens, wenn es besonders wichtige Facetten der Existenz oder Identität eines Individuums geht, der Beurteilungsspielraum lediglich ein enger ist.⁵⁹

Zum Verhältnis gleich- und verschiedengeschlechtlicher Paare in der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes führt dieser nur knapp aus⁶⁰:

“[T]hey are just as capable as different-sex couples of entering into committed relationships. They are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for formal acknowledgment and protection of their relationship [...].⁶¹”

„Sie sind genauso imstande eine feste Beziehung einzugehen, wie verschiedengeschlechtliche Paare. Sie befinden sich in einer recht ähnlichen Situation wie verschiedengeschlechtliche Paare, wenn es um das Bedürfnis nach rechtlicher Anerkennung und Schutz ihrer Beziehungen geht.“

2. Die Pflicht zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften

Gleich zu Beginn der Ausführungen zur konkreten Rechtsverletzung stellt der Gerichtshof klar, dass die Konvention zwar das Privat- und Familienleben schütze, hieraus aber keineswegs die Pflicht zur rechtlichen Gleichstellung der gleich- und der verschiedengeschlechtlichen Ehe folge; der Staat ist lediglich dazu angehalten, die Interessen gleichgeschlechtlicher Paare und die der gesamten Gesellschaft zu ermitteln und sie einem gerechten Ausgleich zuzuführen.⁶² Ist mithin der russischen Gesellschaft insgesamt besser damit gedient, einem Teil ihrer Bevölkerung keinen rechtlichen Rahmen für die Anerkennung einer Beziehung zur Verfügung zu stellen, so wäre diese Entscheidung hinzunehmen. Ob dieser Interessenausgleich gefunden wurde, beurteilt jedoch der Gerichtshof.⁶³

a) Ein Argument der russischen Regierung aufgreifend, stellt der Gerichtshof sodann fest, dass es den Antragsstellern in der Tat rechtlich nicht verwehrt sei, in Partnerschaften als Familien zusammenzuleben. Da das Gesetz jedoch nur eine Form der Paarbeziehung rechtlich anerkennt, entstehen ihnen hieraus die oben erwähnten rechtlichen Nachteile bei der gesellschaftlichen Teilhabe.⁶⁴

“That situation creates a conflict between the social reality of the applicants who live in committed relationships based on mutual affection, and the law, which fails to protect the most regular of “needs” arising in the context of a same-sex couple. That conflict can result in

„Hierdurch entsteht ein Widerstreit zwischen der sozialen Realität der Antragssteller, die in festen und auf gegenseitiger Zuneigung beruhenden Beziehungen leben und dem Gesetz, welches selbst die grundlegenden Bedürfnisse einer solchen Partnerschaft für gleichgeschlechtliche

⁵² EGMR, Urt. v. 13.07.2014, Nr. 37359/09 - Hämäläinen v. Finland, Rn. 66.

⁵³ EGMR, Urt. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 45.

⁵⁴ EGMR, Urt. v. 21.07.2015, Nr. 18766/11 [u.a.] - Oliari and Others v. Italy, Rn. 173; Urt. v. 14.12.2017, Nr. 26431/12 [u.a.] - Orlandi and Others v. Italy, Rn. 209

⁵⁵ EGMR, Urt. v. 24.02.1998, Nr. 21439/93 - Botta v. Italy, Rn. 35 (Zugang einer behinderten Person zu einem bestimmten Strand in einer italienischen Urlaubsregion).

⁵⁶ EGMR, Urt. v. 11.07.2002, Nr. 28957/95 - Christine Goodwin v. the United Kingdom, Rn. 86-88 (Grundlegende Änderungen eines historisch gewachsenen Regelungsregimes).

⁵⁷ EGMR, Urt. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 46; Urt. v. 19.10.2005, Nr. 32555/96 - Roche v. the United Kingdom, Rn. 157; Urt. v. 7.07.1989, Nr. 10454/83 - Gaskin v. the United Kingdom, Rn. 42; Urt. v. 21.07.2015, Nr. 18766/11 [u.a.] - Oliari and Others v. Italy, Rn. 159; Urt. v. 14.12.2017, Nr. 26431/12 [u.a.] - Orlandi and Others v. Italy, Rn. 198.

⁵⁸ EGMR, Urt. v. 12.4.2012, Nr. 43547/08 - Stübing v. Germany, Rn. 60. Weiterführend: Bakircioglu, GLJ 2007, 71 ff.; Baade, AVR 51 (2013), 339 (362) und Sebastian, JSE 2017, 269 (272).

⁵⁹ EGMR, Urt. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 47; Urt. v. 26.03.1985, Nr. 8978/80 - X and Y v. the Netherlands, Rn.

24, 27; Urt. v. 11.07.2002, Nr. 28957/95 - Christine Goodwin v. the United Kingdom, Rn. 90; Urt. v. 29.04.2002, Nr. 2346/02 - Pretty v. the United Kingdom, Rn. 71

⁶⁰ EGMR, Urt. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 48

⁶¹ EGMR, Urt. v. 24.06.2010, Nr. 30141/04 - Schalk and Kopf v. Austria, Rn. 99 (Fehlende Möglichkeit der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften); Urt. v. 7.11.2013, Nr. 29381/09 [u.a.] - Vallianatos and Others v. Greece, Rn. 78 und 81 (kein Zugang gleichgeschlechtlicher Paare zu einem „Zusammenlebensvertrag“ [σύμφωνο συμβίωσης]); Urt. v. 21.07.2015, Nr. 18766/11 [u.a.] - Oliari and Others v. Italy, Rn. 165 und 192 (Fehlende Möglichkeit der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften).

⁶² EGMR, Urt. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 49 und EGMR, Urt. v. 21.07.2015, Nr. 18766/11 [u.a.] - Oliari and Others v. Italy, Rn. 175; Urt. v. 14.12.2017, Nr. 26431/12 [u.a.] - Orlandi and Others v. Italy, Rn. 198.

⁶³ EGMR, Urt. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 51

⁶⁴ Ibid. und s.o. ▶C) II. 2. a.E.

serious daily obstacles for same-sex couples.”

Paare nicht anerkennt. Die Folge können ernsthafte Hindernisse im täglichen Leben für gleichgeschlechtliche Partnerschaften sein.“

b) Dieser Zustand wurde von der russischen Regierung im Verfahren auch keineswegs bestritten. Man verteidigte sich vielmehr damit, dass Probleme, die letztlich gesellschaftlicher Natur seien, dem gesellschaftlichen Wandel überlassen werden sollten und nicht durch einen – in diesem Fall – externen Spruchkörper entschieden werden dürften. Für dieses Grundrechtsverständnis findet der Gerichtshof deutliche Worte⁶⁵:

“The Court takes note of the [russian] Government’s assertion that the majority of Russians disapprove of same-sex unions. It is true that popular sentiment may play a role in the Court’s assessment when it comes to the justification on the grounds of social morals. However, there is a significant difference between giving way to popular support in favour of extending the scope of the Convention guarantees and a situation where that support is relied on in order to deny access of a significant part of population to fundamental right to respect for private and family life. It would be incompatible with the underlying values of the Convention, as an instrument of the European public order, if the exercise of Convention rights by a minority group were made conditional on its being accepted by the majority [...].”⁶⁶

„Der Gerichtshof nimmt die Behauptung der [russischen] Regierung zur Kenntnis, dass die Mehrheit der russischen Bürger gleichgeschlechtlichen Partnerschaften ablehnend gegenübersteht. Es trifft zu, dass eine im Volke weit verbreitete Ansicht, bei der gerichtlichen Beurteilung eine Rolle spielen kann, wenn es um die Rechtfertigung einer Verletzung aufgrund der Sozialmoral geht. Allerdings ist es etwas anderes, Forderungen in der Bevölkerung nach einer Ausweitung des Geltungsbereiches der Konventionsgarantien nachzugeben und einer Situation in welcher derartige Forderungen dazu dienen sollen, einem signifikanten Teil der Bevölkerung den Zugang zum fundamentalen Recht auf Privat- und Familienleben zu verweigern. Es wäre mit den Grundwerten der Konvention als Instrument der europäischen öffentlichen Ordnung unvereinbar, wenn die Ausübung von Konventionsrechten durch eine Minderheit von der Zustimmung der Mehrheit abhängig gemacht würde.“

Hinweis:

Ganz ähnlich wurde auch von Seiten amerikanischer Regierungsvertreter gegen eine Öffnung der Ehe argumentiert. Doch auch den U.S. Supreme Court vermochte dies – aus ganz ähnlichen Gründen – nicht zu überzeugen:

„An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act. The idea

of the Constitution was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts.”⁶⁷

Es ist letztlich der Sinn des Grundrechtskataloges und der Verfassungsgerichtsbarkeit, zu verhindern, dass eine Demokratie zur bloßen „Tyrannei der Mehrheit“ verkommt.⁶⁸

c) Das Argument, dass einer rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare das nationale Interesse am Schutz Minderjähriger vor Darstellungen von Homosexualität entgegenstehe, handelt der Gerichtshof mit einem Hinweis auf die eigene Rechtsprechung und die Irrelevanz für den zu entscheidenden Fall ab.⁶⁹

d) Das immer wieder gern in diesem Kontext angebrachte Argument, der Ehe als „Keimzelle der Gesellschaft“⁷⁰ erkennt der Gerichtshof demgegenüber zwar als gewichtiges Interesse an, vermag aber nicht zu erkennen, inwiefern der besondere Schutz der Ehe durch die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften tangiert würde.⁷¹ Schließlich könnten verschiedengeschlechtliche Paare weiterhin heiraten und die daraus resultierenden rechtlichen Vorteile genießen.⁷²

e) In Anbetracht der eher schwachen Argumente der russischen Regierung vermag der Gerichtshof sodann auch kein, die Individualinteressen der Beschwerdeführer überwiegendes, Gemeinschaftsinteresse feststellen, welches der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften durch den russischen Staat entgegenstünde. Indem ein entsprechender Rechtsrahmen für die betroffenen Personen bisher nicht geschaffen wurde, hat die russische Staatsgewalt mithin das Recht der Antragsteller auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens in nicht zu rechtfertigender Weise beeinträchtigt.⁷³

f) Trotz der Rechtsverletzung, steht dem russischen Staat jedoch ein weiter Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Umsetzung zu⁷⁴:

„[The Russian Federation may] choose the most appropriate form of registration of same-sex unions taking into account its specific social and cultural context (for example, civil partnership, civil union, or civil solidarity act). [...] Giving the

„[Die russische Föderation kann] die am besten geeignete Form der Registrierung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften unter Berücksichtigung ihres spezifischen sozialen und kulturellen Kontexts wählen

⁶⁵ EGMR, Urt. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 53

⁶⁶ EGMR, Urt. v. 21.10.2010, Nr. 4916/07 [u.a.] - Alekseyev v. Russia, Rn. 81; Urt. v. 20.6.2017, Nr. 67667/09 [u.a.] - Bayev and Others v. Russia, Rn. 70; Urt. v. 14.1.2020, Nr. 41288/15 - Beizaras and Levickas v. Lithuania, Rn. 122.

⁶⁷ U.S. Supreme Court, Urt. v. 26.06.2015, Nr. 14-556 [u.a.] - Obergefell v. Hodges, et. al, Opinion of the Court S. 25 mAnm. ▶ *Sebastian* JSE 2015, 223, (232).

⁶⁸ Hierzu: *Mill*, On Liberty (1901), S. 7 ff.

⁶⁹ EGMR, Urt. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 53. Siehe auch EGMR, Urt. v. 20.6.2017, Nr. 67667/09 [u.a.] - Bayev and Others v. Russia, Rn. 68 f.: “The Court has consistently declined to endorse policies and decisions which embodied a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority [...]. It held that these negative attitudes, references to traditions or general assumptions in a particular country cannot of themselves be considered by the Court to amount to sufficient justification for the differential treatment, any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour [...]. Even

more unacceptable are the attempts to draw parallels between homosexuality and paedophilia.” Vgl weiter: EGMR, Urt. v. 27.9.1999, Nr. 33985/69 [u.a.] - Smith and Grady v. the United Kingdom, Rn. 97 und 102 (zum Recht homosexueller Personen als Soldaten zu dienen)

⁷⁰ Vgl. hierzu aus der deutschen Debatte um die Öffnung der Ehe für homosexuelle Menschen: *Di Fabio*, NJW 2003, 993 (995); *Scholz/Uhle*, NJW 2001, 393 (396f.); *Burgi*, Der Staat 2000, 487 (501).

⁷¹ Die Argumentation lässt sich aus Idee ableiten, dass der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe und Familie zu einem „Schutzabstandsgebot“ führt, durch das Partnerschaften, die keinem gesondertem verfassungsrechtlichen Schutz unterliegen, eine rechtliche Gleichstellung untersagt sein soll. Für Art. 6 Abs. 1 GG wurde das aus dem der Formulierung „besonderen Schutze“ abgeleitet (weiterführend: *Krings*, ZRP 2000, 409 (412 f.)).

⁷² EGMR, Urt. v. 13.7.2021, Nr. 40792/10 [u.a.] - Fedotova and Others v. Russia, Rn. 54.

⁷³ *Ibid.*, Rn. 55.

⁷⁴ Rn. 56

applicants access to formal acknowledgment of their couples' status in a form other than marriage will not be in conflict with the "traditional understanding of marriage" prevailing in Russia, or with the views of the majority to which the Government referred, as those views oppose only same-sex marriages [...]."

(zum Beispiel eine eingetragene Lebenspartnerschaft). Den Antragstellern Zugang zu einer formellen Anerkennung ihrer Partnerschaft in einer anderen Form als der Ehe zu gewähren, steht nicht im Widerspruch zu dem in Russland vorherrschenden „traditionellen Verständnis von Ehe“ oder zu den Ansichten der Mehrheit, auf die sich die Regierung bezieht, denn diese lehnen lediglich gleichgeschlechtliche Ehen ab [...].“

IV. Die Entschädigungsentscheidung

Trotz der festgestellten Verletzung spricht der Gerichtshof den Antragstellern nicht die gem. Art. 41 EMRK begehrte Entschädigung für immaterielle Schäden zu, da die begehrte Summe von 50.000 Euro unangemessen hoch sei und die Feststellung der Verletzung hier als Wiedergutmachung ausreiche.⁷⁵

Auch eine Übernahme der Kosten der Rechtsverfolgung lehnte der Gerichtshof ab. Diese beliefen sich auf 27.900 Euro je Antragsteller⁷⁶. Allerdings setzt die Erstattungsfähigkeit derartiger Kosten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes – neben der Angemessenheit der Höhe nach⁷⁷ – voraus, dass sie tatsächlich angefallen seien.⁷⁸ Entsprechende Dokumente hätten die Antragsteller nicht vorgelegt.

Dieser Teil der Entscheidung wird indes nur von fünf der sieben Richter geteilt. In ihrem gemeinsamen abweichenden Sondervotum weisen die Richter *Lemmens* (Belgien) und *Zünd* (Schweiz) darauf hin, dass die Antragsteller Rechnungen ihrer Genfer Anwälte vorgelegt hätten, aus denen sich die Arbeitszeit (40h je Fall) und der Stundensatz (711 Euro/h) ergäben.⁷⁹

D) Zur Bedeutung der Entscheidung

Es handelt sich um eine Entscheidung, die sich konsequent in die bisherige EGMR Rechtsprechung zur rechtlichen Behandlung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften einfügt und die als solche vermutlich niemanden überrascht haben dürfte. Für die Beschwerdeführer wird sie indes einen sehr faden Beigeschmack haben. Zwar haben sie ihr Minimalziel erreicht und eine Klarstellung errungen, dass die Konvention auch den russischen Staat verpflichtet, gleichgeschlechtliche Partnerschaften – wenn auch nicht als Ehe – anzuerkennen, allerdings erhalten sie nach einer Wartezeit von immerhin 12 Jahren keinerlei monetäre Entschädigung für die erlittene Ungleichbehandlung oder die zur Rechtsverfolgung aufgewendeten Kosten.

Auch erscheint die Umsetzung der Entscheidung überaus fraglich. So sind zwar alle Vertragsstaaten der EMRK verpflichtet,

ihre Rechtsordnung in Einklang mit den Konventionsgarantien zu bringen, wobei selbstverständlich auch die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu berücksichtigen ist (Art. 46 EMRK),⁸⁰ allerdings sind zur Umsetzung der Urteile die nationalen Stellen berufen. Insbesondere Russland ist diesen Verpflichtungen in der Vergangenheit nicht immer mit der nötigen Konsequenz nachgekommen.⁸¹ Auch ist die Zukunft der Geltung der EMRK in Russland fraglich, denn als Reaktion auf einstweilige Maßnahmen des EGMR, die dieser im Zusammenhang mit dem russischen Angriff auf die Ukraine verhängt,⁸² hat Russland am 15. März dieses Jahres seinen Austritt aus dem Europarat und die Aufkündigung der EMRK erklärt. Da das Land in diesem Falle auch der Gerichtsbarkeit des EGMR nicht mehr unterliefe, gäbe es entsprechend auch keinerlei Umsetzungsverpflichtung mehr für dessen Urteile.

Von praktischer Relevanz für die Bundesrepublik kann die Entscheidung unterdessen im Ausländerrecht sein. So stehen u.a. § 25 Abs. 5 und § 60a AufenthG der Abschiebung eines Ausländers entgegen, wenn es hierfür „rechtliche Gründe“ gibt. Art. 8 EMRK ist als ein solcher durchaus anerkannt, wenn ein Ausländer sich langjährig im Bundesgebiet aufhält und „in die hiesigen Lebensverhältnisse verwurzelt ist“.⁸³ Da die Konvention – wie die Entscheidung zeigt – auch eheähnliche Lebensverhältnisse gleichgeschlechtlicher Paare unabhängig von deren rechtlichen Status im Mitgliedsstaat schützt, dürfte bei Vorliegen einer entsprechenden Beziehung das Aussetzen einer ggf. anstehenden Abschiebung zumindest eines Partners jedenfalls diskutabel sein.

Abschließende Hinweise

Das Recht der EMRK ist heute in den meisten Prüfungsordnungen zumindest in den Grundzügen Pflichtfachstoff und sollte dementsprechend in der Examensvorbereitung nicht zu stiefmütterlich behandelt werden. Wie der hier aufbereitete Fall zeigt, stellen sich bei der Auslegung und Anwendung des Grundrechtskataloges letztlich dieselben Probleme, wie man sie auch aus den Art. 1 ff. GG kennt. Eine eingehende Beschäftigung mit der Rechtsprechung des EGMR ist daher hervorragend geeignet, die eigenen Fähigkeiten zur Argumentation in grundrechtssensiblen Fragestellungen zu schärfen.

Auch kann der Blick über den juristischen Tellerrand von Gewinn sein, um sich zu vergegenwärtigen, dass andere Länder zwar auf dieselben Rechtsprobleme stoßen, wie die hiesige Politik und Rechtsprechung, diese aber häufig

⁷⁵ Rn. 61 mit Verweis auf die Rechtsprechung: EGMR, Urt. v. 11.07.2002, Nr. 28957/95 - *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, Rn. 120; Urt. v. 4.12.2008, Nr. 30562/04 [u.a.] - *S. and Marper v. the United Kingdom*, Rn. 134; Urt. v. 26.10.1988, Nr. 10581/83 - *Norris v. Ireland*, Rn. 50; Urt. v. 2.7.2019, Nr. 27057/06 [u.a.] - *Gorlov and Others v. Russia*, Rn. 120

⁷⁶ Das entspricht einem Stundensatz von 711 Euro, welchen die russische Regierung als exzessiv rügte. (Rn. 62)

⁷⁷ Rn. 64: „reasonable as to the quantum“, vgl. dazu EGMR, Urt. v. 28.11.2017, Nr. 72508/13 - *Merabishvili v. Georgia*, Rn. 370 f.

⁷⁸ Rn. 64: „costs and expenses claimed have [to] actually been incurred“ mit Verweis auf EGMR, Urt. v. 17.07.2018, Nr. 15086/07 - *Mazepa and Others v. Russia*, Rn. 89 f.; Urt. v. 10.12.2019, Nr. 36600/09 - *Radzevil v. Ukraine*, Rn.

94-96; Urt. v. 6.10.2020, Nr. 76695/11 - *Udaltsov v. Russia*, Rn. 201; Urt. v. 8.10.2020, Nr. 7224/11 - *Aghdgomelashvili and Japaridze v. Georgia*, Rn. 61

⁷⁹ Dissenting vote mit Verweis auf Rn 62

⁸⁰ EGMR, Urt. v. 8.7.1986, Nr. 9006/80 - *Lithgow and others v. The United Kingdom*, Rn. 205.

⁸¹ Speziell für Fälle der Diskriminierung homosexueller Menschen siehe die Fälle EGMR, Urt. v. 21.10.2010, Nr. 4916/07 [u.a.] - *Alekseyev v. Russia* und EGMR, Urt. v. 27.11.2018, Nr. 14988/09 [u.a.] - *Alekseyev and Others v. Russia*.

⁸² ►EGMR, Press Release v. 01.03.2022.

⁸³ Vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 23.2.2012, Az.: 1 B 17/12, S. 3 f.; OVG Koblenz, Urt. v. 15.3.2012, Az.: 7 A 11268/11, Rn 29 ff.; OVG Lüneburg, Urt. v. 19.3.2012, Az.: 8 LB 5/11, Rn. 43 ff. und Röcker, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Auflage (2020), Rn. 110 ff.

anders angehen. Das Wissen, dass keine gesetzliche Regelung alternativlos ist, kann im Diskurs bspw. um mildere Maßnahmen bei einer intendierten Grundrechtseinschränkung Gold wert sein.

Auf der rechtstheoretischen Ebene ist vor allen die Auseinandersetzung mit dem Argument von Interesse, gesellschaftlichen Wandel allein dem demokratischen Prozess zu überlassen. Auf der einen Seite verkennt es den historischen Wert von Grundrechtskatalogen und ihrer Bedeutung für gesellschaftliche Minderheiten sowie die Rolle, welche der Rechtsprechung in der Gewaltenteilung zukommt. Auf der anderen Seite wird damit eine berechtigte Sorge angesprochen, dass der demokratisch unmittelbar legitimierte Gesetzgeber nicht durch – möglicherweise synthetische⁸⁴ – Einzelfallentscheidungen vor vollendete Tatsachen gestellt werden soll. Es ist letztlich das Zusammenspiel beider Aspekte, welches die Gewaltenteilung auszeichnet.

Ass. iur. *Sascha Sebastian*, M.Mel

Hannover

► **Inhaltsverzeichnis**

⁸⁴ Die Problematik wird unter dem Begriff der „strategischen Prozessführung“ diskutiert.

Andere sitzen noch im Büro, Sie stehen schon vor der Bühne.*

© iuratio / Adobe Stock / 91251401



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | karriere@brp.de | www.brp.de/karriere



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · www.brp.de

*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

REZENSION

C.H.Beck, München

Carsten Schäfer (Hrsg.) **MoPeG – Modernisierung des Personengesellschaftsrechts mit Synopsen zum BGB aF/nF und HGB aF/nF (2022)**

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (kurz: MoPeG) wird am 1. Januar 2024 ein Gesetz in Kraft treten, das schon heute als "Jahrhundertreform" gepriesen wird.¹ Denn mit dem MoPeG vollzieht sich ein grundlegender Leitbildwandel der GbR weg von der Gelegenheitsgesellschaft und hin zu einer auf Dauer angelegten Gesellschaft, die als solche am Rechtsverkehr teilnimmt, selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen und hierfür durch Eintragung in ein eigenes Register mit Subjektpublizität ausgestattet werden kann.² Auch das Recht der Personenhandelsgesellschaften erfährt maßgebliche Änderungen, darunter namentlich ihre Öffnung zur gemeinsamen Ausübung freier Berufe und die Kodifikation eines dem aktienrechtlichen Anfechtungsmodell folgenden Beschlussmängelrechts.³ Mit all dem einher geht eine umfassende Neukonzeption der gesetzlichen Regelungen, die insb. die §§ 705 ff BGB und §§ 105 ff HGB gänzlich neu fasst, ändert bzw. umstrukturiert. Die damit verbundenen Neuerungen sind vielfältig und erfordern eine umfassende, von Grund auf neue Beschäftigung mit dem Gesetzestext. Eine Aufgabe, der sich insb. all jene zu stellen haben, die im Bereich des Gesellschaftsrechts tätig sind.

Eine äußerst hilfreiche Handreichung hierfür bietet nunmehr *Carsten Schäfer* als Herausgeber einer Beck'schen Textausgabe mit Synopsen zum BGB n.F./a.F. und HGB n.F./a.F. Diese enthält auf rund 170 Seiten vier Synopsen zu den wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Normen des BGB und HGB, in denen das bisherige Recht mit der künftigen Rechtslage und *vice versa* einander gegenübergestellt wird. Die Darstellung erfolgt in leicht zu überblickendem Spaltensatz, wobei die ersten beiden Synopsen (A. Synopse BGB und B. Synopse HGB) das derzeit geltende Recht in der linken, das neue Recht in der rechten Spalte auflisten (a.F./n.F.), während die dritte und vierte Synopse (C. Synopse BGB und D. Synopse HGB) den umgekehrten Weg gehen (n.F./a.F.). Dabei sortieren die ersten beiden Synopsen die Normen in fortlaufender Paragraphenzählung nach dem aktuellen, die letzten beiden nach dem neuen Recht. Was auf ersten Blick redundant erscheint, zeigt bei Gebrauch schnell seinen Mehrwert, findet man so doch deutlich schneller zu den gesuchten Normen, je nachdem ob man von dem neuen Recht oder vom aktuellen Recht ausgehend sucht. Noch schneller hätte die Suche freilich gelingen können, wenn jeweils am oberen Seitenrand die entsprechend abgedruckten Paragrafen für ein schnel-

les Auffinden stünden (wie man dies etwa von den üblichen Gesetzessammlungen kennt) und nicht auf jeder einzelnen Seite die dann doch überflüssige Angabe "Synopse MoPeG".

Als große Hilfe erweist sich wiederum, dass einerseits gänzlich neue Regelungen ebenso wie einzelne Änderungen im Wortlaut der bestehenden Normen in Fettdruck hervorgehoben sind und andererseits, dass vor allem in kursiver Schrift weitere Hinweise angegeben werden, aus denen sich mit schnellem Blick ergibt, an welchem Ort eine Regelung künftig (oder bisher) zu finden ist (war) und ob sie gänzlich unverändert (i.e. auch im Wortlaut identisch), inhaltlich unverändert oder inhaltlich verändert wurde. Dass man also bspw. in § 110 HGB künftig nicht mehr Regelungen zum Aufwendungsersatz finden wird, sondern solche zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen, und dass die besagte Regelung zum Aufwendungsersatz fortan über § 105 Abs. 3 HGB in § 716 Abs. 1 BGB nF. zu finden ist, der bislang noch das Kontrollrecht der Gesellschafter behandelt, während dieses wiederum eins höher gerückt und inhaltlich teilweise verändert in § 717 Abs. 1 BGB nF. zu finden sein wird - all dies ergibt sich mühelos und auf schnellen Blick, wenn es an entsprechender Stelle zu § 110 HGB aF. heißt:

„jetzt § 105 III HGB nF iVm § 716 I BGB nF [Abs. 1] bzw. § 119 I HGB nF [Abs. 2]; inhaltlich jeweils unverändert“ und sodann bei § 716 BGB a.F.: *"(jetzt § 717 I BGB nF; inhaltlich teilweise [S. 2] verändert"*.

Im Ganzen erweist sich die Textausgabe damit als praktische und äußerst hilfreiche Handreichung für eine vertiefte Vorbereitung auf die Reform. Dabei hat sie das Potential, bis zum Inkrafttreten des MoPeG und wohl auch darüber hinaus zum steten Wegbegleiter zu werden. Jedenfalls wird sie in unmittelbarer Griffnähe liegen bleiben, um bei Bedarf auf schnellen Zugriff einen vergleichenden Blick auf die neue und alte Rechtslage werfen zu können.

Dr. Pius O. Dolzer

Rechtsanwalt

SZA Schilling, Zutt & Anschütz

Mannheim

► **Inhaltsverzeichnis**

¹ *Lieder*, ZRP 2021, 34, vgl. auch *Fleischer*, BB 2021, 386, (386): „größte[n] Reform seit mehr als 120 Jahren“; *Schäfer*, WPg 2021, 919.

² Begr. ► **RegE MoPeG**, S. 2. Zu den Änderungen vgl. insb. *Schäfer*, WPg 2021, 919.

³ Vgl. insb. *Fleischer*, BB 2021, 386.

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Dr. Alexander Bechtel
 Prof. Dr. Sarah Bunk
 Richterin Dr. Caprice Doerbeck
 Dr. Pius O. Dolzer
 Jonas Eberhardt
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)
 RA Steffen Follner
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 RR Dr. Christine Keilbach
 Prof. Dr. Christian F. Majer
 (*Schriftleiter*)
 Prof. Dr. Torsten Noak
 Marcus Nonn
 Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.
 (*Stellvertretender Schriftleiter*)
 Julia Zaiser

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*)
 Ass. iur. 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*)

12. Jahrgang (2022)

ISSN 2195-044X

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)
 ELB Jochen Heinz
 Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
 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. Dominik Skauradszun
 RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
 MR 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 a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
 E-Mail: ▶ 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:
 ▶ Thümmel, Schütze & Partner | ▶ BRP Renaud & Partner | ▶ Boorberg Verlag

Beiträge in früheren Ausgaben

| | |
|---|--|
| 4/2021 <i>Maria Spinnler</i> | Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger? |
| 3/2021 <i>Marie-Sophie Herlein</i> | Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration |
| 2/2021 <i>Nora Rzadkowski</i> | Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraft getreten! |
| 2/2021 <i>Michael Hippeli</i> | Netiquette im digitalen Lehrbetrieb |
| 1/2021 <i>Michael Hippeli</i> | Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit |
| 1/2021 <i>Christian F. Majer/Arne Pautsch</i> | „Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis |
| 4/2020 <i>Torsten Noak</i> | Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende! |
| 4/2020 <i>Gesine Berthold</i> | Immunitätsausweise in Zeiten von Corona |
| 3/2020 <i>Michael Hippeli</i> | Smart Contracts |
| 3/2020 <i>Friederike Meurer</i> | Arbeitsrecht in Zeiten von Corona |
| 2/2020 <i>Leonie Schmitt</i> | Diskriminierung durch Maschinelles Lernen |
| 2/2020 <i>Matthias Müller</i> | Gemeinderatssitzungen per Video |
| 1/2020 <i>Florian Außem</i> | Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus |
| 1/2020 <i>Arne Pautsch</i> | Corona und Grundgesetz |
| 4/2019 <i>Jonas Rohde</i> | Zwangshaft gegenüber Amtsträgern |
| 3/2019 <i>Hans-Dieter Pfannenstiel/ Gordon von Miller</i> | Wölfe in Deutschland |
| 2/2019 <i>Christian Knoth</i> | Fluggastrechte in der Europäischen Union |
| 1/2019 <i>Arne Pautsch</i> | Geschlechterparität im Bundestag? |
| 4/2018 <i>Michael Hippeli</i> | Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren |
| 3/2018 <i>Christian F. Majer</i> | Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung |
| 2/2018 <i>Torsten Noak</i> | Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger |
| 2/2018 <i>Arne Pautsch</i> | Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg |
| 1/2018 <i>Antonia Braun</i> | Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz |
| 4/2017 <i>Arne Pautsch</i> | Die Wahlpflicht |
| 4/2017 <i>Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne</i> | Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung |
| 3/2017 <i>Sascha Sebastian</i> | Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem |
| 3/2017 <i>Benjamin Bungarten</i> | Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers |

| | |
|---|---|
| 2/2017 <i>Susanne Bertow</i> | Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen? |
| 2/2017 <i>Markus Meißner/Philipp Fitzek</i> | Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) |
| 1/2017 <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i> | Der Ehebegriff als Methodenproblem |
| 1/2017 <i>Torsten Noak</i> | Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt |
| 4/2016 <i>Philipp Tolga Mavituna</i> | Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen |
| 4/2016 <i>Markus Meißner</i> | Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen |
| 3/2016 <i>Sarah Bunk</i> | Ist Ämterpatronage strafbar? |
| 2/2016 <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i> | Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr? |
| 1/2016 <i>Torsten Noak</i> | Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben |
| 4/2015 <i>Sascha Brüggemann</i> | Anonymität im Internet |
| 3/2015 <i>Patrick Christian Otto</i> | Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts |
| 3/2015 <i>Christian F. Majer</i> | Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen |
| 2/2015 <i>Simon Pschorr</i> | Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle |
| 2/2015 <i>Arne Pautsch</i> | Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand |
| 1/2015 <i>Christian Picker</i> | Das neue Mindestlohngesetz |
| 4/2014 <i>Caprice Nina Doerbeck</i> | Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft? |
| 4/2014 <i>Sascha Brüggemann</i> | Datenkrake NSA |
| 3/2014 <i>Alexander Bechtel</i> | Mord und Totschlag – eine überfällige Reform? |
| 2/2014 <i>Christian F. Majer</i> | Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung |
| 2/2014 <i>Philipp K. Kauffmann</i> | In dubio pro – Selbstanzeige? |
| 1/2014 <i>Andreas Lohbeck</i> | Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar? |
| 4/2013 <i>Philipp Kauffmann</i> | Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat |
| 4/2013 <i>Stanyo Dinov</i> | Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan |
| 3/2013 <i>Sebastian Brüggemann</i> | Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit |
| 2/2013 <i>Joachim Renzikowski</i> | Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S. |
| 1/2013 <i>Andreas Lohbeck</i> | Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht |

| | |
|--|---|
| 1/2013 <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i> | Die Ethik und die Rechtsanwälte |
| 4/2012 <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 |
| 3/2012 <i>Christian F. Majer</i> | Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten |
| 2/2012 <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 |
| 1/2012 <i>Julius Forschner</i> | Die Haftung von Ratingagenturen |
| 1/2012 <i>Nicolas Sonder</i> | Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise? |
| 1/2011 <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i> | Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten |
| 1/2011 <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.

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. 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

ISSN 2195-044X



9 772195 044008