



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

BEIRAT

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

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

AUS DEM INHALT

BEITRAG

Christian F. Majer

Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG

KLAUSUREN

Marvin Pötsch

Zivilrecht: „Der folgenreiche Milzriss“

Michael Hippeli

Strafrecht: „Der BAMF-Skandal“

RECHTSPRECHUNG

BGH

Eigenbedarfskündigung durch Gesellschaft
bürgerlichen Rechts

LG Magdeburg

Die Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsfertigungsgründe
zu Gunsten von Tieren im Strafrecht

BGH

Geldmittel einer Terrororganisation als
strafrechtlich geschütztes Vermögen

BGH

Die Rechtmäßigkeit sog. „legendierter Kontrollen“

EGMR

Vergewaltigungsvorwurf gegen einen Prominenten
auf einer Internetplattform

INHALTSVERZEICHNIS

Beitrag	Christian F. Majer Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG	Seite ▶ 124
Klausuren	Marvin Pötsch Fortgeschrittenenklausur Zivilrecht: „Der folgenreiche Milzriss“	Seite ▶ 129
	Michael Hippeli Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Der BAMF-Skandal“	Seite ▶ 141
Rechtsprechung Zivilrecht	BGH Eigenbedarfskündigung durch Gesellschaft bürgerlichen Rechts Urteil vom 21.03.2018 (<i>Julius Forschner</i>)	Seite ▶ 152
Rechtsprechung Strafrecht	LG Magdeburg Die Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsfertigungsgründe zu Gunsten von Tieren im Strafrecht Urteil vom 11.10.2017 (<i>Rasim Mustafi</i>)	Seite ▶ 156
	BGH Geldmittel einer Terrororganisation als strafrechtlich geschütztes Vermögen Urteil vom 11.04.2018 (<i>Alexander Bechtel</i>)	Seite ▶ 164
	BGH Die Rechtmäßigkeit sog. „legendierter Kontrollen“ Urteil vom 26.04.2017 (<i>Paolo Beeren</i>)	Seite ▶ 167
Rechtsprechung öffentliches Recht	EGMR Vergewaltigungsvorwurf gegen einen Prominenten auf einer Internetplattform Urteil vom 07.11.2017 (<i>Sascha Sebastian</i>)	Seite ▶ 171

EDITORIAL

Am 25. September 2018 bestätigte das OLG Frankfurt ein Urteil des LG Frankfurt, wonach einem israelischen Staatsbürger keine Entschädigung nach dem Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zustehe, weil sich eine im Staatseigentum stehende kuwaitische Fluggesellschaft weigerte, ihn trotz ordnungsgemäßer Buchung zu befördern (Az.: 16 U 209/17; zur Vorinstanz bereits ▶*Gorstein, JSE 2017, 254*). Während das LG sein Urteil noch darauf stützte, dass hier lediglich aufgrund der Staatsangehörigkeit, nicht aber aufgrund der Ethnie oder der Rasse diskriminiert werde – was § 1 AGG gerade nicht verbiete – stellte das OLG klar, dass es sich mit Blick auf die Zusammensetzung des israelischen Volkes aus 75% Juden sehr wohl um eine Diskriminierung aufgrund der Ethnie handele. Es verneinte den geltend gemachten Anspruch indes aus anderen Gründen. Der Fall zeigt, dass die Abgrenzung, der in § 1 AGG verwendeten Begrifflichkeiten „Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alters und sexuelle Identität“ nicht immer trennscharf möglich ist und sich die Begründung einer auf ihnen beruhenden Diskriminierung dementsprechend schwierig gestaltet. Zwei dieser Begrifflichkeiten versucht MAJER in seinem *Beitrag* „Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG - Eine Begriffsbestimmung“ daher klarere Konturen zu verleihen.

Die erste **Klausur** in dieser Ausgabe ist an fortgeschrittene Studierende gerichtet, die vor dem „großen Schein“ im Zivilrecht stehen. In seiner Falllösung „*der folgenreiche Milzriss*“ bereitet PÖTSCH Fragen des allgemeinen und besonderen Schuldrechts didaktisch auf. Im Mittelpunkt stehen dabei das Deliktsrecht sowie die Institute der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Die zweite **Klausur** ist ebenfalls an fortgeschrittene Studierende gerichtet, gehört thematisch jedoch ins Strafrecht. Unter dem Titel „*Der BAMF-Skandal*“ zeigt HIPPELI, wie insbesondere die Korruption und der Umgang mit Amtsträgern im Rahmen einer Klausurlösung zu erfolgen haben.

Das erste und dieses Mal einzige **Urteil** aus dem **Zivilrecht** dreht sich um die Frage, der Eigenbedarfskündigung durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, speziell die Voraussetzungen der Kündigungsbeschränkung in § 577a Abs. 1a S. 1 BGB (FORSCHNER).

Im **Strafrecht** hatte das Landgericht Magdeburg die die Frage zu klären, inwiefern die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, hier Notwehr und Notstand, auch zu Gunsten von Tieren Anwendung finden (MUSTAFI). In einer weiteren Entscheidung war der fünfte Strafsenat des Bundesgerichtshofes dazu berufen, über die Frage zu urteilen, ob es sich bei den Geldmitteln einer terroristischen Vereinigung, hier dem „Islamischen Staat“ (IS, داعش), um strafrechtlich geschütztes Vermögen handelt (BECHTEL). Aus dem Bereich des Strafprozessrechts ist schließlich eine Entscheidung des zweiten Strafsenats von Interesse, in welcher es um die Rechtmäßigkeit sog. „legendierter Kontrollen“ ging, bei denen eine repressivpolizeiliche Durchsuchung und Sicherstellung durch eine präventivpolizeiliche allgemeine Verkehrskontrolle verschleiert wird (BEEREN).

Aus dem weiten Feld des **Öffentlichen Rechts** geht es dieses Mal um ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Dieser hatte in Kammerbesetzung darüber zu entscheiden, ob es sich noch um eine zulässige Meinungsäußerung handelt, wenn ein Prominenter infolge eines Vergewaltigungsvorwurfes im Internet als „Vergewaltigter“ bezeichnet wird, obwohl das entsprechende Ermittlungsverfahren mangels Beweisbarkeit der Tat kurz zuvor eingestellt werden musste (SEBASTIAN).

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

Sascha Sebastian, M.mel.
Stellvertretender Schriftleiter

BEITRAG

Prof. Dr. Christian F. Majer*

Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG

Eine Begriffsbestimmung

Gliederung

Abstract

A) Das Merkmal der „Rasse“

I. Anlehnung an internationale Abkommen

II. Begriffsbestimmung

1. Subjektive Bestimmungen
2. Gruppenbezug
3. Rasse als genetische Merkmale

B) Die ethnische Herkunft

I. Die Ethnie

II. Ethnische Herkunft

C) Das Verhältnis der „ethnischen Herkunft“ zu „Rasse“

D) Ergebnis – Rechtspolitische Fragen

Abstract

Ausgelöst durch die sog. „metwo“-Kampagne steht das Thema der Diskriminierung wegen „Rasse“ und „ethnischer Herkunft“ derzeit im Fokus der Öffentlichkeit; auch durch die stark gestiegene Flüchtlingszuwanderung in den letzten Jahren und die sich abzeichnende Tendenz einer weiterhin hoch bleibenden Zuwanderung insbesondere aus afrikanischen Staaten¹ wird sich mutmaßlich künftig auch die Problematik der Diskriminierung wegen „Rasse“ und „Ethnischer Herkunft“ gemäß § 1 AGG in verstärktem Maße ergeben. Diese Begriffe scheinen auf den ersten Blick ohne weiteres verständlich, bereiten jedoch bei näherer Betrachtung erhebliche Schwierigkeiten. Sie werden nicht nur in § 1 AGG verwendet, sondern finden sich etwa auch in Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 21 EU-GR-Charta und Art. 14 EMRK. Die Vorschrift des § 1 AGG geht zurück auf die Richtlinie 2000/43/EG, welche wiederum auf Entschließungen des Europäischen Parlaments zu Rassismus und Fremdenfeindlichkeit in den Bereichen Beschäftigung und Soziales von 1993 und 1994 gründet.² Sie untersagt unter anderem Diskriminierung „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft“.

A) Das Merkmal der „Rasse“

Besondere Schwierigkeiten bereitet das Merkmal der „Rasse“. Es legt auf den ersten Blick den Schluss nahe, der Gesetzgeber habe damit das Vorhandensein verschiedener menschlicher Rassen

anerkannt, wie es die (wissenschaftlich überholten) Rassentheorien vertreten hatten, welche zur Grundlage menschenfeindlicher Ideologien wurden und auch heute noch werden.³

Das ist aber, worüber Einigkeit besteht, keineswegs intendiert.⁴ Daher wählte der Gesetzgeber auch bewusst nicht die Formulierung „wegen der Rasse“, sondern „aus Gründen der Rasse“⁵, womit aber die Distanzierung von der Rassekonzeption nicht deutlich wird.⁶

Aus diesen Gründen wird auch immer wieder die Streichung des Merkmals gefordert,⁷ vergleichbare Bestrebungen existieren auch zur Verwendung des Begriffes in anderen Normen, wie etwa in der sächsischen Landesverfassung oder im Grundgesetz.⁸ Ob eine Streichung sinnvoll oder im Gegenteil schädlich wäre, muss eine nähere Auslegung des Begriffs zeigen.

I. Anlehnung an internationale Abkommen

Verschiedentlich wird vorgeschlagen, für die Auslegung internationale Abkommen zu Rate zu ziehen.⁹

Das *Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung* vom 07.03.1966¹⁰ definiert dort „Rassendiskriminierung“ als „jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird“. Für die Auslegung des Begriffs der Rasse ist dies jedoch nicht ergiebig, da der Begriff dort ebenfalls vorausgesetzt wird und in eine Reihe mit anderen Begriffen gestellt wird. Es wird nur klargestellt, dass Rassendiskriminierung mehr Konstellationen als nur die Diskriminierung wegen der Rasse umfasst. Wenn darauf hingewiesen wird, dass der Schutz nach dem AGG nicht dahinter zurückbleiben darf und daher eine gleiche Auslegung erforderlich sei,¹¹ so kann sich das nur auf den Schutz im Ganzen beziehen. Für die Auslegung des Begriffs Rasse ist das nicht erforderlich, da auch die ethnische Herkunft von § 1 AGG erfasst ist.

* Der Autor ist Inhaber einer Professur an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

¹ Bau, Studie: Zuwanderung aus Afrika wird sich verstärken, **DerWesten** v. 23.03.2018.

² ABl. 1993 Nr. C 342 S. 19; ABl. 1994 Nr. C 323 S. 154.

³ Siehe zu den Rassentheorien und ihrer Widerlegung Kattmann, **http://www.zukunft-braucht-erinnerung.de/rassismus-biologie-und-rassenlehre/** (Abruf am 05.08.2018).

⁴ BT-Drs. 16/1780 S. 31; v. Roetteken, AGG (57. Aktualisierung 2018), § 1 Rn. 339; Serr, in: Staudinger, AGG (Neubearbeitung 2018), AGG § 1 Rn. 9.

⁵ BT-Drs. 16/1780 S. 31.

⁶ Kritisch auch Thüsing, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), AGG § 1 Rn. 52; Ernst/Braunroth/Wascher, in: NK-AGG, 2. Aufl. (2013), § 1 Rn. 2; Serr, in: Staudinger, AGG (Neubearbeitung 2018), § 1 Rn. 10; anders etwa die Regelung in Art. 7 § 1 loi anti-racisme in Belgien („race pretendue“).

⁷ Cremer, Policy Paper No. 10, Deutsche Institut für Menschenrechte, akt. Auflage 2009; Policy Paper No 16, 2010; zustimmend Ernst/Braunroth/Wascher, in: NK-AGG, 2. Aufl. (2013), § 1 Rn. 2.

⁸ Küpper, Aussterbende Rasse, **faz.net** v. 05.03.2014.

⁹ Thüsing, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), AGG § 1 Rn. 52.

¹⁰ BGBl. 1969 II S. 961.

¹¹ v. Roetteken, AGG (57. Aktualisierung 2018), § 1 Rn 346.

II. Begriffsbestimmung

1. Subjektive Bestimmungen

In der Literatur wird der Begriff unterschiedlich ausgelegt. Teilweise wird Rasse als „die durch Vorurteile geprägte Vorstellung über Rassen und deren spezifische Eigenschaften“¹² verstanden. Das ist aber insoweit problematisch, da hier doch wieder die Rasetheorien zugrunde gelegt werden müssen. Eine subjektive Betrachtung ist aber im Ergebnis richtig, weil Rasse relevant als Grund/Motiv für eine Diskriminierung ist. Es ist daher nicht entscheidend, ob der Diskriminierte die Merkmale des § 1 AGG tatsächlich aufweist, relevant ist allein, dass der Diskriminierende dies annimmt. Das wird in § 7 HS.2 AGG noch einmal ausdrücklich festgehalten.¹³

Dennoch darf die maßgebliche Betrachtungsweise nicht mit der Bestimmung des Begriffs verwechselt werden. Diese muss objektiv erfolgen, auch wenn die irriige Annahme des Vorhandenseins genügt. Der Ansicht, eine objektive Abgrenzung sei nicht möglich, da ansonsten die vom Gesetzgeber abgelehnten Vorurteile bedient würden,¹⁴ muss entgegengehalten werden, dass es sich um einen Rechtsbegriff handelt, welcher abgegrenzt werden muss.

Genauso problematisch ist es, als weitere Voraussetzung zu fordern, dass mit der Zuordnung zu einer Merkmalsgruppe zugleich die Annahme verbunden sein müsse, die Angehörigen der Gruppe seien minderwertig oder im Vergleich zu anderen höherwertig¹⁵, m.a.W. die Annahme, es müsse ein Unwerturteil über „rassisch minderwertige“¹⁶ hinzukommen.

Dieses Unwerturteil liegt zwar meist einer rassistischen Diskriminierung und den Rasetheorien zugrunde, darf aber nicht als notwendiges Merkmal gesehen werden. Die Begriffe sind umfassend zu verstehen, sollen möglichst lückenlosen Schutz gewähren.¹⁷ Es muss also genügen, dass auf das Kriterium der „Rasse“ abgestellt wird, zumal sich ein solches Unwerturteil kaum nachweisen oder ausschließen lässt, das Merkmal also kaum justiziablel ist. Es würde ansonsten den Diskriminierungsschutz deutlich abschwächen.

2. Gruppenbezug

Nach anderer Ansicht soll es bei Rassen um „Menschengruppen mit wirklich oder vermeintlich vererbaren Eigenschaften“¹⁸ oder der „biologisch-genetisch bedingte Zugehörigkeit zu einer Gruppe“¹⁹ handeln. Für Rasse und ethnische Herkunft wird gemeinsam definiert, es betreffe alle Personen, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie aufgrund bestimmter Unterschiede von der „regionalen Mehrheit“ als nicht zugehörig angesehen werden.²⁰

Diesen Definitionen ist wiederum entgegenzuhalten, dass sie das Merkmal ohne Notwendigkeit einengen. Eine Diskriminierung ist individuell zu bestimmen: eine Person wird von einer anderen diskriminiert, nicht eine Minderheit von einer Mehrheit. Zudem dürfte kaum feststellbar sein, wer einer Mehrheit angehört und unter welchem Bezugspunkt diese bestimmt werden soll: in einer bestimmten Konstellation kann eine Person Mitglied einer Mehrheit sein, in einer anderen Mitglied einer Minderheit. Es ist nicht rechtssicher feststellbar, wer Teil der Mehrheitsgesellschaft ist und wer nicht. Demzufolge kann es auch nicht darauf ankommen, ob der Diskriminierte zu einer größeren Zahl von Menschen²¹ gehört oder nicht, zumal das wieder eine Einschränkung gegen den Gesetzeszweck wäre. Dieser besteht im Übrigen auch nicht in der Bekämpfung rassistischer Strukturen, sondern in der Verhinderung konkreter Benachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen. Eine Diskriminierung wegen der genetischen Pigmentstörung des Albinismus oder genetisch bedingter Hypertrichose (übermäßiger Haarwuchs) wäre den soeben skizzierten Auffassungen zufolge keine Diskriminierung aus Gründen der Rasse, da hier mangels emotionaler Verbundenheit und sozialem Konsens keine besondere Gruppe vorliegt, der die Betroffenen angehören. Dass derartige Fälle seltener vorkommen werden als die Benachteiligung wegen der Hautfarbe, ändert nichts an ihrer Verwerflichkeit. Eine Ungleichbehandlung dieser Konstellation, welche ebenso an die körperliche, nicht beeinflussbare Konstitution eines Menschen anknüpft und daher einen vergleichbaren Unwertgehalt wie die klassischen Fälle der Rassendiskriminierung aufweist, wäre jedoch mit dem Gesetzeszweck - der Gewährleistung lückenlosen Schutzes - kaum vereinbar.

3. Rasse als genetische Merkmale

Unter „Rasse“ im Sinne des Gesetzes sind daher die genetischen Merkmale eines Menschen zu verstehen.²² Diese umfassen insbesondere die Hautfarbe und Gesichtsform,²³ beschränken sich aber nicht auf diese. Jede Art von genetischen Merkmalen unterfällt dem Rassebegriff; nur so kann das Ziel eines möglichst lückenlosen Schutzes erreicht werden. Eine Zugrundelegung von Rasetheorien ist entbehrlich bzw. ohnehin kaum möglich. Es ist daher nicht relevant, ob irgendeine unwissenschaftliche Vorstellung von Rassen die Merkmale einer anderen Rasse zuordnet oder nicht. Lediglich für bestimmte genetische Merkmale ist das Merkmal der Behinderung als Spezialfall vorzuziehen.

Eine Diskriminierung wegen der Rasse wird auch angenommen bei Sinti und Roma sowie Juden.²⁴ Das ist zwar, weil es auf die Vorstellung des Diskriminierenden ankommt, denkbar, aber nicht zwingend. Es kann sich auch um eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft bzw. im Fall der Juden auch um

¹² Däubler, in: Däubler/Bertzach, AGG, 4. Aufl. (2018), § 1 Rn. 22-25

¹³ Ebenso Roloff, in: BeckOK-ArbR (48. Edition 01.06.2018), § 1 Rn.2.

¹⁴ Schlachter, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. (2018), AGG § 1 Rn. 4.

¹⁵ v. Roetteken, AGG (57. Aktualisierung 2018), § 1 Rn 341.

¹⁶ Ibid. Rn 342.

¹⁷ BT-Drs. 16/1780, 30; Roloff, in: BeckOK-ArbR (48. Edition 01.06.2018), AGG § 1 Rn.1; Armbrüster, in: Erman BGB, 15. Aufl. (2017), AGG § 1 Rn.2.

¹⁸ Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG, 82. EL (Januar 2018), Art. 3 Abs. 3 Rn. 45; Kischel, in: BeckOK-GG, 37. Ed. (15.05.2018), Art.3 Rn. 223.

¹⁹ v. Roetteken, AGG (57. Aktualisierung 2018), § 1 Rn. 337.

²⁰ Schiek, AuR 2003, S. 44 (46).

²¹ v. Roetteken, AGG (57. Aktualisierung 2018), § 1 Rn. 348.

²² Ähnlich: Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker, Erfurter Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl. (2018), RL 2000/43/EG Art. 1 Rn. 22: „wissenschaftlich nicht begründete Einteilung von Menschen aufgrund ihrer Erbanlagen“; wie hier auch v. Roetteken, AGG (57. Aktualisierung 2018), § 1 Rn. 341; Annuß, BB 2006, 1629 (1630): „Zurechnung [...] aufgrund bestimmter lebenslänglicher und vererblicher äußerlicher Erscheinungsmerkmale“.

²³ Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG, 82. EL (Januar 2018), GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 46.

²⁴ Roetteken, AGG (57. Aktualisierung 2018), AGG § 1 Rn. 349.

Diskriminierung wegen der Religion handeln. Das ist deswegen bedeutsam, da § 9 AGG den Religionsgemeinschaften in bestimmten Fällen eine Diskriminierung wegen der Religion erlaubt.

B) Die ethnische Herkunft

I. Die Ethnie

Unter dem Begriff der ethnischen Herkunft werden in Rechtsprechung und Literatur üblicherweise „Bevölkerungsteile, die durch gemeinsame Herkunft, Geschichte, Kultur oder Zusammengehörigkeitsgefühl verbunden sind“²⁵, verstanden. Es ist jedoch bedenklich, ein Zusammengehörigkeitsgefühl ausreichen zu lassen; ein solches dürfte auch bei einer Rockergruppe oder eine Gruppe von Reichsbürgern bestehen. Diese dürften trotz der gebotenen weiten Auslegung vom Gesetzeszweck nicht mehr umfasst sein, zumal eine Diskriminierung wegen einer politischen Anschauung nicht stets unzulässig ist.²⁶ Lässt man das Zusammengehörigkeitsgefühl genügen, so ist auch die Abgrenzung zum Begriff der Gruppe fraglich. Zudem wäre eine Auslegung, die ein Zugehörigkeitsgefühl ausreichen lässt, mit der ursprünglichen Bedeutung des Wortes²⁷ kaum vereinbar.

In der Soziologie wird eine ethnische Gruppe meist definiert als „Bevölkerungsgruppe, die Vorstellungen über gemeinsame Vorfahren, eine geteilte kulturelle Identität und eine Verbindung zu einem bestimmten als Heimat begriffenen Territorium teilt“²⁸; sie verfügt über eine Selbst- und Fremdzuschreibung, ist familienübergreifend und familienerfassend; ihre Zugehörigkeit ist erblich, wobei auch eine Zugehörigkeit durch Beitritt möglich ist.²⁹ Entscheidend ist also einerseits die gemeinsame Identität bzw. das Zusammengehörigkeitsgefühl, andererseits der grundsätzliche Bezug zur Abstammung. Eine Verbindung zu einem bestimmten Territorium sollte nicht als zwingende Voraussetzung angenommen werden um insbesondere mit Blick auf Sinti und Roma, welche häufig Diskriminierungen ausgesetzt sind, eine möglichst lückenlosen Schutz zu gewährleisten. Hierauf sollte verzichtet werden,³⁰ sofern man unter Territorium eine gewisse Ortsfestigkeit versteht. Freilich ist dieser Bezug ein wichtiges Indiz für das Vorliegen einer Ethnie. Dasselbe gilt für eine gemeinsame Sprache und eine gemeinsame Religion.³¹

Ethnie und Staatsangehörigkeit sind klar zu unterscheiden; erstere konstituiert sich durch Abstammung und Gemeinschaftsgefühl, letztere allein durch einen Rechtsakt. Allerdings ist häufig die ethnische Herkunft gemeint, wenn vorgeblich wegen der Staatsangehörigkeit diskriminiert wird.³² Die Diskriminierung wegen einer Staatsangehörigkeit ist nicht von § 1 AGG umfasst.

Umstritten ist, ob die früher sog. „Deutschen Stämme“³³ wie Schwaben und Bayern als Ethnie zählen. Das wird mit dem Argument bestritten, es sei ohne Vorbild im europäischen Recht und ignoriere das Herkommen des Verbots.³⁴

Dem muss entgegengehalten werden, dass ein solches Vorbild im europäischen Recht nicht erforderlich ist und die Einschränkung mit dem Ziel eines lückenlosen Schutzes vor Diskriminierung³⁵ nicht im Einklang steht. Es leuchtet auch nicht ein, wieso Schwaben und Bayern bei der Wohnungssuche in Berlin diskriminiert werden dürfen, Österreicher und Schweizer hingegen nicht. Auch die früher sog. „Deutschen Stämme“ unterfallen also dem Kriterium der ethnischen Herkunft,³⁶ zumal es ja auf die Motivation des Diskriminierenden ankommt. Wer Menschen wegen Zugehörigkeit zu einem „Stamm“ ablehnt, sieht diesen häufig auch als Ethnie an. Dasselbe muss auch für andere intranationale Abstammungsgemeinschaften gelten, zumal die Abgrenzung oft nicht einfach ist (siehe das Beispiel Kataloniens).

Ebenfalls umstritten ist, ob „ostdeutsch“ als ethnische Herkunft anzusehen ist.³⁷ Grundsätzlich ist das Gemeinschaftsgefühl hier weniger durch eine gemeinsame, sich vom Rest der BRD unterscheidende Abstammung, Kultur, Religion oder Sprache geprägt, insbesondere da in den ostdeutschen Ländern ganz unterschiedliche Dialekte gesprochen werden. Allerdings kann dies aus Sicht des Diskriminierenden, auf welche es ja ankommt, anders sein. Objektiv ist jedoch trotz des Zieles des umfassenden Schutzes hier die Grenze des Wortlauts zu beachten, weshalb die Herkunft eine „ethnische“ sein muss. Rechtspolitisch ist diese Einschränkung allerdings fragwürdig.³⁸

II. Ethnische Herkunft

Nicht klar ist zudem, ob es auf die Zugehörigkeit zu einer Gruppe oder die genetische Abstammung von dieser ankommt. Für letztere Deutung spricht der Begriff „Herkunft“, allerdings wäre in diesem Fall die Zugehörigkeit zu einer Ethnie nicht tatbestandsmäßig, sofern sie nicht durch genetische Abstammung, sondern durch Beitritt erworben wurde. Dies wäre eine sinnwidrige, dem Gesetzeszweck offensichtlich widersprechende Differenzierung. Maßgeblich ist daher nicht die genetische Abstammung von einer Ethnie, sondern die Zugehörigkeit zu dieser, welche häufig, aber eben nicht notwendigerweise eine Abstammung von dieser beinhaltet. Eine genetische Abstammung ohne ein Zugehörigkeitsgefühl wie es bei demjenigen zu bejahen ist, dessen Vorfahren vor Jahrhunderten eingewandert sind, unterfällt dem Begriff daher nicht. Eine Schutzlücke ergibt sich daraus nach hier vertretener Ansicht aber nicht, da jene unter den Begriff der „Rasse“ zu subsumieren ist.

²⁵ BAG NZA 2012, 1345; *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. (2018), AGG § 1 Rn. 4a.

²⁶ Siehe nur *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), AGG § 1 Rn. 93.

²⁷ ἔθνος wurde bei aller Umstrittenheit im Einzelnen meist in der Bedeutung „Nation“ oder „Volk“ verwendet, siehe *Pape*, Griechisch-deutsches Handwörterbuch, Nachdr. der 3. Aufl. (1914), bearb. von *M. Sengebusch*, Bd.1.

²⁸ *Giddens* [u.a.], Soziologie, 3. Auflage (2009), Kapitel 10, S. 460; für eine Beschränkung auf Eigen- und Fremdzuschreibung aber *Elwert*, in: Joas [Hrsg.], Lehrbuch der Soziologie, 3. Aufl. (2007), S.246.

²⁹ *Ibid.*, S. 269

³⁰ BT-Drs. 16/1780, 31; *Roloff*, in: BeckOK-ArbR (48. Edition 01.06.2018), AGG § 1 Rn.1

³¹ *Ebert*, in: HK-BGB, 9. Aufl. (2016), AGG § 1 Rn. 5; *Fuchs*, in: BeckOK-BGB, 46. Edition (1.5.2018), AGG § 1 Rn. 8.

³² Siehe nur BAG NZA 2012, 1345; *Armbrüster*, in: Erman BGB, 15. Aufl. (2017), AGG § 1 Rn.5; *Serr*, in: Staudinger, AGG (Neubearbeitung 2018), AGG § 1 Rn. 18; *Weth/Y.Overkamp*, in: jurisPK-BGB, 8. Aufl. (2017), AGG § 1 Rn.11.

³³ Siehe die Präambel zur WRV: „Das Deutsche Volk, einig in seinen Stämmen (...)“.

³⁴ So *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), AGG § 1 Rn.56: „Wir sind ein Volk“; *Armbrüster*, in: Erman BGB, 15. Aufl. (2017), AGG § 1 Rn.6.

³⁵ BT-Drs. 16/1780, 31; *Roloff*, in: BeckOK-ArbR (48. Edition 01.06.2018), AGG § 1 Rn. 1.

³⁶ vgl. auch *Ibid.* Rn. 3.

³⁷ ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), AGG § 1 Rn.56.

³⁸ Für eine Einbeziehung de lege lata *Däubler*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, 4. Auflage (2018), § 1 Rn.46.

C) Das Verhältnis der „ethnischen Herkunft“ zu „Rasse“
Häufig werden das Merkmal der „ethnischen Herkunft“ und das der „Rasse“ als einheitliches Merkmal bzw. das eine als Unterfall des anderen³⁹ angesehen.

Das ist aber nicht zutreffend. Zwar können bei einer Diskriminierung beide Merkmale gleichzeitig vorliegen, wie etwa im Fall eines dunkelhäutigen Nigerianers, müssen es aber nicht. So kann, wer einer anderen Ethnie angehört, dabei äußerlich kaum oder gar nicht von dem Diskriminierenden zu unterscheidende genetische Merkmale haben. Umgekehrt kann und wird selbst von dem Diskriminierenden nicht stets auch nicht von der Hautfarbe auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Abstammungsgemeinschaft geschlossen werden.

Die Gleichsetzung verkennt auch einen wesentlichen Teil der Wurzeln der rassistischen Diskriminierung im 19. und 20. Jahrhundert, nämlich die damals weit verbreiteten sogenannten biologischen Rassetheorien, welche zu besonders schwerwiegenden Verbrechen bis hin zum Holocaust geführt haben.⁴⁰ Hiernach erfolgte die Abwertung aufgrund vermuteter genetischer Eigenschaften bzw. Charakterzüge, welche an anderen Merkmalen äußerlich sichtbar sein sollten. Diese Zuordnungen setzten ein Zugehörigkeitsgefühl zu einer bestimmten Gemeinschaft nicht voraus, sondern knüpften allein an die vermuteten genetischen Merkmale („Blut“).

Es ist daher eine Abgrenzung beider Merkmale geboten.⁴¹ Entscheidend ist bei „ethnischer Herkunft“ nicht die Abstammung als solche, sondern das vorwiegend durch diese vermittelte Zugehörigkeitsgefühl. Daher ist auch eine Zugehörigkeit durch Aufnahme sowie eine Nichtzugehörigkeit trotz Abstammung wie etwa im Fall der Adoption, bei welcher biologische und rechtliche Abstammung auseinanderfallen, möglich. Im Gegensatz hierzu sind beim Merkmal „Rasse“ allein die genetischen Merkmale entscheidend, während das Zugehörigkeitsgefühl irrelevant ist.⁴²

Freilich ergibt sich eine gewisse Überschneidung, wenn man nicht auf die Zugehörigkeit zu einer Ethnie, sondern auf die Herkunft von dieser abstellt. Dennoch sind die Fälle nicht identisch. So wie die Abstammung von einer Ethnie auch durch Rechtsakt ohne biologische Zugehörigkeit möglich ist (Adoption), ist auch wie gerade in diesem Fall das Vorliegen bestimmter genetischer Merkmale ohne eine Zuordnung zu einer bestimmten Ethnie möglich, zumal diese in vielen Fällen kaum rechtssicher möglich erscheint.

Es ist daher auch nicht zutreffend und vermengt beide Kriterien, wenn äußerliche Kriterien (wie das Aussehen oder der Name) als Voraussetzung genannt werden und ein bloßer Migrationshintergrund als nicht ausreichend bezeichnet.⁴³ Wer Menschen wegen ihres Migrationshintergrundes diskriminiert, sieht sie als

einer bestimmten Abstammungsgemeinschaft nicht zugehörig an und diskriminiert sie daher wegen ihrer ethnischen Herkunft, ganz gleich, ob es Unterschiede in Aussehen, Name oder anderen Merkmalen gibt. Mit dem Ziel des umfassenden Schutzes würde diese Einschränkung auch nicht in Einklang stehen.

D) Ergebnis – Rechtspolitische Fragen

Vor einer Streichung des Merkmals „Rasse“, wie es wie gezeigt häufig gefordert wird, kann daher nur nachdrücklich gewarnt werden. Die Forderung nach einer solchen ist zwar im Hinblick auf die in den Rassetheorien begründeten Verbrechen verständlich, würde aber erhebliche Nachteile mit sich bringen und den Schutz vor Diskriminierungen in einem besonders relevanten Bereich reduzieren, was von den Fordernden nicht intendiert sein dürfte. Das Merkmal „Rasse“ hat daher eine eigenständige Bedeutung neben der „ethnischen Herkunft“, welche ja ein Zugehörigkeitsgefühl voraussetzt. Allenfalls kommt eine Präzisierung in „genetische Merkmale“ in Betracht, welche aus Klarstellungsgründen zwar sinnvoll, aber nicht notwendig ist. Der jetzige Wortlaut ermöglicht die hier vorgeschlagene Auslegung ohne weiteres.

Der Begriff der „ethnischen Herkunft“ ist präzise genug, allerdings engt er die Konstellationen einer verwerflichen Diskriminierung zu sehr ein. Es leuchtet nicht ein, warum jemand wegen seiner ethnischen Herkunft nicht diskriminiert werden darf, wegen seiner territorialen oder sozialen schon. Unter territoriale Herkunft sind Fälle zu subsumieren, die allein geographisch zugeordnet werden und keine durch ein Zusammengehörigkeitsgefühl geprägte Abstammungsgemeinschaft bilden, wie etwa Ostdeutsche oder in einem bestimmten Stadtviertel Lebende, welche aufgrund der Reputation ihres Stadtviertel diskriminiert werden.⁴⁴ Der Begriff der sozialen Herkunft erfasst Fälle, in denen die soziale Schicht ausschlaggebendes Kriterium für eine Diskriminierung ist (vgl. „Kevin“ und „Chantal“⁴⁵). Diese sind den Fällen in § 1 AGG in ihrem Unwertgehalt vergleichbar und sind abgesehen davon auch ein häufiges Phänomen.⁴⁶ Eine Erweiterung und Präzisierung im Sinne der „ethnischen, sozialen und territorialen Zugehörigkeit“ wäre daher angebracht und stünde im Einklang mit Art.3 Abs.3 GG, welcher die Beschränkung auf Ethnien auch nicht kennt.

► Inhaltsverzeichnis



³⁹ So etwa Rupp, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. (2018), AGG § 1 Rn. 2; Armbrüster, in: Erman BGB, 15. Aufl. (2017), AGG § 1 Rn.4: „von dem Merkmal ‚ethnische Herkunft‘ nach allgemeinem Sprachgebrauch kaum abgrenzen“.

⁴⁰ Siehe näher dazu und zum Folgenden etwa Trey, Die Entwicklung von Rassetheorien im 19. Jhd.: Gobineau und sein Essai Die Ungleichheit der Menschenrassen (2014).

⁴¹ So auch Serr, in: Staudinger, AGG (Neubearbeitung 2018), § 1 Rn.13.

⁴² Ebenso Ibid., § 1 Rn.16.

⁴³ Schlachter, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. (2018), AGG § 1 Rn.4.

⁴⁴ Siehe näher Kurtenbach, Diskriminierung und territoriale Reputation, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel, Handbuch Diskriminierung (2017), S. 408 ff.

⁴⁵ Burchard, „Kevin ist kein Name, sondern eine Diagnose“ ►Zeit online v. 18.09.2009

⁴⁶ ►<https://www.gew.de/aktuelles/detailseite/neuigkeiten/neues-themenheft-klassismus-diskriminierung-aufgrund-der-sozialen-herkunft/> (Abruf am 11.8.2018).



Ankommen und durchstarten

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



MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart
Telefon +49 711 86040-00, Stefanie.Mueller@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de

KLAUSUR – ZIVILRECHT

Marvin Pötsch*

„Der folgenreiche Milzriss“

Fortgeschrittenenklausur

Sachverhalt

Die in Berlin lebende, alleinstehende Frührentnerin G. begibt sich im Sommer 2018 zum Arzt R. Dieser soll - nachdem sie im Frühjahr einen schweren Milzriss aufgrund eines Sturzes von einer Treppe erlitten hatte - ihre Milz röntgen. Das Röntgen dient dazu festzustellen, ob sich nach einer Notoperation und anschließender Krankenhausbehandlung und Rehabilitation in der Milz noch Bereiche befinden, die durch den Riss noch nicht wieder verwachsen sind. R, der viel Erfahrung auf dem Gebiet hat, führt bei G eine Röntgendiagnostik *lege artis* durch und stellt an dem Gerät eine bestimmte Strahlendosis ein. Diese ist üblich und entspricht den allgemeingültigen ärztlichen Standards. Jedoch arbeitet die Anzeige auf dem Gerät bezüglich der Strahlendosis nicht einwandfrei. Dies hängt mit einem Konstruktionsfehler des Gerätes zusammen, das R vom Hersteller Venom, mit Sitz in Frankfurt/M. (V) kaufte.

Aufgrund eines Konstruktionsfehlers kann sich die Regelungseinheit für die Strahlendosis verstellen, ohne dass dies auf der Anzeige des Gerätes in gleichem Maße nachvollzogen wird. R wusste von diesem Fehler nichts. Auch in der Fachpresse wurde darüber nicht geredet, wahrscheinlich, weil das Gerät noch nicht lange auf dem Markt ist. Patienten hatten sich bisher bei ihm jedenfalls nicht beschwert. Erst als G wegen Beschwerden nach der Röntgensitzung auch bei ihm vorstellig wird, schöpft er einen Verdacht. Tatsächlich ist es so, dass aufgrund einer Strahlenüberdosis, die später auch gutachterlich festgestellt wurde, zahlreiche Milzzellen bei G abgestorben sind, die an sich krankheitsfrei waren. Deshalb musste sich die G diesbezüglich (nochmals) einer schmerzhaften Operation unterziehen, um das abgestorbene Gewebe entfernen zu lassen.

G verlangt nun Schadensersatz und überlegt, gegen wen sie vorgeht.

R behauptet mit dem hier Vorgetragenen, ihm sei kein "Andershandelnkönnen" (im Sinne eines Verschuldens) vorwerfbar.

Hersteller V trägt vorsichtshalber vor, es handle sich bei dem Gerätefehler um einen „Ausreißer“; außerdem sei G wegen des Milzrisses im Frühjahr bereits vorgeschädigt. Auch wenn nur gesunde Zellen geschädigt wurden, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Schaden bei ihr nur deshalb so groß sei, weil diese Vorschädigung im Sinne eines Anlagedefekts vorlag. Diese könne ihm aber nicht angelastet werden.

Prüfen Sie, ob die geschädigte Frührentnerin G Ansprüche auf Schadensersatz - gegen den Arzt R - und/oder den Hersteller V hat!

Es ist auf alle im Fall aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. in einem Hilfspgutachten – einzugehen!

Hinweis: Die Behandlungskosten beliefen sich auf 2.000 Euro. Als Schmerzensgeld verlangt G 3.500,- Euro (was angemessen ist).

* Der Autor lehrt Kommunales Finanzmanagement an der FHöV NRW.

Gliederung

A) Schadensersatzansprüche der G gegen Arzt R

I. Schadensersatzanspruch der G gegen R

aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 Abs. 1 BGB

1. Bestehen eines Schuldverhältnisses
 - a) Vertragscharakterisierung
 - b) Angebot
 - c) Annahme
 - d) Annahmefrist
 - e) Zwischenergebnis
2. Pflichtverletzung
3. Vertretenmüssen
4. Ergebnis

II. Anspruch der G gegen R aus § 823 Abs. 1

1. Rechtsgutverletzung
2. Handlung
3. Haftungsbegründende Kausalität
4. Rechtswidrigkeit
5. Verschulden
6. Ergebnis

III. Anspruch der G gegen R

aus § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 230 StGB

IV. Anspruch der G gegen Arzt R

auf Schadensersatz gem. § 1 Abs. 1 ProdHaftG

1. Anwendbarkeit – Arzneimittel
2. Anwendbarkeit – Hersteller
3. Ergebnis

B) Schadensersatzansprüche der G gegen Hersteller Venom (V) mit Sitz in Frankfurt aM.

I. Anspruch der G gegen V auf Schadensersatz wegen Gesundheits- und Körperschädigung aus Garantievertrag (§§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1, 443 Abs. 1 BGB)

II. Anspruch der G gegen V auf Zahlung der Behandlungskosten und Schmerzensgeld (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB iVm. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)

1. Bestehen eines Schuldverhältnisses
 - a) Bestimmungsgemäße Leistungsnähe des Dritten
 - b) Berechtigtes Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten
 - c) Erkennbarkeit
2. Ergebnis

III. Anspruch der G gegen Hersteller V auf Schadensersatz wegen Gesundheits- und Körperschädigung (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 3 BGB)

IV. Anspruch der G gegen V auf Schadensersatz

nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation

V. Anspruch der G gegen V auf Zahlung der Behandlungskosten und Schmerzensgeld iHv. 5500 Euro (§ 823 Abs. 1 BGB – Produzentenhaftung)

1. Anwendbarkeit neben § 1 ProdHaftG
2. Hersteller als Anspruchsgegner
3. Rechtsgutverletzung
4. Handlung
5. Haftungsbegründende Kausalität
6. Rechtswidrigkeit
7. Verschulden
8. Schaden
9. Haftungsausfüllende Kausalität
 - a) In Bezug auf die Behandlungskosten
 - b) Das Schmerzensgeld
10. Anspruch untergegangen
11. Anspruch durchsetzbar
12. Ergebnis

VI. Anspruch von G gegen Hersteller V auf Schadensersatz aus § 831

VII. Anspruch von G gegen V

auf Schadensersatz aus § 1 Abs. 1 ProdHaftG

1. Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes - Arzneimittel
2. Rechtsgutverletzung
3. Produkt
4. Produktfehler
5. Haftungsbegründende Kausalität
6. Hersteller
7. Kein Haftungsausschluss
 - a) Haftungsausschluss § 1 Abs. 2 ProdHaftG
 - b) Haftungsausschluss § 1 Abs. 3 ProdHaftG
 - c) Zwischenergebnis
8. Schaden
 - a) Schaden dem Grunde nach
 - b) Quantifizierbarer Umfang des Schadens
9. Haftungsausfüllende Kausalität
10. Untergang des Anspruches
11. Durchsetzbarkeit des Anspruches
12. Ergebnis

Gutachten

A) Schadensersatzansprüche der G gegen Arzt R

Möglicherweise stehen der G gegen Arzt R Schadensersatzansprüche in Höhe von 5.500 Euro zu.

I. Schadensersatzanspruch der G gegen R aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 Abs. 1 BGB

G könnte einen Anspruch gegen Arzt R auf Zahlung seiner Behandlungskosten in Höhe von 2.000 Euro und auf angemessenes Schmerzensgeld, hier in Höhe von 3.500 Euro, aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 Abs. 1 BGB haben. Dazu müsste Arzt R eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis, vorliegend in Form eines Werkvertrages, verletzt haben und G müsste dadurch ein Schaden entstanden sein.

1. Bestehen eines Schuldverhältnisses

Zu den Schuldverhältnissen gehören zunächst ohne weitergehende Segmentierung alle Verträge, § 311 Abs. 1 BGB.¹

a) Vertragscharakterisierung

In Betracht kommt hier ein Dienstvertrag, § 611 BGB. Bei einem Dienstvertrag wird die ordnungsgemäße Erbringung der Dienstleistung geschuldet. In Abgrenzung zu einem Werkvertrag wird bei einem Dienstvertrag kein bestimmter Erfolg geschuldet.² Diese Differenzierung ist Gegenstand zahlreicher Diskussionen in Literatur und Rechtsprechung.³ Hier soll der Arzt R die Milz der G röntgen, um auf Grundlage der zu produzierenden Bilder eine Feststellung treffen zu können. Durch die Tatsache, dass die Röntgenaufnahmen geeignet sein sollen, eine Feststellung über den Gesundheitszustand der G zu treffen, könnte hier ein Erfolgsbezug und damit ein Werkvertrag vorliegen. Dagegen lässt sich halten, dass in einem Arzt-Patienten-Verhältnis im Regelfall nur eine nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführte sachverständige Untersuchung geschuldet wird. Ein Erfolgsbezug ist demnach ausgeschlossen und es liegt grundsätzlich ein Dienstvertrag vor.⁴ Dem lässt sich jedoch entgegen, dass die Eigengesetzlichkeit und weitgehende Undurchschaubarkeit der G als lebender Organismus in diesem Einzelfall keinen Einfluss auf einen Behandlungserfolg durch Arzt R hat. Damit steht einem Erfolgsbezug kein Sachgrund gegenüber. Auch nach herrschender Meinung der Literatur⁵ und Rechtsprechung⁶ ist die Erstellung von Röntgenbildern als Werkvertrag zu charakterisieren. Demnach liegt unter Zurückstellung der übrigen Voraussetzungen über das Bestehen von Schuldverhältnissen ein Werkvertrag gemäß § 631 BGB vor.

b) Angebot

Es müsste hier ferner ein Angebot vorliegen, § 145 BGB. Hier be gibt sich G zum Arzt R. Laut Sachverhalt soll R die Milz von G röntgen. Ein Angebot der G liegt damit vor.

c) Annahme

Abgesehen von den Fällen, in denen für Ärzte ein Kontrahierungszwang besteht,⁷ muss das Angebot durch den Arzt R jedenfalls konkludent angenommen werden. Auch in Beziehungen von Arzt und Patient gilt das in § 311 Abs. 1 BGB niedergelegte und in Art. 2 Abs. 1 GG zugesicherte Prinzip der Abschlussfreiheit.⁸ G ist hier keine Notfallpatientin, da die Röntgenmaßnahme dem letztendlichen Zweck einer prophylaktischen Feststellung dient. Somit muss Arzt R das Angebot jedenfalls konkludent annehmen. Eine Annahme ist eine einseitige, grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der der Erklärende einem Angebot uneingeschränkt zustimmt. Spätestens mit der Durchführung der Röntgenmaßnahme hat Arzt R das Angebot der G konkludent angenommen.

d) Annahmefrist

Des Weiteren müsste der von G gemachte Antrag innerhalb der Annahmefrist angenommen worden sein. Der Antrag der G durch die „Begebung“ zum Arzt R gilt gemäß § 147 Abs. 1 S. 2 BGB als Willenserklärung unter Anwesenden im Sinne von § 147 Abs. 1 S. 1. Demnach kann der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort angenommen werden. Dies hat Arzt R durch die Durchführung der Röntgenmaßnahme vorliegend getan. Es ist daher ein Werkvertrag zwischen Arzt R und G über die Anfertigung von Röntgenbildern zustande gekommen.

e) Zwischenergebnis

Zwischen Arzt R und G bestand also ein Schuldverhältnis, nämlich ein Werkvertrag über die Anfertigung von Röntgenbildern der Milz der G.

2. Pflichtverletzung

Weitere Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch der G ist, dass Arzt R eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis verletzt hat. Zu den Pflichten aus einem Werkvertrag zählen neben den Hauptleistungspflichten gemäß § 631 BGB weitere Nebenpflichten.⁹ Vorliegend könnte eine Hauptleistungspflicht, nämlich die sach- und rechtmangelfreie Herstellung des Werkes gemäß § 633 Abs. 1 verletzt sein. Ein Werk ist dann frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können.¹⁰ Ein solcher Mangel kommt vorliegend aufgrund der Beschaffenheit des Werkes nicht unmittelbar in Betracht. Hier könnte jedoch ein Sachmangel nach § 633 Abs. 2 BGB vorliegen. Maßgebend für das Vorliegen eines Sachmangels ist, ob die Ist-Beschaffenheit des Werkes von dessen Soll-Beschaffenheit abweicht. Was Soll-Beschaffenheit zu sein hat, richtet sich primär nach den subjektiven Vorstellungen der Parteien, die in der von ihnen regelmäßig getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung zum Ausdruck kommt, § 633 Abs. 2 S. 1 BGB.¹¹ Subsidiär geht es sodann nach dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch, ersatzweise nach der objektiv zu bestimmenden Eignung zur gewöhnlichen Verwendbarkeit des Werkes.¹² Die Ist-Beschaffen-

¹ Stadler, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 311 Rn. 1.

² BGH NJW 2002, 3323 (3324).

³ Vgl. nur BGH NJW 1984, 2406 (2407) mwN.

⁴ Bönninghaus, Schuldrecht BT I, 3. Auflage (2015), S. 3.

⁵ Mutter, MDR 1995, 440.

⁶ Vgl. OLG Düsseldorf VersR 1986, 474.

⁷ BGHSt 21, 50 (54); BGH NStZ 1985, 409.

⁸ Quaas, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. (2014), § 14 Rn. 16.

⁹ Busche, in: MüKo BGB, 7. Aufl. (2018), § 631 Rn. 105.

¹⁰ Busche, in: MüKo BGB, 7. Aufl. (2018), § 633 Rn. 33.

¹¹ Vgl. BGH NZBau 2007, 243; BGH DNotZ 2008, 449 (450).

¹² Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 633 Rn. 4; Busche, in: MüKo BGB, 7. Aufl. (2018), § 633 Rn. 25 ff.

heit als Grundlage beurteilt sich nach dem tatsächlichen Zustand des Werkes in dem für den Gefahrübergang maßgeblichen Zeitpunkt.¹³ Die Soll-Beschaffenheit war vorliegend nicht erkennbar vertraglich vereinbart. Fehlt es an einer solchen ausdrücklichen Vereinbarung des Sollzustandes zwischen Arzt R und G, so ist gemäß § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB zunächst der vertraglich vorausgesetzte Gebrauch für seine Bestimmung maßgebend.¹⁴ Dabei sind die subjektiv geäußerten Absichten der Vertragsparteien über den künftigen Gebrauch des Werkes maßgebend, es muss mithin gemeinsame Vorstellungen der Vertragsparteien über die Verwendung vorliegen. Einseitige Vorstellungen bleiben unbeachtlich. Der Sollzustand ergibt sich im konkreten Fall aber jedenfalls nicht vollständig hieraus. Insofern ist gem. § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB auf überindividuelle Erwartungen zurückzugreifen.¹⁵ Dabei ist auf die Beschaffenheitsanforderungen zurückzugreifen, die bei Werken dieser Art üblich sind und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann. Üblich ist dabei genau diejenige Verwendung(-sbreite), die nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten und der durchschnittlichen Lebensverhältnisse vorgenommen zu werden pflegt.¹⁶ Es ist nicht lediglich üblich, entsprechende Strahlenschutzmaßnahmen zu ergreifen, um eine Beeinträchtigung der der Röntgenexposition ausgesetzten Person nach dem anerkannten und gesicherten Stand der ärztlichen Wissenschaft im Zeitpunkt der Behandlung auf ein absolutes Mindestmaß zu beschränken. Es ist nach § 16 der Röntgenverordnung auch eine unabdingbare Qualität der Untersuchung gefordert und es gilt der Grundsatz der minimalen Strahlenexposition, § 25 Abs. 2 Röntgenverordnung. Insofern liegt der Soll-Zustand in der Anfertigung von Röntgenbildern durch Arzt R ohne weitergehende Beeinträchtigung der G durch Röntgenstrahlen. Vorliegend starben zahlreiche Milzzellen der G durch die Röntgenexposition ab. Dies ist eine Abweichung der Soll-Beschaffenheit von der tatsächlichen Ist-Beschaffenheit. Die Abweichung ist negativ.¹⁷ Damit besteht ein Sachmangel des Werks. Dieser müsste jedenfalls in dem für den Gefahrübergang maßgeblichen Zeitpunkt bestanden haben, § 644 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁸ Der BGH hat die Frage der möglichen Geltendmachung von Mängelrechten nach § 634 BGB aus temporaler Betrachtungsweise im Übrigen ausdrücklich offengelassen,¹⁹ im Gegensatz zu den Oberlandesgerichten.²⁰ Gefahrübergang liegt im Werkvertragsrecht regelmäßig in Form der Abnahme gemäß § 640 Abs. 1 S. 1 BGB vor.²¹ Abnahme meint die körperliche Entgegennahme des Werkes verbunden mit der Anerkennung des Werks als in der Hauptsache vertragsgemäße Leistung.²² Hier geht es um die Durchführung von Röntgenmaßnahmen. Eine körperliche Entgegennahme eines solchen Werkes ist ausgeschlossen. Ist nach der Beschaffenheit eines Werkes eine Abnahme ausgeschlossen, so tritt an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes, § 646 BGB.²³ Ein Werk ist

vollendet, wenn es ungeachtet etwaiger Mängel im Wesentlichen vertragsgemäß fertig gestellt ist, mithin alle geschuldeten Leistungen erbracht wurden.²⁴ Der Mangel lag im Moment der Vollendung des Werkes, also dem Abschluss der Röntgenmaßnahme, vor. Dieser Mangel am Werk begründet eine Pflichtverletzung gemäß §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 Abs. 1 BGB.

3. Vertretenmüssen

Schließlich ist fraglich, ob Arzt R diese Pflichtverletzung auch zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Gemäß § 276 Abs. 1 BGB hat Arzt R Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Vorsatz ist Wissen und Wollen der objektiven Tatbestandsmerkmale.²⁵ Davon ist nicht immer zwingend ein Erfolg umfasst, das Verschulden muss sich mithin auf die Vertragswidrigkeit (hier über § 280 Abs. 1 BGB) beziehen.²⁶ Arzt R kannte jedenfalls positiv den Konstruktionsfehler des Röntgengerätes nicht. Auch aus der Fachpresse waren derartige Beschaffenheiten der Röntgengeräte dieses Typs nicht zu vernehmen. Arzt R handelte also nicht vorsätzlich. Arzt R könnte aber fahrlässig gehandelt haben. Fahrlässigkeit ist gemäß § 276 Abs. 2 BGB das Außer-Acht-Lassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Hier wurde eine Röntgendiagnostik *lege artis* durchgeführt. Die von Arzt R eingestellte Strahlendosis ist üblich und entspricht den allgemeingültigen ärztlichen Standards. Die Anzeige auf dem Röntgengerät entsprach nach dem Sachverhalt dieser angemessenen Dosis. Arzt R ist auf dem Gebiet der Röntgendiagnostik erfahren. Auf den Entlassungsbeweis für den Arzt R dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden.²⁷ Es ist auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, wobei sich der Schuldner auch auf die Erfahrung des Lebens stützen kann. Die Feststellung von Fahrlässigkeit setzt auch voraus, dass die Gefahr vorhersehbar beziehungsweise erkennbar ist. R könnte hier die Pflicht getroffen haben, dass von ihm erworbene Röntgengerät auf Konstruktionsfehler zu untersuchen. Von einem Arzt kann aber zum einen eine technische Begutachtung eines Röntgengerätes nicht erwartet werden und zum anderen wurde die eigentliche Röntgendiagnostik *lege artis* durchgeführt und eine den ärztlichen Standards entsprechende Strahlendosis eingestellt. Die technische Begutachtung der Röntgengeräte könnte nur dann verlangt werden, wenn die dem Arzt R zumutbaren Pflichten eine solche Begutachtung umfassen würden. Von einem Arzt eine technische Inspektion eines Röntgengerätes zu verlangen, geht über die zumutbaren Pflichten hinaus. Ferner bestanden für Arzt R keine Anhaltspunkte, an der korrekten Einstellung der Strahlendosis am Röntgengerät zu zweifeln. Denn Beschwerden oder ähnliche Vorfälle gab es im Vorfeld der Röntgendiagnostik an Frau G nicht. Damit war die Gefahr auch nicht vorhersehbar respektive erkennbar. Dadurch, dass R hier keine Pflicht treffen kann, das von ihm erworbene Röntgengerät auf Konstruktionsfehler zu untersuchen,

¹³ Sprau, in: Palandt, 77. Aufl. (2017), § 633 Rn. 3.

¹⁴ Voit, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 633 Rn. 6; Busche, in: MüKo BGB, 7. Aufl. (2018), § 633 Rn. 14 ff.

¹⁵ Voit, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 633 Rn. 7.

¹⁶ Vgl. BGH NJW 2001, 3476 (3477).

¹⁷ Mansel, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 633 Rn. 3 – der bei jedweder Abweichung einen Mangel sieht.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 2016, 2183; Vorwerk, BauR 2003, 1 (10) – der im Übrigen Rechte aus § 634 BGB schon vor Abnahme dem Abnehmer zugestehen will; Jansen, Mängelrechte vor Abnahme (2010), S. 35; Jordan, Der zeitliche Anwendungsbereich (2015), S. 129 f.

¹⁹ BGH NZBau 2010, 768 (771).

²⁰ Vgl. nur OLG Hamm NJW 2015, 960 (961).

²¹ BGH NJW 2017, 1604 (1605) mwN.; Schwenker, NJW 2017, 1579.

²² BGH NJW 1993, 1972 (1974).

²³ Busche, in: MüKo BGB, 7. Aufl. (2018), § 646 Rn. 1; Ebert/Scheuch, in: HK-BGB, 10. Aufl. (2018), § 646 Rn. 2.

²⁴ Ebert/Scheuch, in: HK-BGB, 10. Aufl. (2018), § 646 Rn. 3.

²⁵ Vgl. BGH NJW 1965, 962 (963).

²⁶ Vgl. BGH NJW 1996, 1278 (1279); BGH NJW 2004, 2971 (2973) mwN.

²⁷ Vgl. BGH NJW 1953, 59; BGH NJW-RR 1990, 446 (447).

ist auch von Fahrlässigkeit nicht auszugehen. Deshalb ist von einem Vertretenmüssen des Arztes R gem. § 276 Abs. 2 BGB nicht auszugehen.

4. Ergebnis

G hat gegen den Arzt R keinen Anspruch auf Ersatz der Behandlungskosten und Zahlung eines angemessenen Schmerzengeldes gemäß §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 Abs. 1 BGB in Höhe von 5.500 Euro.

II. Anspruch der G gegen R aus § 823 Abs. 1

G könnte aber einen Schadensersatzanspruch gegen den Arzt R gemäß § 823 Abs. 1 BGB in einer Gesamthöhe von 5.500 Euro haben. Dazu müsste der Arzt R die G an einem durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgut rechtswidrig und schuldhaft verletzt haben.

1. Rechtsgutverletzung

Zunächst müsste eine Rechtsgutverletzung vorliegen. Als durch § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut kommt hier zum einen der Körper und zum anderen die Gesundheit in Betracht. Die Differenzierung zwischen diesen beiden Gütern ist zweifelhaft, im Übrigen ohne Bedeutung.²⁸ So erscheinen die von § 823 Abs. 1 BGB expressis verbis erfassten Rechtsgüter partikuläre Ausprägungen eines umfassenden Persönlichkeitsschutzes darzustellen.²⁹ Körperverletzung ist jeder Eingriff in die Integrität der körperlichen Befindlichkeit, einschließlich der bloßen Schmerzzufügung, der von der Einwilligung des Rechtsträgers nicht gedeckt ist.³⁰ Eine Verletzung der Gesundheit ist die Beeinträchtigung der inneren Funktionen.³¹ Im Zentrum aller unmittelbaren und mittelbaren Fälle im medizinischen Bereich steht der Gesundheitsschaden.³² Hier sind Milzzellen der G durch Nekrotose gestorben, weil sie durch ein Röntgengerät einer überhöhten Strahlungsdosis ausgesetzt waren. Die inneren Funktionen der G wurden also beeinträchtigt. Eine Gesundheitsverletzung ist damit gegeben. Fraglich ist, ob vorliegend auch eine Körperverletzung gegeben ist. Gemäß Sachverhalt wird G nach der Röntgendiagnostik aufgrund Beschwerden erneut bei Arzt R vorstellig. Daher ist auch von einer Körperverletzung auszugehen.

2. Handlung

Die Verletzung eines geschützten Rechtsguts erfüllt nur dann den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB, wenn Sie dem Arzt R als Schädiger als Handlung zugerechnet werden kann. Die Handlung ist dabei als ein der Bewusstseinskontrolle unterliegendes beherrschbares Verhalten zu verstehen.³³ Die Handlung kann dabei in einem positiven Tun oder in einem Unterlassen bestehen. Arzt R hat vorliegend aktiv eine Röntgenmaßnahme durch-

geführt. Somit wurde die Körperverletzung respektive Gesundheitsschädigung durch R mittels eines positiven Tuns bewirkt. Von einer verletzenden Handlung ist insofern auszugehen.

3. Haftungsbegründende Kausalität

Die haftungsbegründende Kausalität ist gegeben, wenn zwischen Handlung und Rechtsgutverletzung ein Zusammenhang festgestellt wird.³⁴ Im Ausgangspunkt gilt hier die äquivalente Kausalität.³⁵ Demnach ist jede Ursache kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Geschehensablauf ein anderer gewesen, das Ereignis nicht oder nicht zu diesem Zeitpunkt eingetreten wäre. Dies folgt der Theorie der *conditio sine qua non*.³⁶ Im konkreten Fall ist das Tun in Form der Röntgenmaßnahme nicht hinwegzudenken, ohne dass die Rechtsgutverletzung in Form der körperlichen Beschwerden und der abgestorbenen Zellen nicht ebenfalls entfielen. Sie ist damit *conditio sine qua non*. Der reine Bezug zur äquivalenten Kausalität wäre jedoch geeignet, eine zu weit gehende Ausdehnung der Schadensersatzpflicht zu begründen.³⁷ Daher tritt die adäquate Kausalität kumulativ hinzu. Adäquate Kausalität ist gegeben, wenn die Bedingungen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nicht nur unter besonders eigenartigen und unwahrscheinlichen Umständen geeignet sind, einen Schaden der konkreten Art herbeizuführen.³⁸ Es liegt gerade bei einem Einsatz von Röntgengeräten auch kein Fall vor, bei dem es außerhalb jeglicher Lebenserfahrung steht, dass der Einsatz eines solchen Gerätes zu Schäden am menschlichen Organismus führt.³⁹ Die haftungsbegründende Kausalität ist zu bejahen.

4. Rechtswidrigkeit

Es ist bereits seit langem umstritten, ob die Rechtswidrigkeit im herkömmlichen Sinne eines „Erfolgsunrechts“ zu verstehen ist, das an der vorgelagerten Rechtsgutverletzung anbindet.⁴⁰ Die herrschende Lehre geht vom Erfolgsunrecht aus.⁴¹ Erfolg wird dabei verstanden als der durch eine zurechenbare Handlung ausgelöste Eintritt eines Tatbestandsmerkmals im Sinne des § 823 BGB. Demnach ist grundsätzlich die unmittelbare Verletzung eines Rechtsgutes im Sinne des § 823 Abs. 1 durch positives Tun rechtswidrig, sofern nicht Rechtfertigungsgründe eingreifen. Eine Rechtsgutverletzung wurde bereits festgestellt. Hier könnte – als Rechtfertigungsgrund – eine Einwilligung der G in die Röntgendiagnostik des Arztes R vorliegen. Grundsätzlich geschieht demjenigen kein ersatzfähiges Unrecht, der in die Schädigung seines Rechtsgutes durch einen anderen ausdrücklich einwilligt.⁴² Eine Einwilligung ist kein Rechtsgeschäft und keine Willenserklärung, sondern die Gestattung zur Vornahme von Handlungen, die in rechtlich geschützte Güter des Gestattenden eingreifen.⁴³ G wurde beim Arzt R eben zum Zweck der Röntgenmaßnahme vorstellig und hat die Durchführung der Röntgenmaßnahme gestattet. Eine Einwilligung ist damit zunächst gegeben. Die Einwilligung erfolgte jedoch nur insoweit, als das G

²⁸ Teichmann, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 823 Rn. 3; Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 823 Rn. 177.

²⁹ Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 823 Rn. 168.

³⁰ Vgl. BGH NJW 2013, 3634 (3535).

³¹ Vgl. BGH NJW 2005, 2614 (2618).

³² Müller, in: Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl. (2013), § 2 Rn. 6.

³³ Vgl. BGHZ 39, 106.

³⁴ Greiner, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Auflage (2018), § 839 Rn. 114.

³⁵ Förster, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 823 Rn. 256.

³⁶ Teichmann, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 823 Rn. 22.

³⁷ Vgl. BGH NJW 2002, 2232 (2233).

³⁸ Vgl. BGH NJW 1998, 138 (140) mwN.

³⁹ Vgl. BGH NJW 2008, 2846 (2848) mwN. – im Falle einer Sterilisation.

⁴⁰ Förster, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 823 Rn. 17.

⁴¹ Teichmann, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 823 Rn. 48; aA.: Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 823 Rn. 7 – der von einem Kompromiss spricht.

⁴² BGH NJW 1978, 2154 (2155).

⁴³ Vgl. BGH NJW 2010, 2430 (2431) mwN.; BGH NJW 2015, 477 (478).

die Bedeutung und Tragweite der Röntgenbestrahlung begreifen durfte. Damit ist in eine überdosierte Bestrahlung nicht eingewilligt worden. Eine Einwilligung liegt damit nicht vor. Rechtswidrigkeit ist damit gegeben.

5. Verschulden

Arzt R müsste auch schuldhaft gehandelt haben. Vorsatz und Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB würden den Verschuldensvorwurf auslösen. Wie bereits unter A) I. 3. erläutert, handelt Arzt R weder vorsätzlich noch fahrlässig. Arzt R als Schädiger hat damit die Rechtsgutverletzung, die zum Schaden führte, nicht schuldhaft herbeigeführt. Es liegt kein Verschulden vor.

6. Ergebnis

G hat gegen Arzt R auch keinen deliktischen Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB.

III. Anspruch der G gegen R aus § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 230 StGB

Insoweit scheidet auch der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 iVm. § 230 StGB angesichts dessen, dass Arzt R ein Verschuldensvorwurf evident nicht zu machen ist.

IV. Anspruch der G gegen Arzt R auf Schadensersatz gem. § 1 Abs. 1 ProdHaftG

G könnte gegen Arzt R einen Anspruch auf Schadensersatz in einer Gesamthöhe von 5.500 Euro aus § 1 Abs. 1 ProdHaftG haben.

1. Anwendbarkeit – Arzneimittel

Das Produkthaftungsgesetz müsste zunächst anwendbar sein. Fraglich ist, ob es sich vorliegend um ein Arzneimittel handelt, § 15 Abs. 1 ProdHaftG iVm. § 2 AMG. Ein Röntgengerät könnte aber ein Medizinprodukt im Sinne des § 3 MPG⁴⁴ und damit gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 7 AMG kein Arzneimittel sein. Gemäß § 3 Nr. 1 a MPG sind Medizinprodukte alle einzeln oder miteinander verbunden verwendeten Instrumente, Apparate, Vorrichtungen, Software, Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen oder andere Gegenstände. Ein Röntgengerät ist eine Apparatur.⁴⁵ Also ist eine Röntgenapparatur kein Arzneimittel, § 2 Abs. 3 Nr. 7 AMG. Insofern ist die Anwendung des ProdHaftG nicht ausgeschlossen durch § 15 Abs. 1 ProdHaftG.

2. Anwendbarkeit – Hersteller

Verpflichteter im Sinne des ProdHaftG ist lediglich der Hersteller. Der Kreis der Hersteller ist weit gezogen, § 4 ProdHaftG. Fraglich ist hier, ob Arzt R Hersteller sein kann. Hersteller des Röntgengerätes ist nach dem Sachverhalt die Firma Venom. Somit scheidet schon ohne eine weitergehende Anspruchsprüfung ein Anspruch aus § 1 Abs. 1 ProdHaftG gegen Arzt R.

3. Ergebnis

G hat gegen Arzt R schon ohne weitergehende Prüfung aus evidenten Gründen keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 1 Abs. 1 ProdHaftG.

B) Schadensersatzansprüche der G gegen Hersteller Venom (V) mit Sitz in Frankfurt aM.

Der G könnten aber Schadensersatzansprüche gegen den Hersteller V zustehen.

I. Anspruch der G gegen V auf Schadensersatz wegen Gesundheits- und Körperschädigung aus Garantievertrag (§§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1, 443 Abs. 1 BGB)

G könnte gem. §§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1, 443 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz gegen V aus einem entsprechend gefassten Garantievertrag in einer Gesamthöhe von 5.500 Euro haben. Schon der Gesetzgeber sieht Schadensersatzansprüche in Garantieverträgen allerdings als nur selten gewollt an.⁴⁶ Angesichts der Belastung jedenfalls in Fällen der verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB sind gewichtige Anhaltspunkte zu einem derart ausgestalteten Garantievertrag zu stellen.⁴⁷ Allerdings sind im vorliegenden Fall auch keine Anhaltspunkte für eine Garantieverklärung, die jedenfalls auch auf Schadensersatz gerichtet ist, zwischen dem Hersteller V und der G zu erkennen. Ein Garantievertrag zwischen G und V mit Schadensersatzbezug ist nicht gegeben. G hat keinen Anspruch gegen V auf Schadensersatz aus einem Garantievertrag.

II. Anspruch der G gegen V auf Zahlung der Behandlungskosten und Schmerzensgeld (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB iVm. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)

Die G könnte einen Anspruch gegen V auf Zahlung ihrer Behandlungskosten und ein angemessenes Schmerzensgeld aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB iVm. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in einer Gesamthöhe von 5.500 Euro haben. Dazu müsste V eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis, vorliegend in Form eines Kaufvertrages, schuldhaft verletzt haben und G müsste dadurch ein Schaden entstanden sein.

1. Bestehen eines Schuldverhältnisses

Es müsste zwischen der G und V ein Schuldverhältnis bestehen. G selbst hat aber vorliegend keinen Vertrag mit V geschlossen. Lediglich Arzt R, bei der G vorstellig wurde, hat wohl einen Kaufvertrag gemäß § 433 BGB mit V geschlossen. G könnte jedoch als Patientin des Arztes R, die mit dem durch R erworbenen Röntgengerät bestrahlt wurde, in das Schuldverhältnis zwischen V und R einbezogen werden. So ist allgemein anerkannt, dass in ausgewählten Fällen die aus dem Schuldverhältnis resultierenden Schutzpflichten auch Dritten zugutekommen können.⁴⁸ Den Dritten gegenüber ist der Schuldner dann zwar nicht zur Leistung, jedoch unter bestimmten Voraussetzungen zum Schadensersatz verpflichtet. Die dogmatische Grundlage ist zwar umstritten, die Existenz solcher Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und deren Voraussetzungen sind weitgehend anerkannt. Bei der dogmatischen Grundlage werden im

⁴⁴ Gesetz über Medizinprodukte v. 07.08.2002 (BGBl. I, 2002, S. 3146), zuletzt geändert durch Art. 16 Gesetz v. 23.12.2016 (BGBl. I, 2016, S. 3191).

⁴⁵ Lückner, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Auflage (2018), § 3 Rn. 3.

⁴⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 238.

⁴⁷ Stöber, Beschaffenheitsgarantien (2006), S. 304.

⁴⁸ Vgl. BGH NJW 1996, 2927 (2928); Zugehör, NJW 2008, 1105 (1106).

Wesentlichen zwei Wege der Herleitung angetreten.⁴⁹ Zum einen der Weg des institutionellen Konzeptes und zum anderen der Weg des Vertragskonzeptes.⁵⁰

a) Bestimmungsgemäße Leistungsnähe des Dritten

Der Dritte muss bestimmungsgemäß mit der Leistung des Schuldners in Berührung kommen und deshalb den damit verbundenen Risiken in gleichem Maße wie der Gläubiger ausgesetzt sein.⁵¹ Beim Kauf eines mit einem Konstruktionsfehler behafteten Röntgengerätes durch Arzt R kommt im Regelfall auch der jeweilige Patient/in mit dem mangelhaften Röntgengerät in Berührung, wenn dieses zur Bestrahlung eingesetzt wird. Patienten, hier in Form von G sind erkennbar Benefiziar der Leistung. Somit ist die bestimmungsgemäße Leistungsnähe der G zu bejahen.

b) Berechtigtes Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten

Ferner muss der Vertragsgläubiger an der sorgfältigen Ausführung der Leistung nicht nur ein eigenes, sondern auch ein berechtigtes Interesse zugunsten des Dritten haben.⁵² Nach der „Wohl- und Wehe-Formel“ ist ein Schutzinteresse zumindest dann gegeben, wenn der Gläubiger für das Wohl und Wehe des Dritten verantwortlich ist.⁵³ In weiteren Fällen, die nicht unter diese Formel fallen, ist dennoch eine Prüfung vorzunehmen. Denn diese Formel gestattet nicht abschließend eine Bestimmung des Kreises geschützter Dritter.⁵⁴ Ein Arzt ist für das Wohl und Wehe seiner Patienten verantwortlich. Es handelt sich vorliegend um einen Werkvertrag zwischen Arzt R und der G. Dabei geht es um eine Röntgenmaßnahme. Insofern ist ein berechtigtes Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten im konkreten Fall anzunehmen.

c) Erkennbarkeit

Für eine Einbeziehung in den Schutzbereich ist weiterhin die Erkennbarkeit von Leistungsnähe und Schutzinteresse für den Schuldner erforderlich.⁵⁵ Das potenzielle Haftungsrisiko müsste für den Schuldner bei Abschluss des Vertrages übersehbar, möglicherweise versicherbar und jedenfalls kalkulierbar sein.⁵⁶ V müsste also erkennen können, welche Personen in die Schutzwirkungen des Kaufvertrages zwischen ihm und dem Arzt R als Käufer einbezogen sein sollen. Für V ist es nicht erkennbar, welche Personen bzw. welcher Personenkreis den Funktionen des Röntgengerätes ausgesetzt sein soll. Zwar lässt sich doch aus der Funktion des R als Arzt eine Beschränkung auf den Personenkreis der Patienten herstellen, dieser ist jedoch unüberschaubar groß. Gemäß der Rechtsprechung müssen aber Zahl und Namen der geschützten Personen dem Schuldner auch nicht bekannt sein.⁵⁷ Hier kann aber Patient des Arztes R jede denkbare

menschliche Person sein. Von einer Erkennbarkeit kann daher nicht ausgegangen werden.⁵⁸

2. Ergebnis

G hat gegen V als Hersteller keinen Anspruch auf Schadensersatz aus einem Kaufvertrag zwischen V und R gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB.

III. Anspruch der G gegen Hersteller V auf Schadensersatz wegen Gesundheits- und Körperschädigung (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 3 BGB)

Es lassen sich in der Literatur Gestaltungen finden, die eine Herstellerhaftung nach den Grundsätzen des Verschuldens schon bei Vertragsverhandlungen in Betracht ziehen.⁵⁹ Gestützt werden diese Ansätze vornehmlich auf die tradierte Rechtsfigur der culpa in contrahendo, daneben aber auch auf § 122 BGB.⁶⁰ Einbruchsstellen sollen dabei hauptsächlich § 311 Abs. 2 und Abs. 3 BGB sein. Gerade § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB, der „ähnliche geschäftliche Kontakte“ nennt, wird angeführt. Begründet wird dies etwa mit dem Wegfall des § 676 BGB aF., der einer Haftung auf einer Ebene zwischen Delikts- und Vertragsgrundlage entgegentand.⁶¹ Die herrschende Meinung lehnt eine solche Konstruktion ab.⁶² Dieser Meinung ist sich wohl anzuschließen, denn durch die Dichte der Regelung des § 1 Abs. 1 ProdHaftG sowie des § 823 Abs. 1 BGB kann es nicht auf eine möglicherweise ungerechtfertigte Entlastung des Herstellers ankommen. Daneben stellt sich die Frage, wie eine scharfe Konturierung von Vertrags- und Deliktsrecht zu bewerkstelligen sein soll, wenn über die Rechtsfigur der culpa in contrahendo eine erhebliche Bruchstelle geschaffen wird. Die Literatur will insofern eine eigene Ebene zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung bilden.⁶³ Im Übrigen können hier beide Ansichten für den Anspruch der G gegen V nicht verfangen: Der Gesetzgeber will schon für eine Anknüpfung an § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB Dritte nur dann einbeziehen, wenn sie nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erfasst sind.⁶⁴ Wie bereits unter B. II. festgestellt, ist hier kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten von G gegeben. § 311 Abs. 3 BGB betrifft die Eigenhaftung Dritter, kann also mithin im konkreten Fall nicht zur Anwendung gelangen.⁶⁵ Daneben wird derzeit eine restriktive Tendenz der Rechtsprechung beachtlich sein, der gesetzgeberischen Forderung⁶⁶ zur Formung des § 311 Abs. 3 BGB einschränkend nachzukommen.⁶⁷

IV. Anspruch der G gegen V auf Schadensersatz nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation

Unter der Drittschadensliquidation werden Fälle diskutiert, in denen einem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch zusteht, ihm aufgrund einer zufälligen Schadensverlagerung jedoch kein Schaden entstanden ist, während einem Dritten ein Schaden

⁴⁹ Ziegeltrum, Schutzwirkung für Dritte (1992), S. 110.

⁵⁰ Saar, JuS 2000, 220 (223) mwN.

⁵¹ BGH NJW 2001, 3115 (3116).

⁵² BGH NJW 1996, 2927 (2929).

⁵³ BGH NJW 1969, 269 (271); BGH NJW 2001, 3115 (3116).

⁵⁴ Janoschek, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 328 Rn. 186.

⁵⁵ BGH NJW 1968, 885 (887).

⁵⁶ BGH NJW 1996, 2927 (2928).

⁵⁷ Vgl. BGH NJW 1965, 1757 (1759); BGH NJW 2004, 3035 (3038).

⁵⁸ Berger/Stemper, WM 2010, 2289 - für Ratingagenturen.

⁵⁹ Müller, AcP 165 (1965), 285 (328); Sack, VersR 2006, 582.

⁶⁰ Singer, AcP 201 (2001), 93 (96); Bork, BGB AT, Rn. 923.

⁶¹ Picker, AcP 183 (1983), 359 (369); Hammen, Schutzwirkung für Dritte (2014), S. 14.

⁶² Kreuzer, Culpa in contrahendo (1971), S. 260 mwN.; Gehrlein, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 311 Rn. 114.

⁶³ Hammen, Schutzwirkung für Dritte (2014), S. 14.

⁶⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 153.

⁶⁵ Vgl. BGH NJW 2014, 2345 - mit indirekten Ausführungen; OLG Hamm NJW-RR 2013, 1522 - zur tierärztlichen Ankaufsuntersuchung.

⁶⁶ BT-Drs. 14/6040, S. 153.

⁶⁷ Gehrlein, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 311 Rn. 114.

entstanden ist, diesem jedoch kein Anspruch zusteht.⁶⁸ Im Hintergrund steht dabei die Figur des ungerechtfertigt entlasteten Schädigers. Bei der Verwendung eines mangelhaften Röntgengerätes liegt der Schaden grundsätzlich beim Patienten. Insofern mangelt es bereits an einer zufälligen Schadensverlagerung. Auch ist keine der klassischen Fallgruppen einschlägig.⁶⁹ Ein Anspruch aus Drittschadensliquidation für G gerichtet gegen V scheidet somit aus.

V. Anspruch der G gegen V auf Zahlung der Behandlungskosten und Schmerzensgeld iHv. 5500 Euro (§ 823 Abs. 1 BGB – Produzentenhaftung)

G könnte gemäß § 823 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch gegen den Hersteller V in einer Gesamthöhe von 5.500 Euro aus Produzentenhaftung haben.

1. Anwendbarkeit neben § 1 ProdHaftG

Zunächst müsste § 823 Abs. 1 BGB als Produzentenhaftung jedenfalls neben § 1 ProdHaftG als Produkthaftung anwendbar sein. Gemäß § 15 Abs. 2 ProdHaftG ist das der Fall.⁷⁰

2. Hersteller als Anspruchsgegner

Bei der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB muss sich der Schadensersatzanspruch unter Zurückstellung der übrigen Tatbestandsmerkmale der Norm zunächst gegen einen Anspruchsgegner stellen, der nach § 823 Abs. 1 BGB als Hersteller anzusehen ist. Hersteller ist, wer das Produkt herstellt und in den Verkehr bringt.⁷¹ Hier ist V schon nach dem Sachverhalt „Hersteller“. Die Eigenschaft des V als Hersteller und somit als Anspruchsgegner ist mithin gegeben.

3. Rechtsgutverletzung

Wie bereits unter A) II. 1. dargestellt, liegt hier eine Rechtsgutverletzung in Form der Körperverletzung respektive der Schädigung der Gesundheit der G vor. Die Schädigung erfolgte durch den Einsatz eines Röntgengerätes durch Arzt R, das Hersteller V in den Verkehr gebracht hat. Eine Rechtsgutverletzung ist damit gegeben.

4. Handlung

Die Verletzung eines geschützten Rechtsguts erfüllt nur dann den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB, wenn Sie dem V als Schädiger als Handlung zugerechnet werden kann. Die Handlung ist dabei als ein der Bewusstseinskontrolle unterliegendes beherrschbares Verhalten zu verstehen.⁷² Die Handlung kann dabei in einem positiven Tun oder in einem Unterlassen bestehen. Hier bringt V das Röntgengerät jedenfalls durch Auslieferung an Arzt V in den Verkehr. Damit ist eine Verletzungshandlung durch positives Tun für sich aber noch nicht gegeben. Hier könnte eine Verletzungshandlung in Form einer Unterlassung vorliegen. Für die Produzentenhaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB ergibt sich der gesonderte Ansatz der Verkehrssicherungspflicht

des Herstellers.⁷³ Es ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, dass den Hersteller die Pflicht trifft, dafür Sorge zu tragen, dass die von ihm vertriebenen respektive hergestellten Produkte frei von Fehlern sind. Inhalt und Umfang der Verkehrssicherungspflichten im Sinne einer Erforderlichkeit lassen sich im Übrigen nur anhand von Einzelfallumständen festlegen. Da es bei der Erforderlichkeit von Maßnahmen maßgeblich um den Rang des potenziell verletzten Gutes, dem Grad der drohenden Gefahr und dem Stand der Technik geht, ist gerade bei einem Röntgengerät, das schon im Regelfall gesundheitlich belastende Strahlen freisetzt und eine schon relativ weit zurückreichende Geschichte der Röntgengeräte in der medizinischen Praxis existiert, von einer hohen Vorgabe der Erforderlichkeit auszugehen. Vorliegend geht es schon ausgehend vom Wortlaut des Sachverhaltes um einen Konstruktionsfehler. Es ist die Pflicht eines Herstellers, ein Produkt ordnungsgemäß zu konstruieren. Ein Konstruktionsfehler liegt aber vor, wenn das Produkt schon nach seiner Konzeption nach unter dem gebotenen Sicherheitsstandard bleibt.⁷⁴ Von einer Verletzungshandlung durch Unterlassung ist insofern auszugehen.

5. Haftungsbegründende Kausalität

Die haftungsbegründende Kausalität ist gegeben, wenn zwischen Handlung und Rechtsgutverletzung ein Zusammenhang festgestellt wird.⁷⁵ Im Ausgangspunkt gilt hier die äquivalente Kausalität. Demnach ist jede Ursache kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Geschehensablauf ein anderer gewesen, das Ereignis nicht oder nicht zu diesem Zeitpunkt eingetreten wäre. Dies folgt der Theorie der *conditio sine qua non*.⁷⁶ Das Inverkehrbringen des mit einem Konstruktionsfehler behafteten Röntgengerätes kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg im Sinne der Beschwerden und durch Nekroptose gestorbenen Milzzellen der G entfiel. Der reine Bezug zur äquivalenten Kausalität wäre jedoch geeignet, eine zu weit gehende Ausdehnung der Schadensersatzpflicht zu begründen.⁷⁷ Daher tritt die adäquate Kausalität kumulativ hinzu. Adäquate Kausalität ist gegeben, wenn die Bedingungen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nicht nur unter besonders eigenartigen und unwahrscheinlichen Umständen geeignet sind, einen Schaden der konkreten Art herbeizuführen.⁷⁸ Gerade bei einem Röntgengerät liegt es auch nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung, dass ein Konstruktionsfehler eines solchen Produktes zu einer Körper- und Gesundheitsverletzung beim Patienten, hier der G, führt.⁷⁹ Die haftungsbegründende Kausalität ist damit gegeben.

6. Rechtswidrigkeit

Die herrschende Lehre geht vom Erfolgsunrecht aus.⁸⁰ Erfolg wird dabei verstanden als der durch eine zurechenbare Handlung ausgelöste Eintritt eines Tatbestandsmerkmals im Sinne des § 823 BGB. Demnach ist grundsätzlich die unmittelbare Verletzung eines Rechtsgutes im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB rechtswidrig, sofern nicht Rechtfertigungsgründe eingreifen. Eine

⁶⁸ Oetker, in: MüKo BGB, 7. Aufl. (2016) § 249 Rn. 289; Flume, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 249 Rn. 373.

⁶⁹ Vgl. BGH NJW-RR 2008, 786 (787); Flume, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 249 Rn. 374 – der klassische Fallgruppen führt.

⁷⁰ Teichmann, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 823 Rn. 124a.

⁷¹ Ibid. Rn. 129.

⁷² Vgl. BGHZ 39, 106.

⁷³ Vgl. BGHZ 80, 186 (191).

⁷⁴ Vgl. BGH NJW 2009, 2952 (2953) mwN.

⁷⁵ Greiner, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Auflage (2018), § 839 Rn. 114.

⁷⁶ Teichmann, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 823 Rn. 22.

⁷⁷ BGH NJW 2002, 2232 (2233).

⁷⁸ Vgl. BGH NJW 1998, 138 (140) mwN.

⁷⁹ Vgl. BGH NJW 2007, 1683 (1684 f.) – der eine solche Prüfung vornimmt.

⁸⁰ Teichmann, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 823 Rn. 48.

Rechtsgutverletzung wurde bereits festgestellt. Rechtfertigungsgründe sind vorliegend nicht ersichtlich.

7. Verschulden

Hersteller V müsste auch schuldhaft gehandelt haben. Vorsatz und Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB würden den Verschuldensvorwurf auslösen.⁸¹ Vorsatz ist Wissen und Wollen der objektiven Tatbestandsmerkmale.⁸² Hersteller V kannte jedenfalls positiv den Konstruktionsfehler des Röntgengerätes nicht. Mithin handelte Hersteller V nicht vorsätzlich. Er könnte aber fahrlässig gehandelt haben. Fahrlässigkeit ist das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Da der Verletzte regelmäßig nicht in der Lage ist, betriebsinterne Vorgänge zu überschauen und damit den grundsätzlich ihn treffenden Beweis für alle Tatbestandsmerkmale des § 823 Abs. 1 BGB zu führen, wurde durch die Rechtsprechung die Beweislast nach Risikosphären aufgeteilt.⁸³ Im Falle von Konstruktionsfehlern muss der Geschädigte lediglich die Fehlerhaftigkeit des Produktes im Moment des Inverkehrbringens beweisen. Der Hersteller kann sich entlasten, indem er für den zeitlich vorgelagerten Zeitraum beweist, dass der Fehler nicht auf einer Fehlhandlung basiert.⁸⁴ Ein Konstruktionsfehler ist nach dem Sachverhalt gegeben. Ein Konstruktionsfehler liegt vor, wenn ein Produkt bereits nach seiner Konzeption die gebotenen Sicherheitsstandards nicht erreicht, die nach dem im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts vorhandenen neuesten Stand der Wissenschaft und Technik und nicht nur nach der Branchenüblichkeit konstruktiv möglich ist.⁸⁵ Hersteller V hat nicht vorgetragen, dass der Konstruktionsfehler nicht aus seiner Risikosphäre stammt. Damit ist dem Röntgengerät im Moment des Inverkehrbringens ein Konstruktionsfehler zu unterstellen. Es erfolgt insofern eine Umkehr der Beweislast, auch hinsichtlich des Verschuldens.⁸⁶ Es entsteht also ein Verschuldensvorwurf gegen V. Hersteller V könnte sich bei einem Konstruktionsfehler entlasten, indem er nachweist, dass er im Rahmen des für jedes Produkt und seine Gefährlichkeit zu bestimmenden Zumutbaren geeignete Kontrollmaßnahmen getroffen hat. Insofern geht es insbesondere um die Beweiserbringung einer lückenlosen und dem neuesten Stand der Technik entsprechende Organisation und Kontrolle der Produkte. V hat hier vorgetragen, dass es sich bei dem Gerätefehler um einen „Ausreißer“ handle. Die Figur der „Ausreißer“ kommt jedoch im Bereich der zeitlich nachgelagerten Fabrikationsfehler zum Tragen. Hier geht es um einen Konstruktionsfehler. Insofern wurde durch Hersteller V kein Entlastungsbeweis für die Konstruktionsphase angetreten. Der Vortrag des V, es handle sich um einen „Ausreißer“ ist mithin unbeachtlich. Einen weiteren Entlastungsbeweis in der Gesamtbetrachtung hat der V nicht angetreten. Damit ist ein Verschulden des V jedenfalls durch Fahrlässigkeit zu bejahen. Im Übrigen bleibt hier aufgrund des Ausbleibens eines Entlastungsbeweises durch V anzumerken, dass nach der neueren Rechtsprechung die Möglichkeit, dass alle Produkte einer Serie als fehlerhaft einzustufen.⁸⁷

Dazu bedarf es keines Nachweises, dass alle Produkte einer Serie fehlerhaft sind. Schon die Potenzialität eines Fehlers genügt für die Möglichkeit, alle Produkte dieser Serie durch die Serienschadenklausel als fehlerhaft einzustufen.⁸⁸ Es geht dabei um Produkte mit einer anormalen Potenzialität eines Personenschadens. Ein Röntgengerät ist ein solches Gerät.

8. Schaden

Neben der Rechtsgutverletzung ist der Vermögensschaden eine weitere begriffsnotwendige Voraussetzung des § 823 Abs. 1 BGB. Der Vermögensschaden berechnet sich gemäß der Differenzhypothese aus dem Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage nach Eintritt des schädigenden Ereignisses mit der hypothetischen Vermögenslage ohne dessen Eintritt.⁸⁹ Angeknüpft wird insofern an §§ 249 ff. BGB.⁹⁰ Die G ist demnach so zu stellen, als wäre das sie schädigende Ereignis nie eingetreten.⁹¹ Hätte das Röntgengerät ordnungsgemäß funktioniert, hätte G sich keiner schmerzhaften Operation unterziehen müssen, um die durch die Strahlung abgestorbenen Milzzellen in einer schmerzhaften Operation entfernen zu lassen. Auch der immaterielle Schaden in Form von Schmerzen und denen im Sachverhalt beschriebenen Beschwerden, aufgrund derer G bei Arzt R nach der Röntgendiagnostik erneut vorstellig wurde, wäre ausgeblieben. Fraglich ist, wie der so dem Grunde nach festgestellte Schaden der G ersetzt werden kann. §§ 249 ff. BGB unterscheiden zwei Formen des Schadensersatzes. Einerseits die Herstellung des Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Dies ist Anknüpfungspunkt der Naturalrestitution, die den Regelfall darstellen soll.⁹² Demnach müsste V bei G unbeschädigte Milzzellen schaffen. Das ist wegen natürlicher Restriktionen nicht möglich. Auch müsste V die insgesamt aufgelaufene Schmerzlast der G, die im Zusammenhang mit der Verstrahlung steht, aufheben. Dies ist ebenfalls aufgrund natürlicher Restriktionen nicht möglich. Insofern ist V auf die Entschädigung in Geld beschränkt, § 251 Abs. 1 BGB. Die Behandlungskosten sind insofern in einer Höhe von 2.000 Euro in Geld durch V der G zu erstatten. Als Besonderheit ist hier der Schmerzensgeldanspruch gemäß § 253 Abs. 2 BGB zu sehen. Demnach kann abschließend in Fällen der Körper- und Gesundheitsverletzung sowie der Freiheitsentziehung und der Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts Schmerzensgeld beansprucht werden.⁹³ Vorliegend geht es wie bereits unter A) II. 1. dargestellt um eine Körper- und Gesundheitsverletzung. Schmerzensgeld kann also beansprucht werden. Da 3.5000 Euro nach dem Sachverhalt angemessen sind, besteht also in dieser Höhe ein zusätzlicher Schmerzensgeldanspruch der G gegen V. Der Sachverhalt gibt auch keinen Ansatz für eine Haftungsbeschränkung. G kann also von V 5.500 Euro als Ersatz für den entstandenen Schaden verlangen.

9. Haftungsausfüllende Kausalität

Fraglich ist, ob die haftungsausfüllende Kausalität als Ursachenzusammenhang zwischen Körper- und Gesundheitsschaden und dem (festgestellten) eingetretenen Schaden zu bejahen ist. Hier

⁸¹ Förster, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 823 Rn. 38.

⁸² BGH NJW 1965, 962 (963).

⁸³ Teichmann, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. (2018), § 823 Rn. 133.

⁸⁴ Vgl. BGH NJW 1996, 2507 (2508); BGH NJW 2010, 2953 (2954) mwN.

⁸⁵ Vgl. BGH NJW 2009, 2952 (2953) mwN.; BGH NJW 2013, 1302 (1303).

⁸⁶ Vgl. BGH NJW 1991, 1948 (1959); BGH NJW 1996, 2507.

⁸⁷ EuGH EuZW 2015, 318 (319).

⁸⁸ Hess, in: Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. (2016), § 12 Rn. 180.

⁸⁹ Vgl. BGH NJW 2001, 673 (675) mwN.; BGH NJW 2001, 146 (148); Förster, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 823 Rn.254.

⁹⁰ Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 823 Rn. 83.

⁹¹ Müller, in: Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl. (2013), § 2 Rn. 2.

⁹² Vgl. BGH NJW 1997, 520 (521).

⁹³ Spindler, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 253 Rn. 22.

ist zwischen dem Schmerzensgeld und den Behandlungskosten zu unterscheiden.

a) In Bezug auf die Behandlungskosten

Fraglich ist, ob die Behandlungskosten als Folge der Körper- und Gesundheitsschädigung der G dem Hersteller V als Schädiger verursachungsgerecht zuzurechnen sind, mithin, ob hier die haftungsausfüllende Kausalität gegeben ist. Bei der haftungsausfüllenden Kausalität ist das Beweismaß auf überwiegende Wahrscheinlichkeit beschränkt, § 287 ZPO. Hier könnte die haftungsausfüllende Kausalität zunächst verneint werden. Denn soweit der Schaden des Geschädigten infolge einer bereits vorhandenen Erkrankung oder Disposition auch ohne das schadensstiftende Ereignis zu einem bestimmten Zeitpunkt ganz oder teilweise eingetreten wäre, ist der Schaden dem Schädiger nicht zuzurechnen.⁹⁴ Nach der Rechtsprechung des BGH entlasten solche veranlagungsbedingte Defekte den Schädiger aber grundsätzlich nicht. Im vorliegenden Fall kann es Hersteller V gerade nicht erwarten, jedenfalls vornehmlich auf Personen zu treffen, die keine gesundheitlichen Beanstandungen haben. Gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 Röntgenverordnung soll Röntgenstrahlung am Menschen nur in Ausübung der dort genannten Fallgruppen, vor allem der Heilkunde, zum Einsatz kommen. Es gilt der Grundsatz der minimalen Strahlenexposition, § 25 Abs. 2 Röntgenverordnung. Hersteller V muss also gerade damit rechnen, dass Röntgengeräte bei gesundheitlich mangelhaften Menschen zur Anwendung kommen, diese sind die Hauptzielgruppe eines solchen Produktes. Auch ist es in Bezug auf die behauptete Vorschädigung der G eben so, dass eine Operation zur Beseitigung dieses gesundheitlichen Mangels bereits erfolgreich vorgenommen wurde. Die Röntgenuntersuchung an sich diene einer rein nachträglichen Qualitätsbetrachtung. In Bezug auf die durch die Operation anfallenden Behandlungskosten ist die haftungsausfüllende Kausalität damit zu bejahen.

b) Das Schmerzensgeld

Fraglich ist, ob die Schmerzen als Folge der Körper- und Gesundheitsschädigung der G dem Hersteller V als Schädiger verursachungsgerecht zuzurechnen sind, mithin, ob hier die haftungsausfüllende Kausalität gegeben ist. Die G hat hier Beschwerden gegenüber Arzt R nach der Röntgenmaßnahme geäußert, dabei ist sie auch ernstlich bei Arzt R erneut vorstellig geworden und hat im Übrigen Schmerzen durch den operativen Eingriff zur Entfernung der abgestorbenen Milzzellen erlitten. Es ist nach der gutachterlichen Feststellung zu einer überdosierten Strahlenexposition durch das Röntgengerät gekommen und die schmerzhafte Operation war Folge der Strahlenexposition. Es besteht folglich ein Ursachenzusammenhang zwischen Körper- und Gesundheitsschädigung und dem eingetretenen Schaden, hier in Form von Schmerzen. Die haftungsausfüllende Kausalität ist gegeben.

10. Anspruch untergegangen

Gründe für den Untergang des Schadensersatzanspruches sind vorliegend nicht ersichtlich.

⁹⁴ Vgl. BGH NJW 1985, 676; BGH NJW 2016, 3785 (3786) mwN.

⁹⁵ Staudinger, in: HK-BGB, 10. Aufl. (2018), § 831 Rn. 1; Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 831 Rn. 2.

11. Anspruch durchsetzbar

Nach dem Sachverhalt stehen dem Anspruch der G keine Einreden des Herstellers V als Anspruchsgegner entgegen, der Anspruch ist mithin durchsetzbar. Gerade auch die Einrede der Verjährung wurde nicht geltend gemacht.

12. Ergebnis

Die G hat gegen Hersteller V einen Anspruch auf Schadensersatz iHv. 5.500 Euro aus Produzentenhaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB.

VI. Anspruch von G gegen Hersteller V auf Schadensersatz aus § 831

G könnte gegen Hersteller V einen Schadensersatzanspruch wegen Körper- und Gesundheitsschädigung aus § 831 BGB haben. Dies ist eine selbstständige Anspruchsgrundlage, die eine Haftung des Geschäftsherrn für sein eigenes Verschulden bei der Auswahl des Verrichtungsgehilfen, der Beschaffung sachlicher Hilfsmittel oder bei Leitungsmaßnahmen begründet.⁹⁵ Allerdings scheidet eine solche Anspruchsgrundlage vorliegend aus, weil sich V als potenzieller Prinzipal nicht auf einen Fehler der Verrichtungsgehilfen im Moment der Konstruktion bezog, im Übrigen hat er keinen Nachweis sorgfältiger Auswahl, Überwachung und Anleitung angetreten, mithin hat er sich nicht exkulpert. Dadurch, dass ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB der G gegen V im Sinne eines Organisationsverschuldens mangels Vortragens von Beweisen bejaht wurde, wird eine Anwendung des § 831 BGB nach Teilen der Literatur ausgeschlossen.⁹⁶ Zwar ist die Rechtsprechung den Leitern von Großbetrieben durch den sog. dezentralisierten Entlastungsbeweis entgegengekommen, daneben wurde den Unternehmensträgern aber umfassende Organisationspflichten auferlegt, für die sie aus § 823 BGB haften sollen.⁹⁷ Durch die bereits getätigte Feststellung eines eigenen pflichtwidrigen wie schuldhaften Verhaltens des V im Sinne eines Organisationsverschuldens kann der im Raum stehende potenzielle Auswahl- und Überwachungsfehler jedenfalls zurückstehen. § 831 BGB als Anspruchsgrundlage für G gegen V scheidet aus.

VII. Anspruch von G gegen V auf Schadensersatz aus § 1 Abs. 1 ProdHaftG

G könnte gegen V daneben noch einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 1 Abs. 1 ProdHaftG haben.

1. Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes - Arzneimittel

Wie bereits unter A) IV. 1. gezeigt, handelt es sich bei einem Röntgengerät um ein Medizinprodukt im Sinne des § 3 Medizinproduktgesetz, mithin um kein Arzneimittel, § 2 Abs. 3 Nr. 7 AMG. Eine Anwendung des ProdHaftG ist damit möglich, § 15 Abs. 1 ProdHaftG.

2. Rechtsgutverletzung

Fraglich ist, ob ein Rechtsgut im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG verletzt worden ist. Ein fehlerhaftes Produkt muss

⁹⁶ Vgl. Staudinger, in: HK-BGB, 10. Aufl. (2018), § 831 Rn. 2 – der eine andere Ansicht vertritt.

⁹⁷ Förster, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), § 831 Rn. 5; Staudinger, in: HK-BGB, 10. Aufl. (2018), § 831 Rn. 2.

demzufolge eines der dort genannten Rechtsgüter verletzt haben, d.h. den Tod oder die Körper- bzw. Gesundheitsverletzung eines Menschen oder eine Sachbeschädigung herbeigeführt haben. Mangels abweichender Bestimmungen sind Tötung, Körper- und Gesundheitsverletzung ebenso zu bestimmen wie bei § 823 Abs. 1 BGB.⁹⁸ Wie bereits unter A) II. 1. dargestellt, liegt hier eine Rechtsgutverletzung in Form der Körperverletzung respektive der Schädigung der Gesundheit der G vor.

3. Produkt

Der Produktbegriff ist in § 2 ProdHaftG übereinstimmend mit Art. 2 RL 85/374/EWG bewusst weit als „jede bewegliche Sache“ Sache definiert.⁹⁹ Dabei kommt es nicht auf einen besonderen Verwendungszweck oder einen Grad der Gefährlichkeit an.¹⁰⁰ Ein Röntgengerät ist eine bewegliche Sache, die darüber hinaus gemäß § 3 Medizinproduktgesetz ein „Medizinprodukt“ darstellt. Also ist ein Röntgengerät als Produkt zu werten.

4. Produktfehler

Ein Fehler liegt gem. § 3 Abs. 1 ProdHaftG vor, wenn das Produkt nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände erwartet werden kann.¹⁰¹ Maßstab hierfür ist die berechnete Erwartung der Allgemeinheit bezüglich aller Umstände, der Darbietung und des Gebrauchs des Produktes im maßgeblichen Zeitpunkt.¹⁰² Die Erwartungen müssen berechnungsfähig sein, denn die Allgemeinheit kann nicht von jedem Produkt in jeder Situation totale Sicherheit erwarten.¹⁰³ Zu unterscheiden sind drei Fehlerkategorien: Konstruktionsfehler, Fabrikationsfehler und Instruktionsfehler.¹⁰⁴ Vorliegend kommt ein Konstruktionsfehler in Betracht. Konstruktionsfehler machen das Produkt infolge fehlerhafter technischer Konzeption oder Planung für eine gefahrlose Benutzung ungeeignet. Sie haften der ganzen Serie an und beruhen auf einem Verstoß gegen technische Erkenntnisse schon bei der Herstellung. Hier handelt es sich schon nach dem Sachverhalt um einen Konstruktionsfehler. Es liegt daher ein Produktfehler in Form eines Konstruktionsfehlers vor.

5. Haftungs begründende Kausalität

Der Fehler, der dem Produkt anhängt, müsste für die eingetretene Rechtsgutverletzung kausal sein. Ausgehend vom Schutzzweck des § 1 Abs. 1 ProdHaftG, der Ersatzgewährung auch in Fällen, in denen ein Schaden unvorhersehbar ist, greift hier jedenfalls die Äquivalenztheorie.¹⁰⁵ Somit findet auch hier die *conditio sine qua non*-Formel, die eben durch die Lehre vom Schutzzweck der Norm eingeschränkt werden soll, Anwendung.¹⁰⁶ Nach den Ausführungen zu A) II. 3. ist die haftungs begründende Kausalität hier jedenfalls gegeben.

6. Hersteller

Ferner müsste V Hersteller sein. Der Herstellerbegriff orientiert sich an § 4 ProdHaftG und ist weit zu fassen. Hersteller ist jeder, in dessen Organisationsbereich das Produkt entstanden ist.¹⁰⁷ Hersteller im engeren Sinne ist, wer als Unternehmer das Endprodukt, einen Grundstoff dazu oder ein Teilprodukt tatsächlich

hergestellt hat, § 4 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG. Schon nach dem Sachverhalt wird V als Hersteller bezeichnet. Bezieht man den Vortrag des V ein, es handele sich um einen „Ausreißer“, so kann man von einer Herstellung des Röntgengerätes als Endprodukt durch den Hersteller V ausgehen. V ist als Hersteller im engeren Sinn gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG anzusehen.

7. Kein Haftungsausschluss

Es dürfte ferner kein Haftungsausschluss nach § 1 Abs. 2, 3 ProdHaftG greifen.

a) Haftungsausschluss § 1 Abs. 2 ProdHaftG

§ 1 Abs. 2 ProdHaftG enthält eine Reihe von Haftungsausschlussstatbeständen zugunsten des Herstellers, deren Vorliegen gem. § 1 Abs. 4 S. 2 ProdHaftG von ihm zu beweisen sind. Inhaltlich stellen sie eine hybride Mischung aus Haftungsvoraussetzungen (Nr. 1-3) und Einwendungen (Nr. 4-5) dar, die in einem bestimmbareren Umfang eine Entlastung bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten erlauben.¹⁰⁸ Vorliegend ist nicht ersichtlich, welcher Ausschlussgrund greifen könnte. Ein Haftungsausschluss basierend auf § 1 Abs. 2 ProdHaftG ist daher zu verneinen.

b) Haftungsausschluss § 1 Abs. 3 ProdHaftG

Es könnte jedoch ein Haftungsausschlussstatbestand des § 1 Abs. 3 ProdHaftG greifen. Dazu müsste es sich zunächst um einen Konstruktionsfehler handeln. Schon nach dem Sachverhalt liegt ein Konstruktionsfehler vor. Gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 ProdHaftG können sich sowohl Zulieferer als auch Grundstoffhersteller von der Haftung befreien, wenn alleinig das Endprodukt, nicht aber das von ihnen in Verkehr gebrachte Teilprodukt, fehlerhaft ist. Hersteller V ist aber nicht als Zulieferer oder Grundstoffhersteller anzusehen, da er das fertige Röntgengerät nach dem Sachverhalt in den Verkehr bringt. Ein Haftungsausschluss nach § 1 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 ProdHaftG ist damit nicht gegeben. Es könnte aber der Haftungsausschlussstatbestand des § 1 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 ProdHaftG greifen. Dazu müsste ein zugeliefertes Teilprodukt fehlerhaft sein, so dass der Zulieferer zunächst nach §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 ProdHaftG haftet. Im Sachverhalt ist von einem Zulieferer nichts zu lesen. Damit greift auch dieser Haftungsausschlussstatbestand nicht.

c) Zwischenergebnis

Ein Haftungsausschluss nach §§ 1 Abs. 2, 3 ProdHaftG greift vorliegend nicht.

8. Schaden

Fraglich ist hier, ob ein Schaden vorliegt und sofern dies gegeben ist, welchen quantifizierbaren Umfang der Schaden hat.

a) Schaden dem Grunde nach

Der über § 1 Abs. 1 ProdHaftG möglicherweise bestehende Schadensersatzanspruch setzt das Vorliegen eines Schadens bei dem Anspruchssteller voraus. Vorliegend kam es wie bereits unter A) II. 1. festgestellt zu einer Schädigung von Körper und Gesundheit

⁹⁸ Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), ProdHaftG § 1 Rn. 4.

⁹⁹ Förster, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), ProdHaftG § 2 Rn. 1.

¹⁰⁰ BT-Drs. 11/2447, S. 16.

¹⁰¹ Vgl. BGH NJW 2009, 1669 (1670).

¹⁰² Vgl. OLG Köln GesR 2012, 507 (508).

¹⁰³ Sprau, in: Palandt, 77. Aufl. (2017), ProdHaftG § 3 Rn. 3.

¹⁰⁴ Förster, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), ProdHaftG § 3 Rn. 29.

¹⁰⁵ Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), ProdHaftG § 1 Rn. 20; Förster, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), ProdHaftG § 1 Rn. 30.

¹⁰⁶ BGH NJW 1989, 2616 (2617); BGH NJW 1991, 2568.

¹⁰⁷ Vgl. BGH EnWZ 2014, 321 (322).

¹⁰⁸ Wagner, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), ProdHaftG § 1 Rn. 23.

durch eine überhöhte Strahlenexposition durch das Röntgengerät. Ein Schaden dem Grunde nach ist damit zu bejahen.

b) Quantifizierbarer Umfang des Schadens

Fraglich ist, wie der Umfang des Schadens zu ermitteln ist. Hier richtet sich ein Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB sowie §§ 7-11 ProdHaftG.¹⁰⁹ Zur Anwendung der Differenzhypothese nach §§ 249 ff. BGB gilt das unter B) IV. 8. Gesagte. Daneben könnten hier Besonderheiten des Produkthaftungsgesetzes greifen. § 8 ProdHaftG bestimmt die Ersatzpflicht des Herstellers eines fehlerhaften Produktes bei einer durch dieses ausgelösten Körper- oder Gesundheitsverletzung. Dabei ist auch Schmerzensgeld in den Umfang des Schadens einzubeziehen, § 8 S. 2 ProdHaftG. Vorliegend sind sowohl eine Körper- als auch eine Gesundheitsverletzung gegeben. Der Umfang des Schadens besteht dabei zum einen im Ersatz der Aufwendungen, die der Geschädigte zur Beseitigung oder Minderung der gesundheitsschädlichen Folgen des Unfalls getätigt hat. Dazu gehören jedenfalls Heilbehandlungskosten. Daneben wird der Umfang des Schadens beim Geschädigten durch § 8 S. 2 ProdHaftG auf immaterielle Schäden ausgeweitet. Die Grundsätze nach denen Schmerzensgeld verlangt werden kann richtet sich dabei nach den üblichen Grundsätzen des § 253 Abs. 2 BGB.¹¹⁰ Hier sind Behandlungskosten in Höhe von 2.000 Euro entstanden. Daneben wird durch den Sachverhalt ein Schmerzensgeld in Höhe von 3.500 Euro als angemessen erachtet. Der Gesamtumfang des Schadens beläuft sich somit auf 5.500 Euro.

9. Haftungsausfüllende Kausalität

Um einen Schadensersatzanspruch in der soeben festgestellten Höhe von 5.500 Euro abschließend feststellen zu können, müsste die haftungsausfüllende Kausalität zwischen Produktfehler und Schadenseintritt gegeben sein. Wie bereits unter B) V. 9. festgestellt, ist vorliegend die haftungsausfüllende Kausalität gegeben.

10. Untergang des Anspruches

Der Anspruch könnte jedoch untergegangen sein. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn er durch Zeitablauf erloschen wäre, § 13 ProdHaftG. Ein Anhaltspunkt für ein Erlöschen des Anspruches durch Zeitablauf wird im Sachverhalt nicht ersichtlich. Der Anspruch ist mithin nicht untergegangen.

11. Durchsetzbarkeit des Anspruches

Fraglich ist zuletzt, ob der Anspruch der G gegen Hersteller V auf Schadensersatz auch durchsetzbar ist. Der Anspruch wäre insbesondere dann nicht durchsetzbar, wenn er verjährt wäre, § 214 Abs. 1 BGB iVm. § 12 ProdHaftG. Es bestehen nach dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte für eine Verjährung. Der Anspruch ist durchsetzbar.

12. Ergebnis

G hat gegen Hersteller V einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 1 Abs. 1 ProdHaftG in einer Gesamthöhe von 5.500,- Euro.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



¹⁰⁹ Müller, in: Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl. (2013), § 2 Rn. 2.

¹¹⁰ Förster, in: BeckOK BGB, 46. Edition (01.05.2018), ProdHaftG § 8 Rn. 4.

KLAUSUR – STRAFRECHT

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

„Der BAMF-Skandal“ Fortgeschrittenenklausur

Sachverhalt

Seit Beginn der sog. Flüchtlingskrise im Herbst 2015 sind mehr als 1,5 Millionen Menschen als Flüchtlinge und Migranten nach Deutschland geströmt.¹ 2008 – 2012 lagen die jährlichen Flüchtlingszahlen noch zwischen rd. 27.000 – 77.000, 2013 – 2014 stiegen sie bereits merklich auf rd. 127.000 bzw. 203.000 an, um sodann – insbesondere auch im Zusammenhang mit der Entscheidung der Regierung Merkel zur Grenzöffnung im Herbst 2015 – enorm zuzunehmen (2015: rd. 477.000, 2016: rd. 745.000). Derzeit kommen jährlich etwas weniger als rd. 200.000 Flüchtlinge und Migranten nach Deutschland (2017: rd. 198.000). Im derzeit in Kraft befindlichen Koalitionsvertrag der Großen Koalition ist von keiner zuvor permanent diskutierten Obergrenze für aufzunehmende Flüchtlinge und Migranten die Rede. Vielmehr heißt es dort als reines Postulat: „... stellen wir fest, dass die Zuwanderungszahlen ... die Spanne von jährlich 180.000 bis 220.000 nicht übersteigen werden“².

Die Rechtslage sieht im Zusammenhang mit Flüchtlingen und Migranten eine wenig logische Rechtsfolge vor. Alle Ankömmlinge müssen sich, um in Deutschland bleiben zu können, beim Überschreiten der deutschen Grenze darauf berufen, einen Asylantrag stellen zu wollen. Von der Bundespolizei wird laut einer bis heute in Kraft befindlichen Anweisung des damaligen Bundesinnenministers seit Herbst 2015 niemand mehr zurückgewiesen (auch Personen ohne Ausweisdokumente nicht), obwohl nach wie vor die sog. Dublin-Verordnung besteht und die Einreise nach Deutschland über den Landweg zwangsläufig aus einem sicheren Drittstaat erfolgt. An und für sich müsste jeder Asylsuchende laut der Dublin-Verordnung dort einen Asylantrag stellen, wo er als erstes in die EU einreist. Dies sind eigentlich immer Italien und Griechenland sowie in geringerem Umfang Spanien und Bulgarien. An der deutschen Grenze zurückgewiesen wird derzeit nur, wer ausdrücklich erklärt, in einem anderen Land einen Asylantrag stellen und durch Deutschland lediglich hindurchreisen zu wollen. Jedenfalls hat die reine Migration (*pursuit of happiness*) bei Lichte besehen nichts mit Asyl (*life and liberty*) zu tun³, dennoch müssen alle Flüchtlinge und Migranten nach entsprechender Antragstellung einheitlich das Asylverfahren nach dem Asylgesetz (AsylG) durchlaufen.

Zuständig für die Bearbeitung der Asylanträge ist in Deutschland der Bund, welcher die Anträge durch das Bundesamt für

Migration und Flüchtlinge (BAMF) mit Sitz in Nürnberg bearbeiten lässt. Das BAMF verfügt dabei über zahlreiche Außenstellen in den Bundesländern. Es hatte zu Beginn der Flüchtlingskrise im Herbst 2015 rd. 2.800 Mitarbeiter, die im Eiltempo auf rd. 6.300 Beschäftigte aufgestockt wurden, um dem enormen Aufwuchs an Flüchtlingszahlen und der damit verbundenen Flut von Asylanträgen Herr zu werden. Insbesondere wurden mit befristeten Verträgen Sachbearbeiter als Entscheider eingestellt und kurzfristig geschult sowie externe Dolmetscher beauftragt. Aus dem Bundeskanzleramt und dem Bundesinnenministerium als dem BAMF unmittelbar übergeordneter Behörde wurde politischer Druck ausgeübt, wonach die Asylanträge in jedem Falle schneller bearbeitet werden sollten.

Zwischen 2013 und 2017 war die Oberregierungsrätin Ulrike B. (B) Leiterin der Bremer Außenstelle des BAMF. Am 20. 4. 2018 wurde ihre Wohnung durch Ermittler des Landeskriminalamts (LKA) durchsucht. Ihr wird vorgeworfen, dass sie in ihrer Amtszeit rd. 2.000 völlig aussichtslose Asylverfahren nach Bremen verlagert hat, obwohl die Bremer Außenstelle des BAMF nur für einen Bruchteil (150 Fälle) zuständig gewesen wäre. Diese 2.000 Fälle soll sie „zu einem positiven Abschluss“ gebracht haben. Eine Überprüfung hat bislang ergeben, dass in rd. 50 % der Fälle der Asylantrag bereits unzulässig war, insbesondere weil iSd. § 29 Abs. 1 AsylG andere Staaten für das Asylverfahren zuständig waren. In diesem Zusammenhang wurden die Asylanträge ferner jeweils von einem Rechtsanwalt gestellt, obwohl der einzelne Asylbewerber seinen Antrag stets höchstpersönlich stellen muss (§ 23 Abs. 1 AsylG). In der Folge wurden die betreffenden Asylbewerber auch zu keinem Zeitpunkt angehört wie es an sich gesetzlich erforderlich ist (§§ 24 Abs. 1 Satz 3, 25 AsylG). In keinem der Fälle gab es eine hinreichende Identitätsfeststellung iSd. § 16 AsylG durch erkenntnisdienliche Maßnahmen. Vielmehr ließ es B damit bewenden, dass die jeweils eingeschalteten Rechtsanwälte irgendwelche Dokumente der Asylbewerber „anwaltlich beglaubigten“ und fertigte hiernach stets einen Aktenvermerk, wonach die jeweilige Identität und Herkunft aus einem bestimmten Staat mit hoher Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines Verfolgungs- oder Fluchtgrunds iSd. §§ 3b, 4 AsylG wie z.B. Syrien oder dem Irak belegt sei. Hiernach wies sie die zuständigen Sachbearbeiter an, jeweils einen positiven Bescheid auszufertigen, welcher den Asylstatus oder Status als subsidiär

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

¹ Die nachstehenden Flüchtlingszahlen sind den offiziellen Veröffentlichungen des Statistischen Amtes der Europäischen Union (Eurostat) entnommen und können auch im Internet jederzeit nachvollzogen werden.

² Ein neuer Aufbruch für Europa, eine neue Dynamik für Deutschland, ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD – 19. Legislaturperiode (2018), S. 103.

³ Die rein faktische Schwierigkeit besteht für die deutschen Behörden darin, eine trennscharfe Unterscheidung zu treffen, wer Flüchtling und wer Migrant ist, sofern sich nahezu der gesamte Personenkreis auf individuelle Verfolgung (führt ggf. zum Asylstatus) oder Betroffenheit durch Krieg oder Bürgerkrieg (führt ggf. zu subsidiärem Schutz) beruft, sich aber nicht dazu bekennt, Migrant zu sein und keine Ausweisdokumente mitgeführt werden, die etwa belegen könnten, dass jemand aus einem sicheren Herkunftsstaat kommt.

Geschützter zuerkennt. Die Untergebenen – soweit sie Beamte und nicht bloß Angestellte des öffentlichen Dienstes waren – remonstrierten gegen die Anweisungen von B nicht und fertigten stets die positiven Asylbescheide aus.

Die Ermittlungen ergeben zudem, dass unter den 2.000 betroffenen Asylbewerbern 342 EU-Bürger (v.a. Rumänen und Bulgaren) sind, die als EU-Bürger in der Folge nicht zum Bezug von ALG II (Hartz IV) berechtigt gewesen wären, nunmehr nach Anerkennung etwa als syrische Bürgerkriegsflüchtlinge in den Genuss ebensolcher Leistungen kamen. Ferner stellt sich heraus, dass zum betroffenen Personenkreis 128 islamistische Gefährder zählen, die zudem verdächtig sind, an Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit beteiligt gewesen zu sein, so dass ihnen die Flüchtlingseigenschaft niemals hätte zuerkannt werden dürfen (§§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 AsylG).

Zudem müssen den Ermittlungen nach weitere Führungskräfte der Bremer Außenstelle des BAMF zumindest als Mitwisser gelten. Ihre etwaige Beteiligung ist aber unklar. B hat offensichtlich in Absprache mit mehreren Rechtsanwälten gehandelt, die ihre Mandanten gezielt nach Bremen zu B weitervermittelt haben. Ihrerseits hat B über die Medien erklärt, sie habe rein aus altruistischen Motiven („diese armen Menschen“) gehandelt. Die Ermittlungsbehörden finden indes Belege dafür, dass seitens der Rechtsanwälte Ceynur Can (C), Dimitri Doschakow (D) und Erich Eisenbarth (E) in mindestens 100 Fällen jeweils 1.000 Euro an B geflossen sind.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von B, C, D und E nach dem StGB und dem AsylG.

Die §§ 84, 84a AsylG in der aktuellen Fassung haben dabei den nachstehenden Wortlaut.

§ 84 Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einen Ausländer verleitet oder dabei unterstützt, im Asylverfahren vor dem Bundesamt oder im gerichtlichen Verfahren unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen, um seine Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 zu ermöglichen.
- (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter
 1. für eine in Absatz 1 bezeichnete Handlung einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt oder
 2. wiederholt oder zugunsten von mehr als fünf Ausländern handelt.
- (3) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1
 1. gewerbsmäßig oder
 2. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, handelt.
- (4) Der Versuch ist strafbar.
- (5) Wer die Tat nach Absatz 1 zugunsten eines Angehörigen im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 1 des StGB begeht, ist straffrei.

§ 84a Gewerbs- und bandenmäßige Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung

- (1) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des § 84 Abs. 1 als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig handelt.
- (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

Gliederung

A) Strafbarkeit von B

I. Strafbarkeit der B aus §§ 331, 332 StGB

1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Objektiver Tatbestand des § 331 Abs. 1 StGB
 - bb) Objektiver Tatbestand des § 332 Abs. 1 StGB
 - b) Subjektiver Tatbestand
2. Rechtswidrigkeit
3. Schuld
4. Strafzumessung, § 335 StGB
5. Zwischenergebnis

II. Strafbarkeit der B aus §§ 263 Abs. 1, 27 StGB

III. Strafbarkeit der B aus § 348 StGB

IV. Strafbarkeit der B aus § 357 Abs. 1 StGB

V. Strafbarkeit der B aus §§ 276, 276a StGB

VI. Strafbarkeit der B aus §§ 84, 84a AsylG

VII. Zwischenergebnis

B) Strafbarkeit von C, D, und E

I. Strafbarkeit von C, D und E aus §§ 333, 334 StGB

II. Strafbarkeit von C, D und E aus § 267 Abs. 1 StGB

III. Strafbarkeit von C, D und E aus §§ 348, 26 StGB

IV. Strafbarkeit von C, D und E aus §§ 84, 84a AsylG

V. Zwischenergebnis

C) Gesamtergebnis

Hinweis

Dieser Fall ist weitestgehend dem Originalfall zum BAMF-Skandal nachgebildet, lediglich die Zahlen- und Betragsangaben variieren leicht. Ob sich der BAMF-Skandal tatsächlich so zugetragen hat, wird sich weisen. Derzeit steht jedenfalls sogar die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages in Rede, welcher zudem Licht in diese Angelegenheit bringen kann. Auch andere prominente Strafrechtsfälle der letzten Jahre (z.B. die Bestechungsvorwürfe gegen Alt-Bundespräsident Christian Wulff oder der Terrorverdacht gegen den Oberleutnant der Bundeswehr Franco A.) haben dann letztlich doch noch eine entscheidende Wende genommen. Bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung gilt jedenfalls auch beim BAMF-Skandal die Unschuldsvermutung in Bezug auf alle Beteiligten.

⁴ Jedenfalls fallen die übrigen 1.900 Fälle schon gleich zu Beginn der Prüfung der §§ 331, 332 StGB heraus, da sich hier kein messbarer wirtschaftlicher oder immaterieller Vorteil iS. einer Besserstellung der B erkennen lässt. Dabei ist nicht gesagt, dass es nicht auch an dieser Stelle ggf. einen Vorteil gegeben hat, es gibt derzeit lediglich keine Erkenntnisse iS. eines möglichen Nachweises des Mittelflusses hierzu. Allerdings werden auch die übrigen 1.900 Fälle zumindest disziplinarrechtlich im Rahmen der Frage, ob B iSd. § 30 Nr.

Gutachten

A) Strafbarkeit von B

I. Strafbarkeit der B aus §§ 331, 332 StGB

B könnte sich dadurch, dass sie zwischen 2013 und 2017 von drei Rechtsanwältinnen insgesamt mindestens⁴ 100 mal 1.000 Euro angenommen hat, um im Gegenzug die positive Verbescheidung von ansonsten aussichtslosen 100 Asylanträgen zu bewerkstelligen, wegen Bestechlichkeit in einem besonders schweren Fall iSd. §§ 331, 332 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

B müsste zunächst iSd. §§ 331, 332 StGB tatbestandsmäßig gehandelt haben.

a) Objektiver Tatbestand

Sodann müsste B den gesamten objektiven Tatbestand verwirklicht, somit den objektiven Tatbestand der Vorteilsannahme iSd. 331 Abs. 1 StGB als Grundtatbestand sowie denjenigen der Qualifikation als Bestechlichkeit iSd. § 332 Abs. 1 StGB erfüllt haben.

aa) Objektiver Tatbestand des § 331 Abs. 1 StGB

Zunächst müsste B als Amtsträgerin oder eine für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtete Person zu verstehen sein, die für die Dienstaussübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten gefordert, sich hat versprechen lassen oder angenommen hat.

B ist als Oberregierungsrätin Beamtin des höheren Dienstes (Besoldungsgruppe A 14) und damit jedenfalls Amtsträgerin. Denn von der Legaldefinition von Amtsträgern iSd. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind Beamte schließlich ausdrücklich erfasst.

Weiterhin müsste B einen Vorteil erlangt haben. Vorteil meint jede Leistung materieller oder immaterieller Art, die die Lage des Amtsträgers objektiv verbessert und auf die dieser keinen Anspruch hat.⁵ B hat nachgewiesenermaßen insgesamt 100.000 Euro angenommen, wobei diese Geldannahme an die letztendliche Bewilligung der unterlegten 100 Asylanträge im Zusammenhang mit den dienstlichen Obliegenheiten der B gekoppelt war.

Der objektive Tatbestand des § 331 Abs. 1 StGB ist damit erfüllt.

bb) Objektiver Tatbestand des § 332 Abs. 1 StGB

Weiterhin kommt in Betracht, dass die Handlungen der B als Bestechlichkeit iSd. § 332 Abs. 1 StGB zu qualifizieren sind. Dies setzt voraus, dass der erlangte Vorteil im Gegenzug für die Vornahme einer bestimmten pflichtwidrigen Diensthandlung im Zuge einer Unrechtsvereinbarung gewährt wurde.

Eine bestimmte Diensthandlung ist dann pflichtwidrig, wenn sie gegen Gesetze, Verwaltungsvorschriften, Richtlinien, allgemeine Dienstanweisungen oder Anweisungen von Vorgesetzten verstößt.⁶ Die bestimmte pflichtwidrige Diensthandlung lag vor-

³ Bundesbeamtengesetz (BBG) aus dem Dienst zu entfernen ist, eine Rolle spielen.

⁵ Heine, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 331 Rn. 14; Henking/Koehler, JA 2015, 357 (358).

⁶ BGHSt 15, 88 (92); 48, 44 (46); Heine, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 332 Rn. 7; Löw, JA 2013, 88 (90).

liegend in der jeweiligen Anweisung zur Ausfertigung eines positiven Asylbescheids, obwohl es in unterschiedlichen Varianten jeweils an der Zuständigkeit der ausstellenden Behörde, an der Zulässigkeit des Antrags oder an seiner Begründetheit (insbesondere dem Vorliegen eines Asylgrunds) mangelte. Des Weiteren sind die entsprechenden von B getätigten Vorfeldmaßnahmen wie etwa die bewusst unterlassene Identitätsprüfung samt den selbst gefertigten Aktenvermerken hierzu zu zählen. B hat sich durch diese Handlungen schon allgemein nicht an ihre Dienstpflichten als Bundesbeamtin gehalten, wozu auch die Gewähr für die Rechtmäßigkeit der dienstlichen Handlungen iSd. § 63 Abs. 1 BBG zählt. Sie hat auch in Konkretisierung dieser allgemeinen Pflicht wesentliche Anforderungen an ein rechtmäßiges Asylverfahren im Rahmen ihrer Zuständigkeit missachtet und dementsprechend gehandelt (vgl. nur die §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2, 16, 24 Abs. 1 Satz 3, 25, 29 Abs. 1 AsylG). Die Erteilung von Genehmigungen entgegen der hierfür geltenden Bestimmungen ist dabei geradezu der Paradefall für eine mit Bestimmtheit versehene, pflichtwidrige Diensthandlung.⁷ Dass B selbst nicht für die Ausfertigung der Bescheide im internen Behördenalltag zuständig war, sondern dies den einzelnen Sachbearbeitern oblag, ist dabei irrelevant. Schließlich genügt es, wenn der von § 332 StGB betroffene Amtsträger den eigentlichen Entscheidungsspielraum in seiner Person aufweist oder eine faktische Einflussnahmemöglichkeit auf die umsetzende Person hat.⁸

Die mit den Rechtsanwältinnen bestehende Unrechtsvereinbarung ist dabei aus der Gewährung des finanziellen Vorteils an B im Gegenzug für die positive Verbescheidung der Asylanträge erkennbar. Das in diesem Sinne notwendige Äquivalent zwischen pflichtwidriger Diensthandlung und gewährtem Vorteil⁹ liegt vor. Ob sich B und die drei Rechtsanwältinnen im Rahmen des angenommenen Vorteils ausdrücklich oder nur konkludent verständigt haben, ist dabei ohne Belang.¹⁰

Damit liegt auch der objektive Tatbestand des § 332 Abs. 1 StGB vor.

b) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht müsste B Vorsatz bezüglich der objektiven Merkmale des Grundtatbestands iSd. § 331 Abs. 1 StGB und der Qualifikation iSd. § 332 Abs. 1 StGB besessen haben. Dabei ist *dolus eventualis* ausreichend, wobei die objektive Pflichtwidrigkeit erkannt werden muss.¹¹

Vorliegend muss der B gerade als Behördenleiterin und offenkundige Volljuristin bewusst gewesen sein, dass sie kein Geld annehmen darf, um im Gegenzug gegen ihre Dienstpflichten zu verstoßen und im Zuge dessen dafür zu sorgen, dass erkennbar aussichtslose Asylanträge unter Umgehung zahlreicher Vorschriften bewilligt werden. Der subjektive Tatbestand liegt damit insgesamt vor.

2. Rechtswidrigkeit

Ferner müsste B rechtswidrig gehandelt haben. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn ein anerkannter Rechtfertigungsgrund angeführt werden könnte.

Das von B vorgebrachte Argument des reinen Altruismus, wonach sie anderen Menschen lediglich helfen wollte, scheint in Anbetracht des Geldflusses an sie eine reine Schutzbehauptung zu sein. Ohnehin wäre dies kein tauglicher Rechtfertigungsgrund. Schließlich kann sich nicht jeder Beamte bei seinen Diensthandlungen von eigenen Überzeugungen leiten lassen und sich über Gesetze hinwegsetzen, selbst wenn dies aus edlen Motiven heraus erfolgen sollte.

Daher war das Handeln von B auch rechtswidrig.

3. Schuld

Schließlich müsste B auch schuldhaft gehandelt haben. Es sind vorliegend keinerlei Entschuldigungsgründe erkennbar. Damit war das Handeln der B auch schuldhaft.

4. Strafzumessung, § 335 StGB

Womöglich hat B auch ein Regelbeispiel aus § 335 StGB verwirklicht, so dass von einem besonders schweren Fall der Bestechlichkeit auszugehen ist.

Die Regelbeispiele in § 335 Abs. 2 StGB sind laut § 335 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB auch auf die Bestechlichkeit iSd. § 332 Abs. 1 Satz 1 StGB anwendbar.

In Betracht kommt zunächst die Verwirklichung des Regelbeispiels iSd. § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB, wonach ein besonders schwerer Fall dann vorliegt, wenn die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht. Fraglich ist, ob die von B insgesamt kassierten 100.000 Euro einen solchen Vorteil großen Ausmaßes darstellen. Hierfür existieren aber keine klaren Wertmaßstäbe, schon die Gesetzesbegründung geht von einer einzelfallbezogenen Bestimmung des großen Ausmaßes aus.¹² Jedenfalls wird mittlerweile ein Gesamtbetrag von über 10.000 oder 25.000 Euro angenommen, nach vorherrschender Ansicht wird auch von einer Untergrenze von 50.000 Euro ausgegangen.¹³ Danach hat B somit durch die Annahme der insgesamt 100.000 Euro in jedem Falle einen Vorteil großen Ausmaßes erlangt und das entsprechende Regelbeispiel iSd. § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht.

Weiterhin könnte B auch das Regelbeispiel iSd. § 335 Abs. 2 Nr. 2 StGB erfüllt haben. Danach ist ein besonders schwerer Fall auch dann einschlägig, wenn der Täter fortgesetzt Vorteile annimmt, die er als Gegenleistung dafür gefordert hat, dass er eine Diensthandlung künftig vornimmt. Dabei muss der Täter fortwährend (mindestens dreimal) diejenigen Vorteile annehmen, die er zu einem früheren Zeitpunkt gefordert hat.¹⁴ Vorliegend ist aber unklar, ob die B wirklich eine Gegenleistung gefordert

⁷ Vgl. *Sinner*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2013, § 332 Rn. 6; *Korte*, in: *MüKo-StGB*, 2. Aufl. (2014), § 332 Rn. 26.

⁸ BGH NJW 2002, 2257 ff.; *Bannenberg*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner*, *Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. (2017), § 332 StGB Rn. 7.

⁹ v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. *Heintschel-Heinegg*, StGB, 2. Aufl. (2015), § 332 Rn. 4; *Kuhlen*, JuS 2011, 673 (676).

¹⁰ Vgl. BGH NStZ 2018, 105 (108); *Kuhlen*, JuS 2011, 673 (674 f.).

¹¹ BGH NStZ 1984, 24 (25); *Heintschel-Heinegg*, in: v. *Heintschel-Heinegg*, StGB, 2. Aufl. (2015), § 332 Rn. 10.

¹² Vgl. BT-Drs. 13/5584 v. 24. 9. 1996, S. 17.

¹³ Vgl. *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, 3. Aufl. (2016), § 335 Rn. 5; *Fischer*, StGB, 65. Aufl. (2018), § 335 Rn. 6; ausdrücklich für 50.000 Euro seit kurzem auch der BGH, vgl. BGH NStZ 2016, 349 (351).

¹⁴ *Sinner*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2013, § 335 Rn. 4; *Kuhlen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 5. Aufl. (2017), § 335 Rn. 5.

hat oder ob sie diese jeweils einfach nur erwartet und angenommen hat. In dubio pro reo muss das Vorliegen dieses Regelbeispiels verneint werden.

Schließlich könnte noch das Regelbeispiel iSd. § 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB verwirklicht worden sein. Voraussetzung hierfür ist, dass der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande gehandelt hat, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hatte. Gewerbsmäßigkeit liegt wie bei anderen Delikten auch dann vor, wenn der Täter sich durch die Taten eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle sichern wollte.¹⁵ Dies lässt sich vorliegend bezogen auf B zwar annehmen, zunächst aber nicht zweifelsfrei bestimmen. Durchaus möglich wäre in Fällen wie dem vorliegenden schließlich genauso gut, dass das Geld der B nur gelegen kam, aber nicht als Quelle von Einnahmen i.e.S. dienen sollte. Gleichwohl spricht der Vergleich der in anderen Delikten wie etwa § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB (schwerer Diebstahl) angelegten Gewerbsmäßigkeit und der hierzu ergangenen Rechtsprechung dafür, dass es auch vorliegend nicht darauf ankommt, ob es sich bei den fortwährenden Einnahmen etwa um die alleinige- oder Haupteinnahmequelle handelt.¹⁶ Den Schwerpunkt der Betrachtung bildet also die fortwährende Geldannahme, nicht das Motiv der Einkommenserzielung oder der Grad des wirtschaftlichen Bedarfs für ein Einkommen aus der Bestechlichkeit heraus. Danach hat B das in Rede stehende Regelbeispiel also doch erfüllt.

Zudem könnte im Rahmen des aus zwei Varianten zusammengesetzten Regelbeispiels iSd. § 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB auch der Bandenbegriff zu bejahen sein. Dafür bedarf es wie mittlerweile allgemein beim Bandenbegriff anerkannt auch im Rahmen von § 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB eines Zusammenschlusses von mindestens drei Personen.¹⁷ Diese drei Personen können sich auch aus dem bestochenen Amtsträger und den Vorteilsgebern zusammensetzen.¹⁸ Damit hat B, indem sie mindestens mit drei Rechtsanwälten fortwährend im Bereich der Korruption konspirierte und dabei als Täterin stets mit einem Rechtsanwalt zusammenarbeitete, auch den Bandenbegriff verwirklicht. Einer weiteren Verfestigung subjektiver Art zwischen den Bandenmitgliedern i.S. einer ausdrücklichen sog. Bandenabrede ist schließlich nicht erforderlich. Es genügt vielmehr die wohl auch vorliegend einschlägige stillschweigende Übereinkunft, sich zu einer Bande zusammengefunden zu haben.¹⁹ Es genügt somit der Rspr. nach, dass eine relativ lose Verbindung von mindestens drei Personen zur Begehung mehrerer gleichartiger Taten be-

steht, einer gegenseitig bindenden, ausdrücklichen Verpflichtung der gegebenenfalls sogar wechselnden Mitglieder der Bande bedarf es nicht.²⁰

Hinweis

Der Bandenbegriff ist überall im StGB aber auch in einigen strafrechtlichen Nebengesetzen gleich angelegt, so etwa bei der bandenmäßigen Begehung im Zusammenhang mit Diebstahl (§§ 244, 244a StGB), Raub und Erpressung (§§ 250, 253 StGB), Hehlerei (§§ 260, 260a StGB), Geldwäsche (§ 261 StGB), Betrug (§ 263 StGB) sowie bei ca. 20 weiteren Straftatbeständen. Als Merkposten zum Bandenbegriff hat sich dabei insbesondere für Studierende die sog. „Ebay-Formel“ etabliert (3, 2, 1, keins): Eine Bande hat mindestens **drei** Mitglieder. Mindestens **zwei** Bandenmitglieder wirken jeweils zusammen. **Ein** Bandenmitglied muss Täter sein. **Keiner** muss am tatbestandsspezifischen Tatort gewesen sein.

Insgesamt ist daher in doppelter Weise auch das Regelbeispiel iSd. § 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB einschlägig.

5. Zwischenergebnis

A hat sich somit insgesamt wegen eines besonders schweren Falls von Bestechlichkeit iSd. §§ 331, 332 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit der B aus §§ 263 Abs. 1, 27 StGB

Womöglich hat sich B zudem wegen Beihilfe zum Betrug iSd. §§ 263 Abs. 1, 27 StGB strafbar gemacht, da sie es durch ihr Handeln ermöglichte, dass 342 EU-Bürger²¹ nach Erhalt des positiven Asylbescheids gleichwohl ALG II beziehen konnten.

Was die übrigens 1.658 Asylbewerber anbelangt, so erscheinen die Handlungen von B im Hinblick auf den Betrugstatbestand jedoch von vornherein bedeutungslos. Schließlich hatte dieser Personenkreis – anders als die EU-Bürger – ohnehin einen Anspruch auf Leistungen, wenn gleich auch auf anderer rechtlicher Basis.²² Dabei mag es sein, dass diesbezüglich die einzelnen Ansprüche der Höhe nach voneinander abweichen. Allerdings ist der hypothetische Kausalverlauf, wie und wann die Asylanträge ansonsten bearbeitet worden wären, kaum bestimmbar. Daher ist die etwaige Beihilfe zum Betrug iSd. §§ 263 Abs. 1, 27 StGB seitens B alleine auf den Sachverhalt der 342 EU-Bürger einzugrenzen.

Fraglich ist allerdings schon, wo die teilnahmefähige Haupttat des Betrugs iSd. § 263 Abs. 1 StGB zu verorten ist. Dafür müsste

¹⁵ Sinner, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 335 Rn. 6; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 335 Rn. 10.

¹⁶ Vgl. BGH GA 1955, 212; BGHSt 42, 219 (223) (Nebeneinkommen ausreichend); KG Berlin, Urteil vom 24. Januar 2001 – 1 AR 18/01 – 5 Ws 28/01; Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 243 Rn. 22.

¹⁷ Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 335 Rn. 5; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 335 Rn. 11.

¹⁸ BGH StV 2013, 512 (513); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 335 Rn. 2.

¹⁹ BGH NJW 2005, 2629 (2630); Rönnau, JuS 2013, 594 (596).

²⁰ BGH NStZ 2006, 176; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 244 Rn. 25.

²¹ Seit einer Gesetzesänderung 2016 sind EU-Bürger erst nach fünf Jahren Aufenthalt in Deutschland zum Bezug von ALG II berechtigt. Dies stellt eine Reaktion des Gesetzgebers auf ein Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) von

Ende 2015 dar, wonach schon sechs Monate in Deutschland einen „verfestigten Aufenthalt“ bedeuten, welcher zum Anspruch auf ALG II berechtigt. Der Gesetzgeber wollte durch diese Gesetzesänderung einer evtl. Sogwirkung dieses Urteils im Hinblick auf einen ungebremsen Zustrom von EU-Bürgern aus Osteuropa entgegenreten.

²² Ein insgesamt unter systemischen Gesichtspunkten durchaus grotesk anmutender Umstand. EU-Mitbürger haben nun jahrelang überhaupt keine Ansprüche, auch nicht auf Unterbringung in einer Notunterkunft z.B. im Winter. Jeder, der aber ansonsten die Bundesgrenze überschreitet, muss demgegenüber in irgendeiner Form qua bestehender Ansprüche untergebracht, versorgt und alimentiert werden. Bis zur Anerkennung als Flüchtling (dann ALG II/Hartz IV nach dem Zweiten Sozialgesetzbuch (SGB II)) oder nach erfolglosem Asylantrag bildet dabei das Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) die Rechtsgrundlage.

zunächst eine Täuschungshandlung erkennbar sein. Eine Täuschung ist die Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines Anderen bezogen auf dessen äußere oder innere Überzeugung durch eine bewusst wahrheitswidrige Behauptung.²³

Problematisch ist, dass die Rechtsanwälte C, D und E niemanden getäuscht haben. Denn die für ihre Mandanten auftretenden Rechtsanwälte C, D und E machten ja mit der B gemeinsame Sache.

Hinweis

Gut vertretbar wäre daher auch die Prüfung eines gemeinschaftlichen Betrugs von B, C, D und E iSd. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB.

Durch die Anerkennung von illegitimen anwaltlichen Beglaubigungen und der Fertigung der entsprechenden Aktenvermerke war der B ja zumindest bewusst, dass die Identität der in Rede stehenden Asylbewerber ungeklärt ist. Auch wenn dabei unklar ist, ob sie deren Eigenschaft als EU-Bürger kannte. Dennoch kann nur getäuscht und bei dieser Person dann auch ein Irrtum erregt werden, wer guten Glaubens ist. Dies war bei B nicht der Fall. Jedenfalls sie wurde nicht getäuscht.

Soweit man demgegenüber auf die einzelnen Sachbearbeiter als Täuschungsoffer abstellen wollte, so ist wiederum herauszustreichen, dass bei Behörden diejenige natürliche Person als Täuschungsadressat anzusehen ist, die später bei der Behörde auf Basis der Täuschung und damit Irrtumserregung die konkrete Vermögensverfügung vornimmt.²⁴ Problematisch ist aber vorliegend, dass B die eigentliche Herrin des Verfahrens war und die Sachbearbeiter zur Ausfertigung der positiven Bescheide angewiesen hatte. Diese hatten aufgrund ihrer Folgepflicht iSd. § 60 Abs. 1 Satz 2 BBG (Beamte) bzw. Weisungsgebundenheit iSd. § 61a Abs. 1 BGB (Angestellte des öffentlichen Dienstes) überhaupt keinen eigenen Entscheidungsspielraum und hätten (jedenfalls die Beamten) allenfalls iSd. § 63 Abs. 2 BBG gegen die Anweisung remonstrieren können.

Hinweis

Hier wiederum stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit die einzelnen Sachbearbeiter die Rechtswidrigkeit der Asylbescheide überhaupt erkannt haben. Vertretbar erscheint es auch, die Sachbearbeiter als absichtslos-dolose Werkzeuge und die B dann als mittelbare Täterin eines Betrugs iSd. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu begreifen. Die vielschichtige Weisungsthematik im Rahmen der Verwaltung lässt hier also mehrere Argumentationsstränge als möglich erscheinen.

Zudem stellt sich vorliegend das Problem, dass ein positiver Asylbescheid noch nicht aus sich heraus eine Anspruchsgrundlage für den Bezug von Leistungen des ALG II darstellt. Vielmehr

muss in der Folge erst noch ein Antrag nach dem SGB II auf Erhalt entsprechender Leistungen gestellt werden. Die Vermögensverfügung kann also noch nicht auf Seiten des BAMF selbst verortet werden. Vielmehr hat der jeweilige EU-Bürger dann lediglich einen (allerdings rechtswidrigen) bestandskräftigen Verwaltungsakt ausgenutzt. Da bei der aus der Vermögensverfügung resultierenden Vermögensminderung jedoch ein unmittelbarer Bezug zur Täuschung und Irrtumserregung bestehen muss, ist das bloße Ausnutzen eines bestandskräftigen Verwaltungsakts aber niemals ausreichend, um einen späteren Betrug in Bezug auf den Erhalt von Sozialleistungen zu begründen.²⁵

Damit fehlt es bereits an der teilnahmefähigen Haupttat des Betrugs iSd. § 263 Abs. 1 StGB, zu der B hätte Beihilfe leisten können. Eine Strafbarkeit der B iSd. §§ 263 Abs. 1, 27 StGB scheidet daher aus.

III. Strafbarkeit der B aus § 348 StGB

B könnte sich ferner wegen Falschbeurkundung im Amt iSd. § 348 StGB strafbar gemacht haben, da sie offenbar gefälschte Ausweisdokumente als echt anerkannt hat und auf dieser Basis ohne reale Identitätsfeststellung positive Asylbescheide unter Aliasnamen und mit nicht realen Herkunftsdaten veranlasst hat.

Dann müsste vorliegend eine Falschbeurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache in einer öffentlichen Urkunde durch den zuständigen Amtsträger erfolgt sein.

Allerdings setzt § 348 StGB schon grundlegend voraus, dass der sachlich und örtlich zuständige Amtsträger gehandelt hat.²⁶ Daran fehlt es vorliegend bereits weitestgehend, da 1.850 Fälle nicht an die Außenstelle des BAMF in Bremen hätten gezogen werden dürfen.

Bei den verbleibenden 150 Fällen ist sodann fraglich, ob im Ergebnis wirklich rechtlich erhebliche Tatsachen in öffentlichen Urkunden falsch wiedergegeben wurden. Dabei geht es um die jeweils falschen Angaben zu den Personalien und/oder der Herkunft, die sich in den Asylbescheiden niedergeschlagen haben. Asylbescheide sind jedenfalls als öffentliche Urkunden zu begreifen, bei denen sich der öffentliche Glaube auch auf die Identitätsangaben des darin benannten Asylbewerbers erstreckt.²⁷ Vorliegend haben sich im Ergebnis falsche Angaben zur Identität in den Asylbescheiden niedergeschlagen. Dies basierte auf Tatsachen, nämlich den „anwaltlich beglaubigten“ falschen Ausweis- und Herkunftsdokumenten, die den Eindruck als echt erwecken sollten, was wiederum B in den einschlägigen Aktenvermerken bestätigte.

Dieser Fall ist dabei strikt abzugrenzen von Behauptungen des Asylbewerbers zu seiner Identität, weil sich dann im Asylbescheid keine (falschen) Tatsachen niederschlagen, sondern stets eine Passage über die Identitätsangaben laut Aussage des Asylbewerbers vorzufinden ist (dann bloße Behauptung, die zu keiner Tatsachenbeurkundung führt)²⁸.

²³ Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 263 Rn. 11 f.; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 7 f.

²⁴ NSTz 2003, 313 ff.; Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 263 Rn. 67.

²⁵ Vgl. BGH wistra 1998, 27 (28); Duttge, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 263 StGB Rn. 63; Hippeli, JSE 2017, 157 (163).

²⁶ BGHSt 12, 85 (86); Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 348 Rn. 2.

²⁷ BayObLG NVwZ 1995, 415; anders aber, wenn tatsächlich erkennungsdienstliche Maßnahmen durchgeführt wurden, weil dann die Identitätsangaben und/oder erbrachten Nachweise womöglich an Bedeutung verlieren, vgl. OLG Bamberg NSTz-RR 2014, 142 ff.

²⁸ Vgl. hierzu im Detail Hippeli, JSE 2017, 157 (163 f.).

Insgesamt hat die B jedenfalls in 150 Fällen objektiv eine Falschbeurkundung im Amt veranlasst. Dass der wesentliche Umsetzungsakt nicht durch sie selbst vorgenommen wurde, sondern von Seiten einzelner Sachbearbeiter, die die Weisungen der B umsetzten, spielt erneut keine Rolle.

Hinweis

Wie zuvor im Rahmen der Prüfung der Beihilfe zum Betrug iSd. §§ 263 Abs. 1, 27 StGB ist auch an dieser Stelle gut vertretbar, dass B als mittelbare Täterin der Falschbeurkundung im Amt iSd. §§ 348, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB anzusehen ist. Da sowohl B als auch die Sachbearbeiter (gleich ob Beamte oder Angestellte im öffentlichen Dienst) als Amtsträger zu begreifen sind, wäre bei diesem echten Amtsdelikt vorliegend ausnahmsweise Raum für einen Fall der mittelbaren Täterschaft.

Ihr Handeln geschah auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

B hat sich daher in 150 Fällen auch wegen Falschbeurkundung im Amt iSd. § 348 StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit der B aus § 357 Abs. 1 StGB

B könnte sich zudem durch ihre Anweisungen an die einzelnen Sachbearbeiter, wonach diese die in Rede stehenden 2.000 objektiv aussichtslosen Asylanträge positiv verbescheiden sollten, wegen Verleitung von Untergebenen zu einer Straftat iSd. § 357 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Dann müssten allerdings die einzelnen Sachbearbeiter durch die Verbescheidung selbst eine Straftat begangen haben. In Betracht kommt dabei einzig, dass auch diese sich wegen Falschbeurkundung im Amt iSd. § 348 StGB strafbar gemacht haben.

Problematisch ist aber, dass die Sachbearbeiter offenbar keine Kenntnis davon hatten, dass die Identitäts- und Herkunftsangaben gefälscht waren. Daher fehlt es daran, dass sich ihr etwaiger Vorsatz auf die Falschbeurkundung von rechtlich erheblichen Tatsachen beziehen konnte. Vorliegend drängt sich zwar ein Fahrlässigkeitsvorwurf auf, da die einzelnen Sachbearbeiter in immensen Maße ihre gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen haben. So musste sich ein zumindest schlampiger Umgang mit den Verfahrensvorschriften des AsylG regelrecht aufdrängen und hätte hinreichenden Anlass zu Rückfragen insbesondere bei B gegeben. Allerdings mussten sich die Sachbearbeiter im Einklang mit der politischen Großwetterlage wähnen, wonach die Asylbescheide schneller bearbeitet werden sollten. Dabei ist es eine Binsenweisheit, dass ohne flankierende Änderungen im Verfahrensrecht und bezüglich Personalkapazitäten mehr Schnelligkeit zwangsläufig zu Lasten der Genauigkeit geht. Auch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die neu eingestellten Entscheider/Sachbearbeiter der Jahre 2015 – 2017 oftmals nur in groben Zügen (rechtlich) geschult waren. Dazu kommt der Charakter der befristeten Anstellung, was zwangsläufig einen

gewissen Druck aufbaut, dem auch über das weitere Anstellungsverhältnis zumindest mitentscheidenden Vorgesetzten nicht zu widersprechen. Ehedem ist festzustellen, dass es keine fahrlässige Falschbeurkundung im Amt iSd. § 348 StGB gibt, so dass es in subjektiver Hinsicht alleine auf einen entsprechenden Vorsatz der Sachbearbeiter ankommen kann. Dieser lässt sich wie bereits bezeichnet aber nicht ausmachen, da es größtenteils schon an der Wissenskomponente, darüber hinaus aber zumindest an der Wollenskomponente des Vorsatzes für eine Falschbeurkundung im Amt gefehlt haben wird.

Insoweit ist aber gleichwohl umstritten, ob unvorsätzliche Taten von Untergebenen im Rahmen von § 357 StGB in Bezug auf den Vorgesetzten dennoch strafrechtlich relevant sein können.²⁹ Vorzugswürdig erscheint vorliegend die verneinende Ansicht, ansonsten würde der Vorgesetzte für eine letztlich straflose Tat des Untergebenen auf Basis einer bestehenden „Befehlskette“ gleichwohl herangezogen, was nicht wirklich einleuchtet. Anders gewendet macht die dann gegebene Bestrafung des bloßen Urhebers³⁰ keinen wirklichen Sinn. Dazu kommt im vorliegenden Fall, das B ja bereits selbst wegen Falschbeurkundung im Amt iSd. § 348 StGB strafrechtlich verantwortlich ist, der entsprechende Unwertgehalt ist damit nach hier vertretener Ansicht bereits erfasst, die bloße Ausführungshandlung durch Dritte muss auf Ebene des Vorgesetzten nicht noch einmal bestraft werden (keine Doppelstrafbarkeit aufgrund Handlungsaufspaltung).

B hat sich somit im Ergebnis nicht wegen Verleitung von Untergebenen zu einer Straftat iSd. § 357 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

V. Strafbarkeit der B aus §§ 276, 276a StGB

Weiterhin könnte sich die B wegen Verschaffens von falschen aufenthaltsrechtlichen Papieren iSd. §§ 276, 276a StGB strafbar gemacht haben als sie dafür sorgte, dass die aussichtslosen 2.000 Asylanträge positiv verbeschieden wurden.

Allerdings müsste es sich bei den positiven Asylbescheiden (Asylberechtigung; Zuerkennen eines subsidiären Schutzes) zunächst um aufenthaltsrechtliche Papiere iSd. § 276a StGB handeln. Von dem Begriff der aufenthaltsrechtlichen Papiere werden solche Urkunden erfasst, die die aufenthaltsrechtliche Stellung einer Person mit konstitutiver oder deklaratorischer Wirkung dokumentieren.³¹

Auch wenn es naheliegt, dass auch der positive Asylbescheid unter § 276a StGB fällt, so gilt dennoch, dass der positive Asylbescheid die bisherige Aufenthaltsgestattung während des laufenden Asylverfahrens iSd. § 55 AsylG nicht automatisch und nahtlos ersetzt. Vielmehr bekommt der jeweilige Asylbewerber nunmehr innerhalb der nächsten zwei bis drei Monate von der Ausländerbehörde auf Basis des positiven Asylbescheids eine Aufenthaltserlaubnis iSd. § 7 Aufenthaltsgesetz (AufenthG). Dies zeigt an, dass der positive Asylbescheid lediglich eine Vorstufe zu aufenthaltsrechtlichen Papieren iSd. § 276a StGB darstellt,

²⁹ Dafür etwa *Jeßberger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 357 Rn. 4; *Geppert*, JURA 1981, 84 ff.; dagegen etwa *Sinner*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2013, § 335 Rn. 6; *Schmitz*, in: *MüKo-StGB*, 2. Aufl. (2014), § 357 Rn. 13.

³⁰ *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 357 Rn. 1; *Kuhlen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 5. Aufl. (2017), § 357 Rn. 6.

³¹ *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 276a Rn. 3; *Wittig*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 276a Rn. 2.

seinerseits aber nicht vom Anwendungsbereich des § 276a StGB erfasst ist.

Im Ergebnis hat sich B daher nicht wegen Verschaffens von falschen aufenthaltsrechtlichen Papieren iSd. §§ 276, 276a StGB strafbar gemacht.

VI. Strafbarkeit der B aus §§ 84, 84a AsylG

Schließlich könnte sich die B wegen der positiven Verbescheidung der 2.000 aussichtslosen Asylanträge auch noch wegen gewerbs- oder bandenmäßiger Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung iSd. §§ 84, 84a AsylG strafbar gemacht haben.

Dann müsste die B, dem Grundtatbestand des § 84 Abs. 1 StGB nach, einen Ausländer verleitet oder dabei unterstützt haben, im Asylverfahren vor dem BAMF unrichtige oder unvollständige Angaben zu machen, um seine Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung internationalen Schutzes zu ermöglichen.

Auch wenn die Staatsanwaltschaft im realen Fall offenbar von einer Strafbarkeit iSd. §§ 84, 84a AsylG (zumindest bandenmäßige Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung) ausgeht³², so erscheint dies vorliegend schon dem Grunde nach fraglich. Denn bereits der Grundtatbestand des § 84 AsylG will nur solche Tathandlungen erfassen, die zu einer Beeinflussung des Willens eines Ausländers dahingehend führen, mit unrichtigen oder unvollständigen Angaben einen Asylantrag zu stellen bzw. die Zuerkennung des internationalen Schutzes zu begehren.³³ Vorliegend ist aber keineswegs gesagt, dass B die betroffenen Ausländer zu unrichtigen Angaben verleitet hat. Gut vorstellbar ist es auch, dass der Tatplan mitsamt den unrichtigen Angaben bereits der B unterbreitet wurde (von Rechtsanwälten wie C, D und E). In diesem Fall hätte B niemanden mehr verleiten können, ähnlich wie ein Anstifter einen bereits zur Tat entschlossenen Täter nicht mehr anstiften kann, so dass in solchen Fällen dann allenfalls ein Versuch der Anstiftung in Betracht kommt. Vorliegend könnte zwar auch über den Versuch des Verleitens iSd. § 84 Abs. 4 AsylG nachgedacht werden. Jedoch setzt auch der Versuch heraus, dass der Täter auf den Asylbewerber Zutritt und auf ihn zwecks des Machens unrichtiger Angaben einwirkt.³⁴ Vorliegend ist aber auch dies nicht einwandfrei geklärt. Jedenfalls scheint die B zu den einzelnen Asylbewerbern gar keinen Kontakt gehabt zu haben und es ist auch nicht klar, ob sie diesbezüglich über die Rechtsanwälte mittelbar mit diesem Personenkreis zu tun hatte und auf diese Personen einwirken konnte.

Insgesamt scheidet daher eine Strafbarkeit der B wegen gewerbs- oder bandenmäßiger Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung iSd. §§ 84, 84a AsylG aus.

VII. Zwischenergebnis

B hat sich vorliegend insgesamt wegen eines besonders schweren Falls von Bestechlichkeit iSd. §§ 331, 332 StGB und wegen

Falschbeurkundung im Amt iSd. § 348 StGB in 150 Fällen strafbar gemacht.

Die 100 Fälle der Geldannahme sind im Rahmen der Bestechlichkeit schon zu einem besonders schweren Fall verklammert, so dass es auf die zeitlichen Unterbrechungen und das immer wieder erneute Ansetzen i.S. von Tatmehrheit (§ 53 StGB) nicht mehr ankam.

Hinweis

Die serielle Begehung gleich bei welchem Delikt macht es nie leicht, zwischen Tateinheit (§ 52 StGB) und Tatmehrheit (§ 53 StGB) abzugrenzen. Grundsätzlich gilt der Merkposten, dass kurze Zeitabstände zwischen den einzelnen deliktischen Handlungen eher eine natürliche Handlungseinheit und damit Tateinheit nahelegen. Wird dagegen immer wieder mit größerem zeitlichem Versatz neu angesetzt, spricht dies eher für Tatmehrheit. Auf die exakte Abgrenzung kommt es wie vorliegend aber dann nicht mehr an, wenn die an sich 100 (tatsmehrheitlichen) Fälle von Bestechlichkeit ohnehin schon zu einem besonders schweren Fall iSd. § 335 StGB zusammengezogen werden.

Auch bei den 150 Fällen der Falschbeurkundung im Amt kann von keiner natürlichen Handlungseinheit mehr ausgegangen werden. Hier ist untereinander Tatmehrheit iSd. § 53 StGB gegeben.

Soweit die vorgenannten 150 Fälle der Falschbeurkundung im Amt allerdings die Gegenleistung für das erhaltene Geld im Rahmen der Bestechlichkeit darstellten, muss von Tateinheit iSd. § 52 StGB im Verhältnis zur Bestechlichkeit ausgegangen werden.

B hat sich somit insgesamt iSd. §§ 331, 332, 348, 52, 53 StGB strafbar gemacht.

B) Strafbarkeit von C, D, und E

I. Strafbarkeit von C, D und E aus §§ 333, 334 StGB

C, D und E könnten sich wegen der Zuwendungen an B zum Zwecke der positiven Verbescheidung der Asylanträge ihrer Mandanten wegen eines besonders schweren Falls der Bestechung iSd. §§ 333, 334 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis

Hier könnte man natürlich auch überlegen, ob C, D und E gemeinschaftlich gehandelt haben, so dass eine Mittäterschaft iSd. § 25 Abs. 2 StGB vorliegt. Daran könnte man insbesondere schon deswegen denken, weil B, C, D und E etwa im Rahmen von § 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB als Bande zu begreifen sind. Allerdings kann dem Sachverhalt nach eben genauso gut ein recht loses Netzwerk von Rechtsanwälten bestanden haben, die sich untereinander lediglich den „Asyl-Geheimtipp B“ zugeschoben haben,

³² Vgl. www.welt.de/print/die_welt/politik/article175676858/BAMF-Skandal-in-Bremen (zuletzt abgerufen am 27. 7. 2018).

³³ Hohoff, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, 2016, § 84 AsylG Rn. 2; Schmidt-Sommerfeld, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2018), § 84 AsylG Rn. 1.

³⁴ Vgl. Hohoff, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, 2016, § 84 AsylG Rn. 20; Schmidt-Sommerfeld, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2018), § 84 AsylG Rn. 73 f.

ohne einen gemeinsamen Tatplan zu entwickeln und gemeinsame Tatbeiträge zu entfalten. Dann hätten sich die Rechtsanwälte jeweils einzeln strafbar gemacht, wovon vorliegend ausgegangen wird. Lediglich zu Prüfungszwecken erfolgt die Gesamtpflicht, da keinerlei Unterschiede bei der Frage der jeweiligen Strafbarkeit auszumachen sind.

Das Prüfungsschema braucht dabei vorliegend nicht weiter ausbreitet zu werden, da die §§ 333, 334 StGB die Strafbarkeit der bestechenden Partei abbilden (aktiver Part bei der Vorteilsgewährung), wohingegen die nahezu identische Strafbarkeit aus §§ 331, 332 StGB diejenige der bestochenen Partei (passiver Part bei der Vorteilsgewährung) darstellt.

Im Unterschied zur Annahme der insgesamt 100.000 Euro durch B im Rahmen von §§ 331, 332 StGB geht es bei §§ 333, 334 StGB um die Gewährung dieser insgesamt 100.000 Euro. Das Gewähren ist dabei die tatsächliche Zuwendung an den Amtsträger i.S. eines Vorteils.³⁵ Dieses ist vorliegend einschlägig, allerdings ist jeweils wohl nur 1/3 dieser Summe von einem der beteiligten Rechtsanwälte (C, D und E) an B gewährt worden.

In subjektiver Hinsicht ist jeweils von Vorsatz auszugehen. Ebenfalls liegen Rechtswidrigkeit und Schuld vor.

Ferner gilt die Strafzumessungsregel iSd. § 335 Abs. 2 StGB auch in Fällen der Bestechung iSd. § 334 Abs. 1 StGB. Ein Vorteil großen Ausmaßes iSd. § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB besteht bei jeweils von C, D und E gewährten rd. 33.333 Euro dann nicht. Die regelmäßige Vorteilsannahme iSd. § 335 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist sodann nicht einschlägig, da diese nur auf den Bestochenen passt. Wohl aber ist von einem gewerbsmäßigen und als Bande praktizierten Bestechungssystem auszugehen. Dabei tritt die gewerbsmäßige Begehung auf Seiten von C, D und E im Vergleich zu B noch deutlicher zu Tage, da diese als Rechtsanwälte mit Gewinnerzielungsabsicht in Bezug auf die aktuellen und durch Weiterempfehlung auch künftigen Mandate handelten (Anwaltshonorare als Einkommen).

Im Ergebnis haben sich C, D und E jeweils wegen eines besonders schweren Falls der Bestechung iSd. §§ 333, 334 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit von C, D und E aus § 267 Abs. 1 StGB

Womöglich haben sich C, D und E auch jeweils wegen Urkundenfälschung iSd. § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht als sie unechte Ausweis- und Herkunftsdokumente ihrer Mandanten „beglaubigten“ und der B bzw. dem BAMF im Rahmen von laufenden Asylverfahren zur Verfügung stellten.

Fraglich ist allerdings, welche Tathandlung einschlägig sein könnte.

In Betracht käme zunächst, dass C, D und E jeweils mit ihrer Beglaubigung unechte Urkunden herstellten (§ 267 Abs. 1 Var. 1 StGB). Allerdings waren die Urkunden wohl bereits vor der Beglaubigung unecht, es sollte lediglich der Beweiswert durch die

„anwaltliche Beglaubigung“ erhöht werden. § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB scheidet damit aus.

Womöglich haben C, D und E dann aber eine echte Urkunde verfälscht (§ 267 Abs. 1 Var. 2 StGB). Allerdings gilt auch hier, dass die Urkunden wohl bereits zuvor nicht echt waren, so dass auch § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB ausscheidet.

Ggf. haben C, D und E dann aber unechte oder verfälschte Urkunden gebraucht (§ 267 Abs. 1 Var. 3 StGB). Das Gebrauchen setzt in diesem Zusammenhang voraus, dass die entsprechende Urkunde der sinnlichen Wahrnehmung Dritter zugänglich gemacht wird.³⁶ Dabei reicht es aus, wenn der Dritte zwar nicht direkt als Täuschungsadressat in Frage kommt, aber als bösgläubiger Dritter weitere Schritte veranlasst oder die Urkunde an den eigentlichen Täuschungsadressaten weiterleitet.³⁷ Vorliegend dürfte der besondere Unwertgehalt in der gegen die Zuständigkeit für Beglaubigungen iSd. § 33 VwVfG verstoßenden und daher unzulässigen „anwaltlichen Beglaubigung“ liegen. Diese diene der B als Rechtfertigung für ihre Aktenvermerke, die Behörde und deren Sachwalter sollten auf Basis eines vorgeblich höheren Beweiswerts damit getäuscht werden. Die Übermittlung der unechten und jeweils mit einer unzulässigen anwaltlichen Beglaubigung versehenen Dokumente an B bzw. das BAMF erfüllt daher den objektiven Tatbestand § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB.

Subjektiv haben C, D und E auch vorsätzlich und zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt.

Die Handlungen waren auch rechtswidrig und schuldhaft.

Daher haben sich C, D und E jeweils wegen Urkundenfälschung iSd. § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit von C, D und E aus §§ 348, 26 StGB

Weiterhin könnten C, D und E die B durch ihr Korruptionssystem in Bezug auf die in Rede stehenden 2.000 Asylverfahren zur Falschbeurkundung im Amt angestiftet haben, so dass sie auch iSd. §§ 348, 26 StGB strafbar sind.

Vorliegend lässt sich dem Sachverhalt aber nicht exakt entnehmen, ob C, D und E die B auch wirklich zur Tat bestimmt haben. Ein Bestimmen des Täters zur Tat bedeutet dabei das Hervorrufen des Tatentschlusses bei diesem.³⁸ Erklären ließe sich das Verhalten der B z.B. aber auch in der Weise, dass diese zunächst von sich aus die jeweiligen Tathandlungen vorgenommen und erst später für manche Fälle Geld entgegengenommen hat. In dubio pro reo muss daher eine Anstiftung zur Falschbeurkundung im Amt iSd. §§ 348, 26 StGB durch C, D und E ausscheiden.

IV. Strafbarkeit von C, D und E aus §§ 84, 84a AsylG

Schließlich könnten sich C, D und E noch wegen gewerbs- oder bandenmäßiger Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung iSd. §§ 84, 84a AsylG strafbar gemacht haben.

³⁵ BGHSt 49, 275 (298); Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 333 Rn. 4.

³⁶ BGHSt 36, 65; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 357 Rn. 72.

³⁷ Erb, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 267 Rn. 196; kritisch dagegen Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 267 Rn. 38.

³⁸ BGHSt 45, 373 (374 f.); BGH NSTZ 2001, 41 (42); Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 26 Rn. 3.

Hierfür spricht zunächst, dass sich die einzelnen Mandanten/Asylbewerber das Korruptionssystem im Verbund mit B sicherlich nicht selbst ausgedacht haben.

Problematisch ist aber vorliegend, dass die einzelnen Asylbewerber aber gar nicht selbst gegenüber dem BAMF aufgetreten sind und dort keinerlei Angaben gemacht haben. Grundvoraussetzung des Verleitens iSd. §§ 84, 84a AsylG ist aber gerade die Einwirkung auf den jeweiligen Asylbewerber, damit dieser selbst Falschangaben macht.³⁹ Tritt dieser aber jeweils gar nicht in Erscheinung und weiß womöglich auch gar nicht, auf welche Weise sein Rechtsanwalt den positiven Asylbescheid erwirkt, dann fehlt es schon an einer tauglichen Tathandlung in Bezug auf den Grundtatbestand des § 84 AsylG.

Letztlich scheidet damit eine Strafbarkeit von C, D und E wegen gewerbs- oder bandenmäßiger Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung iSd. §§ 84, 84a AsylG aus.

V. Zwischenergebnis

C, D und E haben sich somit insgesamt jeweils wegen eines besonders schweren Falls der Bestechung iSd. §§ 333, 334 StGB und wegen Urkundenfälschung iSd. § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Zwischen diesen Deliktstypen dürfte von natürlicher Handlungseinheit und damit Tateinheit iSd. § 52 StGB auszugehen sein, da das gesamte Tathandeln von C, D und E von einem einheitlichen Willen getragen war und aufgrund eines räumlich-zeitlichen Zusammenhangs derart miteinander verbunden ist, dass das Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise als einheitliches zusammenhängendes Tun erscheint.⁴⁰ Schließlich ging es C, D und E einheitlich um den Gesamterfolg der Asylverfahren, so dass die Urkundenfälschungen im Gefüge der Bestechungsakte lediglich einen begleitenden Charakter aufweisen.

C) Gesamtergebnis

B hat sich insgesamt iSd. §§ 331, 332, 348, 52, 53 StGB strafbar gemacht.

C, D und E haben sich insgesamt jeweils iSd. §§ 267 Abs. 1, 333, 334, 52 StGB strafbar gemacht.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



³⁹ Hohoff, in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, 2016, § 84 AsylG Rn. 4; Schmidt-Sommerfeld, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2018), § 84 AsylG Rn. 32.

⁴⁰ Vgl. zur natürlichen Handlungseinheit BGH NStZ 2016, 594 (595); v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 52 Rn. 31.



MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

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

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

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E robert.krywalski@cms-hs.com

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

RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

Eigenbedarfskündigung durch Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Urteil vom 21. März 2018, Az.: VIII ZR 104/17

1. Die Kündigungsbeschränkung nach § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB erfordert nicht, dass zusätzlich zu den im Tatbestand dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen - hier die nach der Überlassung an den Mieter erfolgte Veräußerung des vermieteten Wohnraums an eine Personengesellschaft (§ 577a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 BGB) - an dem vermieteten Wohnraum Wohnungseigentum begründet worden ist oder der Erwerber zumindest die Absicht hat, eine solche Wohnungsumwandlung vorzunehmen.

2. Diese Auslegung des § 577a Abs. 1a Satz 1 BGB verstößt weder gegen die verfassungsrechtlich geschützten Rechte des Vermieters gemäß Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 14 GG noch gegen den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

(Amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Der B mietete im Jahr 1981 von der Z eine ca. 160 m² große Vier-Zimmer-Altbauwohnung in einem Mehrparteienhaus in Frankfurt a. M. Er bewohnt die Wohnung gemeinsam mit seiner Ehefrau und seinen Töchtern. Die Nettomiete beläuft sich zwischenzeitlich auf 856,25 Euro monatlich. Mit Vertrag vom 14.01.2015 erwarb die K-GbR das Eigentum an dem Mehrparteienhaus von Z und ist als Vermieterin in den Mietvertrag eingetreten. Die K-GbR besteht aus den Gesellschaftern K1-K25. Mit Schreiben vom 9.05.2015 erklärte sie gegenüber dem B die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses zum 31.01.2016 mit der Begründung, ihr Gesellschafter K1 benötige die Wohnung für sich, da er sich von seiner Ehefrau getrennt habe und als erfolgreicher Immobilienunternehmer repräsentative Wohnräume in einer entsprechenden Wohnlage in der Nähe eines seiner Büros benötige. Die in dem vorgenannten Kündigungsschreiben im Einzelnen beschriebenen leerstehenden Wohnungen in den zahlreichen (ca. 900 Wohnungen umfassenden) Liegenschaften in Frankfurt aM. und Umgebung, an denen K1 als Gesellschafter beteiligt sei, entsprächen nicht dessen gehobenem Lebensstil und repräsentativen Anforderungen. Der B widersprach der Kündigung und verlangte die Fortsetzung des Mietverhältnisses. Er ist der Auffassung, die Kündigung sei wegen Verstoßes gegen § 577a BGB unwirksam.

C) Die Entscheidung des Senates

Der Senat musste mithin die Frage beantworten, ob das Mietverhältnis wirksam gekündigt worden ist.

Das ist der Fall, wenn dem B eine Kündigungserklärung zugegangen ist, die Fristen des § 573c BGB eingehalten wurden, ein Kündigungsgrund iSd. § 573 BGB vorliegt und keine Kündigungsbeschränkung die Kündigung ausschließt. An Zugang,

Form und Frist der Kündigung bestehen vorliegend keine Zweifel.

Zweifelhaft ist jedoch, ob der geltend gemachte Eigenbedarf iSd. § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB vorliegt. Hieran bestehen aufgrund der sonst verfügbaren rund 900 Liegenschaften erhebliche Zweifel. Die Frage kann jedoch dahinstehen, wenn die Kündigung schon gem. § 577a BGB ausgeschlossen ist.

I. Bestehen einer Kündigungsbeschränkung nach § 577a Abs. 1a Nr. 1 BGB

In Betracht kommt ein Ausschluss gem. § 577a Abs. 1a Nr. 1 BGB. Demnach ist die Kündigung für (mindestens) 3 Jahre ausgeschlossen, wenn die Wohnung nach Überlassung an den Mieter von einer Personengesellschaft oder Personenmehrheit erworben wurde. Das ist hier (eindeutig) der Fall, denn bei einer GbR handelt es sich um eine Personengesellschaft.

Fraglich ist allerdings, ob es sich bei der Verweisung von § 577a Abs. 1a BGB auf § 577a Abs. 1 BGB („gilt entsprechend“) um eine Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung handelt. Das hat der BGH nunmehr dahingehend entschieden, dass es sich lediglich um eine Rechtsfolgenverweisung handelt, so dass die zusätzlichen Voraussetzungen des § 577a Abs. 1 BGB im Rahmen des Abs. 1a nicht geprüft werden müssen und es demnach allein genügt, dass an eine Personengesellschaft veräußert wurde.

„Das Berufungsgericht hat – [...] zutreffend angenommen, dass die Anwendung der Kündigungsbeschränkung nach § 577a I a 1 BGB nicht erfordert, dass über die im Tatbestand dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen – hier die Veräußerung des vermieteten Wohnraums an eine Personengesellschaft nach der Überlassung an den Mieter (§ 577a I a 1 Nr. 1 BGB) – hinaus zumindest die Absicht des Erwerbers besteht, den vermieteten Wohnraum in Wohnungseigentum umzuwandeln.

[...]

Ziel [des Gesetzgebers] war es, die Umgehung des Kündigungsschutzes bei der Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen, insbesondere nach dem so genannten „Münchener Modell“, zu unterbinden [...]. Bei dem „Münchener Modell“ verzichtet eine GbR oder eine Miteigentümergeinschaft nach dem Erwerb des mit Mietwohnraum bebauten Grundstücks zunächst auf die Begründung von Wohnungseigentum und den anschließenden Verkauf von Eigentumswohnungen an Interessenten, kündigt stattdessen wegen Eigenbedarfs ihrer Gesellschafter oder der Miteigentümer und umgeht so die Anwendung der Kündigungssperre des § 577a I, II BGB [...].

[...]

Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Tatbestand der Kündigungsbeschränkung gem. § 577 a I a 1 Nr. 1 BGB hier erfüllt. Die Anwendung dieser Kündigungsbeschränkung erfordert – wie das Berufungsgerichts entgegen der Auffassung der Revision mit Recht angenommen hat – nicht, dass über die im Tatbestand dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen hinaus – hier mithin zusätzlich zu der Veräußerung des vermieteten Wohnraums an eine Personengesellschaft nach der Überlassung an den Mieter (§ 577 a I a 1 Nr. 1 BGB) – zumindest die Absicht des Erwerbers besteht, den vermieteten Wohnraum in Wohnungseigentum umzuwandeln.

Der Senat hat diese Frage bisher nicht zu entscheiden gehabt. Er hat sich zwar in seinem bereits erwähnten Urteil [...] zur Eigenbedarfskündigung einer GbR auch mit der hier in Rede stehenden Vorschrift des § 577 a I a 1 BGB befasst. Dabei kam es jedoch auf die im vorliegenden Fall zu entscheidende Frage, ob diese Kündigungsbeschränkung das Vorliegen einer Umwandlungsabsicht in dem vorbezeichneten Sinn erfordert, nicht an.

In der Literatur wird zu dieser Frage einhellig die – vom Berufungsgerichts geteilte – Auffassung vertreten, dass der Gesetzgeber mit § 577 a I a 1 BGB die Verknüpfung der Kündigungssperrfrist mit der vorherigen oder beabsichtigten Umwandlung des vermieteten Wohnraums in Wohnungseigentum aufgegeben und stattdessen tatbestandlich allein auf den Erwerb durch eine Personengesellschaft oder mehrere Erwerber abgestellt hat, so dass für die Auslösung der Sperrfrist nach § 577 a I a 1 BGB jede Veräußerung von vermietetem Wohnraum an eine Personengesellschaft oder mehrere Erwerber genügt [...].

Diese Auffassung trifft zu. Die im Streitfall vorzunehmende Auslegung des § 577 a I a 1 BGB führt zu dem von der vorbezeichneten Auffassung gefundenen Ergebnis.

Für die Auslegung von Gesetzen ist nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen, wobei Ausgangspunkt der Auslegung der Wortlaut der Vorschrift ist. Die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption ist durch das Gericht bezogen auf den konkreten Fall möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen [...].

Nach diesen Maßstäben ist § 577 a I a 1 BGB nicht, wie von der Revision erstrebt, dahin auszulegen, dass der Tatbestand dieser Vorschrift das weitere – ungeschriebene – Tatbestandsmerkmal einer Umwandlungsabsicht in dem genannten Sinn enthielte.

Dem Wortlaut des § 577 a I a 1 BGB ist nicht zu entnehmen, dass seitens der den vermieteten Wohnraum erwerbenden Personengemeinschaft die Absicht bestehen müsste, diesen in Wohnungseigentum umzuwandeln. Mit der Formulierung in § 577 a I a 1 BGB, wo-

nach die Kündigungsbeschränkung des § 577 a I BGB entsprechend gilt, wird – wie die Revisionserwiderung zutreffend ausführt – allein auf die Rechtsfolge dieser Vorschrift, nicht hingegen auf deren Tatbestandsvoraussetzungen Bezug genommen.

Vergeblich beruft sich die Revision für die von ihr befürwortete genteilige Auslegung des § 577 a I a 1 BGB auf den Inhalt der Gesetzesüberschrift des § 577 a BGB („Kündigungsbeschränkung bei Wohnungsumwandlung“). Nicht frei von Rechtsfehlern, jedenfalls aber missverständlich ist allerdings – worauf die Revision mit Recht hinweist – die Annahme des Berufungsgerichts, die amtliche Gesetzesüberschrift des § 577 a BGB könne „zur Auslegung nicht herangezogen werden“. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist bei der Auslegung einer Vorschrift grundsätzlich auch die durch den Gesetzgeber formulierte amtliche Gesetzesüberschrift zu berücksichtigen [...].

Auf die Entscheidung wirkt sich dies indes nicht aus, da auch eine Berücksichtigung der amtlichen Gesetzesüberschrift des § 577 a BGB bei der Auslegung dieser Vorschrift nicht zu einem für die [K] günstigeren Ergebnis führt [...]. Die amtliche Gesetzesüberschrift gibt, wie die Revisionserwiderung zutreffend ausführt, lediglich schlagwortartig wieder, welche Materie die Vorschrift betrifft, ohne den Regelungsbereich in allen Einzelheiten zu umfassen [...]. Maßgebend ist daher grundsätzlich, jedenfalls bei dessen – hier gegebener – Eindeutigkeit, der Wortlaut des Gesetzes. Daran vermag auch der von der Revision angeführte Umstand nichts zu ändern, dass der Gesetzgeber den Regelungsgehalt der hier in Rede stehenden Kündigungsbeschränkung nicht in eine gesonderte Norm, sondern – aus nachvollziehbaren Gründen des engen Sachzusammenhangs – als zusätzlichen Absatz in die Vorschrift des § 577 a BGB eingefügt hat.

Gegen die Sichtweise der Revision, aufgrund des Inhalts der Gesetzesüberschrift sei in § 577 a I a BGB als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die Absicht hineinzulesen, den vermieteten Wohnraum iSd § 577 a I BGB in Wohnungseigentum umzuwandeln, spricht zudem, dass sich auch den Gesetzesmaterialien zu § 577 a I a BGB [...] kein Anhaltspunkt für die Annahme entnehmen lässt, der Gesetzgeber habe bei dieser Kündigungsbeschränkung eine Absicht der Umwandlung des Wohnraums in Wohnungseigentum vorausgesetzt. Die unterbliebene Angleichung der Gesetzesüberschrift des § 577 a BGB erscheint deshalb allenfalls als ein Redaktionsversehen bei der Ergänzung dieser Vorschrift [...].

Nach den Gesetzesmaterialien wollte der Gesetzgeber mit der Einfügung des § 577 a I a BGB nichts an der Berechtigung einer (Außen-)GbR ändern, sich entsprechend § 573 II Nr. 2 BGB auf den Eigenbedarf eines Gesellschafters zu berufen [...]. Er verfolgte vielmehr das Ziel, die faktische Umgehung des Kündigungsschutzes des Mieters bei der Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen, insbesondere nach dem so genannten „Münchener Modell“, zu unterbinden und die zuvor bestehende Schutzlücke zu schließen (BT-Drs. 17/10485, 2, 3, 16). Dabei ist er davon ausgegangen, das Verdrängungsrisiko für den Mieter werde durch die Veräußerung an eine GbR oder eine Miteigentümergeinschaft nach dem Konzept des ‚Münchener Modells‘ in gleicher Weise erhöht wie bei einer unmittelbaren Umwandlung in Wohnungseigentum (BT-Drs. 17/10485, 16).

Der Sinn und Zweck der in die Vorschrift des § 577 a BGB eingefügten Neuregelungen besteht indes nicht allein darin, der vorbezeichneten Umgehung nach dem ‚Münchener Modell‘ entgegenzuwirken. Vielmehr wollte der Gesetzgeber, wie insbesondere den Ausführungen im Zusammenhang mit der Neuregelung in § 577 a Ia 1 Nr. 2 BGB zu entnehmen ist, ‚auch etwaigen neuen Umgehungstatbeständen‘ vorbeugen (BT-Drs. 17/10485, 16) und eine Umgehung der mieterschützenden Bestimmungen des § 577 a BGB über andere rechtliche Konstruktionen verhindern (BT-Drs. 17/10485, 26).

Schon dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber die zusätzliche Kündigungsbeschränkung in § 577 a Ia 1 BGB weder an die in § 577 a I BGB vorgesehene Umwandlung des vermieteten Wohnraums in Wohnungseigentum noch an das Vorliegen einer hierauf gerichteten Absicht des Erwerbers – wie bei dem ‚Münchener Modell‘ – knüpfen wollte. Entscheidende Bedeutung hat er vielmehr dem Umstand beigemessen, dass der vermietete Wohnraum an eine Personengesellschaft oder an mehrere Erwerber veräußert (Nr. 1) bzw. zugunsten einer solchen Personenmehrheit in einer den vertragsgemäßen Gebrauch des Mieters entziehenden Weise belastet wird (Nr. 2), da sich bereits hierdurch nach der Einschätzung des Gesetzgebers das Verdrängungsrisiko für den Mieter erhöht und dieser deshalb insoweit eines Schutzes bedarf (vgl. BT-Drs. 17/10485, 26).“

Damit ist die Kündigungsbeschränkung auch auf den vorliegenden Fall anwendbar, obwohl eine Absicht, das Wohnhaus in WEG-Einheiten umzuwandeln nicht vorlag.

II. Ergebnis

Das Mietverhältnis wurde nicht wirksam gekündigt und besteht unverändert fort.

Hinweise für Studierende

Die Entscheidung ist nicht nur in der hier gekürzten Variante, sondern in voller Länge eine Lektüre wert (BGH NJW 2018, 2187 ff., kostenlos abrufbar auch auf der Homepage des BGH). Das Mietrecht gehört zwar in den Details selten zum Examensstoff. Mit einzelnen Fragen muss man – nicht nur in der mündlichen Prüfung – jedoch rechnen. Die Entscheidung ist aber auch darüber hinaus lehrreich, denn der BGH exerziert die verschiedenen Auslegungsmethoden fast wie im Lehrbuch durch. Im Ergebnis ist dem BGH voll und ganz zuzustimmen. Die von der Revision vorgetragene Rechtsauffassung würde ein Korrektor im Examen wahrscheinlich als abwegig bezeichnen, denn sie findet im Gesetz schlicht keinerlei Stütze. Es ist dem BGH hoch anzurechnen, dass er in professioneller Manier dennoch 27 Seiten (in der Online-Version als PDF) verwendet, um die anderslautende Rechtsauffassung des Rechtsbeistands der Großinvestoren abzubügeln. In der Originalentscheidung finden sich schließlich auch noch – ebenfalls lesenswerte – Ausführungen zu einer möglichen Verfassungswidrigkeit der Vorschrift, die der BGH ebenfalls für fernliegend hält.

Für die mündliche Prüfung kann es nicht schaden, wenn man mit dem – auch vom BGH verwendeten Begriff – des „Münchener Modells“ etwas anfangen kann. Vor der Einführung des § 577a Abs. 1a BGB war es möglich, ein Mehrparteienhaus mit einer Personengesellschaft bestehend aus mehreren Dutzend Gesellschaftern zu erwerben und für jede der Wohnung in einem der Gesellschafter einen Grund für Eigenbedarf zu finden. So wurde das Wohnhaus „leer geräumt“ und anschließend in einzelne WEG-Einheiten unterteilt und verkauft. So konnte der Schutz des § 577a Abs. 1 BGB umgangen werden. Dies Lücke hat der Gesetzgeber mit Einführung des § 577a Abs. 1a BGB geschlossen.

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

Notarassessor
Würzburg

► **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

Landgericht Magdeburg

Die Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsfertigungsgründe zu Gunsten von Tieren im Strafrecht

Urteil vom 11. Oktober 2017, Az.: 28 Ns 182 Js 32201/14

1. Auch bei einem Tier handelt es sich um einen „anderen“ iSd § 32 Abs. 2 StGB. Demnach ist das Ergreifen der erforderlichen Nothilfemaßnahmen dann zulässig, wenn Kenntnis von solchen Umständen erlangt wird, die einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff auf das Tierwohl darstellen.

2. Bei dem Recht von Tieren auf Einhaltung der positivrechtlich normierten Tierschutzbestimmungen - insbesondere in Bezug auf die Haltung - handelt es sich um ein notstandsfähiges Rechtsgut iSd § 34 StGB.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt (gekürzt)

Die Angeklagten F und M, welche sich als Mitglieder der Tierschutzorganisation A seit mehreren Jahren für den Tierschutz engagieren, machten in der Vergangenheit wiederholt die Erfahrung, dass die zuständigen Behörden Anzeigen wegen Tierschutzverstößen bei fehlender bildlicher Dokumentation nicht ernst nehmen und derartigen Hinweisen insoweit nicht nachgehen. F erhielt den konkreten Hinweis, dass in den Schweinestallungen der Firma van G, in welchen rund 63.000 Tiere gehalten werden, diverse Verstöße gegen die Tierschutznutztierhaltungsverordnung (TierSchNutZV) vorliegen sollen. Nachdem F die M hierüber in Kenntnis gesetzt hatte, überstiegen beide nachts die Umzäunung der Anlage und drangen – ohne das Eigentum zu beschädigen – in die nicht verschlossenen Stallungen der van G ein, welche allein zu gewerblichen Zwecken genutzt wurde, um hierdurch die vorgefundenen Verstöße gegen die TierSchNutZV zu Beweis Zwecken bildlich festzuhalten und die vorherrschenden Missstände zu dokumentieren. Private Räume oder sonstige Büroräume wurden nicht betreten. Infolge der Größe der Tierzuchtanlage war es F und M nicht möglich, sämtliche Missstände filmisch festzuhalten, weshalb sie wenig später die Anlage erneut nachts betraten, um weitere Aufnahmen anzufertigen. In beiden Fällen handelten F und M auf Grund ihres stark ausgeprägten Mitgefühls für Tiere mit dem Ziel, die zuständigen Behörden zum Handeln zu bewegen und hierdurch die festgestellten Missstände dauerhaft zu beseitigen. Zudem hielten sie jeweils die relevanten hygienischen Standards ein. Im Rahmen einer durch die Vorlage des Filmmaterials bei den zuständigen Behörden veranlassten unangekündigten Kontrolle wurde eine Vielzahl an Verstößen gegen die TierSchNutZV festgestellt. Die dokumentierten Verstöße wurden bei vorherigen Kontrollen nicht festgestellt.

B) Verfahrensgang

Das Amtsgericht¹ sprach die beiden Angeklagten vom Vorwurf des zweifachen Hausfriedensbruchs nach § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB frei. Die von der Staatsanwaltschaft hiergegen eingelegte Berufung wurde vom Berufungsgericht (dem LG Magdeburg²) als unbegründet verworfen.

Das AG differenzierte bei seiner Entscheidung zwischen dem ersten und zweiten Betreten der Stallungen. In Bezug auf die zweite Tat (zweites Betreten) scheidet nach Ansicht des Gerichts eine Strafbarkeit der Angeklagten aus, da sämtliche Voraussetzungen des § 34 StGB vorliegen, sodass das Handeln der Angeklagten gerechtfertigt ist. Mit Blick auf das erste Betreten vertritt das AG hingegen die Ansicht, dass diese Tat einer Rechtfertigung nach § 34 StGB nicht zugänglich ist, da konkrete Anhaltspunkte für eine Notstandslage nicht vorlagen, so dass es – anders als in der zweiten Nacht – an dem zu fordernden subjektiven Rechtfertigungselement fehlt. Eine Strafbarkeit nach § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB soll jedoch auch hier ausscheiden. Folge des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements soll demnach allein das Entfallen des Handlungsunrechts sein, wobei das Erfolgsunrecht bestehen bleibt, so dass nur das Unrecht des Versuchs bleibt. Da der Versuch des Hausfriedensbruchs nicht strafbar ist, soll hieraus die Straflosigkeit der beiden Angeklagten resultieren.

C) Entscheidung des LG Magdeburg

Die 8. Strafkammer des LG Magdeburg verwarf die Berufung als unbegründet und stimmte damit dem AG zumindest im Hinblick auf das Ergebnis – der Straffreiheit beider Angeklagten – zu. Anders als die Vorinstanz sah die Kammer die Verletzung des Hausrechts in beiden Fällen allerdings bereits als durch § 32 StGB (in Form der Nothilfe) gerechtfertigt an. Darüber hinaus sollen beide Taten auch nach § 34 StGB gerechtfertigt sein, wobei nach der Ansicht des LG im Hinblick auf beide Nächte sämtliche Voraussetzungen des § 34 StGB vorliegen sollen.

I. Strafbarkeit von F und M

gem. §§ 123 Abs. 1 Var.1, 25 Abs. 2 StGB

Indem F und M in den beiden Nächten die Schweinestallungen der Firma van G ohne deren Kenntnis betraten, könnten sie sich zum Nachteil dieser eines zweifachen, mittäterschaftlich begangenen Hausfriedensbruchs gem. §§ 123 Abs. 1 Var.1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

¹ AG Haldensleben, Urt. v. 26.9.2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14).

² LG Magdeburg, Urt. v. 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14; BeckRS 2017, 130506; NJW-Spezial 2018, 26.

Hinweis

Es bietet sich in Fällen wie dem vorliegenden an, die Strafbarkeit der Beteiligten in einer Strafbarkeitsprüfung zusammenzufassen, da die Tatbeiträge identisch sind. Ferner können neben der hier zu prüfenden Strafbarkeit wegen eines Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB), je nach Ausgestaltung des Sachverhalts, weitere Tatbestände hinzutreten. Hierzu zählen insbesondere bei der Zerstörung von Türen, Schlössern oder sonstigen Sicherungsvorrichtungen – infolge des Eindringens – der Tatbestand der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) sowie der Tatbestand des Diebstahls (§ 242 StGB) bei der Befreiung von Tieren und der damit einhergehenden strafbaren Wegnahme fremder beweglichen Sachen.

1. Tatbestandsmäßigkeit**a) Objektiver Tatbestand**

F und M müssten zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 123 Abs. 1 Var.1 widerrechtlich in eine der dort genannten geschützten Räumlichkeiten eingedrungen sein. Hierzu führt die Kammer aus, dass

„[d]ie Angeklagten [...] durch ihr Handeln den objektiven Tatbestand des Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB erfüllt [haben], indem sie in das befriedete Besitztum der van G [...] eingedrungen sind und damit deren Hausrecht verletzt haben.“

Das Eindringen erfolgte zudem widerrechtlich, da

„[...] M und F [...] die Stallanlagen der Viehzucht des Geschädigten ohne den Willen der Berechtigten betreten haben.“

Das Betreten der Stallungen entsprach ganz offensichtlich nicht dem Willen des tatsächlich berechtigten Hausrechtsinhabers, so dass kein den objektiven Tatbestand des § 123 Abs. 1 StGB ausschließendes Einverständnis vorliegt.

Die beiden Angeklagten agierten insoweit in beiden Nächten mittäterschaftlich. Unter Mittäterschaft versteht man die gemeinschaftliche Begehung einer Straftat durch mindestens zwei Personen im Wege des bewussten und gewollten Zusammenwirkens auf der Grundlage eines gemeinsamen Tatplans.³ Nach den Feststellungen des Landgerichts „[...] sollen [sich] die Angeklagten F und M [...] gemeinschaftlich auf das umfriedete Firmengelände der Firma van G [...] begeben haben [...]“. F und M arbeiteten aufgrund eines gemeinschaftlich gefassten Tatentschlusses gleichberechtigt zusammen und leisteten beide dieselben objektiven Tatbeiträge. Nach Ansicht der Tatherrschaftslehre⁴ verfügen damit beide über die für eine Mittäterschaft zu fordernde (funktionelle) Tatherrschaft.

b) Subjektiver Tatbestand

F und M handelten zudem im Hinblick auf sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale mit Vorsatz in Form von *dolus directus* 1.

Grades (Absicht), da es ihnen gerade darauf ankam die Stallungen unbemerkt zu betreten, um die vorherrschenden Missstände ungestört bildlich dokumentieren zu können. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass sie gemeinsam beschlossen nachts in die Anlage einzudringen, um hierdurch den entgegenstehenden Willen des Hausrechtsinhabers zu überwinden.

c) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 123 Abs. 1 Var.1, 25 Abs. 2 StGB wurde damit von F und M in beiden Nächten sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht verwirklicht.

2. Rechtswidrigkeit

F und M müssten zudem rechtswidrig gehandelt haben. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn die Taten durch einen anerkannten Erlaubnissatz gerechtfertigt wären.

a) Nothilfe gem. § 32 StGB

In Betracht kommt zunächst eine Rechtfertigung durch Nothilfe zugunsten der sich in den Stallungen befindlichen Tiere nach § 32 StGB.

Insoweit vertritt die Kammer die Ansicht, dass

„[d]ie Verletzung des Hausrechts [...] nicht rechtswidrig [war], da das Handeln der Angeklagten bereits als Nothilfe gem. § 32 StGB gerechtfertigt war. Nicht rechtswidrig ist danach die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwehren.“

aa) Objektive Rechtfertigungselemente**(1) Nothilfelage**

Folglich müsste zunächst ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut „eine[s] anderen“ iSv. § 32 Abs. 2 Alt. 2 StGB vorgelegen haben.

(a) Angriff auf einen anderen

Unter einem **Angriff** versteht man jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen.⁵ Im vorliegenden Fall könnte ein Angriff darin gesehen werden, dass in den Schweinestallungen eine Reihe von Missständen vorherrschten, die zudem gegen öffentlich-rechtliche Regelungen verstießen. Eine derartige Betrachtung setzt allerdings voraus, dass es sich bei dem Tierschutz um ein nothilfefähiges Rechtsgut bzw. Interesse handelt oder aber Tiere als eigenständige Rechtsgutsträger anzusehen sind, deren Rechte im Wege der Nothilfe verteidigt werden können.

Zu sehen ist insoweit, dass nach der traditionellen Konzeption und dem allgemeinen Verständnis des § 32 StGB alle Individualrechtsgüter, nicht hingegen Rechtsgüter der Allgemeinheit, notwehr- bzw. nothilfefähig sind. Der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung obliegt allein dem Staat und seinen zur Abwehr derartiger Angriffe berufenen Organen (sog. staatliches Gewaltmonopol).⁶ Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass der Notwehr nach der **sog. dualistischen Notwehrlehre** eine

³ Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl. (2018), Rn. 782; Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2016), Rn. 1218.

⁴ Zum Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme siehe nur Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl. (2018), Rn. 775; Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2016), Rn. 1203.

⁵ Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl. (2018), Rn. 225; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 3; Stemler, ZJS 2010 347 (347).

⁶ Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil (2018), Rn. 225; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 32 Rn. 37; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2018), § 32 Rn. 3.

Doppelfunktion zukommt. Hiernach verteidigt der Einzelne durch seine Abwehrhandlung primär konkret betroffene, individuelle Rechtsgüter (**sog. Schutzprinzip**). Darüber hinaus dient sein Verhalten durch die Abwendung rechtswidriger Angriffe zugleich der Stärkung und Verteidigung der Rechtsordnung als Ganzem (**sog. Rechtsbewährungsprinzip**).⁷ Es gilt damit zu untersuchen, inwieweit sich die Anwendung des § 32 StGB zugunsten von Tieren in dieses System des Notwehr- bzw. Nothilferechts eingliedern lässt.

Einer Auffassung⁸ nach kann Tieren keinerlei eigenständige Rechtspersönlichkeit zugeschrieben werden, sodass die Rechte von Tieren oder aber der Tierschutz als solcher nicht als notwehr- bzw. nothilfefähiges Individualinteresse qualifiziert werden kann. Demnach stellt § 32 StGB einen interpersonalen Rechtfertigungsgrund dar, welcher sein Hauptaugenmerk allein auf die Beziehungen und Rechtsverhältnisse zwischen Menschen legt. Begründet wird dies unter anderem damit, dass bei einem Zugeständnis des Notwehrrechts zugunsten von Tieren diese trotz derselben Verhaltensweise gegenüber Menschen privilegiert würden, da das Verhalten von Tieren mangels Handlungsqualität keine Strafbarkeit begründen kann. Hiernach bleibt im Hinblick auf eine Rechtfertigung allein eine Anwendung des § 34 StGB denkbar, welcher anders als § 32 StGB auch den Schutz von Allgemeininteressen umfasst und sich insoweit nicht auf Individualinteressen beschränkt. Hiernach wären F und M mangels nothilfefähigem Rechtsgut nicht durch Nothilfe nach § 32 StGB gerechtfertigt.

Auch eine **andere Ansicht**⁹ spricht Tieren eine eigenständige Notwehrfähigkeit, die im Wege einer Nothilfe gesichert werden kann, ab. Die Möglichkeit einer Nothilfe zugunsten von Tieren soll sich demnach vielmehr aus dem sich im Mitgefühl gegenüber den Tieren äußernden menschlichen Empfinden ergeben. Zwar liege kein Angriff auf die körperliche Unversehrtheit oder gar das Leben des Täters vor, jedoch soll nach dieser Auffassung das Mitgefühl bzw. Mitleid mit dem Tier als notwehr- bzw. nothilfefähiges Individualinteresse einem physischen Angriff gleichgestellt werden. Vorliegend war einzig die sittlich-moralische Überzeugung von F und M und ihr Mitgefühl für Tiere Anlass für ihre Taten, weshalb nach dieser Ansicht ein nothilfefähiges Rechtsgut gegeben wäre.

Eine **sog. pathozentrische Auffassung**¹⁰ hingegen spricht Tieren – anders als die vorherigen Ansichten – eine eigene Rechtspersönlichkeit zu und sieht sie dementsprechend als mit Rechten ausgestattete Rechtssubjekte an. Da (Nutzt-)Tiere das ihnen damit zustehende Notwehrrecht oftmals nicht selbst wahrnehmen können, obliegt es natürlichen Personen quasi-stellvertretend das Notwehrrecht von Tieren in Form der Nothilfe wahrzunehmen. Begründet wird diese Ansicht insbesondere damit, dass der Wortlaut des § 32 Abs. 2 StGB („einen anderen“) einer Auslegung dahingehend zugänglich sei, dass auch tierische Lebewesen als anderer iSd Vorschrift zu qualifizieren seien und sich der strafrechtliche Schutz auch auf diese beziehe. Begünstigter der

Notwehr ist damit nicht der Mensch, sondern das Wohlbefinden von Tieren als solche.

Dieser Auffassung ist auch das entscheidende Landgericht:

„Die Kammer vertritt insoweit die Auffassung, dass Tiere als ‚einem anderen‘ im Sinne des § 32 StGB und damit als nothilfefähig anzusehen sind.“

Diese Betrachtungsweise begründet die Kammer insbesondere mithilfe der Heranziehung aller relevanten, den Schutz und die Stellung der Tiere im Gesamtrechtssystem betreffenden und garantierenden Vorschriften:

„Nach Art. 20a GG ist Tierschutz als allgemeines Staatsschutzziel definiert, der sich auch auf den Schutz einzelner Tiere erstreckt. Aus § 1 TierSchG ergibt sich, dass der Mensch verantwortlich dafür ist, das Leben und Wohlbefinden des Tieres als Mitgeschöpf zu schützen. Niemand darf hiernach einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen. [...] Tieren steht daher gem. § 17 TierSchG strafrechtlicher Schutz zu.“

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Kammer zur Begründung der Zulässigkeit einer Nothilfe zugunsten von Tieren auch auf die zweite Ansicht zurückgreift:

„Daneben wird die aus Sicht der Kammer ebenfalls begründete Auffassung vertreten, dass durch § 1 TierSchG auch das im Mitgefühl für Tiere sich äußernde menschliche Empfinden mitgeschützt wird und im Ergebnis gegen Tierquälerei Nothilfe zulässig sein muss.“

Im Ergebnis gilt es damit mit dem Landgericht festzustellen, dass in der in der Tierhaltung, welche gegen eine Vielzahl öffentlich-rechtlicher Regelungen verstößt, ein durch menschliches Verhalten verursachter Angriff auf die Rechte der sich in den Schweinestallungen befindlichen Tiere zu sehen ist. Ein Angriff liegt nach Ansicht der Kammer zudem auf das von § 32 StGB mitgeschützte – durch Mitgefühl bedingte – menschliche Empfinden von F und M vor.

Art. 20a GG – Schutz der natürlichen Lebensgrundlage

Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.

§ 1 TierSchG – Zweck und Grundsatz des Gesetzes

‘Zweck dieses Gesetzes ist es, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen. ‘Niemand darf einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen.

§ 17 TierSchG – Straftaten

Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet oder
2. einem Wirbeltier
 - a) aus Roheit erhebliche Schmerzen oder Leiden oder

⁷ BGH NJW 1972, 1821 (1822); Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil (2018), Rn. 221; Erb, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 32 Rn. 12.

⁸ Erb, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 32 Rn. 100; Hecker, JuS 2018, 83 (84 f.); Hoyer, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 32 Rn. 15; Ritz, JuS 2018, 333 (335 f.);

Rönnau/Hohn, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2006), § 32 Rn. 82; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafrechtsgesetzbuch, 3. Aufl. (2016), § 32 Rn. 8.

⁹ Perron, in: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 8

¹⁰ Herzog, JZ 2016, 190 (191 ff.); Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. (2006), § 15 Rn. 34.

b) länger anhaltende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden zufügt.

(b) Gegenwärtigkeit des Angriffs

Der Angriff müsste auch gegenwärtig gewesen sein. Dies ist dann der Fall, wenn er unmittelbar bevorsteht, bereits stattfindet oder noch fort dauert.¹¹ Im Hinblick auf die zweite Nacht ist zu sehen, dass F und M bereits durch das erste Betreten der Anlage Kenntnis von den vorherrschenden Missständen erlangten, so dass der Angriff zum Zeitpunkt des zweiten Betretens noch fort dauerte und damit gegenwärtig war. Im Hinblick auf die erste Nacht hingegen ist zu beachten, dass § 32 StGB die sog. **Präventivnotwehr** nicht umfasst. Dies hat zur Folge, dass eine Rechtsgutverletzung nicht mit dem Ziel vorgenommen werden darf, gerade hierdurch festzustellen, ob überhaupt ein Angriff vorliegt. Erforderlich sind demnach gesicherte Feststellungen, bloße Vermutungen hingegen genügen zur Rechtfertigung des Verhaltens nicht.¹² Zu sehen ist insoweit, dass F und M ihr Handeln zum Zeitpunkt des ersten Betretens zwar auf einen konkreten Hinweis stützten, jedoch **nicht mit vollster Sicherheit** von einem gegenwärtigen Angriff ausgehen konnten. Allerdings hatten F und M in der Vergangenheit wiederholt die Erfahrung gemacht, dass die zuständigen Behörden Anzeigen wegen Tierschutzverstößen bei fehlender bildlicher Dokumentation nicht ernst nehmen und derartigen Hinweisen nicht nachgehen. Ein **notorisches Untätigbleiben** der zuständigen Behörden darf jedoch nicht darin münden, dass das Notwehr- bzw. Nothilferecht praktisch leerläuft und das Quälen von Tieren und der Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften fort dauert.¹³ Es ist damit davon auszugehen, dass sich ohne ein Handeln der beiden Angeklagten auch in Zukunft nichts am Status quo ändern und die Tiere weiterhin unter gesetzeswidrigen Bedingungen gehalten würden, so dass der Angriff zum Zeitpunkt des ersten Betretens selbst bei (noch) unsicherer Tatsachengrundlage als gegenwärtig zu qualifizieren ist.

(c) Rechtswidrigkeit des Angriffs

Erforderlich ist darüber hinaus, dass der Angriff rechtswidrig ist. Rechtswidrig ist jeder Angriff, der den Bewertungsnormen des Rechts objektiv zuwiderläuft und nicht durch einen Erlaubnisatz gedeckt ist.¹⁴ Die Betreiber der Anlage waren bei dem Verstoß gegen die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere gegen §§ 22 ff. TierSchNutzV, nicht ihrerseits gerechtfertigt. Der Angriff war damit auch rechtswidrig.

(d) Zwischenergebnis

Eine Nothilfelage iSd § 32 StGB war somit zum Zeitpunkt beider Taten gegeben.

(2) Nothilfehandlung

Die Handlungen von F und M müssten sich zudem allein gegen die Rechtsgüter des Angreifers richten und zur Abwehr des Angriffs objektiv erforderlich und geboten gewesen sein.

(a) Verteidigung nur gegen Rechtsgüter des Angreifers

Im vorliegenden Fall ist das Verhalten von F und M als Verteidigung zu qualifizieren, da infolge ihres Verhaltens allein in die Rechtsgüter des Angreifers – hier das Hausrecht der van G– eingegriffen wurde und ein Eingriff in Rechtsgüter unbeteiligter Dritter somit gerade nicht vorlag.

(b) Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung

Des Weiteren müsste das zweimalige Betreten der Schweinestallungen erforderlich gewesen sein. Erforderlich ist jede Verteidigungshandlung, die dazu **geeignet** ist, den Angriff sofort und endgültig zu beenden oder in seiner konkreten Gestalt zumindest abschwächen.¹⁵ Zu sehen ist im Hinblick auf die Eignung der Verteidigungshandlung, dass

„[...] das Eindringen in die Stallanlagen und das filmische und fotografische Dokumentieren der Verstöße gegen die Tierschutznutztierverordnung das geeignete Mittel [war], um die Verstöße durch Einleitung rechtsförmlicher Verfahren durch die zuständigen Behörden dauerhaft abzustellen.“

Erforderlich ist zudem, dass der Handelnde das **mildeste** ihm zur Verfügung stehende **effektive Mittel** eingesetzt hat. Stehen dem Täter mehrere Mittel zur Verfügung, so darf er dasjenige wählen, welches aus seiner Sicht den Angriff am effektivsten beseitigt. Unter mehreren gleich wirksamen Mitteln muss der Angegriffene dasjenige wählen, welches den geringsten Schaden anrichtet.¹⁶ Vorliegend war das zweifache Betreten der Anlage das mildeste F und M zur Verfügung stehende Mittel. Zwar ist aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols primär staatliche Hilfe einzuholen, jedoch

„[...] verfügten [die Angeklagten] über Erfahrungswissen, dass Anzeigen ohne dokumentierte Verstöße gegen tierschutzrechtliche Vorschriften in der Vergangenheit durch Staatsanwaltschaften oder Veterinärbehörden nicht weiter verfolgt [sic!] worden sind.“

Zu berücksichtigen ist zudem, dass F und M beim Betreten der Anlage eine Vielzahl an hygienischen Standards einhielten. Darüber hinaus zerstörten sie weder das Eigentum des Geschädigten, noch drangen sie in private Bereiche ein.

Das zweifache Eindringen in die Anlage war damit das geeignete und zudem relativ mildeste Mittel. Mithin war die Abwehrhandlung erforderlich.

(c) Gebotenheit der Nothilfe

Die Verteidigungshandlung müsste zudem geboten gewesen sein. Das Merkmal der Gebotenheit erfordert und erlaubt insoweit eine sozial-ethische Einschränkung des einer Interessenabwägung ansonsten grundsätzlich nicht zugänglichen Notwehr-

¹¹ Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil (2018), Rn. 229; Kindhäuser, in: Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl. (2017), § 32 Rn. 16.

¹² Erb, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 32 Rn. 105; Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2016), Rn. 349; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2018), § 32 Rn. 4; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 17.

¹³ Herzog, JZ 2016, 190 (195).

¹⁴ Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil (2018), Rn. 233; Stemler, ZJS 2010 347 (349).

¹⁵ Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil (2018), Rn. 237; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 32 Rn. 35.

¹⁶ BGH NStZ 1996, 29; BGH NJW 1996, 2315 (2315 f.); Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl. (2018), Rn. 238; Stemler, ZJS 2010 347 (350).

rechts, um einem etwaigen Rechtsmissbrauch entgegenzuwirken.¹⁷ Einer sozial-ethischen Einschränkung bedarf es im vorliegenden Fall allerdings nicht, vielmehr ist das Betreten der Stallungen als eine iSd § 32 StGB gebotene Verteidigungshandlung anzusehen.

(d) Zwischenergebnis

Auch eine taugliche Nothilfehandlung ist damit gegeben.

bb) Subjektives Rechtfertigungselement:

Verteidigungsabsicht

Die Angeklagten F und M müssten zudem mit Verteidigungsabsicht gehandelt haben. Nach der hM. ist neben der Kenntnis vom Vorliegen der objektiven Rechtfertigungslage erforderlich, dass der Handelnde einen nicht nur untergeordneten Nothilfewillen bzw. eine Verteidigungsabsicht aufweist (sog. Willens-theorie).¹⁸

Nach den Feststellungen des Landgerichts

„[...] bekundeten [die Angeklagten] jeweils übereinstimmend, dass sie sich auf Grund ihrer sittlich-moralischen Überzeugung sowie ihres Mitgefühls für Tiere zu ihrem Handeln gezwungen sahen.“

Es kam F und M gerade darauf an, die Rechte der Tiere in den Stallungen zu sichern und infolge ihrer Dokumentation der Missstände zu bewirken, dass der rechtmäßige Zustand unter Einhaltung aller tierrechtlich-relevanten, von der Rechtsordnung garantierten Vorschriften wieder hergestellt wird. Sie handelten damit in Bezug auf beide Nächte mit der erforderlichen Verteidigungsabsicht.

cc) Zwischenergebnis

Im Ergebnis gilt es festzuhalten, dass – soweit man mit dem LG nothilfefähige Güter bzw. Interessen berührt sieht – in Bezug auf beide Nächte sämtliche objektive und subjektive Voraussetzungen einer Nothilfe nach § 32 StGB gegeben waren, so dass das Verhalten von F und M bereits hiernach gerechtfertigt ist.

b) Rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB

F und M könnten darüber hinaus durch einen rechtfertigenden Notstand gem. § 34 StGB gerechtfertigt sein. Das Landgericht führt zur parallelen Anwendung eines weiteren Rechtfertigungsgrundes neben § 32 StGB und insoweit zur bereits festgestellten Strafflosigkeit der Angeklagten lehrbuchartig aus, dass

„[...] das Handeln der Angeklagten [zusätzlich] als rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB zu behandeln [ist]. Nach dieser Vorschrift handelt gerechtfertigt, wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das

geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.“

Hinweis

Zu beachten ist, dass das LG Magdeburg bei seiner Entscheidung die Rechtfertigungsgründe des § 32 StGB und § 34 StGB nebeneinander anwendet. Das Gericht geht damit – anders als eine andere Ansicht¹⁹ – gerade nicht davon aus, dass die Notwehr (§ 32 StGB) dem rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) als *lex specialis* vorgeht. Demnach ist § 34 StGB nicht als Auffangtatbestand zu klassifizieren, so dass ein Spezialitätsverhältnis gerade nicht besteht. Zu berücksichtigen ist im Hinblick auf strafrechtliche Klausuren und Hausarbeiten, dass nach der Bejahung eines Rechtfertigungsgrundes die Prüfung zu beenden ist und weitere Rechtfertigungsgründe nicht anzusprechen sind.

aa) Objektive Rechtfertigungselemente

(1) Notstandslage

In Bezug auf das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut und damit einer objektiven Notstandslage stellt das Landgericht fest, dass

„[n]ach den getroffenen Feststellungen [...] im Zeitpunkt der Taten eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut [bestand].“

(a) Gefahr für irgendein Rechtsgut

Unter einer Gefahr iSd § 34 versteht man einen Zustand, bei dem auf Grund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht.²⁰ Als notstandsfähige Rechtsgüter gelten neben den in § 34 StGB explizit genannten Rechtsgütern Leben, Leib, Freiheit, Ehre und Eigentum, jedes rechtlich anerkannte Interesse, auch wenn seine Beeinträchtigung keinen Straftatbestand erfüllt. Anders als § 32 StGB ist der Schutz des § 34 StGB nicht auf Individualinteressen beschränkt, sondern umfasst darüber hinaus auch **Allgemeininteressen**, wobei auch hier der Grundsatz des staatlichen Gewaltmonopols zu berücksichtigen ist.²¹

Im Hinblick auf die hiesige Sachverhaltskonstellation und der damit zusammenhängenden Frage, inwieweit auch Tieren der Schutz des Strafrechts zugutekommt, führt die Kammer des Landgerichts in Bezug auf § 34 StGB aus, dass

„[d]er Tierschutz [...] gem. Art. 20 a GG i. V. m. § 1 TierschG als Staatsschutzziel gesetzlich normiert und über die Tierschutz-nutztierhaltungsverordnung rechtlich ausgestaltet [ist]. Damit stellt sich das Recht der Tiere auf eine Haltung nach den Vorgaben

¹⁷ Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl. (2018), Rn. 243; Rönnau, JuS 2012, 404 (404 f.).

¹⁸ Das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements ist sehr umstritten. Die hM. rekurriert zur Begründung ihrer Ansicht insbesondere auf den Wortlaut des § 32 StGB („um (...) abzuwenden“). Zum Meinungsstreit siehe Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2016), Rn. 386 ff.; Rönnau, JuS 2009, 594.

¹⁹ Fischer, Strafrecht, 65. Aufl. (2018), § 34, Rn. 34; Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafrecht, 3. Aufl. (2016), § 34, Rn. 42.

²⁰ Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil (2018), Rn. 272; Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2016), Rn. 405; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 29. Aufl. (2014), § 34 Rn. 12.

²¹ Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil (2018), Rn. 276; Erb, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 34 Rn. 59.

des Tierschutzgesetzes und der Tierschutznutztierhaltungsverordnung als notstandsfähiges Rechtsgut „von einem anderen“ i. S. d. § 34 StGB dar.“

Auch war der Tierschutz als notstandsfähiges Rechtsgut einer konkreten Gefahr ausgesetzt, da die zuständigen Behörden in der Vergangenheit gegen die angezeigten gesetzeswidrigen Missstände nicht einschritten, F und M jedoch den konkreten Hinweis erhielten, dass gegen eine Vielzahl von öffentlich-rechtlichen Regelungen verstoßen wird, die das Wohlbefinden einer großen Anzahl von Tieren gefährden.

(b) Gegenwärtigkeit der Gefahr

Diese Gefahr müsste jedoch auch gegenwärtig sein, was dann der Fall ist, wenn sie bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge alsbald oder in nächster Zeit in einen Schaden umschlagen kann, wenn nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden.²² Der Begriff der Gegenwärtigkeit ist im Rahmen des § 34 StGB weiter zu verstehen als bei § 32 StGB, so dass durch § 34 StGB unter bestimmten Umständen auch präventive Maßnahmen zur Abwendung möglicherweise entstehender, gegenwärtiger Gefahren gerechtfertigt sein können.²³

Zur Gegenwärtigkeit der Gefahr trifft die Kammer folgende Feststellungen:

„Das hier zu erhaltende Rechtsgut, nämlich das Recht der Tiere nach den Vorgaben der Tierschutznutztierhaltungsverordnung gehalten zu werden, befand sich im Zeitpunkt der Begehung der Taten [...] in Gefahr. Gem. § 24 Abs. 2 Nr. 4 Tierschutznutztierhaltungsverordnung sind sogenannte Kastenstände so zu gestalten, dass die Schweine sich nicht verletzen können, jedes Schwein ungehindert aufstehen, sich hinlegen sowie den Kopf und in Seitenlage die Gliedmaßen ausstrecken kann. Sogenannte Abferkelbuchten müssen so angelegt sein, dass hinter dem Liege Platz [sic!] der Jungsau oder der Sau genügend Bewegungsfreiheit für das ungehinderte sogenannte Abferkeln sowie für geburtshilfliche Maßnahmen besteht.“

Zur Konkretisierung führt die Kammer weiter aus, dass

„[d]ie Angeklagten [...] vor [dem ersten Betreten der Stallungen ...] konkrete Hinweise erhalten [hatten], wonach diese Vorschriften [...] nicht umgesetzt worden sind. Es bestand daher aus Sicht der Angeklagten bereits vor [dieser ...] Tat [...] eine nach objektiven Kriterien bestehende gegenwärtige Gefahr für das Tierwohl, welche [...] die Notwendigkeit sofortigen Handelns begründete.“

Darüber hinaus führt die Kammer aus, dass die Angeklagten F und M selbst dann, wenn sie sich in einem Putativnotstand befunden hätten, straffrei geblieben wären:

„Selbst wenn die Angeklagten F und M vor der [ersten] Tat [...] nicht über fachkundig festgestelltes Wissen über das Bestehen einer Gefahr verfügt haben sollten, bestünde jedenfalls ein Putati-

vnotstand, welcher gem. § 16 StGB vorsätzliches Handeln ausschließt. Wegen fehlenden Handlungsunwerts läge auch keine Rechtswidrigkeit wegen fahrlässiger Begehung vor.“

(c) Zwischenergebnis

Eine Notstandslage iSd. § 34 StGB war somit zum Zeitpunkt beider Taten gegeben.

(2) Notstandshandlung

Ferner müsste eine taugliche Notstandshandlung vorliegen. Zu fordern ist sowohl, dass die Handlung von F und M erforderlich und angemessen war, als auch dass das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.

(a) Eingriff in ein anderes Rechtsgut

Erforderlich ist zunächst, dass infolge der tatbestandsmäßigen Handlung in ein anderes Rechtsgut eingegriffen wird (= beeinträchtigt Interesse). Vorliegend wird infolge des widerrechtlichen Betretens der Anlage in das Hausrecht der Betreibenden und damit in ein anderes Rechtsgut eingegriffen.

(b) Erforderlichkeit der Notstandshandlung

Die Notstandshandlung müsste darüber hinaus erforderlich gewesen sein. In Bezug hierauf stellt das Landgericht fest, dass

„[d]ie Angeklagten [...] auch die für die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes geeignete und erforderliche Notstandshandlung vorgenommen [haben].“

Erforderlich sind im Rahmen des § 34 StGB solche Verteidigungshandlung, die **geeignet** sind, die Gefahr sofort und endgültig zu beenden. Stehen dem Verteidigenden mehrere Mittel zur Verfügung, so muss er das **relativ mildeste Mittel** wählen.²⁴ Entscheidend ist hierbei die objektive ex-ante-Sicht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls.²⁵

(aa) Geeignetheit

Nach Ansicht der Strafkammer

„[...] war die Vorgehensweise, das Eindringen in die Stallanlagen und das filmische und fotografische Dokumentieren der Verstöße gegen die Tierschutznutztierverordnung das geeignete Mittel, um die Verstöße durch Einleitung rechtsförmlicher Verfahren durch die zuständigen Behörden dauerhaft abzustellen.“

(bb) Einsatz des mildesten effektiven Mittels

Darüber hinaus haben

„[d]ie Angeklagten [...] hierbei das mildeste Mittel gewählt, es stand insbesondere kein weniger einschneidendes Abwendungsmittel zur Verfügung. Auch die Begehung der Anlage [in der zweiten Nacht ...] war danach gerechtfertigt, da die Angeklagten auf Grund der Größe der Anlage nicht in der Lage waren bereits [in der ersten Nacht ...] sämtliche Verstöße zu dokumentieren.“

²² Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil (2018), Rn. 278; Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2016), Rn. 412.

²³ Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil (2018), Rn. 279; Erb, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 34 Rn. 169; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2014), § 34 Rn. 16.

²⁴ Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil (2018), Rn. 283; Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2016), Rn. 415 ff.

²⁵ Erb, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 34 Rn. 68; Kindhäuser, in: Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl. (2017), § 34, Rn. 19;

(cc) Nicht anders abwendbar

Die bestehende gegenwärtige Gefahr dürfte nicht anders abwendbar gewesen sein. Zu diesem Erfordernis, welches insbesondere Ausdruck des staatlichen Gewaltmonopols darstellt, führt die Kammer aus, dass

„[d]ie Gefahr [...] auch nicht anders abwendbar [war]. Zwar sind grundsätzlich dem Handeln privater Personen [...] wegen der primären Zuständigkeit staatlicher Organe enge Grenzen gesetzt. Die Angeklagten verfügten jedoch über Erfahrungswissen, dass Anzeigen ohne dokumentierte Verstöße [...] nicht weiterverfolgt worden sind. Auch im Fall der Anlage in S haben [...] die zuständigen Behörden [...] in Kenntnis der Verstöße [...] keine Maßnahmen zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands ergriffen. Sie waren [...] weder Willens noch in der Lage die zur Durchsetzung der Tier-SchNutzV erforderlichen ordnungsrechtlichen Maßnahmen zu ergreifen. Die Angeklagten konnten daher berechtigt davon ausgehen, dass eine Einschaltung der Polizei oder Anzeigen bei den zuständigen Behörden ohne Vorlage von Beweisen nicht zu einer nachhaltigen Änderung der Haltungsbedingungen geführt hätten.“

(c) Interessenabwägung:

Ferner müsste im vorliegenden Fall das geschützte Interesse (= Erhaltungsgut; Recht der Tiere auf Einhaltung der tierrechtlichen Vorschriften) das beeinträchtigte Interesse (= Eingriffsgut; Hausrecht) wesentlich überwiegen. Nach Ansicht des LG

„[...] ergibt sich auch aus der vorzunehmenden Güter- und Interessenabwägung, dass in der konkreten Situation das durch die Notstandshandlung geschützte Interesse das beeinträchtigte Interesse an der Einhaltung des Hausrechts wesentlich überwiegt. Hierbei ist einerseits die erhebliche Anzahl der betroffenen Tiere, die bisherige Dauer und die prognostische künftige Dauer der Beeinträchtigung des Tierwohls zu berücksichtigen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass private Wohnbereiche einen höheren Schutz genießen, als gewerbliche Stallungen. Ausgehend hiervon überwiegt im konkreten Einzelfall das Interesse, zu dessen Gunsten die Angeklagten handelten, das beeinträchtigte Interesse an der Unverletzlichkeit gewerblicher Räume wesentlich.“

(d) Angemessenheit des Mittels (§ 34 S. 2 StGB)

Die von den Angeklagten F und M im Rahmen beider Taten eingesetzten Mittel waren zudem angemessen iSd § 34 S. 2 StGB.²⁶

(3) Zwischenergebnis

Auch eine taugliche Notstandshandlung ist damit gegeben.

bb) Subjektives Rechtfertigungselement: Gefahrabwendungsabsicht

Wie auch im Rahmen des § 32 StGB ist bei der Prüfung des § 34 StGB ein subjektives Rechtfertigungselement zu fordern. Demnach müssten F und M im vorliegenden Fall mit Rettungsabsicht

bzw. mit der Absicht die gegenwärtige Gefahr abzuwenden gehandelt haben.

Auch im Rahmen des § 34 StGB ist zu berücksichtigen, dass

„[d]ie Angeklagten [...] jeweils übereinstimmend [bekundeten], dass sie sich auf Grund ihrer sittlich-moralischen Überzeugung sowie ihres Mitgefühls für Tiere zu ihrem Handeln gezwungen sahen.“

Wie schon bei der Prüfung des § 32 StGB gilt es festzustellen, dass es F und M gerade darauf ankam, die Rechte der Tiere in den Stallungen zu sichern und infolge ihrer Dokumentation der Missstände zu bewirken, dass der rechtmäßige Zustand unter Einhaltung aller tierrechtlich-relevanten, von der Rechtsordnung garantierten Vorschriften wieder hergestellt wird. Sie handelten damit in Bezug auf beide Nächte mit der erforderlichen Verteidigungsabsicht.

cc) Zwischenergebnis

Im Ergebnis gilt festzuhalten, dass in Bezug auf beide Nächte sämtliche objektiven und subjektiven Voraussetzungen eines rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB gegeben waren, so dass das Verhalten von F und M neben § 32 StGB auch nach § 34 StGB gerechtfertigt ist.

II. Endergebnis

F und M haben sich mangels Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens nicht gem. § 123 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 2 StGB zum Nachteil der van G strafbar gemacht.

Hinweise für Studierende

Die vorliegende Entscheidung und der ihr zugrundeliegende Sachverhalt eignen sich hervorragend als Vorlage für die Erstellung einer Prüfungsaufgabe, um hierdurch das dogmatische Verständnis der Studierenden in Bezug auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe und insbesondere deren Reichweite zu prüfen. Die Entscheidung gibt daher Anlass zu einer vertieften Auseinandersetzung mit den Rechtfertigungsgründen der Notwehr (§ 32 StGB) und des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB), die bis zum Examen und darüber hinaus zum Standardrepertoire strafrechtlicher Prüfungsarbeiten gehören und die es deshalb besonders sicher zu beherrschen gilt.

Die Entscheidung des LG Magdeburg ist vor allem vor dem Hintergrund sich wandelnder gesellschaftlicher Wertevorstellungen und der damit einhergehenden veränderten Sichtweise auf (Nutz-)Tiere als bloße Mittel zum Zweck von großer Relevanz und berührt insoweit zudem rechtsphilosophische Fragestellungen, auf die

²⁶ Das Merkmal der „Angemessenheit“ spielt nur in wenigen Konstellationen eine Rolle. Fehlen kann diese vor allem bei Personen mit besonderen Gefahrtragungs- und Duldungspflichten oder Verstößen gegen oberste Rechtsprinzipien. Ein prägnantes Anwendungsbeispiel für die Relevanz der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB bildet folgender Fall: Der mittellose R benötigt dringend 10.000 € für eine lebensnotwendige Herzoperation. Da ihn seine Krankenkasse bei der Zahlung nicht unterstützt, steigt R eines Nachts in das Anwesen des überreichen Millionärs H ein – der ohnehin nichts mit dem vielen Geld anzufangen weiß – und entwendet das benötigte

Geld. Das Leben als höchstes Gut mag in Bezug auf die vorzunehmende Interessenabwägung zwar das Interesse eines Millionärs an einem „kleineren“ Geldbetrag übersteigen, zu sehen ist jedoch, dass es allein Aufgabe der Sozialgemeinschaft ist, derartige Notlagen zu beseitigen, so dass ein Versagen ebendieser nicht dazu führen kann, dass Unbeteiligten Duldungspflichten auferlegt werden; zumal das fremde Eigentum nach Art. 14 GG grundrechtlichen Schutz genießt. Allerdings ist in derartigen Fällen an die Prüfung des § 35 StGB auf Ebene der Schuld zu denken.

hier freilich nicht im Einzelnen eingegangen werden kann.

Nicht zu vergessen ist zudem die Besonderheit des Themas und die Tatsache, dass die Anwendung der Rechtfertigungsgründe zugunsten von Tieren auch in Rechtsprechung und Literatur nur stiefmütterlich behandelt wird. Schließlich bietet die Entscheidung die Möglichkeit, Konnexen zu anderen Rechtsgebieten herzustellen, da zur Begründung oder aber Ablehnung eines strafrechtlichen Schutzes von Tieren sowohl strafrechtliche als auch zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungen herangezogen werden können. Hierzu zählen unter anderem das TierSchG, die TierSchNutztV, § 90a BGB und die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG, die am 1. August 2002 ihren Weg in das Grundgesetz fand.

Rasim Mustafi

Studentische Hilfskraft

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und
Computerstrafrecht (*Prof. Dr. Jörg Eisele*)
Eberhard Karls Universität Tübingen

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Geldmittel einer Terrororganisation als strafrechtlich geschütztes Vermögen

Urteil vom 11. April 2018, Az.: 5 StR 595/17

1. Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen.

2. Auch die ausdrückliche Pönalisierung spezifischer Finanzierungshandlungen ändert nichts an der vermögensstrafrechtlichen Schutzwürdigkeit entsprechend aufgewendeter Gelder.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt (gekürzt)

T, ein aus Syrien nach Deutschland eingereister Flüchtling, nahm über eine Online-Chatplattform Kontakt mit einem mutmaßlichen Funktionär des „Islamischen Staats“ auf. Tatsächlich verbarg sich hinter der Chat-Identität des Funktionärs ein syrischer Oppositioneller, der IS-Anhänger überführen und an die Behörden melden wollte. T erbot sich, in Deutschland und im europäischen Ausland – gemeinsam mit ihm bekannten „Mujahedden“ – Anschläge durchzuführen. Zur Umsetzung dieses Vorhabens benötigte er – zur Anschaffung von Fahrzeugen und sonstigem Material – insgesamt 180.000 Euro. Tatsächlich hatte T nicht die Absicht, entsprechende Anschläge durchzuführen, sondern plante, das Geld – jedenfalls größtenteils – für sich zu verwenden. In der Folgezeit drängte T nachdrücklich auf die Bereitstellung des in Aussicht gestellten Geldes. Nachdem der Oppositionelle einige Informationen über T gesammelt hatte, gab er seine Kenntnisse an einen syrischen Oppositionspolitiker mit der Maßgabe weiter, die deutschen Behörden zu informieren. Letztlich wurde T festgenommen.

B) Verfahrensgang

Das Landgericht hatte T (nur) wegen versuchten Betruges (§§ 263 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB) verurteilt. Sowohl der Angeklagte als auch die Staatsanwaltschaft gingen in Revision.

C) Die Entscheidung des Senates

Beiden Rechtsmitteln versagte der 5. Strafsenat den Erfolg. Im Rahmen der gegenständlichen Darstellung interessiert primär die – vom Senat bestätigte – Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Betruges, da diese die in jüngerer Zeit verstärkt in den Fokus geratene Frage nach dem strafrechtlichen Vermögensbegriff berührt.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Senat den Sachverhalt auch unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Vorfeldstrafbarkeit nach § 30 StGB (iVm. § 211 StGB) würdigte. In Übereinstimmung mit dem Landgericht verneinte der

Senat sowohl eine Strafbarkeit des T wegen versuchter Anstiftung (des vermeintlichen IS-Kontaktmannes) nach Maßgabe des § 30 Abs. 1 S. 1 StGB (iVm. § 211 StGB) als auch eine Strafbarkeit wegen Sich-Bereiterklärens (§ 30 Abs. 2 Var. 1 iVm. § 211 StGB) bzw. Verbrechensverabredung (§ 30 Abs. 2 Var. 3 iVm. § 211 StGB). Bezüglich der versuchten Anstiftung des vermeintlichen Kontaktmannes fehlte es T bereits am notwendigen Vorsatz betreffend die Vollendung der im Raum stehenden (Terror-)Taten. Ein Bereiterklären iSd § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB setzt sodann die *Ernsthaftigkeit* der Erklärung voraus, woran es hier fehlte. Schließlich verlangt die Verbrechensverabredung iSd § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB – als Vorstufe der Mittäterschaft –, dass eine Verabredung zwischen (mind.) zwei *tatsächlich* zur Tatbegehung entschlossenen Beteiligten zustande kommt, was vorliegend ebenfalls zu negieren war.

Näherer Betrachtung bedarf die Strafbarkeit des T wegen versuchten Betruges:

T könnte sich durch das gegenüber dem vermeintlichen IS-Kontaktmann geäußerte Verlangen, Geldmittel zur Verübung von Terroranschlägen bereitzustellen, wegen versuchten Betruges gemäß §§ 263 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Die Tat ist, da es zu einer Zuwendung nicht kam, nicht vollendet. Der Versuch ist gemäß § 23 Abs. 1 Alt. 2 iVm. § 263 Abs. 2 StGB mit Strafe bedroht.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Tatentschluss

a) Tatentschluss hinsichtlich objektiver Tatbestandsmerkmale

T müsste mit Tatentschluss hinsichtlich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale des § 263 Abs. 1 StGB gehandelt haben.

aa) Täuschung

Eine Täuschung setzt die (ausdrückliche oder konkludente) Behauptung einer unwahren Tatsache voraus.¹ Unter Tatsachen versteht man wiederum alle Geschehnisse und Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die entweder die Außenwelt (äußere Tatsache) oder psychische Vorgänge (innere Tatsache) betreffen und dem Beweis zugänglich sind.² Als innersubjektiver Zustand unterfällt auch die Absicht, in der Zukunft bestimmte Handlungen vorzunehmen, dem Tatsachen-Begriff.³ T erklärte, Geldmittel zur Verübung von Terroranschlägen zu benötigen, wobei er beabsichtigte, die Gelder – jedenfalls größtenteils – für

¹ Eisele, BT II, 4. Aufl. (2017), Rn. 524.

² Ibid., Rn. 522.

³ Vgl. auch Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 263 Rn. 8.

sich selbst zu verwenden. Er handelte also mit Tatentschluss hinsichtlich der Behauptung eines – in Wahrheit nicht bestehenden – innersubjektiven Zustandes und damit mit Tatentschluss hinsichtlich einer Täuschung iSd § 263 Abs. 1 StGB.

bb) Irrtum

Infolge der – unwahren – Tatsachenbehauptung sollte bei dem vermeintlichen IS-Kontaktmann eine Fehlvorstellung über Ts Bereitschaft, fremdfinanzierte Terroranschläge zu verüben, entstehen. Damit handelte T auch mit Tatentschluss hinsichtlich eines Irrtums iSd § 263 Abs. 1 StGB.⁴

cc) Vermögensverfügung

Unter einer Vermögensverfügung versteht man jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.⁵ T ging es darum, von der Terrororganisation „Islamischer Staat“ Gelder iHv. insgesamt 180.000 Euro zu erhalten, ohne diese dem vereinbarten Verwendungszweck (Ausführung von Terroranschlägen) zuzuführen.

Dass Getäuschter und Verfügender einerseits (vermeintlicher Mittelsmann bzw. von diesem eingeschaltete – und auf derselben Tatsachengrundlage entscheidende – weitere Funktionäre) und Geschädigter andererseits („IS“) nicht personengleich sein sollten, steht der Annahme eines (versuchten) Betruges nicht entgegen, wird doch auch – jedenfalls bei rechtlicher Befugnis zur Verfügung über das Vermögen⁶ – der sog. Dreiecksbetrug vom Tatbestand erfasst.⁷

Mithin handelte T mit Tatentschluss hinsichtlich einer das Vermögen mindernden Handlung.

Hinweis

Bereits an dieser Stelle könnte man die Frage aufwerfen, ob auch die – zur Terrorismusfinanzierung hingegebenen – Gelder einer Terrororganisation vom strafrechtlichen Vermögensschutz erfasst werden. So ließe sich argumentieren, dass eine Vermögensverfügung iSd. Betrugstatbestandes den strafrechtlichen Schutz des hingegebenen Vermögens voraussetzt, womit die Schutzwürdigkeit schon im Rahmen der Vermögensverfügung, nicht erst in Auseinandersetzung mit dem Eintritt eines Vermögensschadens zu erörtern wäre. Um indes einen Gleichlauf mit § 266 StGB sowie – jedenfalls soweit man mit der Rspr. auf eine Vermögensverfügung verzichtet – den §§ 253, 255 StGB zu gewährleisten, bietet sich eine Verlagerung der Frage nach den geschützten Vermögensbestandteilen in das Merkmal des „Vermögensschadens“ an.⁸ Entscheidend ist letztlich ohnehin, dass (nicht wo)

die Frage nach dem Umfang des (betrugs-)strafrechtlichen Vermögensschutzes aufgeworfen und argumentativ bearbeitet wird.

dd) Vermögensschaden

Ferner müsste T mit Tatentschluss hinsichtlich des Eintritts eines Vermögensschadens iSd § 263 Abs. 1 StGB gehandelt haben. Fraglich ist nun, ob die zur Finanzierung terroristischer Aktivitäten aufgewendeten Gelder einer Terrororganisation strafrechtlich geschütztes Vermögen darstellen. Im Unterschied zu Konstellationen, in denen die hingegebenen Vermögenspositionen von vornherein „bemakelt“ sind (z.B. unrechtmäßiger Besitz oder – wie bei Betäubungsmitteln – schlechterdings verbotener Besitz), sodass sich ganz offensichtlich die Frage nach deren vermögensstrafrechtlicher Schutzwürdigkeit stellt, geht es vorliegend um die Frage, inwieweit der mit der Hingabe verfolgte Zweck Einfluss auf die Schutzwürdigkeit des betroffenen Vermögens haben kann.

Der BGH, der sich erst unlängst (in Auseinandersetzung mit einem Anfragebeschluss des 2. Strafsenats) mit dem Umfang des strafrechtlichen Vermögensschutzes befassen musste und dabei die rein wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Schadensermittlung verteidigte⁹, blieb seiner Linie – wenig überraschend – auch in der gegenständlichen Entscheidung treu:

„Das LG hat die Tat zu Recht als versuchten Betrug zum Nachteil des IS gem. § 263 I und II, §§ 22, 23 StGB gewertet. Es hat dabei den vom Vorsatz des Angekl. erfassten Eintritt einer Schädigung des Vermögens der Terrororganisation als Vermögensschaden i. S. des § 263 Abs. 1 StGB angesehen und insoweit eine normative Einschränkung des Rechtsgüterschutzes abgelehnt. Diese Wertung steht im Einklang mit der st. Rspr. zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff [...].“

Diese Rspr. fasst der Senat in folgender – von den Senaten schon seit Jahrzehnten verwendeten – Formel zusammen:

„Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte allgemein kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen [...].“

Daran vermöge auch die Existenz des § 89c StGB, der explizit die sog. Terrorismusfinanzierung unter Strafe stellt, nichts zu ändern:

„Allein der Gesetzeszweck des § 89c StGB, Geldzuflüsse an Terrororganisationen zu verhindern, gibt keinen Anlass, den Vermögensbegriff bei § 263 StGB einzuschränken. Abgesehen davon, dass § 89c StGB hier schon tatbestandlich nicht in Betracht

⁴ Zum Irrtums-Begriff vgl. etwa Eisele, BT II, 4. Aufl. (2017), Rn. 541; Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 263 Rn. 18.

⁵ Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 263 Rn. 22 (mwN.).

⁶ Zu den umstrittenen Anforderungen an das (Nähe-)Verhältnis von Verfügendem und Geschädigtem beim Dreiecksbetrug vgl. nur Eisele, BT II, 4. Aufl. (2017), Rn. 568 ff.

⁷ Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 263 Rn. 79; Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 263 Rn. 28.

⁸ So etwa Eisele, BT II, 4. Aufl. (2017), Rn. 592.

⁹ Gegenstand des Anfragebeschlusses (BGH NStZ 2016, 596) war die Frage, ob auch der verbotene Besitz an Betäubungsmitteln Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens ist. Der anfragende Senat bzw. eine Sitz-

gruppe innerhalb des Senats sah einen Widerspruch zwischen der Pönalisierung des Abnötigens oder Erschleichens des Besitzes an Betäubungsmitteln (nach §§ 253; 263 StGB) bei gleichzeitiger Strafbarkeit eben dieses Besitzes (vgl. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG). Die angefragten Senate vermochten sich dieser Argumentation nicht anzuschließen, sodass der anfragende Senat, der, wie angedeutet, bereits in sich uneinig war, letztlich auf eine Vorlage an den Großen Strafsenat verzichtete und seinerseits das Festhalten am wirtschaftlichen Vermögensbegriff verkündete (BGH wistra 2018, 41). Zum Ganzen, insbesondere zu den Antworten der einzelnen Senate auf den Anfragebeschluss, vgl. Bechtel, wistra 2018, 154 ff.; prägnant zur Frage der Schutzwürdigkeit des verbotenen Besitzes an Betäubungsmitteln ferner Eisele/Bechtel, JuS 2018, 97, 99 f.

kommt, hat sich der Gesetzgeber bei Schaffung dieser Strafvorschrift entgegen dem Vorbringen der StA mit der Frage der Reichweite des strafrechtlichen Vermögensschutzes nach § 263 StGB nicht befasst (vgl. BT-Dr. 18/4087, S. 7).“

Der Umstand, dass vorliegend nicht nur der mit der Finanzierung verfolgte Zweck (Verübung von Terroranschlägen), sondern auch die Finanzierung selbst rechtlich ausdrücklich missbilligt wird, ist für die Frage der Schutzwürdigkeit des Vermögens für den Senat damit nicht von Belang.

Hinweis

In einer Klausur wäre es an dieser Stelle geboten, sich mit abweichenden Konzeptionen im Schrifttum auseinanderzusetzen. Während nicht wenige Stimmen in der Literatur das zu gesetzeswidrigen Zwecken hingebene „gute“ Geld – insoweit in Übereinstimmung mit der Rspr. – für schutzwürdig erachten¹⁰, wird z.T. dafür geworben, den strafrechtlichen Vermögensschutz in entsprechend gelagerten Fällen zu versagen. Die Begründungsstrukturen unterscheiden sich insoweit:

Naheliegender Verweis auf die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB (= Kondiktionsausschluss bei Verfolgung gesetzeswidriger Zwecke). Diese bringe die mangelnde Schutzwürdigkeit entsprechend aufgewendeter Vermögenswerte zum Ausdruck.¹¹ Gleichfalls anzutreffen ist die Argumentation, wonach die Einziehungsvorschriften der §§ 73 ff. StGB die fehlende Schutzwürdigkeit der hingebenen Vermögenswerte hervortreten ließen.¹² Schließlich wird – pauschaler – auf die mangelnde Schutzwürdigkeit desjenigen verwiesen, der (bewusst) Vermögen zu gesetzeswidrigen Zwecken hingibt.¹³ Dabei soll nach letztgenannter Auffassung nicht erst der Vermögensschaden entfallen, sondern bereits eine tatbestandsrelevante Täuschung zu verneinen sein.¹⁴

Es ist hier nicht der Ort, sämtliche Argumente zu würdigen und zu einem abschließenden Befund zu gelangen. Wichtig ist, dass die Problematik in Klausuren oder Hausarbeiten erkannt und entsprechend aufgegriffen wird: Dabei wird ein Blick über den „Tellerrand“ insoweit erwartet, als auch zivilrechtliche Regelungen sowie Normen außerhalb des klassischen strafrechtlichen Prüfungsstoffes (hier in Gestalt der §§ 73 ff. StGB) heranzuziehen und jedenfalls in ihren grundlegenden Wertungen zu berücksichtigen sind. Das Ergebnis ist – im Rahmen des Studiums – nicht von entscheidender Bedeutung.

Folgt man nun der Lösung des Senats, ist Tatentschluss hinsichtlich der Herbeiführung eines Vermögensschadens zu bejahen.

b) Bereicherungsabsicht

T handelte mit (Eigen-)Bereicherungsabsicht.

¹⁰ So etwa Eisele, BT II, 4. Aufl. (2017), Rn. 611; Rengier, BT I, 20. Aufl. (2018), § 13 Rn. 144 f. Mit Blick auf diese Auffassung ist freilich fraglich, ob das Bild vom „guten“ Geld auch dann noch verfängt, wenn (wie hier) die Finanzierung selbst grundsätzlich – unabhängig von der Tatbestandsverwirklichung im Einzelfall – Gegenstand eigener Strafbarkeit ist.

¹¹ Vgl. etwa Hecker, JuS 2001, 228, 231; Schramm, BT I (2017), § 7 Rn. 108

c) Vorsatz bezüglich Rechtswidrigkeit der Bereicherung

T handelte auch mit Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung.

2. Unmittelbares Ansetzen

Mit dem Drängen, die für die Terroranschläge notwendige Summe zu erhalten, hat T auch unmittelbar iSd § 22 StGB angesetzt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Weder sind Rechtfertigungs- noch Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe ersichtlich.

III. Ergebnis

T hat sich durch das gegenüber dem vermeintlichen IS-Kontaktmann geäußerte Verlangen, Geldmittel zur Verübung von Terroranschlägen bereitzustellen, wegen versuchten Betruges gemäß §§ 263 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Abschließende Hinweise

Die Fallgruppen, in denen die Frage der Reichweite des strafrechtlichen Vermögensschutzes zu problematisieren ist, sind vielfältig. Hier ist bereits sorgfältig zu differenzieren, ob ein Vermögenswert für sich genommen ggf. „bemakelt“ ist (wie z.T. für den rechtswidrigen oder verbotenen Besitz vertreten) oder ob „nur“ der mit der Hingabe verfolgte Zweck rechtlich missbilligt wird. Die gegenständliche Konstellation bringt, da nicht nur der verfolgte Zweck, sondern auch dessen Finanzierung ein eigenes Unwerturteil erfährt, eine interessante neue Komponente in die Diskussion ein, wobei abzuwarten bleibt, ob das – in der Literatur durchaus populäre – Bild vom „guten“ Geld auch hier fruchtbar gemacht wird.

Für die auf dem Boden des (rein) wirtschaftlichen Vermögensbegriffes agierende Rspr. steht die Schutzwürdigkeit ohnehin nicht in Frage.

Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht (Prof. Dr. Jörg Eisele)

Eberhard Karls Universität Tübingen

► Inhaltsverzeichnis

¹² Buchholz, Jura 2018, 264, 272.

¹³ Mitsch, JuS 2003, 122, 126.

¹⁴ Ibid., schreibt der Täuschung die Funktion zu, den Übergang der Verantwortung für den Vermögensschaden von dem Vermögensinhaber auf den Täter zu erklären. Ein solcher Übergang finde in Fällen der Verfolgung gesetzeswidriger Zwecke gerade nicht statt.

RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

Die Rechtmäßigkeit sog. „legendierter Kontrollen“

Urteil vom 26. April 2017, Az.: 2 StR 247/16

1. Im Rahmen der Drogenfahndung ist eine "legendierte Polizeikontrolle" mittels einer vorgetäuschten Verkehrskontrolle grundsätzlich zulässig.

2. Es gibt weder einen allgemeinen Vorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht noch umgekehrt. Die Polizei kann auch während eines bereits laufenden Ermittlungsverfahrens aufgrund präventiver Ermächtigungsgrundlagen zum Zwecke der Gefahrenabwehr tätig werden.

3. Ob auf präventiv-polizeilicher Grundlage gewonnene Beweise im Strafverfahren verwendet werden dürfen, bestimmt sich nach § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO.

(amtliche Leitsätze)

A) Sachverhalt (vereinfacht)

A betreibt in Deutschland seit längerem Handel mit Betäubungsmitteln in sehr großem Umfang. Die Telekommunikation des A wird infolgedessen schon über einen längeren Zeitraum (rechtmäßig) durch die Ermittlungsbehörden überwacht.

Im Rahmen dessen erhalten die Ermittler Kenntnis von einer geplanten und noch nicht durchgeführten Lieferung Kokains von den Niederlanden über die Grenze nach Deutschland. Die Lieferung soll – entsprechend dem gemeinsamen Tatplan – von B durchgeführt und anschließend in Deutschland an den Mann gebracht werden.

Am Tattag, dem 17. August 2015 gegen 1.15 Uhr, erhielten die ermittelnden Kriminalbeamten über einen zuvor (rechtmäßig) am Lieferwagen des B angebrachten Peilsender Kenntnis davon, dass sich das Fahrzeug in Richtung Deutschland in Bewegung gesetzt hatte.

Den Kriminalbeamten erschien es zum einen notwendig zu verhindern, dass das Betäubungsmittel in Deutschland in Umlauf gerät. Zugleich waren die Beamten aber aufgrund des gegen den A laufenden Ermittlungsverfahrens daran interessiert, Beweise zu sichern. A hielt sich zum Tatzeitpunkt vorübergehend in Marokko auf. Um zu verhindern, dass A von den Ermittlungen Kenntnis erlangt und somit von einer Wiedereinreise nach Deutschland absehen könnte, gingen die Beamten folgendermaßen vor:

Es wurde Kontakt zur zuständigen Autobahnpolizei aufgenommen, der eine detaillierte Fahrzeugbeschreibung mitgeteilt wurde. Es sollte versucht werden, das Fahrzeug des B unter der Legende einer Fahrzeugkontrolle anzuhalten. B wurde – wie von

den Ermittlungsbeamten beabsichtigt – durch die Autobahnpolizei nahe Frankfurt aM. herausgewunken. Ein anwesender Drogenspürhund führte die Beamten der Autobahnpolizei anschließend zu den im Kofferraum versteckten 8 kg Kokain.

B wurde durch das zuständige Landgericht wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt.

Mit seiner Revision rügt der verurteilte B die Verwertung der gefundenen 8 kg Kokain. Sein Verteidiger hatte der Verwertung in der Hauptverhandlung widersprochen.

B) Die Entscheidung des Senates

Die zulässige¹ Revision des Angeklagten wurde durch den 2. Strafsenat des BGH verworfen.

1. Prozessuale Einkleidung

Eine zulässig eingelegte Revision ist begründet, wenn das Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruht, § 337 StPO. Zu trennen ist zwischen der Sach- und der Verfahrensrüge. Mit der Sachrüge wird die Verletzung materiellen Rechts gerügt, während mit der Verfahrensrüge der prozessuale Weg, auf dem der Richter seine Entscheidung getroffen hat, angegriffen werden kann.

Das von B geltend gemachte Verwertungsverbot stellt eine Verfahrensrüge dar. Das Verfahrensrecht ist verletzt, wenn eine vorgeschriebene Handlung unterblieben ist, diese Handlung fehlerhaft vorgenommen wurde, oder die Handlung gänzlich unzulässig war, § 337 StPO.

2. Verwertungsverbot

Fraglich ist, ob das bei der Durchsuchung aufgefundene Kokain gegen den B verwertet werden durfte.

Die Prüfung eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots erfolgt regelmäßig im Dreischritt. Zunächst ist zu erfragen, ob überhaupt ein Verfahrensverstöß vorliegt. Falls dies angenommen werden kann, ist anschließend ist zu klären, ob der Verstoß auch zu einem Verwertungsverbot führen kann, wobei eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen durchzuführen ist. Abschließend ist zu prüfen, ob der oder die Angeklagte der Verwertung rechtzeitig widersprochen hat.

a) Verstoß gegen § 105 Abs. 1 S. 1 StPO

Ein Verfahrensverstöß könnte darin zu sehen sein, dass gegen den Richtervorbehalt aus § 105 Abs. 1 StPO verstoßen wurde. Demnach dürfen Durchsuchungen iSd § 102 StPO nur durch den

¹ Grobübersicht zur revisionsrechtlichen Prüfungsreihenfolge: ▶ *Beeren*, JSE 2017, 260.

Richter und bei Gefahr im Verzug, durch die Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungsbeamten angeordnet werden. Gefahr im Verzug scheidet vorliegend allerdings aus, da die Ermittlungsbeamten durch den angebrachten Peilsender bereits mehrere Stunden vor der Durchsuchung wussten, dass das vom Angeklagten B gesteuerte Fahrzeug in Richtung Deutschland unterwegs war.

b) Landesrechtliche Befugnisse aus Gefahrenabwehrrecht

Der 2. Senat verzichtet vorliegend auf die Anforderungen aus § 105 Abs. 1 StPO, indem er eine doppelfunktionale Maßnahme annimmt (aa), die sich wegen deren präventiver Intention auf Gefahrenabwehrrecht stützen lässt (bb). Anschließend bejaht er auch die sich daraus ergebende Rechtmäßigkeit der Durchsuchung insgesamt (cc).

aa) Doppelfunktionale Maßnahme

Eine sog. doppelfunktionale Maßnahme ist anzunehmen, wenn die Polizei mit jeweils selbstständiger präventiver, aber auch repressiver Zielsetzung tätig wurde.² Der 2. Senat bejahte vorliegend den doppelunktionalen Charakter³ und führt aus, dass die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung nicht schon daran scheitere „dass zum Zeitpunkt der Fahrzeugdurchsuchung bereits ein Anfangsverdacht einer Straftat gegen den Angeklagten vorlag, der auch ein Vorgehen nach §§ 102, 105 StPO ermöglicht hätte. [...]“

Nach den Feststellungen beabsichtigte die Polizei nicht nur, die Betäubungsmittel zwecks Gefahrenabwehr aus dem Verkehr zu ziehen, sondern verfolgte daneben auch das Ziel der Beweissicherung in einem potentiellen Strafverfahren gegen den Angeklagten und dessen Hintermann. Damit handelte es sich bei der Fahrzeugdurchsuchung um eine sogenannte doppelfunktionale Maßnahme, bei der die Polizei mit jeweils selbstständiger präventiver und repressiver Zielsetzung tätig wurde.“

bb) Ermächtigungsgrundlage aus Gefahrenabwehrrecht

Das Gefahrenabwehrrecht erlaubt regelmäßig die Durchsuchung von Sachen und Personen durch Polizeibeamte ohne Einschaltung eines Ermittlungsrichters, wenn der Verdacht besteht, dass bei der zu durchsuchenden Person Gegenstände zu vermuten sind, von denen eine Gefahr ausgeht oder die zur Begehung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten gebraucht werden können. Vorliegend finden §§ 36, 37, 40 HSOG Anwendung, da die Durchsuchung nahe Frankfurt aM. erfolgte.

Hinweis

In anderen Bundesländern ist die entsprechende Rechtsgrundlage aus dem jeweiligen Landesrecht heranzuziehen, so beispielsweise § 30 PolG BW für Baden-Württemberg. Denkbar sind auch zollrechtliche Vorschriften,

etwa § 10 Abs. 3 ZollVG. Die juristische Behandlung bleibt jedoch identisch.

cc) Rechtmäßigkeit einer doppelunktionalen Maßnahme

Fraglich und umstritten zugleich ist, wie und woran die Rechtmäßigkeit einer doppelunktionalen Maßnahme der Polizei zu beurteilen ist und welche Konsequenzen sich daraus für das Strafverfahren ergeben.

(1) Nach einer Literaturmeinung ist ein Rückgriff auf das Gefahrenabwehrrecht immer dann ausgeschlossen, wenn gegen den Betroffenen der Maßnahme gleichzeitig ein Anfangsverdacht einer Straftat besteht. Der absolute Vorrang strafprozessualer Vorschriften sei unabdingbar, weil ansonsten eine Umgehung der teilweise strengeren Voraussetzungen der Strafprozessordnung bzw. ein Kontrollverlust der Justiz drohe.⁴

(2) Entsprechend der für die Prüfung der Rechtswegzuständigkeit entwickelten Schwerpunkttheorie,⁵ soll für die Beurteilung, ob eine Maßnahme an Ermächtigungsgrundlagen aus dem Gefahrenabwehrrecht oder aus der Strafprozessordnung zu messen sei, entscheidend sein, wo der Schwerpunkt des polizeilichen Eingreifens liege.⁶

(3) Nach anderer Auffassung führt ein konkreter Anfangsverdacht einer Straftat nicht per se dazu, dass das Gefahrenabwehrrecht ausscheide, vielmehr könne auch nach Einleitung eines Ermittlungsverfahrens die Verfolgung und Gefahrenabwehr nebeneinander vollzogen werden.⁷

(4) In der zugrundeliegenden Entscheidung betont der Senat, dass „weder ein allgemeiner Vorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht noch umgekehrt ein solcher des Gefahrenabwehrrechts gegenüber der Strafprozessordnung“ bestünde. Dazu weiter: „Auch bei Vorliegen eines Anfangsverdachts einer Straftat im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO ist ein Rückgriff auf präventiv-polizeiliche Ermächtigungsgrundlagen rechtlich möglich. Insbesondere bei sogenannten Gemengelagen, in denen die Polizei sowohl repressiv als auch präventiv agieren kann und will, bleiben strafprozessuale und gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen grundsätzlich nebeneinander anwendbar. [...]“

Gefahrenabwehr ist eine zentrale staatliche Aufgabe, die gegenüber der Strafverfolgung eigenständige Bedeutung hat und nicht hinter ihr zurücktritt. Vielmehr stehen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung als staatliche Aufgaben mit unterschiedlicher Zielrichtung gleichberechtigt nebeneinander. [...]“

Eine starre Verweisung auf die Strafprozessordnung würde es den Gefahrenabwehrbehörden unmöglich machen, adäquat und flexibel auf neue, häufig nicht vorhersehbare Gefahrenlagen zu reagieren. Die Grenzen zwischen präventivem Handeln und repressivem Vorgehen können fließend sein und sich je nach Sachlage kurzfristig und kaum vorhersehbar verändern.“

² Bay VGH, Beschl. v. 5.11.2009 - 10 C 09.2122

³ Ablehnend hingegen Mosbacher, JuS 2018, 129, (130), wonach die vorangegangenen umfangreichen Ermittlungen gegen den Hintermann eindeutig das repressive Ziel verdeutlichen würden und der präventive Zweck lediglich ein Nebeneffekt darstelle; so auch: Schiemann, NStZ 2017, 657; Mitsch, NJW 2017, 3124.

⁴ Gubitza, NStZ 2016, 128; Müller/Römer, NStZ 2012, 543, (547).

⁵ BVerwG NVwZ 2001, 1285, (1286).

⁶ So etwa: Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, 737, (749 ff).

⁷ So u.a. LG Münster NStZ 2016, 126, (127).

Der Senat stellt ferner klar, dass sich auch aus dem Legalitätsprinzip kein generelles Über- und Unterordnungsverhältnis von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr entnehmen lasse. Solange der *„repressive Zugriff zeitlich nur hinausgeschoben und nicht ganz oder teilweise unterlassen wird, ist Raum für kriminalstrategisches Vorgehen.“*

dd) Zwischenergebnis

Bezogen auf den konkreten Fall bedeutet dies folgendes: Indem die Polizeibeamten verhindern wollten, dass das transportierte Kokain in Deutschland in Umlauf gerät, handelten sie präventiv. Hingegen liegt dem Ziel, belastende Beweise für das Ermittlungsverfahren gegen A zu sichern, eindeutig repressiver Charakter zugrunde, sodass die vom BGH geforderte *„Gemengelage“* gegeben ist.⁸ Mithin war es den Polizeibeamten also möglich, die vollzogene Durchsuchung des Fahrzeugs auf landesrechtliche Regelungen aus dem Gefahrenabwehrrecht zu stützen (§§ 36, 37, 40 HSOG).

c) Verwertung der gewonnenen Beweise im Strafverfahren

Zuletzt stellt sich noch die Frage, ob das auf präventiver Ermächtigungsgrundlage erlangte 8 kg Kokain als Beweismittel im Strafverfahren verwendet werden konnte. Der Senat stützt sich dabei auf § 161 Abs. 2 S. 1 StPO und führt aus:

„Die aufgrund der gefahrenabwehrrechtlich zulässigen Fahrzeugdurchsuchung gewonnenen Erkenntnisse konnten im vorliegenden Fall nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO gegen den Angeklagten im Strafverfahren verwendet werden.“

Die Vorschrift regelt die Verwendung von Daten im Strafverfahren, die durch andere - nichtstrafprozessuale - hoheitliche Maßnahmen erlangt wurden. [...] Gedanklicher Anknüpfungspunkt des § 161 Abs. 2 StPO ist die Idee des hypothetischen Ersatzeingriffs als genereller Maßstab für die Verwendung von personenbezogenen Informationen zu Zwecken des Strafverfahrens, die nicht auf strafprozessualer Grundlage erlangt worden sind. [...] Damit kommt es bei der „Umwidmung“ von auf präventiv-polizeilicher Rechtsgrundlage erlangter Daten nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO gerade nicht darauf an, ob die formellen Anordnungsvoraussetzungen nach der Strafprozessordnung, wie hier etwa das Vorliegen einer richterlichen Durchsuchungsanordnung, gewahrt worden sind. Vielmehr setzt die Datenverwendung nach § 161 Abs. 2 StPO grundsätzlich nur voraus, dass die zu verwendenden Daten polizeirechtlich rechtmäßig erhoben wurden, sie zur Aufklärung einer Straftat dienen, aufgrund derer eine solche Maßnahme nach der Strafprozessordnung hätte angeordnet werden dürfen, und dass die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für eine entsprechende Beweisgewinnung gemäß der Strafprozessordnung vorgelegen haben. [...]

Diese Voraussetzungen des § 161 Abs. 2 S.1 StPO sind vorliegend gegeben. Die Erkenntnisse aus der Fahrzeugdurchsuchung dienen zur Aufklärung einer „schweren Straftat“ im Sinne des § 100 a Abs. 2 Nr. 7 StPO, aufgrund derer eine Durchsuchung nach der

Strafprozessordnung ohne weiteres hätte angeordnet werden dürfen.“

3. Ergebnis

Die Revision des B ist unbegründet und demnach zu verwerfen.

C) Schlussbemerkung

Für die Praxis ist die Entscheidung von großer Bedeutung, weswegen auch in Prüfungssituationen mit ihr gerechnet werden muss. Zudem hat der 2. Senat die entwickelte Judikatur in einer neuen Entscheidung gehalten.⁹

In der Literatur hat die Entscheidung einige Kritik erfahren.¹⁰ Wesentlicher Vorwurf ist – wie bereits oben ausgeführt – die angeblich gezielte Umgehung des Richtervorbehalts aus § 105 Abs. 1 StPO. Nach hier vertretener Auffassung geht dieser fehl. § 161 Abs. 2 StPO verhindert dies, wenn die spätere Verwendung der Beweismittel im Strafverfahren nur dann zugelassen wird, falls die Maßnahme auch nach repressiven Vorschriften hätte durchgeführt werden können.

Ferner ist nicht nachvollziehbar, warum jemand hinsichtlich erforderlicher Eingriffsbefugnisse Vorteile genießen soll, der zum einen die polizeirechtliche Gefahrenschwelle überschreitet, und darüber hinaus noch Straftaten verübt. *Nowroussian* bringt es treffend auf Punkt, wenn er feststellt, es könne nicht sein, dass das Instrumentarium eines Staates zur Bekämpfung des Rechtsbruchs *deswegen kleiner* wird, weil der Rechtsbruch *größer* wird.¹¹

Auch die rechtsdogmatische Herleitung des Senats überzeugt, da sich weder der StPO selbst, noch aus dem Gefahrenabwehrrecht ein genereller Vorrang der repressiven Normen entnehmen lässt. In Fällen der Einfuhr von Betäubungsmitteln in derart großem Umfang, erscheint es nur legitim, diese (auch wegen dem Schutzgut der Volksgesundheit) unter präventiver Zielsetzung verhindern zu können.

Mosbacher zieht des Weiteren die kritische Schlussfolgerung, dass wohl nun bei jeder Durchsuchung einer Person/Sache nach Waffen oder Drogen, die Berufung auf präventives Gefahrenabwehrrecht ausreiche.¹² Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass auch nach repressiven Vorschriften ohne richterliche Anordnung durchsucht werden kann, wenn Gefahr im Verzug vorliegt (§ 105 Abs. 1 StPO). Ein generelles Abschreiben der strafprozessualen Anforderungen bei Durchsuchungen erscheint demnach also etwas verfrüht.

D) Weitere Rechtsfragen

Neben dem oben erläuterten Kernproblem der *legendierten Kontrollen* entschied der BGH noch über weitere Verfahrensfragen, die aufgrund des Umfangs hier nicht vollständig wiedergegeben werden können. So ging es unter anderem noch um die Frage, ob dem Angeklagten B bei dessen Vernehmung durch die Polizeibeamten hätte mitgeteilt werden müssen, dass schon zuvor gegen Drahtzieher A ermittelt wurde. Dies hatten die Polizeibeamten unterlassen. Zutreffend verneint dies der BGH mit dem Hinweis darauf, dass nach den Wertungen der §§ 163a Abs. 4,

⁸ aA *Mosbacher*, JuS 2018, 129, (130), siehe bereits oben Fn. 3 mit Begründung.
⁹ BGH Urteil v. 19.11.2017, 2 StR 128/17. Dort hatten Zollbeamten – bei fast identischem Sachverhalt – die Maßnahme auf § 10 Abs. 3 ZollVG gestützt.

¹⁰ *Mosbacher*, JuS 2018, 129, (130); *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 105, Rn. 1c; *Schiemann*, NSTZ 2017, 657; *Mitsch*, NJW 2017, 3124.

¹¹ *Nowroussian*, NSTZ 2018, 254.

¹² *Mosbacher*, JuS 2018, 129, (130).

136 StPO dem Beschuldigten bei dessen Vernehmung lediglich eröffnet werden muss, welche konkrete Tat ihm zur Last gelegt wird. Eine darüber hinaus gehende Pflicht – etwa zu vorangegangenen Ermittlungen oder deren Stand zu informieren – ist der StPO nicht zu entnehmen.

Weiterer Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob und wenn ja wann die vorangegangenen Ermittlungen gegen den Hintermann zu den Akten gebracht werden müssen. In dem Festnahmebericht fand sich dazu nichts, sodass der mit der Sache befasste Ermittlungsrichter bei Erlass des Haftbefehls gegen B davon ausging, das Kokain sei rein zufällig gefunden worden. Wichtig ist dies zum einen hinsichtlich der konkreten Straferwartung den B betreffend, da diese wesentlicher Indikator für die Annahme einer Fluchtgefahr ist. Revisionsrechtlich müsste bei dieser Problematik auf den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 EMRK) rekurriert werden. Im zugrundeliegenden Verfahren ist eine Verfahrensrüge jedoch unterblieben. Der Senat führt trotzdem aus, dass *„das Verhalten der Ermittlungsbehörde, die in Frankfurt geführten Hintergrundermittlungen gegen den Angeklagten zunächst nicht aktenkundig zu machen und damit dem Ermittlungsrichter in Limburg einen unvollständigen Sachverhalt zu unterbreiten, ist im Hinblick auf den Fair-trial-Grundsatz und das Gebot der Aktenwahrheit und der Aktenvollständigkeit nicht unbedenklich. Grundsätzlich muss sich aus den Akten ergeben, welche konkreten Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt worden sind und welchen Erfolg sie gehabt haben.“*

Paolo Beeren

Rechtsreferendar

Landgericht Freiburg

► **Inhaltsverzeichnis**

RECHTSPRECHUNG

ÖFFENTLICHES RECHT

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Vergewaltigungsvorwurf gegen einen Prominenten auf einer Internetplattform

Urteil vom 07. November 2017, Az.: 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland

1. Im Lichte seiner Zugänglichkeit und seiner Funktion, große Mengen an Informationen zu speichern und wiederzugeben, spielt das Internet eine bedeutende Rolle dabei, den Zugang der Öffentlichkeit zu Nachrichten und das Verbreiten von Informationen im Allgemeinen zu erleichtern. Gleichzeitig ist das Risiko für die Ausübung und den Genuss von Menschenrechten und Grundfreiheiten, insbesondere für den Schutz des Privatlebens, welches von Inhalten und Mitteilungen im Internet ausgeht, gewiss höher als jenes, das von der Presse ausgeht. (Rn. 46)

2. Art. 8 EMRK muss so verstanden werden, dass – auch umstrittene, in der Öffentlichkeit stehende – Personen, die durch ihr Verhalten und ihre Äußerungen in der Öffentlichkeit eine hitzige Debatte angestoßen haben, es nicht hinnehmen müssen, öffentlich einer Gewalttat bezichtigt zu werden, wenn dies nicht durch Fakten gestützt werden kann. (Rn. 52)

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

Der 1980 geborene Antragssteller (E) war zur maßgeblichen Zeit eine prominente Person in Island. Er verfasste unter verschiedenen Pseudonymen Zeitungsartikel, Blogbeiträge und Bücher, trat in Filmen, dem Fernsehen und in anderen Medien auf.

Im November 2011 zeigte ihn eine 18 Jahre alte Frau wegen einer Vergewaltigung an, die er gemeinsam mit seiner Freundin begangen haben soll. Im Januar 2012 zeigte ihn eine weitere Frau aufgrund einer anderen Sexualstraftat an, welche einige Jahre zuvor stattgefunden haben soll. Nach Abschluss der polizeilichen Ermittlungen wurde das Verfahren gegen E aus Mangel an Beweisen von der Staatsanwaltschaft eingestellt. E zeigte daraufhin seinerseits die beiden Frauen wegen falscher Verdächtigung an. Auch dieses Verfahren wurde eingestellt.

Am 22.11.2012 veröffentlichte das Magazin „Monitor“, welches als Beilage zur reichweitenstärksten Tageszeitung in Island verteilt wird, ein Interview mit E. Er wurde hierfür zudem auf der Titelseite der Zeitschrift abgebildet. In dem Interview sprach E über die Vergewaltigungsvorwürfe, welche er mehrfach als unwahr bezeichnete. Er betonte, dass es ihm nicht um Rache gehe und auch seine Anzeige gegen die beiden Frauen lediglich den Zweck habe, eine förmliche Klarstellung zu erreichen, dass die gegen ihn gemachten Anschuldigungen aus unlauteren Motiven erfolgt seien. Auch verstehe er, dass er selbst die Medienöffentlichkeit gesucht habe und dementsprechend damit leben müsse,

dass die hieraus resultierende Aufmerksamkeit nicht immer „Friede, Freude, Eierkuchen“ („sunshine and lollipops“) sei. Nichtsdestotrotz sei die Art und Weise, wie die Medien mit seinem Fall umgingen, zu kritisieren.

Am selben Tag veröffentlichte X auf seinem öffentlichen Konto bei Instagram eine bearbeitete Version der auf dem Titelbild von „Monitor“ abgedruckten Abbildung des E. Darauf war ein umgekehrtes Kreuz auf der Stirn des E zu sehen, sowie das Wort „Loser“ über seinem Gesicht. Das Bild war mit der Unterschrift „Fuck you rapist bastard“ versehen. X ging bei der Veröffentlichung des Beitrages davon aus, dass ihn nur seine Kontakte („Follower“) sehen könnten.

Am 23.11.2012 veröffentlichte die Zeitung „Visir“ einen Online-Artikel über den von X auf Instagram veröffentlichten Beitrag sowie ein Interview mit dem E. Der Beitrag des X war in dem Artikel zu sehen.

Am 17.12.2012 verklagte E den X vor dem Bezirksgericht Reykjavik auf Löschung des Beitrages sowie umgerechnet 8.800 Euro Schmerzensgeld zuzüglich Zinsen, 1.300 Euro, um die Entscheidung des Gerichts medial zu veröffentlichen und Erstattung der Kosten des Rechtsstreites.

B) Verfahrensgang

Das Bezirksgericht Reykjavik entschied gegen den E. Er genieße zwar auch als Prominenter den Schutz der Rechtsordnung vor Diffamierung, allerdings seien die Äußerungen des X als Beitrag zu einer öffentlichen Debatte zu verstehen, die nicht zuletzt durch E selbst losgetreten worden war, und unterfielen damit dem Schutze des Rechts auf freie Meinungsäußerung.

Das hiergegen eingelegte Rechtsmittel des E zum Obersten Gerichtshof Islands wurde am 20.11.2014 durch Mehrheitsentscheidung verworfen. Der Gerichtshof schloss sich dabei im Wesentlichen der Entscheidung des Bezirksgerichts an, stellte jedoch darüber hinaus klar, dass es sich bei der Aussage „Fuck you rapist bastard“ – betrachtet man sie in ihrem Kontext – nicht um eine Tatsachenbehauptung im Hinblick auf begangene Taten, sondern vielmehr um ein Werturteil über den Charakter einer bestimmten Person (E) handele.

Mit seiner Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK richtet sich E gegen die letztinstanzliche Entscheidung des Obersten Gerichtshofs, welche ihn in seinem Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) verletze.

C) Die Entscheidung der Kammer

Dem als Kammerentscheidung gefällten Urteil ist eine Darstellung der sich aus dem relevanten Fallrecht ergebenden entscheidungserheblichen Prinzipien zu Art. 8 EMRK vorangestellt.

Nicht ausdrücklich erwähnt, aber dennoch zu beachten ist, dass der zugrundeliegende Sachverhalt einen Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen betrifft, die ihrerseits nicht an die Konvention gebunden sind.¹ Eine Verletzung derselben durch den Mitgliedsstaat Island – und nur ein solcher kann im Wege der Individualbeschwerde gerügt werden – kann daher nur darin bestehen, dass dieser seiner Verpflichtung aus Art. 1 EMRK nicht in ausreichendem Maße nachgekommen ist.² Das wiederum wäre der Fall, wenn sich sowohl X als auch E auf eine Garantie der Konvention berufen können und es dem Vertragsstaat nicht gelungen ist, einen gerechten Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen (sog. „praktische Konkordanz“³) herzustellen:

„[...] *the present case requires an examination of whether a fair balance has been struck between the applicant's right to the protection of his private life under Article 8 of the Convention and the other party's right to freedom of expression as guaranteed by Article 10.*“⁴

I. Der Schutz des Privatlebens als Schutz vor Rufschädigungen

Der Schutz des Privat- und Familienlebens sowie der Wohnung und Korrespondenz durch Art. 8 EMRK soll dem Einzelnen einen umfassenden Freiheitsraum garantieren, in welchem er seine Persönlichkeit frei entfalten kann.⁵ Hier ist auch die physische und psychische Integrität erfasst⁶ sowie der Schutz der eigenen Reputation. Letztere ist Teil der personalen Identität und der moralischen Integrität und wird auch in jenen Fällen von der Konvention geschützt, in denen die betroffene Person im Rahmen einer öffentlichen Debatte kritisiert wird.⁷ Nichts anderes gilt für den Schutz der persönlichen Ehre.⁸ Allerdings verlangt der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass eine Ehrverletzung – soll sie als Verletzung von Art. 8 EMRK gelten – ein gewisses Maß an Intensität erreichen muss, welches den Grundrechtsträger tatsächlich in seiner persönlichen Entfaltung beeinträchtigt⁹:

„[...] *the attack on personal honour and reputation must attain a certain level of seriousness and must have been carried out in a*

manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life [...].“¹⁰

II. Der Prüfungsumfang des Gerichtshofes

Die Frage, **ob** der Mitgliedsstaat der Verpflichtung zum Schutze des Privatlebens seiner Bürger in ausreichendem Maße nachgekommen ist, wird dabei vom Gerichtshof selbst beurteilt. **Wie** und in welchem Umfang der Mitgliedsstaat im Falle der Grundrechtskollision von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, überprüft der Gerichtshof indes nur eingeschränkt. Denn die Ausgestaltung der Beziehungen seiner Bürger untereinander ist Sache des Vertragsstaates, sodass insofern ein Beurteilungsspielraum besteht (sog. „margin of appreciation“).¹¹ Diese Beurteilung unterliegt allerdings ihrerseits der Kontrolle durch den Gerichtshof, der auf Grundlage einer Gesamtbetrachtung der nationalen Gesetze und deren Anwendung im konkreten Fall entscheidet, ob die angegriffene staatliche Maßnahme als Ganzes im Einklang mit der Konvention zu bringen ist.¹²

Im Hinblick auf die hier in Einklang zu bringenden Konventionsgarantien weist der Gerichtshof zudem darauf hin, dass beide Rechte denselben Schutz verdienen, sodass es für den Interessenausgleich im konkreten Fall insbesondere keine Rolle spielen darf, ob die Beschwerde auf Art. 8 oder auf Art. 10 EMRK gestützt wurde.¹³ Geht die Beeinträchtigung des Privatlebens indes – was die Regel sein wird – von einem privaten Akteur aus, so kann es praktisch nur um die Frage gehen, ob der Vertragsstaat verpflichtet war, die Meinungsäußerungsfreiheit zugunsten des Schutzes der Privatsphäre einzuschränken bzw. ob er eine solche Einschränkung zu Recht vorgenommen hat (in Fällen, in denen die Beschwerde auf Art. 10 EMRK gestützt wird). Insofern ist zu beachten, dass Art. 10 Abs. 2 EMRK eine Beschränkung der gewährten Freiheit „zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer“ explizit zulässt.

III. Der Prüfungsmaßstab der Kammer

Haben die nationalen Behörden – wozu auch die Gerichte zählen – die widerstreitenden Interessen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes vertretbar gegeneinander abgewogen, so kann der Gerichtshof diese Abwägungen nur noch aus gewichtigen Gründen („strong reasons“) durch eine eigene ersetzen.¹⁴ Die insofern abzuwägenden Kriterien können sein:

1. „Inwiefern die Äußerung ein Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung ist,

¹ Vgl. Art. 1 EMRK: „Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.“ Weiterführend: Fastenrath, in: Pabel/Schmahl, IntKomm-EMRK, 21. Aktualisierung (2017), Art. 1 Rn. 30 ff. und 69 ff. mwN.

² Zur mittelbaren Drittwirkung von Konventionsgarantien siehe Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht (2002), S. 906 ff. mwN.

³ Zum Begriff: Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1995), Rn. 72: „Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. [...] beiden Gütern müssen Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.“ Zur Geltung im Konventionsrecht EGMR, Urte. v. 01.06.2014, Nr. 43835/11 – S.A.S. v. France, Rn. 128 sowie Sebastian, ZAR 2017, 153 (158).

⁴ EGMR, Urte. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 31.

⁵ 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.

⁶ EGMR, Urte. v. 24.06.2004, Nr. 59320/00 – v. Hannover v. Germany, Rn. 50.

⁷ EGMR, Urte. v. 15.11.2007, Nr. 12556/03 – Pfeifer v. Austria, Rn. 35; EGMR, Urte. v. 18.05.2017, Nr. 25322/12 – Petrie v. Italy, Rn. 39.

⁸ EGMR, Urte. v. 09.04.2009, Nr. 28070/06 – A. v. Norway, Rn. 64; EGMR, Urte. v. 04.10.2007, Nr. 12148/03 – Sanchez Cardenas v. Norway, Rn. 38.

⁹ EGMR, Urte. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 34.

¹⁰ EGMR, Urte. v. 07.02.2012, Nr. 39954/08 – Axel Springer AG v. Germany, Rn. 83; EGMR, Urte. v. 16.06.2015, Nr. 64569/09 – Delfi AS v. Estonia Rn. 137; EGMR, Urte. v. 27.06.2017, Nr. 17224/11 – Medžlis Islamske Zajednice Brčko and others v. Bosnia and Herzegovina, Rn. 76.

¹¹ Weiterführend Peters/Altwickler, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage (2012), § 2 Rn. 4 und § 3 Rn. 18; Baade, AVR 51 (2013), 339 (362) und Sebastian, JSE 2017, 269 (272).

¹² EGMR, Urte. v. 18.05.2017, Nr. 25322/12 – Petrie v. Italy, Rn. 40 f.

¹³ EGMR, Urte. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 37 mit Verweis auf EGMR, Urte. v. 10.11.2015, Nr. 40454/07 – Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, Rn. 91.

¹⁴ EGMR, Urte. v. 29.03.2016, Nr. 56925/08 – Bédat v. Switzerland, Rn. 54 mwN.

2. wie bekannt die von ihr betroffene Person ist und was Gegenstand des Berichts ist, der die Äußerung enthält,
3. das Verhalten der betroffenen Person in der Vergangenheit,
4. die Art und Weise, durch welche die der Äußerung zugrundeliegenden Informationen erlangt wurden und deren Wahrheitsgehalt,
5. Inhalt, Form und Folgen der Veröffentlichung der Äußerung und schließlich
6. die Schwere der verhängten Sanktionen.¹⁵

Insbesondere mit Blick auf den vierten Punkt weist die Kammer auf die Unterscheidung zwischen **Tatsachenbehauptung** und **Werturteil** hin.¹⁶ Während Tatsachenbehauptungen verifizierbar bzw. falsifizierbar sind, ist dies bei Werturteilen nicht der Fall. Ihre Beweisbarkeit zu fordern liefe daher auf die Versagung des Grundrechtsschutzes hinaus. Nichtsdestotrotz bedarf auch ein Werturteil einer nachvollziehbaren Tatsachenbasis um dem Schutz des Freiheitsrechts zu unterfallen:¹⁷

„However, even where a statement amounts to a value judgment, there must exist a sufficient factual basis to support it, failing which it will be excessive [...]“

Inwieweit es sich im Einzelfall um eine Tatsachenbehauptung oder ein Werturteil handelt, fällt jedoch – aufgrund der größeren Sachnähe – in den Beurteilungsspielraum des Vertragsstaates.¹⁸

IV. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall

1. Der Bekanntheitsgrad des E und sein Verhalten vor der Veröffentlichung der angegriffenen Äußerung¹⁹

In den Gründen der angegriffenen Urteile finden sich detaillierte Ausführungen über den Bekanntheitsgrad des E und seine berufliche Tätigkeit. Dies betraf unter anderem seine Onlinepublikationen, von ihm veröffentlichte Bücher, Auftritte im Fernsehen und die Art, in der er sich in den Medien und der Öffentlichkeit präsentierte. Die dort von ihm vertretenen Ansichten erregten nicht selten Aufmerksamkeit und zogen Kontroversen nach sich, insbesondere wenn es um seine Einstellung zu Frauen und deren sexueller Selbstbestimmung ging. Auch an der Diskussion über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe sexueller Übergriffe beteiligte sich der E selbst rege.

Die Kammer schließt sich im Hinblick auf diese Umstände der Schlussfolgerung der nationalen Gerichte an, dass die Grenze zulässiger Kritik am Verhalten des E hier weiter zu ziehen ist als

im Falle einer Person, die nicht in gleichem Maße in der Öffentlichkeit steht.²⁰ Allerdings betont die Kammer zugleich die Bedeutung des Grundrechtsschutzes auch und gerade in solchen Fällen²¹:

„[W]hile reporting on true facts about politicians or other public persons’ private life may be admissible in certain circumstances, even persons known to the public have legitimate expectations of protection of, and respect for, their private life.“

2. Der Beitrag der angegriffenen Äußerung zur öffentlichen Meinungsbildung²²

Ferner ist zu beachten, dass die Veröffentlichung des bearbeiteten Bildes durch X und die Unterschrift als Beitrag zu einer Debatte über das Verhalten des E und die gegen ihn erhobenen Vorwürfe verstanden werden müssen. Im Hinblick auf die Bekanntheit des E und die Schwere der gegen ihn erhobenen Vorwürfe wird man zudem davon ausgehen müssen, dass an deren Diskussion ein öffentliches Interesse bestand.

Übertrieben erscheint es allerdings, wenn das letztinstanzliche nationale Gericht meint, dass E aufgrund seines Verhaltens auch mit Reaktionen wie der angegriffenen rechnen musste bzw. diese sogar hinzunehmen hatte. Gerade im Hinblick auf den Gegenstand der Debatte, die dem Rechtsstreit zugrunde liegt, ist eine derartige Täter-Opfer-Umkehr jedenfalls fragwürdig. Wohl auch deshalb gibt die Kammer – die im Übrigen dem Gericht folgt – diese Passage im Wortlaut wieder²³:

“When the [applicant] appeared in the aforementioned newspaper interview and employed provocative, if not derogatory, comments about others, including the girl who had accused him of sexual violence, he launched a public debate and should, moreover, have known that his comments would result in strong reactions from those who strongly disliked his abovementioned views.”

3. Inhalt, Form und Folgen der Veröffentlichung der Äußerung²⁴

Im Hinblick auf die Folgen der Veröffentlichung des Beitrages des X weist der Gerichtshof auf die Gefahren des Internets hin. Es steht jedermann zu Verfügung, unterliegt keinerlei redaktioneller Kontrolle und einmal getätigte Äußerungen sind nahezu unmöglich wieder rückgängig zu machen. Ein Beitrag auf Instagram, ein Tweet oder auch ein Facebook Post können so in kürzester Zeit eine Verbreitung erreichen, die selbst für die reichweitenstärkste journalistische Publikation undenkbar ist. In Zeiten, in denen das Internet für viele Menschen bereits zur primären Quelle der Informationsbeschaffung geworden ist, sind

¹⁵ EGMR, Urt. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 45 und 39; „[T]he contribution to a debate of general interest; how well-known is the person concerned and what is the subject of the report; his or her prior conduct; the method of obtaining the information and its veracity; the content, form and consequences of the publication; and the severity of the sanctions imposed“. Weiterführend: EGMR, Urt. v. 07.02.2012, Nr. 39954/08 – Axel Springer AG v. Germany, Rn. 89-95; EGMR, Urt. v. 24.06.2004, Nr. 59320/00 – v. Hannover v. Germany, Rn. 108-113.

¹⁶ Genau wie Art. 5 GG schützt Art. 10 EMRK sowohl Werturteile als auch Tatsachen, da letztere regelmäßig Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind (BVerfGE 85, 1 (15)). Weiterführend zur Abgrenzung im Konventionsrecht Daiber, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. (2017), Art. 10 Rn. 8 ff. und 13 f.

¹⁷ EGMR, Urt. v. 04.10.2016, Nr. 53139/11 – Do Carmo de Portugal e Castro Câmara v. Portugal, Rn. 31; EGMR, Urt. v. 17.12.2004, Nr. 49017/99 – Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, Rn. 76.

¹⁸ EGMR, Urt. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 40.

¹⁹ „How well-known was the applicant, the subject matter and the applicant’s conduct prior to the publication of the impugned statement“.

²⁰ Vgl. nur EGMR, Urt. v. 10.07.2012, Nr. 43380/10 – Erla Hlynisdóttir v. Iceland, Rn. § 65.

²¹ EGMR, Urt. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 40 mit Verweis auf EGMR, Urt. v. 04.06.2009, Nr. 21277/05 – Standard Verlags GmbH v. Austria, Rn. 53.

²² „Contribution to a debate of general interest“.

²³ EGMR, Urt. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 45 und zur Bewertung Rn. 51.

²⁴ „Content, form and consequences of the impugned publication“.

diese Gefahren auch beim Grundrechtsschutz in besonderem Maße zu berücksichtigen. In den Worten des Gerichtshofes²⁵:

„[The Court] has recognised that in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public’s access to news and facilitating the dissemination of information in general. At the same time, the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press [...]“

Geht es nun um die Abwägung zwischen dem Schutz der persönlichen Ehre des E und dem Recht der freien Meinungsäußerung des X, so lautet die zentrale Frage, ob Letzterer eine falsche Tatsachenbehauptung in die Welt setzte oder lediglich ein Werturteil über den E fällte.

Die nationalen Gerichte betonten insofern den Kontext des Beitrages auf Instagram. Denn auch wenn es grundsätzlich eine Tatsachenbehauptung sei, eine bestimmte Person als Vergewaltiger („rapist“) zu bezeichnen, war Gegenstand der Meinungsäußerung eben nicht nur dieses eine Wort. Es muss vielmehr gemeinsam mit dem bearbeiteten Bild und der gesamten Unterschrift („fuck you rapist bastard“) im Kontext einer „schonungslosen öffentlichen Debatte“ („ruthless public debate“) verstanden werden, welche vom Betroffenen (E) angestoßen wurde. In diesem Kontext sei der Beitrag des X als Schmähung („inveective“) des E, nicht aber als Vorwurf einer Straftat zu verstehen.²⁶

Die Kammer pflichtet den nationalen Gerichten bei, dass es für die Beurteilung der Äußerung auf den Gesamtkontext der Äußerung ankommt²⁷ und betont erneut, dass ihnen im Hinblick hierauf ein Beurteilungsspielraum zusteht („margin of factual appreciation“), der jedoch vom Gerichtshof überprüft werden kann.²⁸ Von dieser Möglichkeit macht die Kammer sodann Gebrauch:

Die Aussage „fuck you rapist bastard“ ist als solche faktischer Natur und damit objektiv verifizierbar. Der Person, auf die sie bezogen ist, wird das Attribut „rapist“ zugeschrieben, das durch Art. 194 des isländischen Strafgesetzbuches seinen Bedeutungsgehalt erhält²⁹:

„Any person who has sexual intercourse or other sexual relations with a person by means of using violence, threats or other unlawful coercion [...]. ‘Violence’ here refers to the deprivation of independence by means of confinement, drugs or other comparable means.“

Dass auch eine Tatsache in dem Kontext, in dem sie behauptet wird, ein Werturteil sein kann, schließt die Kammer mit Blick auf das eigene Fallrecht zwar nicht aus, fordert aber im Hinblick auf die konkrete Aussage überzeugende Gründe hierfür³⁰:

„Although the Court does not exclude the possibility that an objective statement of fact, such as the one impugned in the present case, can, contextually, be classified as a value judgment the contextual elements justifying such a conclusion must be convincing in the light of the objective and factual nature of the term ‘rapist’ taken at face value.“

Solche Gründe vermag die Kammer der Entscheidung der nationalen Gerichte jedoch nicht zu entnehmen. Sie kritisiert vielmehr, dass diese den zeitlichen Zusammenhang vollkommen ignorieren, welcher zwischen der Einstellung der Ermittlungsverfahren gegen den E und der Veröffentlichung des Beitrages durch den X lediglich eine Woche später besteht. Zwar müsse X‘ Äußerung primär als Reaktion auf das von E in „Monitor“ veröffentlichte Interview verstanden werden, dieses hatte jedoch gerade jene Taten zum Gegenstand, welche X dem E mit der Aussage „fuck you rapist bastard“ vorwirft. Dass dies im Rahmen einer hitzig geführten Debatte erfolgte, spiele insofern keine Rolle³¹:

„[...] the factual context in which the statement was made, and its allegation that the applicant was a ‘rapist’, was the criminal proceedings in which the applicant had been accused of the very same criminal act to which the statement referred, proceedings which had been discontinued by the public prosecutor for lack of evidence [...]“

Doch auch wenn man in dem Beitrag ein Werturteil erkennen möchte, wäre der Schutz der Ehre des E hier vorrangig, denn auch ein Werturteil – so es denn einen Tatsachenkern aufweist – darf nicht völlig aus der Luft gegriffen sein. Anhaltspunkte, warum die Betitelung als „Vergewaltiger“ – auch wenn man sie „nur“ als Schmähung der Person versteht – hier als Ausfluss der Meinungsfreiheit des X Vorrang vor dem Schutz der Ehre des E haben sollte, vermochten die nationalen Gerichte jedoch nicht zu liefern. Die Tatsache, dass E eine Diskussion losgetreten habe genüge dafür allein jedenfalls nicht³²:

„[...] the Supreme Court failed to explain sufficiently the factual basis that could have justified assessing the use of the term ‘rapist’ as a value judgment, the Supreme Court merely referring, as previously mentioned, to the applicant’s participation in a ‘ruthless public debate’ which he had ‘instigated’ when he gave the interview in question.“

Der Beitrag des X war mithin geeignet, der Reputation des E erheblichen Schaden zuzufügen, wies also das erforderliche Maß an Intensität auf, um ihn tatsächlich in seiner persönlichen Entfaltung zu beeinträchtigen.

4. Zwischenergebnis

Es ist den nationalen Gerichten dementsprechend nicht gelungen einen gerechten Ausgleich zwischen den von der Konvention garantierten Rechten auf freie Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK) und Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK) zu finden.

²⁵ Ibid. Rn. 46 mit Verweis auf EGMR, Urt. v. 16.06.2015, Nr. 64569/09 – Delfi AS v. Estonia Rn. 133.

²⁶ EGMR, Urt. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 16 und 45.

²⁷ EGMR, Urt. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 49 mit Verweis auf EGMR, Urt. v. 08.06.1999, Nr. 26682/95 – Sürek v. Turkey, Rn 62.

²⁸ EGMR, Urt. v. 17.04.2014, Nr. 5709/09 – Brosa v. Germany, Rn. 43-50; EGMR, Urt. v. 17.06.2017, Nr. 58781/13 – Arnarson v Iceland, Rn. 45.

²⁹ EGMR, Urt. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 19.

³⁰ Vgl. EGMR, Urt. v. 14.12.2006, Nr. 29372/02 – Karman v Russia, Rn. 41 und EGMR, Urt. v. 17.04.2014, Nr. 5709/09 – Brosa v. Germany, Rn. 43-50.

³¹ EGMR, Urt. v. 07.11.2017, Nr. 24703/15 – Egill Einarsson v. Iceland, Rn. 51.

³² Ibid. Rn. 52.

Der Gerichtshof stellt dementsprechend die Verletzung von Art. 8 EMRK fest.

V. Die Rechtsfolgenentscheidung (Art. 41 EMRK)

Das von E geltend gemachte Schmerzensgeld in Höhe von 10.000 Euro wurde ihm vom Gerichtshof jedoch verwehrt. Dieser führte vielmehr aus, dass im Falle des E die Feststellung des Rechtsverstoßes als Genugtuung ausreichend sei.³³

Allerdings stehen E zum Ersatz seiner Verfahrenskosten 17.500 Euro nebst Zinsen zu.

VI. Die Sondervoten

Die Entscheidung in der Sache erging mit 5 zu 2 Stimmen. Die beiden Richter, welche die Entscheidung der Mehrheit nicht mittragen wollten, machten von ihrem Recht auf ein Sondervotum Gebrauch (Art. 45 Abs. 2 EMRK).

1. Richter Lemmens

Richter *Lemmens* kritisiert in seinem Sondervotum die fehlende Zurückhaltung der Kammer im Hinblick auf die Beurteilung des Aussagegehaltes des Beitrages von X durch die nationalen Gerichte.

So sei es in der Rechtsprechung des Gerichtshofes anerkannt, dass es triftiger Gründe („cogent reasons“) bedarf, wenn von der Beurteilung der Fakten durch die nationalen Behörden abgewichen werden soll.³⁴ Dies sei hier indes nicht der Fall, wenn man den Kontext der in Frage stehenden Aussage zutreffend bestimmt.

So müsse die Verwendung jenes Bildes des E, welches für das Interview in „Monitor“ verwendet wurde, primär als Reaktion auf eben dieses Interview gedeutet werden. Das Kreuz und das Wort „Loser“ auf dem Gesicht des E sollten dabei die Ablehnung der im Interview zum Ausdruck kommenden Selbstdarstellung bekunden. Der unter dem Bild in vergleichsweise kleinen Buchstaben stehenden Aussage „fuck you rapist bastard“ kommt demgegenüber eine nur untergeordnete Bedeutung im Beitrag als Ganzem zu. In diesem Kontext betrachtet, hat das Wort „rapist“ seine objektive Bedeutung verloren und muss dementsprechend als Schmähung des E verstanden werden.

Diese Auslegung müsse man nicht teilen, sie sei jedoch nicht so fernliegend, dass man von einem „triftigen Grund“ reden könnte, die Beurteilung eines nationalen Sachverhaltes durch das nationale Gericht durch eine eigene des Gerichtshofes zu ersetzen. Dies zu vermeiden sei gerade der Sinn des Subsidiaritätsprinzips.

Lemmens ist in der Betonung des Subsidiaritätsprinzips grundsätzlich zuzustimmen. Es beruht nicht zuletzt auf dem Gedanken, dass die Konventionsstaaten aufgrund ihrer größeren Sachnähe besser in der Lage sind, nationale Sachverhalte zu beurteilen.³⁵ Eine solche Sachnähe muss indes auch im Einzelfall tatsächlich bestehen. Geht es um Fragen von allgemeiner Natur, so

genügen auch weniger „triftige“ Gründe für ein Abweichen von der nationalen Entscheidung.³⁶

Hier geht es um einen in englischer Sprache verfassten Beitrag auf Instagram, der – wie die Kammer korrekt herausarbeitet – im Kontext strafrechtlicher Ermittlungen veröffentlicht wurde. Der Aussage, der E sei ein „vergewaltigender Bastard“, der „sich ficken“ solle, dabei den offensichtlichen Begriffsinhalt abzusprechen scheint gewagt, auch wenn sie gegenüber seiner Betitelung als „Verlierer“ und möglicherweise auch als „Antichrist“³⁷ sicherlich nicht der Blickfang des Beitrages war.

2. Richterin Mourou-Vikström

Richterin *Mourou-Vikström* schließt sich im Wesentlichen der Argumentation der nationalen Gerichte an.

So haben insbesondere die vergangenen Äußerungen des E, in denen er sich kritisch über die sexuelle Selbstbestimmung von Frauen äußerte, in Verbindung mit den späteren Ermittlungsverfahren und seiner offensiven Reaktion hierauf in den Medien dazu geführt, dass das Wort „rapist“ – soweit es benutzt wird, um ihn zu beschreiben – nicht länger der Vorwurf einer Tat, sondern vielmehr eine Kritik an seiner Persönlichkeit sei. Er könne sich insofern nicht in gleicher Weise auf den Schutz des Art. 8 EMRK berufen wie eine Person die vom Vorwurf der Vergewaltigung freigesprochen wurde und die zuvor nicht durch kontroverse Äußerungen über Frauen und sexuelle Übergriffe aufgefallen ist.

Mourou-Vikströms Auslegung der getätigten Aussage beraubt den Begriff „Vergewaltiger“ effektiv seines Inhaltes. Ob es der Diskussionskultur wirklich zuträglich wäre, anderen Menschen schwerste Straftaten vorwerfen zu dürfen, sofern man es ihnen nur charakterlich zutraut, sei an dieser Stelle dahingestellt. Zu folgen ist jedoch auch hier der Mehrheitsentscheidung, die klarstellt, dass der Grundrechtsschutz auch dann nicht versagt werden darf, wenn das Opfer durch sein Verhalten möglicherweise Anlass zu der Rechtsverletzung gab.

D) Abschließende Hinweise zur Entscheidung

Auch wenn es sich um eine Entscheidung zum isländischen Recht handelt, dürften die geklärten Rechtsfragen auch über den Einzelfall hinaus erhebliche Bedeutung erlangen.³⁸

Nicht zuletzt die #metoo-Debatte hat gezeigt, welche Auswirkungen Missbrauchsvorwürfe für in der Öffentlichkeit stehende Personen haben können, insbesondere wenn sie auf einer Internetplattform erhoben werden. Soweit hierdurch überholte Machtstrukturen aufgebrochen und bisher benachteiligte Menschen zur Emanzipation ermutigt werden, ist die Entwicklung zweifelsohne zu begrüßen. Bei all dem darf aber nicht übersehen werden, dass es sich um – jedenfalls zunächst – unsubstantiierte Behauptungen handelt, die ohne jede Überprüfung hunderten Millionen Menschen zugänglich sind.

³³ Ibid. Rn. 57.

³⁴ EGMR, Urt. v. 23.03.2016, Nr. 43611/11 – F.G. v. Sweden, Rn. 118; EGMR, Urt. v. 05.09.2017, Nr. 61496/08 – Bărbulescu v. Romania, Rn. 129.

³⁵ Ausführlich hierzu: *Sebastian*, JSE 2017, 269 (272).

³⁶ Vgl. EGMR, 25.08.1998, Nr. 25181/94 – Hertel v. Switzerland, Rn. 47. Vgl. auch EGMR, 12.04.2012, Nr. 43547/08 – Stübing v. Germany, Rn. 60 und

EGMR, 28.11.1984, Nr. 8777/79 – Sørensen and Rasmussen v. Denmark, Rn. 48, sowie allgemein *Bakircioglu*, GLJ 2007, 711 ff.

³⁷ Zur Bedeutung des sog. „Petruskreuzes“ vgl. <http://www.geisteswissenschaften.fu-berlin.de/v/littheo/teufel/zeichen/petruskreuz.html>.

³⁸ Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR für die nicht am Verfahren beteiligten Mitgliedsstaaten siehe *Sebastian*, ZAR 2017, 153 (160 f.) mwN.

Gerade im Hinblick auf einen Vergewaltigungsvorwurf ist dabei zu bedenken, dass solchen Anschuldigungen ein erhebliches Stigma anhaftet, das selbst durch einen Freispruch nur schwer wieder zu beseitigen ist. So wird im Zusammenhang mit dem Strafprozess gegen *Jörg Kachelmann* zwar häufig das Urteil des LG Mannheim zitiert, wonach der „*Freispruch [...] nicht darauf [beruhe] dass die Kammer von der Unschuld von Herrn Kachelmann [...] überzeugt ist*“.³⁹ Wesentlich seltener findet hingegen die spätere Entscheidung des OLG Frankfurt Erwähnung, in der es hieß, dass Kachelmann „*vorsätzlich, wahrheitswidrig der Vergewaltigung bezichtigt*“ wurde.⁴⁰

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass sich der EGMR hier zugunsten begrifflicher Klarheit auch im medialen Kontext bekennt und insbesondere auf die Gefahren der sozialen Medien hinweist, wenn es um die Verbreitung von Vorwürfen gegen im öffentlichen Leben stehende Personen geht. Und zwar auch dann, wenn versucht wird, die Anschuldigungen durch die Einordnung als Meinung bzw. Kommentar abzuschwächen.

Im Zeitalter von „fake news“ und „Hashtag-Aktivismus“ war eine solche Klarstellung nötig, sie kann aber nur der Anfang sein. Die Vielzahl der Leitentscheidungen zum Schutz der Privatsphäre gegen Angriffe auf die persönliche Ehre durch unwahre Behauptungen stammt aus dem analogen Zeitalter und hatte vornehmlich Fragen der Pressefreiheit zum Gegenstand. Die sozialen Medien – das „Web 2.0.“⁴¹ – haben jeder Privatperson die Möglichkeit eröffnet, jederzeit ein Milliardenpublikum zu erreichen. Ihre Äußerungen unterliegen dabei keinerlei Zensur und nur sehr eingeschränkter nachträglicher Kontrolle durch die Plattformbetreiber selbst. Es handelt sich zwar nicht um einen rechtsfreien Raum, allerdings ist der Schaden zum Zeitpunkt der Verfolgung meist schon nicht mehr abzuwenden.

Während man hierin zweifellos eine gewisse Demokratisierung der Meinungsfreiheit – insbesondere in autokratischen Staaten⁴² – sehen kann, sind die damit einhergehenden Gefahren für das Individuum, im Falle der Verbreitung von „fake news“ aber auch für den Staat selbst, unverkennbar.

Während also Diskussionen, inwieweit auch die Presse die Unschuldsvermutung zu respektieren hat, richtig und wichtig sind,⁴³ ist die mediale Realität bereits ein ganzes Stück weiter. Ob Maßnahmen zur Kontrolle der Plattformbetreiber sozialer Medien oder die Verpflichtung zum Einsatz von Uploadfiltern und ähnlichen Mechanismen hier wirklich die Lösung sind, wird sich erst noch zeigen müssen. Die Diskussion um das erst kürzlich verabschiedete deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)⁴⁴ und die geplante Urheberrechtsreform der EU haben jedenfalls gezeigt, dass hier Diskussionsbedarf besteht.

Möglicherweise liegt die Lösung auch darin, die Grenze zwischen zulässiger Meinungsäußerung über andere und dem Schutz der persönlichen Ehre und des Privatlebens im digitalen Zeitalter als Gesellschaft gänzlich neu auszuhandeln. Die vorliegende Entscheidung des EGMR kann insofern als Anstoß zu einer Diskussion dienen.

Sascha Sebastian, M.mel.

Referendar

Oberlandesgericht Celle
z.Zt. Staatsanwaltschaft Hannover

► **Inhaltsverzeichnis**

³⁹ LG Mannheim, Urt. v. 31.05.2011, Az.: 5 KLS 404 Js 3608/10.

⁴⁰ OLG Frankfurt, Urt. v. 28.09.2016, Az.: 18 U 5/14.

⁴¹ Zum Begriff: *O'Reilly*, „Web 2.0 Compact Definition: Trying Again“ ► *Radar v. 10.12.2006*

⁴² Vgl. nur *Wolff*, in: Albrecht/Demmelhuber, *Revolution und Regimewandel in Ägypten* (2013), S. 163.

⁴³ Vgl. insbes. die Diskussion zwischen ► *Thomas Fischer* und ► *Elisa Hoven* zum Fall Dieter Wedel.

⁴⁴ Zur Kritik am NetzDG vgl. ► *Braun*, *JSE* 2018, 1 ff. und *Lütt*, „Free (Hate-) Speech?“ ► *StäZ v. 10.11.2017*.

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
 Alexander Bechtel
 Prof. Dr. Sarah Bunk
 Dipl.-Jur. Caprice Nina Doerbeck
 Pius Dolzer
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 RA Steffen Follner
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.
 Sebastian Karl
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 Maik Kniebel
 Dipl.-Pol. Philipp Louis
 Prof. Dr. Christian F. Majer
 (*Schriftleiter*)
 Prof. Dr. Torsten Noak
 Quetzal Rojano-Adam
 Gabriel Schmidt
 Sascha Sebastian, M.mel.
 (*Stellvertretender Schriftleiter*)
 Philipp Trautmann
 Betül Turgan
 Carolin Werz
 Julia Zaiser

Herausgeber

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

Vereinsvorstand:
 Prof. Dr. Christian F. Majer
 (*Vorsitzender*)
 Sascha Sebastian, M.mel.
 (*Stellv. Vorsitzender*)
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
 (*Schatzmeister*)
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
 (*Ressortleiter Strafrecht*)
 Prof. Dr. Arne Pautsch
 (*Ressortleiter Öffentliches Recht*)

8. Jahrgang (2018)

ISSN 2195-044X

Beirat

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

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>

E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
 ▶ CMS Hasche Sigle | ▶ Menold Bezler | ▶ Thümmel, Schütze & Partner

Beiträge in früheren Ausgaben

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 Mordpa- ragraphen
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 Not- wehr?
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 völker- rechtlicher 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 Erfolg- saussichten 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