



### HERAUSGEBER

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

### Vereinsvorstand:

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

### BEIRAT

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

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

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRAG

*Maria Spinnler*

Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger?

### KLAUSUREN

*Quetzal Rojano-Adam/Tim-Erik Held*

Zivilrecht: „Äpfel und Birnen“

*Michael Hippeli*

Strafrecht: „Insiderhandel bei der Finanzaufsicht?“

*Claudius Petzold*

Zivilrecht: „A. Hannich: Neue Schwierigkeiten“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*

Online-Partnervermittlung

keine entsprechende Anwendung von § 656 BGB

*BVerfG*

Zur Verfassungsmäßigkeit von Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie

### REZENSION

*Christian F. Majer*

Eickelberg/Krätzschel, Digitale Lehre (2021)

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

<b>Beitrag</b>	<b>Maria Spinnler</b> Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger?	Seite ▶ 143
<b>Klausuren</b>	<b>Quetzal Rojano-Adam/Tim-Erik Held</b> Examensübungsklausur Zivilrecht: „Äpfel und Birnen“	Seite ▶ 152
	<b>Michael Hippeli</b> Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Insiderhandel bei der Finanzaufsicht?“	Seite ▶ 166
	<b>Claudius Petzold</b> Assessorexamensklausur Zivilrecht – Rechtsberatung „A. Hannich: Neue Schwierigkeiten“	Seite ▶ 172
<b>Rechtsprechung</b> <b>Zivilrecht</b>	<b>BGH</b> Online-Partnervermittlung keine entsprechende Anwendung von § 656 BGB Urteil vom 17.06.2021 ( <i>Christian F. Majer</i> )	Seite ▶ 184
<b>Rechtsprechung</b> <b>Öffentliches Recht</b>	<b>BVerfG</b> Zur Verfassungsmäßigkeit von Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie Beschluss vom 19.11.2021 ( <i>Arne Pautsch</i> )	Seite ▶ 186
<b>Rezension</b>	<b>Christian F. Majer</b> <i>Eickelberg/Krätzschel</i> , Digitale Lehre (2021)	Seite ▶ 192

---

## EDITORIAL

---

Auch wenn sich das nunmehr zweite Jahr der Pandemie dem Ende neigt, scheint ein Ende der Eindämmungsmaßnahmen nur schwer absehbar. So beschloss der Bundestag erst im Dezember ein Maßnahmenpaket der neuen Regierung, welches die seit November sinkenden Fallzahlen noch weiter eindämmen soll. Zentral hierbei ist weiterhin das Erreichen einer möglichst hohen Impfquote, welche neben Informationsmaßnahmen und niedrigschwelligen Angeboten auch durch eine bereichsspezifische Impfpflicht erreicht werden soll. Und in der Tat liest man dieser Tage Meldungen von langen Schlangen vor den Impfzentren und Hausärzten, wo die Erstimmunisierung oder Auffrischung angeboten wird. Gleichzeitig sind diese Berichte meist gepaart mit der Feststellung, dass der vorhandene Impfstoff nicht ausreicht, um die Nachfrage nach ihm abzudecken. Die Tatsache, dass es auch im zweiten Jahr der Pandemie und mehr als ein Jahr nach Auslieferung der ersten Impfstoffe noch immer logistische Probleme bei der Immunisierung des impfwilligen Teils Bevölkerung gibt, legt es mithin nahe, einen Blick zurück an den Anfang der Impfstoffbeschaffung zu werfen.

In Ihrem **Beitrag** „*Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger?*“ befasst sich SPINLER daher mit der verzögerten Impfstoffbeschaffung durch die Bundesregierung und wirft dabei – nach einer kurzen Darstellung des Verfahrens selbst – insbesondere die Frage auf, inwiefern etwaige Verfehlungen hierbei geeignet sind, eine Unterlassungsstrafbarkeit der verantwortlichen Personen zu begründen.

Bei den **Klausuren** macht die Fallbearbeitung „*Äpfel und Birnen*“ von ROJANO-ADAM und HELD den Anfang. Sie ist vornehmlich an Studierende in der **Examensvorbereitung** gerichtet und bietet einen guten Überblick über einige examensrelevante Probleme des Mobiliar- und Immobiliarsachenrechts, sowie der prozessualen Durchsetzung dinglicher Rechte. Eher an Studierende des **Schwerpunktbereiches** gerichtet ist die Klausur „*Insiderhandel bei der Finanzaufsicht?*“ von HIPPELI. Hier werden im Zusammenhang mit dem Wirecard Skandal die Grundlagen der Strafbarkeit des Insiderhandels und seiner europäischen Bezüge didaktisch aufbereitet. Den Abschluss bildet die Ausarbeitung von PETZOLD, welcher sich mit „*A. Hannich: Neue Schwierigkeiten*“ an **Referendare** richtet, die ihre Kenntnisse der rechtsberatenden Tätigkeit im Zivilrecht testen wollen. Inhaltlich geht es mit einer urheberrechtlichen Abmahnung, sowie Fragen der Gerichtszuständigkeit um fraglos praktisch relevante Probleme.

In der Rubrik **Rechtsprechung**, konkret dem **Zivilrecht**, musste dieses Mal der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes klären, inwiefern die Vorschrift über die Heiratsvermittlung auch auf eine Online-Partnervermittlung anwendbar ist, bei der die Nutzer selbst die Initiative zur Kontaktaufnahme ergreifen müssen (MAJER). Den Bogen zum einleitenden Beitrag spannt sodann eine Entscheidung aus dem **Öffentlichen Recht**. Hier musste sich der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts mit der Verfassungsgemäßheit der sog. „Bundesnotbremse“ befassen (PAUTSCH).

Das Heft schließt mit einer **Rezension** des Werkes von Eickelberg und Krätzschele zur digitalen Lehre (MAJER).

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

**Sascha Sebastian, M.Mel.**  
Stellvertretender Schriftleiter

---

## BEITRAG

---

Stud. iur. Maria Spinnler\*

# Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger?

## Eine Betrachtung anhand der Diskussion um die verzögerte Impfstoffbeschaffung durch die Bundesregierung

### Gliederung

#### Abstract

#### A) Der Weg des Impfstoffs – Ein Überblick über das Verfahren bei der Impfstoffbesorgung

- I. „Team Europa“ – Die Impfstoffstrategie der EU und ihre Umsetzung
- II. Komplikationen bei der europäischen Impfstoffbeschaffung – Verpasster „Startschuss“?
- III. Strategien im globalen Vergleich/anderer Staaten

#### B) Strafrechtliche Würdigung

- I. Strafrechtlicher Vorwurf
- II. Die Grundvoraussetzung der Unterlassungsstrafbarkeit – „Gibt es einen Garanten?“

1. Amtsträger und Beschützergarant
2. Herleitung einer strafbewehrten Handlungspflicht aus dem GG

- a) Amtseid, Art. 64 Abs. 2, 56 GG
- b) Grundrechtliche Schutzpflichten
  - aa) Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 Abs. 3 GG
  - bb) Überschreiten des allgemeinen Lebensrisikos
  - cc) Der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz und die Ausuferung der Strafbarkeitsbegründung
  - dd) Aushebelung des Gewaltenteilungsprinzips, Art. 20 Abs. 2 und 3 GG

- III. Nichtvornahme von Erfolgsabwendungsmaßnahmen trotz Handlungsmöglichkeit

1. Zeitraum vor Impfstoffstart (Impfstoffbestellung)
2. Zeitraum nach Impfstoffstart (Bereitstellung und Impfung)

- IV. Das Problem der Hypothetischen Kausalität

- V. Subjektives Vorsatzelement

- VI. Völkerrechtliches Solidaritätsprinzip oder „Impfnationalismus“ – Ein Fall der rechtfertigenden Pflichtenkollision?

- VII. Ergebnis

#### Abstract

Ende Januar veröffentlichte der Strafrechtsprofessor Volker Erb eine These, in der er größtenteils prognostisch darlegt, wie die Regierungsköpfe für Versäumnisse aufgrund der unterlassenen maximalen Beschleunigung der Impfungen in Deutschland nun strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen sind. Dass die Kanzlerin und die Minister nach dem Strafrechtsexperten als (versuchte) „Totschläger“ gelten, entfachte ein Lauffeuer an Schlagzeilen. Über die Frage einer Unterlassungsstrafbarkeit in Zusammenhang mit der heftig kritisierten Impfstoffbeschaffung, scheiden sich die Geister, wobei die Beurteilungszwietracht zu einem folgenreichen „Ping-Pong-Spiel“ über die Zuschreibung von rechtlicher Verantwortung und einer mithin hohen Haftstrafe führt. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich genau mit dieser Strafbarkeitsfrage und arbeitet schrittweise eine eigene Lösung im Hinblick auf ein strafbewehrtes Unterlassen aus. Wenn es um den womöglich verschuldeten Tod von Tausenden von Menschen geht steht die den Regierungsköpfen zum Teil obliegende Immunität (Art. 46 Abs. 2 GG) einem Strafverfahren kaum als unüberwindbares Hindernis entgegen. Warum wurde also bisher kein Strafverfahren eingeleitet? Schwingen weitere Gründe, wie die Sorge vor Repressalien oder die aktuelle Unbrauchbarkeit politisch instabiler Verhältnisse, mit, die die Staatsanwaltschaft an der Einleitung eines Verfahrens hindert oder ist die Bejahung einer Strafbarkeit vielmehr das Resultat einer verengten Sichtweise und lückenfüllenden juristischen Ausmalung des Mainzer Strafrechtsprofessors?

#### A) Der Weg des Impfstoffs – Ein Überblick über das Verfahren bei der Impfstoffbesorgung

Um eine gemeinsame Grundlage für die später erfolgende, rechtliche Beurteilung zu schaffen wird im Folgenden überblicksartig das Vorgehen sowie die Probleme bei der Impfstoffbeschaffung beleuchtet.

#### I. „Team Europa“ – Die Impfstoffstrategie der EU und ihre Umsetzung

Am 12. Juni 2020 wurde die Europäische Kommission mit der Aufgabe betraut, Verhandlungen mit Pharma-Unternehmen für alle 27 Mitgliedsstaaten zu führen und durch Sicherung von Impfdosen zu einem Ende der Krise beizutragen.<sup>1</sup> Für ein koordiniertes Beschaffungs- und Bereitstellungsverfahren sowie die Sicherstellung einer ausreichenden Menge an wirksamen Impfstoff für die Bevölkerung wurde die im Folgenden bündig aufgezeigte EU-Impfstoffstrategie entwickelt.

---

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen (4. Semester).

<sup>1</sup> BT-Drs. 19/26420, S.8.

- **Absicherung.** Mit dem Ziel Zugang zu der bestellten Menge zu gewährleisten, vereinbarte die Kommission mit den Impfstoffherstellern „Advance Purchase Agreements“ (APA) über das finanzielle Soforthilfeinstrument.<sup>2</sup> Für eine rechtliche Abnahmegarantie wurden den Unternehmen ein Teil der Vorlaufkosten finanziert.
- **Ein breites Spektrum an Impfstoffen.** Um die negativen Auswirkungen eines gescheiterten Impfstoffkandidaten zu begrenzen und die Gefahr beträchtlicher Fehleinschätzungen zu minimieren, legte die KOM in ihren Verhandlungen ein breites Portfolio an potentiellen Impfstoffproduzenten an den Tag.<sup>3</sup>
- **Kooperation statt Wettlauf.** Die europäische Beschaffungsstrategie ist von der Entscheidung für eine internationale Zusammenarbeit geprägt, die von dem Leitgedanken getragen wird, die globale Krise nur durch eine globale Reaktion besiegen zu können. Ein gleichberechtigter Zugriff der EU-Staaten erfolgt über eine am Bevölkerungsanteil orientierende Verteilung. Über die europäische Ebene hinausgehend werden mithilfe der durch die EU unterstützten COVAX-Fazilität die Türen für einen fairen globalen Zugang zu Impfstoffen geöffnet.<sup>4</sup>
- **Ausbau der Produktionskapazitäten.** Ein Tätigkeitsschwerpunkt stellt die Steigerung der Impfstoffproduktion dar, etwa durch Investitionen oder schneller Genehmigung von Produktionsstätten.<sup>5</sup>
- **Rasche Verteilung und Verimpfung.** Früh war die Entwicklung eigener Konzepte der Einzelstaaten gefragt, um Transport- und Lagerkapazitäten sowie entsprechende Impfdienste sicherzustellen.<sup>6</sup>
- **Ergebnisse der Impfstoffstrategie.** Die EU hat mit sechs Herstellern Abnahmegarantien vereinbart und sich bisher 4,4 Milliarden Impfdosen vertraglich gesichert<sup>7</sup>, die weit über zwei Milliarden Menschen eine vollständige Impfung ermöglichen (die Bevölkerungsdichte der EU-Staaten beträgt knapp 450 Mio). Der erste Vertrag mit AstraZeneca trat am 27. August 2020 in Kraft.<sup>8</sup> Nach Sanofi-GSK und Johnson&Johnson wurden mit BioNTech-Pfizer am **11. November** und mit Moderna am **25. November 2020** erstmals Verträge geschlossen.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> <https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy>.

<sup>3</sup> [http://www.welt.de/bin/BMGantwortetaufImpfstofffragenvonderSPD.pdf\\_bf-224606736.pdf](http://www.welt.de/bin/BMGantwortetaufImpfstofffragenvonderSPD.pdf_bf-224606736.pdf), S.4.

<sup>4</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_21\\_143](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_21_143).

<sup>5</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52021DC0035>, S.3 f.

<sup>6</sup> [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy\\_de](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_de).

<sup>7</sup> [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans\\_en](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans_en).

## II. Komplikationen bei der europäischen Impfstoffbeschaffung – Verpasster „Startschuss“?

Entgegen dem was der strukturierte Beschaffungsplan versprach, verlief der Impfstart in den meisten EU-Ländern am 27. Dezember 2020 nicht wie erhofft. Nach den ersten drei Wochen verzeichnete die EU eine Impfquote von 1,22% an Erstgeimpften, was übertragen auf 450 Mio. Unionsbürger rund 5,5 Mio. Menschen bedeutet. Auch in Deutschland blieben zunächst ermutigende Impfquoten aus. Am 25. Januar 2021, vier Wochen nach Impfstart, überschritt die Bundesrepublik eine Impfquote von 2%, entsprechend einem Bevölkerungsanteil von etwa 1,6 Mio. der 83 Mio. Menschen.

Hohe Erwartungen wurden durch das wiederholte Postulieren der gesicherten Impfdosen in Milliardenhöhe geschaffen, denen die Impfquoten mit Rücksicht auf die innerstaatlichen Bemühungen nicht gerecht werden konnten. Die vertraglich gesicherte Menge stand nur in Bruchteilen tatsächlich zur Verfügung. Obwohl vorhersehbar war, dass der Impfstoff produktionsbedingt zunächst nur begrenzt zur Verfügung stehen wird, traten indes weitere Faktoren hinzu, die zum „verpassten Startschuss der Impfkampagne“ beitrugen.

- **Zeitaufwendiges Zulassungsverfahren der EU:** Anders als andere Drittstaaten entschied sich die KOM zusammen mit den EU-Staaten gegen Notfallzulassungen und investierte drei bis vier zusätzliche Wochen für ein umfängliches Zulassungsverfahren der EMA („European Medicines Agency“).<sup>10</sup>
- **Hohe Exportzahlen:** Über 40 Millionen Dosen wurden seit Februar bis Mitte März von Produktionsanlagen in der EU exportiert, die größte Menge nach Großbritannien, Kanada und Asien.<sup>11</sup> Trotz eigenem Impfstoffmangel wurden über die Hälfte der Impfstoffe exportiert, u.a. an Länder, die besser ausgestattet waren als die Union.
- **Begrenzte Produktionskapazitäten und Rohstoffengpässe:** Überlegungen bzgl. der Bewältigung der Massenproduktion wurden während der Impfstoff-Entwicklungsphase kaum angestellt, sodass Engpässe von Vorprodukten und Probleme im Rahmen von Lieferketten ein nur schwer zu bewältigendes Hindernis waren.<sup>12</sup>
- **Probleme mit Impfstofflieferungen und Fehleinschätzungen:** Wegen Umbauten im Produktionswerk Puurs konnte BioNTech-Pfizer erst nicht die vollständig vereinbarte Menge liefern.<sup>13</sup> Zugleich lieferte AstraZeneca bis März statt versprochenen 80 Mio. lediglich 30 Mio. Dosen und erklärte statt 220 Mio. bis Jahresmitte nur

<sup>8</sup> [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/apa\\_astrazeneca.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/apa_astrazeneca.pdf).

<sup>9</sup> [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy\\_de](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_de).

<sup>10</sup> [https://ec.europa.eu/germany/news/20210312-fragen-antworten-impfstoffstrategie\\_de](https://ec.europa.eu/germany/news/20210312-fragen-antworten-impfstoffstrategie_de).

<sup>11</sup> vgl. <https://www.zeit.de/2021/13/corona-impfstoff-eu-export-stoppt-usa-astrazeneca-biontech>.

<sup>12</sup> [https://ec.europa.eu/germany/news/20210312-fragen-antworten-impfstoffstrategie\\_de](https://ec.europa.eu/germany/news/20210312-fragen-antworten-impfstoffstrategie_de).

<sup>13</sup> <https://www.tagesspiegel.de/politik/sorge-in-europa-lieferverzogerungen-bei-pfizer-fuer-corona-impfstoff/26822510.html>.

noch 100 Mio. bereitstellen zu können.<sup>14</sup> Um Vertragsabweichungen zu verhindern und Transparenz zu schaffen, erließ die KOM am 29. Januar 2021 eine Durchführungsverordnung, die am 11. März 2021 verlängert wurde.<sup>15</sup> Seither ist eine Genehmigung für Ausfuhren erforderlich, die vom jeweiligen Mitgliedsstaat zu erteilen ist, wenn das Ausfuhrvolumen die Erfüllungsfähigkeit des Unionsherstellers in den Verträgen mit der EU nicht gefährdet.<sup>16</sup> Obendrein wurden vergleichsweise geringe Mengen mit BioNTech-Pfizer und Moderna vereinbart, die als erste Firmen zugelassene und besonders wirksame Impfstoffe hervorbrachten.

### III. Strategien im globalen Vergleich/anderer Staaten

Mit einer Population von ca. 328 Millionen Menschen erreichte die USA am ersten März eine Quote von 15 % (im Vergleich: EU nur 5 %). Die Vereinigten Staaten schlossen in den frühen Entwicklungsstadien am **22. Juli** einen Vertrag mit BioNTech-Pfizer über **600 Mio.** Impfdosen und am **11. August 2020** einen ersten Vertrag mit Moderna über **500 Mio.**<sup>17</sup> Um lange Zulassungsverfahren zu umgehen, ermöglichte die Notfallzulassung der FDA („Food and Drug Administration“) die Freigabe zur Verwendung, während Sicherheitsüberprüfungen noch liefen.<sup>18</sup> Indem, u.a. im Wege der „Operation Warp Speed“, 10 Milliarden Dollar für die Produktion von Impfstoffen ausgegeben wurde, die z.T. nicht zugelassen wurden, verfolgte die USA eine risikoreiche Strategie.<sup>19</sup>

Kein anderes Land in Europa kann eine Impfquote wie Großbritannien vorweisen. Anders als die EU einigte sich das Vereinigte Königreich bereits am **20. Juli 2020** mit BioNTech und nahm nach dem BMG dafür einen Verzicht auf Haftungsansprüche gegen den Hersteller in Kauf.<sup>20</sup> Für einen zügigen Start erteilte Großbritannien eine temporäre Notfallzulassung für die Impfstoffe von BioNTech sowie AstraZeneca und entschied sich gegen Rücklagen einer zweiten Dosis.<sup>21</sup> Gemeinhin exportierte das Vereinigte Königreich deutlich mehr als es importierte.

### B) Strafrechtliche Würdigung

Auf Grundlage dieser Vorinformationen wird nun im Wege einer abstrakt-rechtlichen Beurteilung der Strafbarkeit der staatlichen Entscheidungsträger im Fall der Impfstoffbeschaffung nachgegangen. Dabei ist unzweifelhaft, dass jede Impfung Schutz vor einer Covid-Erkrankung mit einem u.U. tödlichen Verlauf bieten kann.

### I. Strafrechtlicher Vorwurf

Mit verspäteter Eindämmung der Infektionswelle gehen zusätzliche Erkrankungs- und Todesfälle einher, sodass Körperverletzungs- und Tötungsdelikte, §§ 223 ff., 212 StGB, in Betracht kommen. Die körperliche Misshandlung als Verletzungserfolg des § 223 Abs. 1 StGB setzt eine sich physisch auswirkende Beeinträchtigung voraus<sup>22</sup>, die bei Infizierten ohne Krankheitsbeschwerden fehlt. Doch liegt stets eine Gesundheitsschädigung, also das Hervorrufen eines vom Normalzustand negativ abweichenden pathologischen Zustands<sup>23</sup>, vor. Denn das Schmerzempfinden und die Art und Weise der Beeinträchtigung sind unbeachtlich, sodass selbst dem symptomlos Infizierten seine Infektiosität und damit sein pathologischer Zustand nicht abgesprochen werden kann.<sup>24</sup>

Qualifizierend werden von vielen Literaturstimmen, aus einer Parallele zum HI-Virus, zudem die § 224 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 5 StGB bejaht. Aufgrund ihrer Wirkweise sind Krankheitserreger als gesundheitsschädlicher Stoff iSd § 224 Abs. 1 Nr.1 Var.2 StGB einzuordnen<sup>25</sup>, wobei der SARS-CoV-2-Virus unter der Gefahr irreparabler Lungenschäden und schweren Krankheitsverläufen in allen Altersbereichen geeignet ist, erhebliche Gesundheitsschäden herbeizuführen. Lässt man für § 224 Abs. 1 Nr.5 StGB richtigerweise die abstrakte Lebensgefahr genügen, so kann in Anbetracht der beträchtlichen Letalitätsrate und mangelnden Therapien jede Infektion bei entsprechender Übertragung eine lebensgefährliche Behandlung darstellen.<sup>26</sup>

Im Zusammenhang mit staatlichen Entscheidungsträgern ist zugleich an § 340 Abs. 1 StGB zu denken, sofern Amtsträger handelten, die während der Ausübung ihres Dienstes eine Körperverletzung begehen ließen. Die mit verschuldeten Infektionen einhergehenden Todesfälle reflektieren den Taterfolg des § 212 StGB.

Ob eine Tat durch aktives Tun oder – davon abzugrenzenden – Unterlassen begangen wird, entscheidet sich nach ständiger Rechtsprechung anhand dem „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“. <sup>27</sup> Vorliegend liegt der Vorwurf schwerpunktmäßig in der Nichtergreifung zusätzlicher Maßnahmen, die in das fortlaufende Infektionsgeschehen eingegriffen und zu rascheren Impfungen der Risikogruppen, früherer Herdenimmunität und der Nichtausbreitung von Mutationen geführt hätten. Für ein womöglich, zu zögerliches Verhalten kommt somit eine Unterlassungsstrafbarkeit infrage, an der sich der folgende Gliederungsaufbau orientiert. Die zahlenmäßige Konkretisierung der Taterfolge hängt letztlich von der gebotenen Erfolgsabwendungsmaßnahme ab, wobei sich die Zahl an „zusätzlichen“ Erkrankungs- und Todesfällen nicht exakt beziffern lässt. Selbst ohne

<sup>14</sup> <https://www.tagesspiegel.de/politik/fuer-deutschland-rund-19-millionen-impfdosen-weniger-astrazeneca-reduziert-lieferung-an-die-eu-drastisch/27002488.html>.

<sup>15</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_21\\_1121](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_1121).

<sup>16</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R0111&from=EN>.

<sup>17</sup> [http://www.welt.de/bin/BMGantwortetaufImpfstofffragenvonderSPD.pdf\\_bn-224606736.pdf](http://www.welt.de/bin/BMGantwortetaufImpfstofffragenvonderSPD.pdf_bn-224606736.pdf), S.5.

<sup>18</sup> <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/corona-usa-impfen-impfstoff-verteilung-100.html>.

<sup>19</sup> <https://www.hhs.gov/about/news/2020/05/15/trump-administration-announces-framework-and-leadership-for-operation-warp-speed.html>.

<sup>20</sup> [http://www.welt.de/bin/BMGantwortetaufImpfstofffragenvonderSPD.pdf\\_bn-224606736.pdf](http://www.welt.de/bin/BMGantwortetaufImpfstofffragenvonderSPD.pdf_bn-224606736.pdf), S.5.

<sup>21</sup> <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/118923/Grossbritannien-erteilt-Notfallzulassung-fuer-Coronaimpfstoff-von-Biontech>.

<sup>22</sup> Pörner, JuS 2020, 498 (499); Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 223 Rn. 4.

<sup>23</sup> Joecks/Jäger, StGB Studienkommentar, 13. Aufl. (2021), § 223 Rn. 9.

<sup>24</sup> Schmidt, COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. (2020), S. 651; Vgl. HIV: BGHSt 36, 1 (6 f.); a.A.: Hotz, NStZ 2020, 320 (321 f).

<sup>25</sup> Fahl, Jura 2020, 1058 (1059); Jäger, JuS 2000, 31 (35).

<sup>26</sup> Vgl. Wedlich, ZJS 2013, 559 (561).

<sup>27</sup> BGHSt 6, 46 (59); 40, 257 (266).

Nachweis von gesondert Gesundheitsgeschädigten und Toten kommt jedenfalls eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht.

## II. Die Grundvoraussetzung der

### Unterlassungsstrafbarkeit – „Gibt es einen Garanten?“

Über § 13 StGB kann bei entsprechender Gleichstellung eines Untätigbleibens mit einer aktiven Tatbegehung eine Unterlassungsstrafbarkeit begründet werden. Wesentliche Voraussetzung hierfür ist, dass der Täter rechtlich dafür einzustehen hat, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt.

Inwieweit Regierungsmitglieder zugunsten der in Deutschland lebenden Menschen als Garanten fungieren, stellt eine beispiellose Fragestellung dar, die keine Wissenschafts- und Praxisrelevanz aufweist. Umso mehr ist eine präzise straf- und verfassungsrechtliche Herleitung gefordert. Für eine strukturierte Aufarbeitung ist sich die begriffliche Unterscheidung zwischen Garantenposition und Garantenpflicht, d.h. der Pflicht zum Tätigwerden im konkreten Fall, die **nicht notwendig** aus dem Rechtsverhältnis als solches folgen muss, klarzumachen.<sup>28</sup>

#### 1. Amtsträger und Beschützergarant

Im Ausgangspunkt werden die Beschützergaranten, denen Obhutspflichten zum Schutz eines Rechtsguts vor bestimmten von außen kommenden Gefahren obliegen, von den Überwachungsgaranten unterschieden, jene Sicherungspflichten für eine konkrete Gefahrenquelle treffen.<sup>29</sup> Eine anerkannte Fallgruppe von Beschützergaranten stellen die „staatlichen Amtsträger“ dar, die zugunsten der Bürger und im staatlichen Interesse besondere Schutzpflichten wahrnehmen.<sup>30</sup> Alle Regierungsmitglieder befinden sich gem. § 1 BmVG in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis, sodass diese unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) als Amtsträger fallen.<sup>31</sup> Daneben weisen sie einen vergleichbaren Aufgabenkreis zu anderen „Amtsträger-Garanten“ auf. Polizeibeamten, Vollzugsbeamten oder Lehrern obliegt während ihrer Dienstausbung die Pflicht, alle Bürger oder einzelne anvertraute Personen vor Gefahren aus bestimmten Richtungen zu schützen.<sup>32</sup> Auch die Regierung ist in funktionsähnlicher Weise am Schutz der Rechtsgüter der Bürger und verfassungsrechtlich am Wohl der Allgemeinheit orientiert, Art. 64 Abs. 2, 56 GG. Der staatsführende Charakter, der dem Amt des Regierungspolitikers innewohnt, steht der Einräumung einer Garantenposition nicht entgegen. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Exekutive rechtlich gebunden, sodass Minister und Kanzlerin wie alle natürlichen Personen der Staatsgewalt unterworfen sind. Die Einordnung als Beschützergaranten scheint nicht ausgeschlossen. Doch ist für eine Garantenstellung maßgebend, ob mit dem Amt eine **konkrete Pflicht zum Handeln** einhergeht.

## 2. Herleitung einer strafbewehrten Handlungspflicht aus dem GG

Für die Ableitung der Handlungspflicht ist auf das GG zurückzugreifen, das die Pflichten der Staatsorgane vielschichtig ausgestaltet. Es ist der Frage nachzugehen, ob und inwieweit die Regierungsmitglieder verpflichtet waren, **ganz bestimmte Maßnahmen zu ergreifen**, um die Impfstoffversorgung zu optimieren und Impfungen zu beschleunigen. Probleme bereitet dabei die Grenzziehung zwischen einer **rein politischen Verantwortlichkeit** und der **strafrechtlichen Haftung**, wobei das Gewicht und die Grenzen des politischen Entscheidungsspielraums eine zentrale Rolle spielt.

#### a) Amtseid, Art. 64 Abs. 2, 56 GG

Ein möglicher Anknüpfungspunkt stellt der verfassungsrechtliche Amtseid dar, Art. 64 Abs. 2, 56 GG. Die Eidesformel erfasst die Verpflichtung auf das „Wohl des deutschen Volkes“ sowie die Zusicherung „Schaden von diesem abzuwenden“. Aus dem Eid, den jeder Regierungspolitiker bei Amtsübernahme ausnahmslos zu leisten hat, könnte eine persönliche, rechtliche Einstandspflicht herrühren. Erb leitet über den Amtseid die strafbewehrte Pflicht der Regierungspolitiker zur Abwendung von Rechtsgutsverletzungen in dieser Katastrophenlage her.<sup>33</sup>

Doch ist neben der besonderen Legitimation der Garantenstellung, die hinreichend normative Begründung der Handlungspflichten erforderlich, damit im Rahmen des bedenklich unbestimmten § 13 Abs. 1 StGB das Risiko einer Strafe für den Normadressaten vorhersehbar wird.<sup>34</sup> Die vage Eidesformel trägt diesem Erfordernis schwerlich Rechnung. Über die Versicherung „Schaden abzuwenden“ lassen sich Umfang und Grenzen von Handlungspflichten der Vereidigten kaum festlegen. Vielmehr ließe sich aus Art. 56 GG die gemeine Pflicht entnehmen, **jede** Maßnahme zu ergreifen, die in irgendeiner Weise einen fördernden Beitrag zur Schadensabwehr leistet. Die Feststellung eines positiven Beitrags zum Bevölkerungsschutz kann häufig aber schon gar nicht beantwortet werden, denn zweckgerichtete Staatshandlungen können an anderer Stelle neue Gefahren begründen. Denn wie protektiv ist eine Exportsperr, wenn die zwar im Inland befindlichen Dosen genutzt werden, aufgrund von Handelskonflikten und Engpässen aber keine neuen produziert werden können?

Indes ist die **Justiziabilität** des Amtseids zweifelhaft. Mithilfe der Gesetzesauslegung ergibt sich für diesen vielmehr die Funktion eines bloß politischen Formalakts.<sup>35</sup> Neben dem zu unkonkreten Wortlaut, stellt die Entscheidung, was „Nutzen“ und „Schaden“ ist, eine rein politische Erwägung dar.<sup>36</sup> Statt Rechtspflichten selbst konstitutiv zu begründen, verweist Art. 56 GG über seinen Wortlaut „das GG und die Gesetze zu wahren“ auf den pflichtenbegründenden Art. 20 Abs. 3 GG und mit „Gerechtigkeit gegenüber jedermann“ auf Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>37</sup> Der promis-

<sup>28</sup> Kühl, JuS 2007, 497 (500).

<sup>29</sup> Ransiek, JuS 2010, 585 (587).

<sup>30</sup> Gaede in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 13 Rn. 62 f.

<sup>31</sup> Vgl. Geppert, Jura 1981, 42 (44); Rohlf, S. 71.

<sup>32</sup> Weigend, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), § 13 Rn. 31 ff.

<sup>33</sup> ▶ <https://erb.jura.uni-mainz.de/files/2021/03/Gutachten-Coronaimpfstoff.pdf>, S.3.

<sup>34</sup> Rönnau, JuS 2018, 526 (527); vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 12. Aufl. (2016), § 21 Rn. 42 ff.

<sup>35</sup> Vgl. ganz hL. Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. (2020), Art. 56 Rn. 2; Stern, Das Staatsrecht der BRD, Bd. 2 (1980), S. 208.

<sup>36</sup> WD 3-3000-088/18, S. 3; Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, 93.EL (2020), Art. 64 Rn. 33.

<sup>37</sup> Pieper, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 49. Ed. (15.11.2021), Art. 56 Rn. 1.1.

sonische Amtseid untermauert also rein deklaratorisch die andersweit fixierten Pflichten, sodass eine Missachtung nicht rechtlich angreifbar sein kann.<sup>38</sup> Gleichwohl ist die erfolgreiche Amtsübernahme, mit Blick auf die Ernennung als maßgeblichen Zeitpunkt der Amtsbegründung, von der Eidablegung unabhängig, sodass diese nunmehr keine dem Amt innewohnenden besonderen Pflichten begründen kann.<sup>39</sup> Der Amtseid ist nicht justiziabel, sodass sich keine rechtlichen Handlungspflichten daraus ableiten lassen.

## b) Grundrechtliche Schutzpflichten

Nach Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG ist die Exekutivgewalt unmittelbar an die Grundrechte gebunden, sodass Garantienpflichten aus Schutzpflichten hervorgehen können. In Zusammenhang mit Körperverletzungs- und Tötungsdelikten dient Art. 2 Abs. 2 S.1 GG als Anknüpfungspunkt, aus dem das BVerfG die Verpflichtung der Staatsorgane zum Schutz von Leib und Leben aufgrund eines sichtbaren Menschenwürdegehalts ableitet.<sup>40</sup> Lässt sich eine Pflicht zur Ergreifung von Schutzmaßnahmen herleiten, muss indes das durch das BVerfG eingeräumte **Entscheidungs-ermessen** berücksichtigt werden<sup>41</sup>, was bei Schutzpflichten noch ausgeprägter zutage tritt. Zwar wird der Ermessensraum dem Gesetzgeber zugesprochen, doch kann für die Regierung in Anbetracht ihrer politischen Schlüsselposition und Entscheidungen in hochkomplexen Sachverhalten mit vergleichbarer Relevanz nichts anderes gelten.

### aa) Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips,

#### Art. 20 Abs. 3 GG

Die Gewährleistung staatlichen Schutzes hängt von vielen Faktoren ab und verlangt das Austarieren kollidierender Interessen, weshalb den politischen Entscheidungsträgern ein **sehr weiter** Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zugebilligt wird.<sup>42</sup> Damit einhergehend beschränkt sich die Kontrolldichte des BVerfG mit Blick auf das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) idR auf eine Evidenzkontrolle, sodass eine Schutzpflichtverletzung nur dann gerichtlich festgestellt werden kann, wenn keine Schutzvorkehrungen getroffen wurden oder allein solche, die offensichtlich unzulänglich sind (**Untermaßverbot**).<sup>43</sup> Desgleichen gehen mit Maßnahmen, die das Infektionsgeschehen ausbremsen sollen, regelmäßig Freiheitsbeeinträchtigungen einher, sodass das – ebenfalls dem Rechtsstaatsprinzip entspringende<sup>44</sup> – **Übermaßverbot** der Staatsgewalt eine obere Grenze setzt. Aus diesen zwei Grenzpunkten folgt ein „Pflichtenkorridor“<sup>45</sup> an politischem Ermessen, der der gerichtlichen Kontrolle weitgehend entzogen ist. Mithin sind die Pflichten in diesem Korridor **unbestimmt**, denn es gibt viele Maßnahmen, die verhältnismäßig und nicht evident ungeeignet sind, den gewünschten Leib- und Lebensschutz durch Optimierung der Impfstoffversorgung herzustellen. Das politische Ermessen in dieser Pflichtenspanne spricht gegen die Pflicht zur Ergreifung konkreter Gegenmaßnahmen.

### bb) Überschreiten des allgemeinen Lebensrisikos

Nicht von der Hand zu weisen ist dennoch die von Erb betonte beispiellose Situation der Corona-Pandemie, die sich durch einschneidende Maßnahmen auszeichnet. An der eigenbezeichneten „Suspendierung der Grundrechte mit einem Federstrich“ setzt er an, wenn er darlegt, dass sich die Regierung infolge ihrer massiven Mittel einer Notstandslage ausgesetzt sieht und das allgemeine Lebensrisiko überschritten sei.<sup>46</sup> Danach reduziere sich mit Verlassen des gemeinen haftungsausschließenden Lebensrisikos das Ermessen „auf Null“ und verpflichte zur Vornahme bestimmter Handlungen.

Zu Recht erfolgt die Bewertung der Pandemie – bedingt durch wissenschaftliche Ungewissheit und einer kaum möglichen Risikoeinschätzung – als eine die praktische Lebensführung und der relativen Üblichkeit überschreitende Risikolage<sup>47</sup>. Doch so eindeutig, wie Erb die Optimierung der Impfstoffbesorgung schildert, war und ist sie nicht. Wenn er darlegt, dass die Politiker kein Recht haben „Abstriche von einer Versorgungsoptimierung durch Nichtvornahme eines Exportverbots“ zu machen<sup>48</sup>, verliert er den Blick auf das Gesamte. Im Fall eines so komplexen Beschaffungsmechanismus gibt es nicht den einen Lösungsweg, auf den sich der Handlungsfreiraum beschränken kann. Vielmehr sind sämtliche Folgen einer politischen Entscheidung abzuwägen, sodass ein vorschnelles Zurückstufen der Abwägungsräume hin zu einer „Alles-oder-Nichts“-Praktik selbst in einem Krisenszenario zulasten des optimalen Lebensschutzes zu kurz greift.

Gleichwohl ergibt sich eine aktive Handlungspflicht in Anknüpfung an die dargestellten Ober- und Untergrenzen nur dann, wenn das Mindestmaß des Schutzniveaus unterschritten wird. In Anbetracht der nicht ungeeigneten Lockdown-Maßnahmen, den Bau von Produktionshallen, der aktiven Mitwirkung auf europäischer Ebene usw. kann davon nicht die Rede sein.

Der Bejahung strafbewehrter Handlungspflichten steht eine unüberwindbare strukturelle Divergenz zum politischen Entscheidungsermessen entgegen.

### cc) Der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz und die Ausuferung der Strafbarkeitsbegründung

Nach Art. 103 Abs. 2 GG iVm. § 1 StGB muss die Tat vor Tatbegehung gesetzlich bestimmt sein, um eine willkürliche Erweiterung der gerichtlichen Rechtsanwendung zu vermeiden, indem berechenbar wird, welches Verhalten strafbewehrt ist.<sup>49</sup> Die eindeutige Herleitung von Garantienpflichten ist daher auch aus Sicht des Bestimmtheitsgebots unerlässlich. Würden staatliche Handlungspflichten aus grundrechtlichen Schutzpflichten hergeleitet werden, müssten diese auf die anderen Teilgewalten übertragen werden, denn diese sind gleichfalls an die Grundrechte gebunden. Wie Ogorek – Staatsrechtsprofessor an der

<sup>38</sup> Fink in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. (2018), Art. 56 Rn. 3, 5.

<sup>39</sup> Haensle, Jura 2009, 670 (675 f.).

<sup>40</sup> BVerfGE 39, 1 (41); Kingreen/Poscher, Grundrechte, 36. Aufl. (2020), Rn. 470.

<sup>41</sup> BVerfGE 121, 317 (356).

<sup>42</sup> BVerfG, NVwZ 2016, 841 (842).

<sup>43</sup> Goldhammer/Neuhöfer, JuS 2021, 212 (217).

<sup>44</sup> BVerfGE 19, 342; Klatt/Meister, JuS 2014, 193.

<sup>45</sup> Lang, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 49. Ed. (15.11.2021), Art. 2 Rn. 76.

<sup>46</sup> Erb, <https://erb.jura.uni-mainz.de/files/2021/03/Gutachten-Coronaimpfstoff.pdf>, S. 3.

<sup>47</sup> Deutsch, NJW 1981, 672; vgl. Hilgendorf, Rechtswidrigkeit in der Diskussion, (2018), S. 99.

<sup>48</sup> Erb, <https://erb.jura.uni-mainz.de/files/2021/03/Gutachten-Coronaimpfstoff.pdf>, S. 4.

<sup>49</sup> WD-7-3000-012/21, S. 11.

Universität zu Köln – zutreffend darlegt, führe eine solche Übertragung zu uferlosen Strafbarkeitsbegründungen, die praktisches Staatshandeln hemmt und nicht nachvollziehbare Ergebnisse schafft.<sup>50</sup> Ansonsten würden Abgeordnete und Landesregierungsmitglieder miteinbezogen werden, obgleich diesen bei der Impfstoffbeschaffung eine wesentlich belanglosere Rolle zukommt. Die Unkalkulierbarkeit des Strafbarkeitsrisikos wird deutlich, wenn dem Parlament strafrechtlich vorgeworfen werden könnte, kein entsprechendes Gesetz (z.B. ein Exportverbot) verabschiedet zu haben.

Im Übrigen liegt der Unterschied zwischen Amtsträgern, die sich als Beschützergarant qualifizieren, und politischen Entscheidungsträgern darin, dass dem Polizei- oder Vollzugsbeamten, bestimmte Pflichten zur Ergreifung von Schutzmaßnahmen – hier über das PolG oder UZwG – eindeutig rechtlich zugewiesen werden.<sup>51</sup> Würden allgemeine Handlungspflichten bereits aus den Grundrechten hervorgehen, wäre für die Begründung einer Garantenstellung der exekutiven Berufsgruppierungen kein Rückgriff auf gesonderte Rechtsvorschriften erforderlich und Erhebungen der Beamtenämter in besondere Pflichtenpositionen durch die Rechtsordnung obsolet.<sup>52</sup>

#### dd) Aushebelung des Gewaltenteilungsprinzips, Art. 20 Abs. 2 und 3 GG

Als weitere unsystematische Folge geht mit der Herleitung von Garantenpflichten aus Schutzpflichten ein Spannungsverhältnis zwischen dem Prüfungsprogramm der Strafverfolgungsbehörde und dem Gewaltenteilungsgrundsatz einher.<sup>53</sup> Zwar ist die Einordnung der Staatsanwaltschaft in das Gewaltengefüge streitig<sup>54</sup>, unterdrückt jedoch der behördliche Prüfungsmaßstab den Ermessensraum der Regierungsmitglieder. Der Garant ist grds. verpflichtet, Handlungen zu ergreifen, die zur Gefahrenabwehr **am sichersten** geeignet, erforderlich und unter einer richterlichen Abwägung zumutbar sind.<sup>55</sup> Im Fall eines Strafverfahrens hat die Behörde die politischen Interessen zu fassen, Handlungsoptionen inhaltlich zu bewerten und diese bei der Frage der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit in Ausgleich zu bringen. Schwer wiegt dabei die Überwindung des Gewaltenteilungsprinzips, indem die selbstbegrenzende Kontrolldicke des BVerfG und der Abwägungsfreiraum der Politiker durch Strafverfolgungsorgane unterlaufen werden und im Zweifel sogar der Anknüpfung eines Schuldspruchs dient.<sup>56</sup> Diese Disharmonie zwischen den rechtlichen Grundentscheidungen ist systematisch unhaltbar. Da sich Garantenpflichten über Schutzpflichten weder überzeugend herleiten lassen noch den politischen Entscheidungsspielraum genügend einbinden, werden auch auf diesem Wege keine strafbewehrten Handlungspflichten begründet.

Im Ergebnis fehlt es an einer Rechtspflicht der Regierungsmitglieder, in einer ganz bestimmten Art und Weise tätig zu werden. Eine Garantenstellung der Regierungspolitiker zugunsten der deutschen Bevölkerung lässt sich somit nicht begründen.

Eine Unterlassungsstrafbarkeit scheidet bereits an dieser unentbehrlichen Tatbestandsvoraussetzung. Indes wird im Folgenden ein Blick auf die weiteren Prüfungspunkte des Unterlassungsdelikts geworfen.

### III. Nichtvornahme von Erfolgsabwendungsmaßnahmen trotz Handlungsmöglichkeit

Die Tathandlung stellt das Nichtergreifen von Verhinderungsmaßnahmen dar, die zur Erfolgsabwendung geeignet, erforderlich und physisch-real möglich sein müssen. Es können mehrere Handlungen in Betracht kommen, unter denen der Täter grds. diejenige zu wählen hat, die den Erfolg am sichersten abzuwenden vermag.<sup>57</sup>

#### 1. Zeitraum vor Impfstart (Impfstoffbestellung)

Vor Impfbeginn kann es die Regierung unterlassen haben, zum Zeitpunkt des Bekanntwerdens vielversprechender Testergebnisse des BioNTech und Moderna-Impfstoffs im Juli 2020 durch **Einwirkung auf die KOM** die Ausweitung der Bestellungen zu erwirken.<sup>58</sup> Im Rahmen des Zulässigen (vgl. Art. 17 Abs. 3 EUV, Art. 245 AEUV) war eine solche Einflussnahme nicht unmöglich. Laut Angaben der Bundesregierung wurden erst am 7. Dezember 2020 die für eine Zulassung entscheidenden Ergebnisse bei der EMA eingereicht, sodass im Juli nicht absehbar war, ob und wann welcher Impfstoff zugelassen werde.<sup>59</sup> Informationsbedingt verkannte die Regierung also die Notwendigkeit und überhaupt die Option, auf die KOM einzuwirken, was als Vorsatzfrage weiter zu behandeln wäre. Ob eine höhere Dosiszahl „auf Papier“ zu einer früheren Verfügbarkeit größerer Mengen geführt hätte, lässt Zweifel offen, denn Lieferverzögerungen, defizitären Kapazitäten und vertraglicher Unzuverlässigkeit wäre auch so nicht begegnet worden. Doch entfällt die Handlungspflicht auch dann nicht, wenn mit der Erfolgsabwendung nicht sicher gerechnet werden kann<sup>60</sup>, sodass dieser Handlungsoption die Geeignetheit nicht abzuspochen und die tatsächliche Erfolgsabwendungsaussicht vielmehr als Kausalitätsfrage einzustufen ist.

Die Regierung hätte sich auch auf Eigeninitiative **Impfstoff aus Drittstaaten** (etwa China oder Russland) über das Instrument der nationalen Notfallzulassung ergänzend sichern können. Unter Hinzuziehung weiterer Hersteller wäre der Import aus nicht-europäischen Ländern nicht ungeeignet gewesen, das Impfgeschehen zu beschleunigen (Fragen der Sicherheit des Impfstoffs ungeachtet). Hingegen bereitet die Handlungsmöglichkeit Bedenken. Eigene Abnahmegarantien mit bereits in Anspruch genommenen Herstellern zu vereinbaren, ist den Mitgliedsstaaten untersagt (Art. 7 ESI-Agreement).<sup>61</sup> Die **rechtliche Möglichkeit** beseitigt zwar nicht die faktische Vollzugsmöglichkeit, doch kann im Rahmen einer widerspruchsfreien Rechtsordnung – das Verhältnis von nationalem Recht und EU-Recht außer Acht gelassen – niemand verpflichtet sein, eine unerlaubte

<sup>50</sup> ▶ <https://verwaltungslehre.uni-koeln.de/en/press-media/kanzlerin-und-minister-keine-totschlaeger>.

<sup>51</sup> Vgl. Zaczyk, in: FS-Rudolphi (2004), S. 361.

<sup>52</sup> WD-7-3000-012/21, S. 11 f.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Vgl. Schäfer, NJW 2001, 1396 f.

<sup>55</sup> Murmann, AT, 5. Auflage (2019), § 29 Rn. 21.

<sup>56</sup> WD-7-3000-012/21, S. 12 f.

<sup>57</sup> Heinrich, AT II, 6. Aufl. (2019), Rn. 900.

<sup>58</sup> ▶ [http://www.welt.de/bin/BMGantwortetaufImpfstofffragenvonderSPD.pdf\\_bn-224606736.pdf](http://www.welt.de/bin/BMGantwortetaufImpfstofffragenvonderSPD.pdf_bn-224606736.pdf), S. 9.

<sup>59</sup> Ebenda, S. 8 ff.

<sup>60</sup> BGH, NStZ 2000, 414 (415); Kudlich in: Matt/Renzikowski, StGB 2. Aufl. (2020), § 13 Rn. 10.

<sup>61</sup> BT-Drs. 19/26420, S. 6.

Handlung vorzunehmen, sodass deren Nichtvornahme tatbestandsmäßig, nicht aber rechtswidrig ist.<sup>62</sup> Andere Drittstaaten-Impfstoffe sind in der EU nicht zugelassen, sodass die Notfallzulassung das Mittel zum Zweck ist und am Beispiel Großbritanniens (vor dem Brexit) auch in Anspruch genommen werden kann. Es handelt sich dabei um eine Ausnahme der Zulassungspflicht zur vorübergehenden Anwendung in Notsituationen ohne den Impfstoff zu lizenzieren.<sup>63</sup> Mit Blick auf die tiefe Einbindung der BRD in das Geflecht der EU und die gemeinsame Wahl eines Zulassungsverfahrens über die EMA, stellt sich die wertende Frage der Zumutbarkeit. Unzumutbar ist die Pflichterfüllung, wenn eigene billigenswerte Interessen in Verhältnis zum drohenden Erfolg in nicht angemessenen Umfang gefährdet werden.<sup>64</sup> Die Entscheidung für eine Notfallzulassung läuft dem Beschluss der EU zuwider, die Risikohaftung bei den Unternehmen zu belassen und Gefahren bzgl. der Sicherheit zu begegnen. Nicht ausgeschlossen sind daher negative Auswirkungen auf den europäischen Binnenmarkt oder Störungen des solidarischen Zusammenhalts, welche billigenswerte Interessen darstellen. Doch steht dem ein möglicher Schutz von Leib und Leben der eigenen Bevölkerung und bei einem später ohnehin geglückten Zulassungsverfahren die ernsthafte Chance auf eine frühzeitig hergestellte Herdenimmunität entgegen. Infolge der gewichtigen potentiellen Vorteile einer Notfallzulassung und der hohen Infektionsgefahr lässt sich jedenfalls ein unangemessenes Missverhältnis nicht feststellen, sodass die Zumutbarkeit zu bejahen ist.

## 2. Zeitraum nach Impfstart (Bereitstellung und Impfung)

Öffentlich am häufigsten diskutiert, ist die nichtvorgesehene Verhängung eines **Exportverbots** in Drittstaaten. Es bestand die faktische Möglichkeit ein Verbot über eine Regierungsverordnung zu erlassen, eine Gesetzesinitiative in den Bundestag einzubringen oder auf eine europäische Verordnung hinzuwirken.<sup>65</sup> Beachtlich ist, dass die KOM nicht untätig blieb, sondern die Durchführungsverordnung erließ, sodass der Regierung uU nunmehr die aktive Genehmigung der einzelnen Ausfuhren vorzuwerfen ist. Ohne weitere Ausführungen zu der außenrechtlichen Behandlung des Exports und Zuständigkeiten in jedem Einzelfall vornehmen zu müssen, ist in der vorliegend abstrakten Gesamtbeurteilung der Schwerpunkt auf dem Untätigbleiben zu belassen.<sup>66</sup> Jedenfalls kurzfristig gesehen, wäre ein Exportverbot durch Verbrauch der schon im Inland befindlichen Impfdosen geeignet gewesen, die Infektionsfälle zu reduzieren. Für den Zeitraum nach Erlass der Durchführungsverordnung könnte man an der Erforderlichkeit eines Exportverbots zweifeln, gleichwohl ein Unterschied darin liegt, ob keine oder Millionen von genehmigten Dosen exportiert werden, sodass die Nichtverhängung eines Exportverbots stets als taugliche Unterlassungshandlung zu qualifizieren ist.

Letztlich könnte noch an die Diskussion über die **Rücklage der zweiten Impfdosis** angeknüpft werden. Anstelle eines Erstschutzes für möglichst viele Bürger durch Ausschöpfen der verfügbaren Impfeserven wurden Ampullen für die Zweitimpfung zurückgelegt. Die Regierung kann es mithin unterlassen haben, den verfügbaren Impfstoff schnellstmöglich zu verimpfen. Dabei wurden wissenschaftliche Erwägungen angestellt, wie effektiv die Erstimpfung ist, wobei sich tendenziell die Expertenmeinung herausbildete, den Schwerpunkt auf eine großflächige Anfangsimmunität zu legen, um kurzfristig Schutz vor Reinfektionen zu sichern und verzögerte Zweitimpfungen in Kauf zu nehmen.<sup>67</sup> Die dennoch bestehende Ungewissheit darüber und inwieweit der Zeitraum zwischen Erst- und Zweitimpfung gestreckt werden kann, spielt auf Ebene der Kausalität und des Vorsatzes eine Rolle.

Im Ergebnis ließen sich mehrere Unterlassungshandlungen aufzeigen. Welche Handlung am ehesten geboten war, lässt sich aber unter den prognostischen Mutmaßungen und der vielmehr politischen Fragestellung nicht feststellen. Zumal ein sachlicher Vergleich wegen den unterschiedlichen Anknüpfungspunkten unmöglich ist.

## IV. Das Problem der Hypothetischen Kausalität

Anders als bei Begehungsdelikten kann ein Unterlassen nach der *Conditio-sine-qua-non*-Formel nicht hinweggedacht werden, denn die notwendige Veränderung in der Außenwelt fehlt, sodass die Bedingungsformel zu modifizieren ist. Es ist zu fragen, ob mit Vornahme der gebotenen Handlung der Erfolg in seiner konkreten Gestalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre.<sup>68</sup> Diese Wahrscheinlichkeitsprognose bereitet in Verbindung mit Versäumnissen bei der Impfstoffbeschaffung Probleme. Denn für die Bejahung der Quasi-Kausalität muss für jeden, der erkrankt oder gestorben ist, nachgewiesen werden, dass sein Zustand mit ziemlicher Sicherheit durch ein Unterlassen der Regierung verursacht worden ist. Sprich, der verstorbene Patient müsste bei Erlass eines Exportverbots mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überlebt haben. Oder das Einwirken auf die KOM oder die nach Russland aufgegebenen Bestellung müsste die Erkrankung des konkret Infizierten geradezu verhindert haben. Wie sich die einzelnen Handlungsoptionen auf das Infektionsgeschehen hypothetisch ausgewirkt hätten, lässt sich schon nicht abstrakt feststellen, sodass gleichwohl nicht vernünftig nachgewiesen werden kann, ob der einzelne Patient mit außerordentlicher Wahrscheinlichkeit gerettet worden wäre. Das Infektionsgeschehen ist ein unkontrollierter Streuungsprozess. Die Abhängigkeit der Impfstoffversorgung von vielen, teils unbeeinflussbaren Faktoren erschwert es, einen Kausalzusammenhang herzustellen, sodass grds. schon die Unsicherheit über eine tatsächlich gesteigerte Impfstoffverfügbarkeit der Kausalitätsbejahung entgegensteht. Es lassen sich höchstens Vermutungen über eine womög-

<sup>62</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, 12. Aufl. (2016), § 21 Rn. 17; Weigend, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), § 13 Rn. 65; abw.: Duttge, in: FS-Schöch (2010), 599 (616).

<sup>63</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda\\_20\\_2390](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_20_2390).

<sup>64</sup> BGH, NStZ 1984, 164.

<sup>65</sup> Erb, <https://erb.jura.uni-mainz.de/files/2021/03/Gutachten-Coronaimpfstoff.pdf>, S. 2 f.

<sup>66</sup> Vgl. WD 7-3000-012/21, S. 8.

<sup>67</sup> <https://www.tagesspiegel.de/wissen/immunologe-zu-impfabtaenden-das-intervall-kann-auf-keinen-fall-laenger-als-60-tage-sein/26777462.html>.

<sup>68</sup> BGHSt 37, 106 (126); Wessels/Beulke/Satzger, AT, 50. Aufl. (2020), Rn. 1172.

lich positivere Entwicklung des gesamten Impfgeschehens anstellen, doch kann die landesweite Eindämmung der Infektionen dennoch keine Auskunft geben, ob der Betroffene mit Sicherheit bewahrt worden wäre. Ständen selbst gigantische Mengen an Impfstoff zur Verfügung, wäre die Impfung des Einzelnen nicht automatisch gewährleistet, denn die Dosen müssen verabreicht werden, wobei mit Blick auf unvermeidbare Kapazitätsgrenzen die Bevölkerung nicht von heute auf morgen geimpft worden wäre.

Mutmaßungen darüber, dass sich die Besserung des Infektionsgeschehens auf den vorliegenden Einzelfall ausgewirkt hätte, genügen nicht, ohne den Grundsatz „in dubio pro reo“ auszuhöhlen. Unter den Anforderungen der Bedingungstheorie lässt sich die bloße Vermutung einer positiveren Impfkampagne daher nicht ausreichend auf den Einzelfall herunterbrechen.

Dem Kausalitätserfordernis wird vorliegend nicht Genüge getan, sodass nur ein Versuch diskutiert werden kann. Der Totschlag ist ein Verbrechen gem. § 12 Abs. 1 StGB und der Versuch nach § 23 Abs. 1 StGB strafbar. Bei dem Vergehen der gefährlichen Körperverletzung (im Amt) ist die Versuchsstrafbarkeit gesetzlich angeordnet, §§ 223 Abs. 2, 224 Abs. 2, 340 Abs. 2 StGB.

### V. Subjektives Vorsatzelement

Für den Tatentschluss im Rahmen des Versuches hat der Täter zum Zeitpunkt des unmittelbaren Ansatzens mit Wissen und Willen bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale zu handeln. Dabei lässt sich mit Blick auf die Bemühungen und der funktionalen Stellung der Regierung nur ein **bedingter** Unterlassungsvorsatz ernsthaft diskutieren. Konkret mussten die Regierungspolitiker es für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben, dass sie als vermeintliche Garanten zusätzliche Infektions- und Todesfälle durch eine ihnen mögliche Rettungshandlung hätten verhindern können. Um unbegründete Verschärfungen der Vorsatzanforderungen zu vermeiden, muss der Täter nicht annehmen, den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindern zu können<sup>69</sup>, sodass sich die Politiker nicht auf Unsicherheiten ausruhen durften, inwieweit eine Handlung den Erfolg wirklich abgewendet hätte. Nun kann an öffentliche Äußerungen angeknüpft werden, die Einblick in die Gedankengänge der Regierung liefern und aus Stellungnahmen könnten Rückschlüsse auf einen Eventualvorsatz gezogen werden. So auch Erb, der aus der Talkshow-Aussage von Spahn („schnelleres Impfen rettet Leben“) die **wissentliche** Hinnahe (dolus directus 2. Grades) folgert.<sup>70</sup> Ferner könnte der bedingte Vorsatz aus dem allgemeinen Begleitwissen abgeleitet werden, dass Verzögerungen folgenschwere Konsequenzen haben können und dem Nichtergreifen von Vorkehrungen ein billiges Inkaufnehmen entziehen.

Obgleich zweifelhaft ist, ob ein derart äußeres Verhalten für Rückschlüsse ausreichen kann, muss sich der Vorsatz auf alle

objektiven Tatbestandsmerkmale erstrecken, so auch auf die Garantenposition und Handlungspflichten. Dafür genügt die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, aus denen die Garantstellung hervorgeht.<sup>71</sup> Da eine solche abgelehnt wurde, hätten sich die Regierungspolitiker über ihr Bestehen irren und eine Strafbarkeit aus einem untauglichen Versuch begründen müssen. Für die irrige Annahme tatsächlicher Umstände bzw. für falsche rechtliche Schlüsse liegen zu keinem Zeitpunkt Anhaltspunkte vor, wobei im Zweifel für den Angeklagten auch keine subjektiven Vorstellungen unterstellt werden dürfen. Die Versuchskonstellation scheitert an der Vorsatzebene.

### VI. Völkerrechtliches Solidaritätsprinzip oder „Impfnationalismus“ – Ein Fall der rechtfertigenden Pflichtenkollision?

Der unterlassungsspezifische Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision kommt dann zum Tragen, wenn mehrere Handlungspflichten kollidieren und die Erfüllung der einen Pflicht die Verletzung der anderen mit sich bringt.<sup>72</sup> Obgleich Garantspflichten nicht hergeleitet werden konnten und Kollisionen ausgeschlossen sind, sind dennoch Überlegungen über die Rolle der globalen Solidarität im Beschaffungsprozess kurz anzustellen und auf die hinter dem „Impfnationalismus“<sup>73</sup> stehende Interessenslage einzugehen, die v.a. beim Exportverbot von Bedeutung gewinnt. Die Pflicht der Staaten zur Kooperation wurzelt in der allgemeinen Zusammenarbeitspflicht der UN-Charta (Art. 1 Nr. 3 iVm. Art. 56) und gehört zu den Prinzipien des internationalen Rechts.<sup>74</sup> Der Infektionsschutz entwickelte sich im Rahmen der drei Sanitätskonventionen zu einer zwischenstaatlichen Angelegenheit, wobei die Internationalen Gesundheitsvorschriften (IGV) das völkerrechtliche Kooperationsgebot auf dem Gebiet der Pandemiebekämpfung manifestieren.<sup>75</sup>

Das Eingreifen der rechtfertigenden Pflichtenkollision hängt von der Gleichrangigkeit der Pflichten ab. Konkurrieren gleichwertige Pflichten ist der Täter, ungeachtet welcher Pflicht er nachkommt, gerechtfertigt, wobei er im Fall von ungleichwertigen Handlungspflichten die höherrangige zu erfüllen hat.<sup>76</sup> Für die Ermittlung der Gleichwertigkeit sind v.a. die Art der Rechtsgüter, der ihnen drohende Gefahrengrad und die individuelle Pflichtenbindung miteinzubeziehen.<sup>77</sup>

Übertragen kann die Regierung durch Nichtsicherung der Impfstoffmenge infolge eines nichterlassenen Exportverbots und actu einer gleichwertigen Solidaritätspflicht nachgekommen sein. Das Rangverhältnis von nationalem und EU-Recht außer Acht gelassen, bereitet das Austarieren der **erstrangigen Versorgung der eigenen Bevölkerung** und der **alternativen Zusage dieser Impfstoffmenge an andere Länder** unter dem Blickwinkel der Impfstoffknappheit Schwierigkeiten, denn in jedem Fall geht es um das Leben von Menschen (Art der Rechtsgüter). Zu berücksichtigen ist, wie folgenreich eine Erkrankung für den Einzelnen unter den gegebenen Umständen

<sup>69</sup> Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 884 (885).

<sup>70</sup> Erb, <https://erb.jura.uni-mainz.de/files/2021/03/Gutachten-Coronaimpfstoff.pdf>, S. 5.

<sup>71</sup> BGHSt 16, 155 (158); Gaede in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 13 Rn. 20; a.A. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl. (1988), S. 170 f.

<sup>72</sup> Rengier Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2020), § 49 Rn. 39.

<sup>73</sup> Krit.: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--18-august-2020>.

<sup>74</sup> WD 2-3000-038/20, S. 39.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Satzger, Jura 2010, 753 (755).

<sup>77</sup> Ibid. 756.

sein kann (Gefahrengrad). D.h. primär, was für ein medizinischer Versorgungsstand das Land aufweist, wobei Entwicklungsländer häufig hohe Verwundbarkeitsgrade aufweisen (Bsp. das überlastete indische Gesundheitssystem durch Ausbreitung der Mutante). Dem steht die grundgesetzlich konstituierte Position der Regierung gegenüber, mit der es unvereinbar wäre, durch enorme Ausfuhren selbst eine existenzielle Notlage in Kauf zu nehmen. Doch ist auch zum Vorteil der eigenen Bevölkerung zu beachten, dass die Pandemie nur bekämpft werden kann, wenn alle Länder gegen das Infektionsgeschehen vorgehen und Mutationsmöglichkeiten ausbleiben.

Gleichzeitig ist zu unterscheiden: Auf europäischer Ebene besteht eine enge Solidargemeinschaft, ein gegenseitiges Geben und Nehmen, weshalb im Fall eines Exportverbots in andere EU-Staaten – auch mit Blick auf die geografische Lage Deutschlands – die Annahme gleichwertiger europäischer Pflichten überzeugen mag. Gegenüber Drittstaaten fehlt eine derartige Verbundenheit, was unter der verfassungsrechtlichen Pflichtenbindung der Regierung die höherrangige Einstufung der nationalen Garantienpflichten rechtfertigen würde. Die Erfüllung globaler Solidaritätspflichten zulasten der Deutschen ließe sich also durch die Pflichtenkollision nicht rechtfertigen.

Indes wurde gesamt Betrachtend ein Mittelweg gewählt, indem mit dem Erfordernis von Ausfuhrgenehmigungen ein interessen ausgleichendes Kontrollsystem geschaffen wurde. Der Schutz der eigenen Bevölkerung und die Solidarität stehen in einem Spannungsverhältnis und hängen doch untrennbar zusammen. Der Rechtfertigungsgrund passt nicht vollends auf das politische Staatshandeln der Regierung, die alle Positionen in ihre Abwägungsentscheidungen einzubinden hat und nie bloß **einer** Pflicht Rechnung trägt. Denn die eigene Bevölkerung kann eben nicht durch das komplette Abschotten der eigenen Ressourcen und ohne Unterstützung der anderen Länder zufriedenstellend langfristig geschützt werden.

## VII. Ergebnis

Nach einer intensiven Beschäftigung mit den einzelnen Prüfungspunkten des Unterlassungsdelikts lässt sich ein eindeutiges Ergebnis auf die Fragestellung des Beitrags formulieren. Die Mitglieder der Bundesregierung haben sich weder wegen vollendeten noch versuchten Totschlags bzw. gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen (bzw. im Amt) strafbar gemacht.

Nicht von der Hand zu weisen ist die Tatsache, dass es zu Impfverzögerungen kam, wobei bei den Bestellungen nicht zuletzt das Pokerspiel darüber, welcher Impfstoff zuerst zugelassen wird, unglücklich verlief. Trotz alledem ist die Corona-Pandemie eine beispiellose Ausnahmesituation, die sich durch wissenschaftliche Unkenntnis, Desinformation und unüberschaubaren Risiken auszeichnet. Letztlich hat sich eine risikoreiche Strategie am Beispiel der USA und UK freilich ausgezahlt, doch ständen wohl umgekehrt strafrechtliche Vorwürfe im Raum, wenn enorme Investitionen und vorschnelle Bestellungen in erfolglose Impfstoffpräparate geflossen wären.

In rechtlicher Hinsicht überzeugen die Begründungen von Erb nicht. Insbesondere an juristisch streitigen Punkten, an denen größerer Begründungsaufwand geboten gewesen wäre (wie die Einbeziehung des Amtseids oder die Kausalität), spart er argumentative Ausführungen ein. An die Stelle einer schlüssigen Beurteilung, treten rechtliche Lücken und pauschale Unterstellungen. Die Bejahung einer Garantienstellung der Regierungsglieder ist von Grund auf mit verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen unvereinbar. Die Diskrepanz lässt sich auf den politischen Ermessensraum zurückführen, der für praktisch angepassstes Staatshandeln unentbehrlich ist. Der Einwand von Kollegen der Juristerei, der von Erb bestrittene Weg über die Presse berge die Gefahr eines vorschnellen Fazits der Bevölkerung, findet seine Berechtigung, rückt seine These dennoch in ein anderes Licht, wenn dieser als Hauptintention darlegt, die Regierung über eine öffentliche Debatte wachzurütteln<sup>78</sup>.

## ► Inhaltsverzeichnis



<sup>78</sup> Erb, ▶ <https://erb.jura.uni-mainz.de/files/2021/02/Coronaimpfstoff-Replik-Ogorek-.pdf>, Replik S. 3.

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

© iuratio / Adobe Stock / 91251401



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

**Rechtsanwälte (m/w/d)**

**Referendare (m/w/d)**

**Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)**

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | [karriere@brp.de](mailto:karriere@brp.de) | [www.brp.de/karriere](http://www.brp.de/karriere)



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · [www.brp.de](http://www.brp.de)

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

## KLAUSUR – ZIVILRECHT

Quetzal Rojano-Adam\*/Tim-Erik Held\*\*

### „Äpfel und Birnen“ Examensübungsklausur

#### Sachverhalt

Die GrüneHeimat GmbH (G) verfolgt die Geschäftsidee, jungen, umweltbewussten Unternehmen landwirtschaftliche Flächen pachtweise zur Verfügung zu stellen und gegebenenfalls durch die Vergabe von Krediten in der Gründungsphase zu helfen. Die Geschicke der G werden seit einigen Jahren vom alleinigen Geschäftsführer Xaver (X) geleitet, was im Handelsregister auch eingetragen und ordnungsgemäß bekanntgemacht wurde. X befindet sich stets auf der Suche nach potenziellen Vertragspartnern und kontaktiert dafür gezielt Unternehmen, die dem Anforderungsprofil der G entsprechen.

Paul (P) betreibt ein solches Unternehmen. Mit seinem Start-up „Ugly Fruits“ möchte er die Konsumenten dazu bewegen, weniger auf das Äußere von Obst und Gemüse zu achten, sondern Faktoren wie den Geschmack und die Regionalität in den Vordergrund zu stellen. Dafür bewirtschaftet P auf seinem Privatgrundstück ein Gewächshaus, in dem verschiedenes Gemüse angebaut wird. P ist über die Anfrage des X hochofreut und sieht darin eine willkommene Expansionschance. Um die Produktpalette um verschiedenes regionales Obst zu erweitern, vereinbart P mit der G die Pacht einer Streuobstwiese, die in deren Eigentum steht. Darüber hinaus gewährt die G dem P einen Kredit in Höhe von 100.000 €, welcher in vollem Umfang durch eine Briefhypothek am Privatgrundstück des P besichert wird. Diese wird im Grundbuch zugunsten der G eingetragen und sie erhält den Hypothekenbrief. Die Kreditsumme wird dem P schließlich ausgezahlt.

Zu Beginn der Pachtzeit trifft sich P mit X um die Streuobstwiese in Besitz zu nehmen. Irrtümlicherweise biegen P und X an einer Weggabelung in den falschen Waldweg ein, weshalb sie letztlich auf der Streuobstwiese des Nachbarn Norbert (N) landen. Zwar sind beide darüber verwundert, dass auf dem Grundstück bereits zehn Kisten mit geernteten Äpfeln stehen, gehen aber davon aus, dass es sich um das Resultat einer in der Gegend immer wieder vorkommenden Ernte durch Unbefugte handelt. Tatsächlich hatte N diese am Tag zuvor geerntet. Auch wundert sich X über das vermeintliche „Verschwinden“ eines markanten Gesteinsbrockens, der sich eigentlich an der Nordseite des Pachtgrundstücks befinden sollte. Er hatte sich unmittelbar nach dem Erwerb des Grundstücks vor einigen Jahren selbst maßlos über den massiven Stein geärgert, da ihm ein Fachmann versicherte, man könne ihn „mit keinem Kran der Welt auch nur einen Zentimeter bewegen“. X zweifelt daraufhin an seinem Verstand, erwähnt diesen Umstand aber nicht gegenüber P. Die sich aufdrängende Möglichkeit einer Grundstücksverwechslung kommt X nicht in den Sinn. Deshalb gestattet er P, die Streuobstwiese in Besitz zu

nehmen. Die Äpfel in den Kisten könne sich P ebenfalls „nehmen“.

Als der nichtsahnende N zwei Wochen darauf zu seiner Streuobstwiese fährt, um die zehn Kisten abzuholen, klärt sich die Verwechslung auf. P hat in der Zwischenzeit 20 Kisten Birnen geerntet. N und P sind sich in der Folge allerdings uneins, wem die geernteten Früchte gehören.

**Aufgabe 1: Klären Sie in einem Rechtsgutachten, wer Eigentümer jeweils der Äpfel und der Birnen ist!**

#### Fortsetzung:

Mithilfe des Kredits hat sich P eine Sämaschine, die eigens zur Bewirtschaftung von Gewächshäusern konzipiert wurde, angeschafft und verwendet sie fortan in seinem Gewächshaus. Dies war auch dringend notwendig, da der mittlerweile einige Mitarbeiter beschäftigende Betrieb in der Zwischenzeit ohne derartige technische Großgeräte nicht mehr lukrativ fortzuführen wäre. Nach einigen Monaten gerät P dennoch in Zahlungsschwierigkeiten und übereignet die Sämaschine sicherungshalber an die B-Bank GmbH (B), um weitere Kredite besichern zu können. Doch auch diese Maßnahme bewirkt keine nachhaltige Verbesserung der Liquiditätssituation, sodass P weitere Forderungen nicht bedienen kann. Einer der Gläubiger, der Saatguthersteller S erstreitet wegen einer nicht bedienten Geldforderung gerichtlich einen vollstreckbaren Titel und betreibt die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des P. Der beauftragte Gerichtsvollzieher beschlagnahmt die Sämaschine auf dem Privatgrundstück des P.

Als die B davon erfährt, sieht sie die Sicherung ihrer Forderungen gegen P in Gefahr. Sie möchte deshalb in Erfahrung bringen, ob sie selbst oder der P gegen die Beschlagnahme vorgehen können und wendet sich an einen Rechtsanwalt.

**Aufgabe 2: Erstellen Sie das Gutachten des Rechtsanwalts!**

#### Fortsetzung:

Inzwischen hat auch die G von den Zahlungsschwierigkeiten des P erfahren. Deshalb entschließt sich X dazu, den „faulen“ Kredit möglichst schnell loszuwerden und tritt die Darlehensrückzahlungsforderung in öffentlich beglaubigter Form unter Übergabe des Hypothekenbriefs an die B ab. Dabei blieb aber unerkannt, dass X zum Zeitpunkt der Abtretung wegen einer Psychose geschäftsunfähig war. Die B wiederum tritt die Forderung an die C-Bank GmbH (C) ab und übergibt den Hypothekenbrief, wobei sich deren Geschäftsführer die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung zwischen der G und der B vorlegen lässt. Ebenfalls nimmt deren Geschäftsführer Einsicht ins Grundbuch, wo

\* Quetzal Rojano-Adam ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Eberhard Karls Universität in Tübingen

\*\* Tim-Erik Held ist wissenschaftlicher Mitarbeiter einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Berlin.

die G als Inhaberin der Hypothek eingetragen ist. Eine öffentliche Beglaubigung der Abtretung zwischen der B und der C erfolgt nicht.

Als der Darlehensrückzahlungsanspruch fällig wird, verlangen sowohl die G als auch die C Zahlung von 100.000 € von P.

**Aufgabe 3: Haben die G-GmbH, die C-Bank oder beide einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 Euro gegen P?**

#### **Bearbeitungshinweis**

- 1. Auf alle durch den Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ist, ggf. hilfsgutachterlich, einzugehen.**
- 2. Bei der Aufgabe 1 kann unterstellt werden, dass P in jeglicher Hinsicht redlich ist.**
- 3. Bei Aufgabe 2 ist die Prüfung der Zulässigkeit etwaiger Rechtsbehelfe erlassen. Es ist davon auszugehen, dass ein ordnungsgemäßer Vollstreckungsauftrag des S vorlag.**

## Gliederung

### A) Aufgabe 1

#### I. Eigentum an den bereits geernteten Äpfeln

1. Eigentumsverhältnisse vor dem Ernten der Äpfel
2. Eigentumserwerb des N durch das Ernten der Äpfel
3. Eigentumserwerb des P durch „Überlassung“?
  - a) Originärer Eigentumserwerb gemäß §§ 956, 957 BGB
  - b) Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb gemäß § 929 S. 1 BGB von P
  - c) Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb gemäß § 929 S. 1 BGB von P durch X
    - aa) Einigung
    - bb) Übergabe
      - (1) Voraussetzungen der Übergabe
        - (a) Objektive Voraussetzungen der Übergabe
          - (aa) Besitz der G
          - (bb) Aufgabe des Besitzes der G
          - (cc) Besitzbegründung des P
          - (dd) Zwischenergebnis
        - (b) Subjektive Voraussetzungen der Übergabe
          - (2) Zwischenergebnis: Übergabe
- cc) Eigentum
- d) Erwerb vom Nichtberechtigten §§ 929 S. 1, 932 BGB

#### 4. Ergebnis: Eigentum des N

#### II. Eigentum an den später geernteten Birnen (20 Kisten)

1. Eigentumserwerb des P nach § 954 BGB
2. Eigentumserwerb des P bzw. der G nach § 955 Abs. 1 BGB
3. Eigentumserwerb des P nach § 955 Abs. 2, 1 BGB
4. Eigentumserwerb des P nach § 956 BGB
5. Eigentumserwerb des P nach §§ 956, 957 BGB
  - a) § 956 Abs. 1 S. 1 BGB
  - b) §§ 956 Abs. 1 S. 1 iVm. § 957 BGB
    - aa) Voraussetzungen des § 957 BGB
    - bb) Analogie zu § 935 BGB
    - cc) Zwischenergebnis
  - c) Zwischenergebnis
6. Ergebnis

### B) Aufgabe 2

#### I. Vorgehen der B-Bank

1. Drittwiderspruchsklage der B-Bank
  - a) Eigentum der B-Bank als „die Veräußerung hinderndes Recht“
    - aa) Eigentumsverhältnisse an der Sämaschine
    - bb) Sicherungseigentum als Interventionsrecht
  - b) Zwischenergebnis zu § 771 ZPO
2. Vollstreckungserinnerung der B-Bank

#### II. Vorgehen des P

1. Vollstreckungserinnerung des P
  - a) Ordnungsgemäßer Vollstreckungsauftrag
  - b) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen
  - c) Gewahrsam des P
  - d) Pfändungsverbot aus § 811 Abs. 1 Nr. 4 ZPO
  - e) Pfändungsverbot aus § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO
  - f) Pfändungsverbot aus § 865 Abs. 2 S. 1 ZPO
    - aa) Sämaschine als Zubehör nach § 97 BGB
    - bb) Eigentum des P
    - cc) Keine Enthftung
    - dd) Zwischenergebnis
2. Ergebnis

### C) Aufgabe 3

#### I. Anspruch der G auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück des P gemäß § 1147 BGB

1. Rechtsfähigkeit der G
2. G-GmbH als Inhaberin einer Hypothek am Grundstück des P
  - a) Ersterwerb der Hypothek durch die G, §§ 873 Abs. 1, 1113 BGB
    - aa) Einigung über die Bestellung einer Hypothek, §§ 873 Abs. 1, 1113 Abs. 1 BGB
    - bb) Eintragung der Hypothek im Grundbuch, §§ 873 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB
    - cc) Berechtigung des P
    - dd) Briefübergabe §§ 1116 Abs. 1, 1117 Abs. 1 BGB
    - ee) Entstehen der gesicherten Forderung
    - ff) Zwischenergebnis
  - b) Zweiterwerb der Hypothek durch B
    - aa) Erwerb gemäß §§ 398, 1154 Abs. 1, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB
      - (1) Geschäftsführeramt des X
      - (2) Willenserklärung des X
    - bb) „Gutgläubiger“ Erwerb gemäß §§ 892 Abs. 1, 398, 1154 Abs. 1, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB
    - cc) Ergebnis
  - c) Zweiterwerb der Hypothek durch die C
    - aa) Erwerb gemäß §§ 398, 1154 Abs. 1, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB
    - bb) Erwerb vom Nichtberechtigten gemäß §§ 398, 1154 Abs. 1, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1, 892 Abs. 1, 1155, 1138 Var. 1 BGB
      - (1) Rechtsgeschäftlicher Erwerb
      - (2) Verkehrsgeschäft
      - (3) Grundbucheintragung des Veräußerers
      - (4) Forderungsinhaberschaft der B
      - (5) Keine Kenntnis der C iSd. § 892 Abs. 1 S.1 BGB
      - (6) Kein Widerspruch, §§ 892 Abs. 1 S. 1, 1140 S. 2 BGB
      - (7) Zwischenergebnis
    - cc) Zwischenergebnis

#### 3. Zwischenergebnis

#### II. Anspruch der G aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB

auf Darlehensrückzahlung iHv. 100.000 € gegen P

#### III. Ansprüche der C-Bank

## Gutachten

### A) Aufgabe 1

Fraglich ist, wer jeweils Eigentümer der 10 Kisten Äpfel und der 20 Kisten Birnen ist.

#### I. Eigentum an den bereits geernteten Äpfeln

Daher stellt sich zunächst die Frage, wer ursprünglicher Eigentümer der 10 Kisten Äpfel war und ob der ursprüngliche Eigentümer das Eigentum an einen Dritten verloren hat.

##### 1. Eigentumsverhältnisse vor dem Ernten der Äpfel

Vor der Trennung vom Apfelbaum waren die Äpfel als wesentliche Bestandteile des Grundstücks des N nicht sonderrechtsfähig, §§ 94 Abs. 1 S. 1, 93 BGB. So bestand auch zunächst kein Sonderrecht an den Äpfeln.

##### 2. Eigentumserwerb des N durch das Ernten der Äpfel

Mit Erlangung der Sonderrechtsfähigkeit könnte N Eigentümer der Äpfel geworden sein. N könnte die Äpfel durch „Trennung“ von der Muttersache („Ernte“), gemäß § 953 1. Var BGB unmittelbar kraft Gesetzes erworben haben. Nach § 953 1. Var BGB gehören die Erzeugnisse einer Sache auch nach deren Trennung dem Eigentümer der Muttersache, wenn sich nicht aus den §§ 954-957 BGB ein anderes ergibt. Trennung meint den äußeren Vorgang, durch den eine selbständige bewegliche Sache entsteht. Bei der Trennung handelt es sich um einen Realakt.<sup>1</sup> N ist Eigentümer der Streuobstwiese. N erntete Äpfel vom Baum der seinerseits Bestandteil Streuobstwiese ist, § 94 Abs. 1 S. 1 BGB. Auch einer der in §§ 954-957 BGB vorgesehenen Fälle liegt nicht vor. Folglich erlangte N durch die Trennung der Äpfel vom Baum das Eigentum an diesen. N ist mithin als ursprünglicher Eigentümer anzusehen.

##### 3. Eigentumserwerb des P durch „Überlassung“?

Weiter könnte N sein Eigentum an den 10 Kisten Äpfeln an P verloren haben. Anknüpfungspunkt ist hierbei die Gestattung des X, die Streuobstwiese (des N) in Besitz zu nehmen und die sich dort befindlichen Äpfel in den Kisten an sich zu „nehmen“.

##### a) Originärer Eigentumserwerb gemäß §§ 956, 957 BGB

Von einem originären Eigentumserwerb gemäß §§ 956, 957 BGB ist indessen nicht auszugehen, da mit Eintritt des originären Erwerbs des N gemäß § 953 1. Var BGB ein eigenständiges Recht (Eigentum) an den Äpfeln begründet wurde und so kein Raum für eine Prüfung der Vorschriften des Erwerbs nach §§ 953 ff. BGB mehr verbleibt.<sup>2</sup> In diesem Lichte ist auch das von X zum Zeitpunkt der Besitzüberlassung Gesagte auszulegen. Ein objektiver Dritter aus dem Verkehrskreise des P kann in der Äußerung des X allenfalls einen Antrag auf Übereignung nach §§ 929 ff. BGB verstehen, §§ 133, 157 BGB.

##### b) Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb gemäß § 929 S. 1 BGB von P

Ferner hat N auch nicht mit P kontrahiert. Eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB liegt in diesem Personenverhältnis nicht vor.

#### c) Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb

##### gemäß § 929 S. 1 BGB von P durch X

Jedoch könnte P im Wege derivativen Erwerbs von X Eigentum an den 10 Kisten Äpfeln erlangt haben. Tatbestandlich setzt das mehraktige Rechtsgeschäft des § 929 S. 1 BGB voraus, dass die Sache dem Erwerber übergeben wird und die Parteien einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Zudem muss der Veräußernde auch Eigentümer der Sache gewesen sein.

##### aa) Einigung

Indem X als Geschäftsführer in Vertretung der G (§ 164 Abs. 1 BGB iVm. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG) erklärte, P könne sich die bereits geernteten Äpfel in den Kisten nehmen, haben sich P und die G über den Eigentumsübergang geeinigt, §§ 133, 157 BGB. Eine Einigung der Parteien liegt vor.

##### bb) Übergabe

Unklar ist, ob auch eine Übergabe durch die Parteien vollzogen wurde. Nach allgemeinem Verständnis bezeichnet die Übergabe „die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes ... Sie geschieht regelmäßig durch körperliches Geben und Nehmen“.<sup>3</sup> Eine Übergabe ist hier für einen Dritten nicht offensichtlich. X bedeutet dem P lediglich, dass dieser sich die Sache nehmen könne. Ein „körperliches Geben“ im Sinne des obigen Verständnisses ist nicht ersichtlich. Einzig und allein das „körperliche Nehmen“ ist erfolgt. Der Vorgang zwischen den Parteien weicht so vom regelmäßigen Übergabeverständnis ab. Daher ist fraglich, ob in dem Ansichnehmen des P eine Übergabe zu sehen ist.

##### (1) Voraussetzungen der Übergabe

Eine gesetzliche Definition der Übergabe ist im BGB nirgends ersichtlich. In Abgrenzung zur bloßen Besitzerlangung sowie zur verbotenen Eigenmacht (§ 858 Abs. 1 BGB) sowie unter Berücksichtigung sachenrechtlicher Grundprinzipien und der Funktion der Übergabe im Rahmen der Eigentumsübertragung ergeben sich allerdings folgende Voraussetzungen: Objektiv setzt die Übergabe voraus, dass der Veräußerer den (Eigen-)Besitz aufgibt und der Erwerber den Besitz begründet bzw. das Besitzzuweisungsrecht erwirbt. In subjektiver Hinsicht ist Einverständnis über den Wechsel im Eigenbesitz erforderlich.<sup>4</sup> So wird der Veräußerer in hinreichendem Maße vor der Konsequenz der Übereignung geschützt und gewarnt und damit die Ernstlichkeit seines Verfügungswillens zum Ausdruck gebracht.<sup>5</sup> Zudem wird die Rechtsübertragung ausreichend publik gemacht.<sup>6</sup>

##### (a) Objektive Voraussetzungen der Übergabe

###### (aa) Besitz der G

Fraglich ist zunächst, ob die G Besitzerin der Äpfel war. X ist Alleingeschäftsführer der G. Der Geschäftsführer ist nicht Besitzdiener. Die von ihm ausgeübte tatsächliche Sachherrschaft sowie sein Sachherrschaftswille wird der GmbH als Organbesitz zugerechnet. Diese ist dann Besitzer iSd. des Gesetzes.<sup>7</sup> Fraglich ist also, ob der X als Organwalter der G die tatsächliche Sachherrschaft über die Äpfel mit entsprechendem Sachherrschaftswillen hatte, vgl. § 854 Abs. 1 BGB.<sup>8</sup> Wie auch bezüglich der

<sup>1</sup> Oechsler, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 953 Rn. 6.

<sup>2</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 11 Rn. 42.

<sup>3</sup> Vgl. Oechsler, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 929 Rn. 49.

<sup>4</sup> Überblickartig: Oechsler, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 929 Rn. 49-63.

<sup>5</sup> Oechsler, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 929 Rn. 452.

<sup>6</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 3 Rn. 3.

<sup>7</sup> Altmeppen, in: Altmeppen, 10. Aufl. (2021), GmbHG § 35 Rn. 119.

<sup>8</sup> Zur Diskussion, ob für die Übergabe auf die *Detentio* oder die *Possessio* abzustellen ist: Oechsler, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 929 Rn. 50 f. Dazu auch Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 3 Rn. 1 ff.

„Übergabe“ existiert hinsichtlich der tatsächlichen Sachherrschaft keine gesetzliche Definition.

Nach einer Ansicht ergibt sich der Begriff der tatsächlichen Sachherrschaft aus den anzuerkennenden Voraussetzungen für das Bestehen einer tatsächlichen Sachherrschaft und kann demnach als eine von einem natürlichen Besitzwillen getragene tatsächliche Machtbeziehung einer Person zu einer Sache bestimmt werden.<sup>9</sup> Der Rechtsbegriff der tatsächlichen Sachherrschaft erfordert eine auf den Tatsachen des Lebens beruhende Machtbeziehung einer Person zu einer Sache. Die Machtbeziehung ist ein Verhältnis zur Sache, das der Person physische Einwirkungen auf die Sache ermöglicht.<sup>10</sup> Ausschlaggebendes Kriterium ist hiernach die physische Einwirkungsmöglichkeit. Zwar wirkt der X nicht physisch-real auf die Äpfel ein (hält sie bspw. in den Händen); die Möglichkeit der Einwirkung ist dennoch entscheidend. Zum Zeitpunkt des Geschehens war X den Äpfeln räumlich so nahe, dass er wohl jederzeit auf sie hätte einwirken können. Gleichzeitig war der vorherige Besitzer N nicht in räumlicher Nähe der Äpfel und hatte folglich keine Möglichkeit zur physischen Einwirkung. Eine ausreichende Machtbeziehung bestand mithin nur bei X. Auch war diese vom natürlichen Besitzwillen des X getragen, da dieser in festem Glauben an das Eigentum an der Sache handelte und so ohnehin davon ausging, als Organ der G deren Eigentum und Besitz zu verwalten. Er war sich seiner Machtbeziehung zur Sache bewusst. Folglich ist nach dieser Ansicht von tatsächlicher Sachherrschaft des X auszugehen. Die G war demnach durch X auch Besitzerin.

Nach anderer Ansicht entscheidet die Verkehrsauffassung, ob jemand die tatsächliche Gewalt an einer Sache erlangt bzw. immer noch innehat.<sup>11</sup> Besitz müsse als soziale Tatsache auch aus der Sicht der Gesellschaft bzw. des Verkehrs bestimmt werden.<sup>12</sup> Hierbei seien verschiedene Aspekte einzubeziehen. Beispielsweise mag die tatsächliche Sachherrschaft einer Person eher zu bejahen sein, wenn der Person den Eindruck erweckt, auch eine rechtliche Befugnis an der Sache zu haben.<sup>13</sup> Dabei komme es weniger auf die wahre Rechtslage als darauf an, ob die Nähebeziehung zur Sache als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint.<sup>14</sup> Das Kriterium der physischen Einwirkungsmöglichkeit könne schon nicht ausschlaggebend sein, denn in § 856 Abs. 2 BGB komme bereits zum Ausdruck, dass auch ohne aktuelle physische Einwirkungsmöglichkeit Besitz bestehen könne. Entscheidend sei vielmehr, dass die Gesellschaft die Sache noch als zur Sphäre des Geschützten gehörig anerkenne und damit den Zugriff durch einen Anderen nach allgemeiner Übung als unwahrscheinlich erscheinen lasse.<sup>15</sup> Nach dieser Ansicht wäre schon die tatsächliche Sachherrschaft des N nicht durch seine vorübergehende Abwesenheit beendet. Der Besitzer kann Sachen ohne weiteres für einen späteren Zugriff auf seinem Grundstück belassen, ohne seine tatsächliche Sachherrschaft zu verlieren. Auch wenn X zum Zeitpunkt der Übereignung räumlich näher an der Sache stand, so führt die seinerseits irriige Annahme der Zugehörigkeit der Äpfel zum Vermögen der G nicht dazu,

dass der Rechtsverkehr dieser folgt und hieraus auf die tatsächliche Sachherrschaft des X schließt. Um den N aus seiner Besitzposition zu verdrängen, müsste X sich der Äpfel vielmehr in einer Weise bemächtigen, die eine Aktualisierung der Zugriffsmöglichkeit des N eindeutig ausschließt. Das bloße Betreten des Grundstücks, auf dem die Äpfel liegen und das Auftreten als deren Eigentümer genügt hierfür nicht. Der Besitz der G wäre demnach zu verneinen.

Die Ansichten führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Es bedarf daher eines Entscheides. Gegen letztere Ansicht wird angeführt, sie stelle wegen ihrer Unbestimmtheit eine „gefährliche Leerformel“<sup>16</sup> dar und vermöge so nur schwerlich dem gesetzlich unbestimmten Begriff der tatsächlichen Sachherrschaft (s. o.) Kontur zu verschaffen. Der Verkehr kenne die rechtlichen Voraussetzungen des Besitzes nicht und könne sie so auch nicht einschätzen, sodass der Verweis auf die Verkehrsanschauung nichtssagend ist. Das Abstellen auf den Verkehr könne außerdem dazu verleiten, eine genaue Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen des Besitzes zu unterlassen.<sup>17</sup> Dies ginge zu Lasten der Rechtssicherheit. Doch verkennt die erste Ansicht aufgrund ihres eher formalistischen Begründungsversuchs, dass auch der Begriff der „Machtbeziehung“ oder der „physischen Einwirkungsmöglichkeit“ auslegungsbedürftig ist und Restzweifel bestehen bleiben können. Der erstrebten Sicherheit ist damit wenig gedient. Diese Anschauung nähert sich weitestgehend dem Gewahrsamsbegriff an und ist somit bereits für die Funktion des § 854 Abs. 1 BGB als Ausgangspunkt des Besitzschutzes zu eng, denn sie würde zu deutlich erhöhten Besitzschutzkosten, etwa durch Einzäunungen und Wachpersonal führen. Ferner würde erste Ansicht auch praktischen Bedürfnissen des Warenverkehrs nicht ausreichend gerecht denn sie würde Güterproduktion und -übertragung erschweren. Die Kritik am Abstellen auf die Verkehrsanschauung ist indessen unbegründet: Mit der statistischen Wahrscheinlichkeit des Fremdzugriffs existiert gerade ein geeignetes Kriterium, die Achtung des Rechtsverkehrs vor dem Besitz eines anderen also die Verkehrsanschauung handhabbar zu machen. Auch wird diese Ansicht dem Verständnis des Besitzes als soziale Tatsache, die Schutz verdient und die Güterzuordnung indiziert am besten gerecht. Bessere Gründe sprechen daher dafür, mit der Bestimmung der tatsächlichen Sachherrschaft nach der Verkehrsauffassung zu gehen.

#### Hinweis

Auch können vorausdenkende Bearbeiter den Streitentscheid iRd. Übergabe offenlassen, wenn Sie erkennen, dass der Erwerb nach § 929 S. 1 BGB jedenfalls am fehlenden Eigentum der G scheitert und beim Erwerb vom Nichtberechtigten ohnehin nach erster Ansicht § 935 Abs. 1 S. 1 BGB einschlägig wäre. Folglich ist ein derivativer Eigentumserwerb des P ausgeschlossen, egal welcher Ansicht man folgt.

<sup>9</sup> Schäfer, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 854 Rn. 21.

<sup>10</sup> Schäfer, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 854 Rn. 23-25.

<sup>11</sup> Fritzsche, in: BeckOK BGB, 58. Ed. (2021), § 854; Götz, in: BeckOGK BGB, (2021), § 854 Rn. 55.

<sup>12</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 4 Rn. 1.

<sup>13</sup> Fritzsche, in: BeckOK BGB, 58. Ed. (2021), § 854 Rn. 20.

<sup>14</sup> Gutzeit, in: Staudinger, (2018), BGB § 854 Rn. 11.

<sup>15</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 4 Rn. 1.

<sup>16</sup> Schäfer, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 854 Rn. 22. Kritisch auch: Ernst, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, 1992, 42 f.; Füller, Eigenständiges Sachenrecht? 2006, 278; Hartung, Besitz und Sachherrschaft, 2001, 128 ff.; Quitmann, Eigentums- und Besitzschutz im deutschen und englischen Recht, 2011, 144 f.; Herrmann, in: GS Eckert, 2008, 323 (333); Kegel, in: FS Caemmerer, 1978, 149 (151); Klinck, in: Staudinger-Eckpfeiler, 7. Aufl. (2020), U. 24 ff.

<sup>17</sup> Schäfer, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 854 Rn. 21, 22.

Falls hinsichtlich des Besitzes erstere Auffassung vertreten wird ergibt sich folgender Lösungsweg:

### // Hilfgutachten

#### (bb) Aufgabe des Besitzes der G

Weiter müsste die G (durch A) auch endgültig und vollständig die Sachherrschaft aufgeben haben, und zwar so, dass „nicht mehr der geringste Rest eines Besitzes“<sup>18</sup> in ihrer Hand verbleibt.<sup>19</sup> Dies ist spätestens mit der Begründung der faktischen Machtbeziehung des P zu den Äpfeln der Fall.

#### (cc) Besitzbegründung des P

Auf der Erwerberseite sind die objektiven Anforderungen an eine Übergabe erfüllt, wenn der Erwerber Besitz an der Sache begründet. Hinreichend ist die Begründung der tatsächlichen Sachherrschaft iSd. § 854 Abs. 1 BGB.<sup>20</sup> Dies ist der Fall.

#### (dd) Zwischenergebnis

Im Zwischenergebnis sind so die objektiven Voraussetzungen der Übergabe erfüllt.

#### (b) Subjektive Voraussetzungen der Übergabe

Die Übergabe setzt in subjektiver Hinsicht einen Konsens zwischen Veräußerer und Erwerber über den Wechsel im Eigenbesitz voraus.<sup>21</sup> Der Wechsel im Eigenbesitz müsste sich also auch einverständlich vollzogen haben. Hier gibt die Veräußernde G den Eigenbesitz (§ 872 BGB) durch ihren Organwalter X auf und P begründet ihn an ihrer Stelle. Das Einverständnis ist gegeben. Auch die subjektive Voraussetzung ist damit erfüllt.

#### (2) Zwischenergebnis: Übergabe

Zumindest hilfgutachterlich liegt eine Übergabe vor.

#### cc) Eigentum

Mangels Eigentümerstellung scheidet eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB aus. Eine Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten N ist nicht ersichtlich, § 185 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB.

#### d) Erwerb vom Nichtberechtigten §§ 929 S. 1, 932 BGB

Allerdings könnte P das Eigentum gemäß §§ 929 S. 1, 932 BGB von der nichtberechtigten G erworben haben. Eine nach § 929 S. 1 BGB erfolgte Veräußerung ist gegeben (s. o.). Ein Erwerb nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB wäre doch ausgeschlossen, wenn P bei Erwerb der 10 Kisten Äpfel nicht in gutem Glauben war (vgl. § 932 Abs. 2 BGB). P ist jedoch redlich.<sup>22</sup>

Allerdings könnte der Eigentumserwerb durch § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Dies ist der Fall, wenn die Äpfel dem Eigentümer N abhandengekommen sind. Ein Abhandenkommen setzt voraus, dass der Eigentümer den unmittelbaren Besitz verliert. Aus den beiden Beispielen in § 935

Abs. 1 S. 1 BGB folgt zudem, dass der Verlust unfreiwillig erfolgt sein muss.<sup>23</sup> Indem X als Organwalter der G eine tatsächliche Machtbeziehung zu den Äpfeln schuf, verlor N den unmittelbaren Besitz ohne seinen Willen. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ist somit erfüllt. Auch hilfgutachterlich wäre ein Eigentumserwerb danach ausgeschlossen.

### Ende des Hilfgutachtens //

#### 4. Ergebnis: Eigentum des N

Danach hat N auch nicht das Eigentum durch die Überlassung der 10 Kisten Äpfel durch den Organwalter der G verloren. Seit dem originären Eigentumserwerb bestand sein Eigentum an den Äpfeln unentwegt fort.

#### II. Eigentum an den später geernteten Birnen (20 Kisten)

Fraglich ist, wer Eigentümer der von P geernteten Birnen ist. Vor der Trennung vom Birnbaum waren die Birnen als wesentliche Bestandteile des Grundstücks des N nicht sonderrechtsfähig, §§ 94 Abs. 1 S. 1, 93 BGB.

##### 1. Eigentumserwerb des P nach § 954 BGB

Mit der Ernte der Birnen verloren sie den Zusammenhang mit dem Boden. Die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wurde aufgehoben und die Birnen wurden sonderrechtsfähig. Gemäß § 953 BGB gehören die Erzeugnisse einer Sache grundsätzlich auch nach der Trennung dem Eigentümer, soweit sich nicht aus den §§ 954 bis 957 BGB etwas anderes ergibt. P könnte hier gemäß § 954 BGB Eigentümer der Birnen geworden sein. Das setzt voraus, dass er vermöge eines dinglichen Rechts befugt war, sich die Erzeugnisse des Grundstücks, die Birnen, anzueignen. In Betracht käme hier allenfalls ein Recht aus dem Pachtvertrag mit der G. Dieses wäre jedoch in jedem Falle nicht dinglicher Natur. Ein originärer Eigentumserwerb des P nach § 954 BGB scheidet aus.

##### 2. Eigentumserwerb des P bzw. der G nach § 955 Abs. 1 BGB

Gemäß § 955 Abs. 1 BGB erwirbt der gutgläubige Eigenbesitzer das Eigentum an den Erzeugnissen der Sache. Dies könnte der Fall sein.

Als vermeintlicher Pächter des Streuobstwiesengrundstücks des N war P jedenfalls nicht Eigenbesitzer (§ 872 BGB), weshalb er das Eigentum auch nicht nach § 955 Abs. 1 BGB erwerben konnte.

Allerdings könnte G mittels ihres Organwalters X im Eigenbesitz des Grundstücks gewesen sein. Hier ist erneut fraglich, ob die kurze, nur recht lose örtliche Beziehung zum Grundstück überhaupt zur tatsächlichen Herrschaft über die Sache genügt (s.o.). Jedenfalls wäre aber der Eigentumserwerb der G nach § 955 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn der die G unberechtigte Eigenbesitzerin war und bei Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben bezüglich ihrer Berechtigung zur Fruchtziehung war.<sup>24</sup> Die G ist nicht zum Eigenbesitz berechtigt, sie ist nicht

<sup>18</sup> RG, Urt. v. 10.6.1932 – VII 304/31, Rn. 5.

<sup>19</sup> Oechsler, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 929 Rn. 54-56.

<sup>20</sup> Vgl. Oechsler, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 929 Rn. 57 f.

<sup>21</sup> Prot. III 197; Zitat findet sich im Wortlaut auch bei: Wiegand, in: Staudinger, (2017), vor §§ 929 ff. Rn. 21; Oechsler, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 929 Rn. 60.

<sup>22</sup> Dies ist im Bearbeitungsvermerk ausdrücklich vorgegeben.

<sup>23</sup> Vgl. Oechsler, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 935 Rn. 2.

<sup>24</sup> Schermaier, in: BeckOGK BGB, (2021), § 955 Rn. 19.

Eigentümerin oder Käuferin des Grundstücks.<sup>25</sup> Hinsichtlich der Fruchtziehungsberechtigung ist die G nicht in gutem Glauben, wenn sie deren Nichtbestehen kennt oder grob fahrlässig verkennt, vgl. § 932 Abs. 2 BGB.<sup>26</sup> Das Wissen des Geschäftsführers wird der Gesellschaft zugerechnet.<sup>27</sup> X hat entgegen klarer Indizien nicht erkannt, dass es sich bei der Streuobstwiese nicht um das Pachtgrundstück handelt, das im Eigentum der G steht. Spätestens nachdem er das nicht erklärbare „Verschwinden“ des Gesteinsbrockens bemerkte, hätte er sich durch Nachforschungen der Berechtigung der G am Grundstück vergewissern müssen. Er ließ damit außer Acht, was in dieser Situation jedermann hätte einleuchten müssen, nämlich, dass es sich um ein anderes Grundstück handelte, an dem die G weder Eigentum noch ein anderweitiges Fruchtziehungsrecht hatte. Diese grob fahrlässige Unkenntnis des X wird der G zugerechnet. Der Erwerb nach § 955 Abs. 1 S. 1 BGB ist nach S. 2 ausgeschlossen.

### 3. Eigentumserwerb des P nach § 955 Abs. 2, 1 BGB

Ein Eigentumserwerb nach § 955 Abs. 2, 1 BGB setzt ein dingliches Nutzungsrecht an der Muttersache voraus.<sup>28</sup> P hatte kein dingliches Nutzungsrecht am Grundstück.

### 4. Eigentumserwerb des P nach § 956 BGB

P könnte die Birnen jedoch gemäß § 956 BGB erworben haben. Das setzt voraus, dass ein Berechtigter ihm die Aneignung gestattet hatte. Eine solche Gestattung könnte im Abschluss des Pachtvertrags bzw. in der daran anschließenden pachtweisen Besitzeinräumung durch die G zu sehen sein, §§ 133, 157 BGB. Der Abschluss des Pachtvertrages selbst ist grundsätzlich nicht als Aneignungsgestattung iSd. § 956 Abs. 1 S. 1 BGB auszulegen, da sich der Verpächter gerade durch den Pachtvertrag erst verpflichtet, die Aneignung zu gestatten, vgl. § 581 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>29</sup> Indem X als Geschäftsführer der G jedoch dem P gewährte, die Streuobstwiese zur Bewirtschaftung auf Basis des Pachtvertrags in Besitz zu nehmen, hat er diesem zumindest konkludent auch die Aneignung gestattet. Allerdings ist die G nicht Berechtigte im Sinne des § 956 Abs. 1 BGB in Bezug auf das Grundstück, von dem die Birnen stammen. Eine Gestattung durch den Eigentümer N als wahren Berechtigten ist hier nicht ersichtlich.

Auch ist die G nicht nach § 956 Abs. 2 BGB gestattungsberechtigt, insbesondere da sie nicht gutgläubige Eigenbesitzerin gemäß § 955 Abs. 1 BGB ist (s.o.).<sup>30</sup>

### 5. Eigentumserwerb des P nach §§ 956, 957 BGB

In Betracht kommt ferner ein Eigentumserwerb des P an den Birnen nach §§ 956, 957 BGB. Dafür müsste zunächst der Tatbestand des § 956 BGB mit Ausnahme der Berechtigung des Gestattenden erfüllt sein.

#### a) § 956 Abs. 1 S. 1 BGB

Eine Aneignungsgestattung seitens der G ist erfolgt (s.o.). Der Eigentumserwerb tritt mit der Trennung ein, wenn dem Gestattungsempfänger der Besitz an der Muttersache „überlassen“ wurde, d.h. vom Gestattenden bewusst übertragen wurde, § 956 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB.<sup>31</sup> Ohne Besitzüberlassung an der Muttersache tritt der Eigentumserwerb erst mit Besitzergreifung an den getrennten Bestandteilen ein, § 956 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB.<sup>32</sup> P ist zumindest im Zeitpunkt der Ernte im Besitz des Grundstücks. Fraglich ist jedoch, ob ihm dieser Besitz auch seitens der G „überlassen“ wurde, da deren Besitz am Streuobstwiesen Grundstück in gleicher Weise wie der Besitz an den Äpfeln (s.o.) selbst zweifelhaft ist. Die Besitzüberlassung setzt nämlich den Besitz des Überlassenden voraus.<sup>33</sup> Jedenfalls hat P nach der Ernte eigenständig Besitz an den 20 Kisten Birnen ergriffen. Der Tatbestand des § 956 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB ist soweit erfüllt.

#### b) §§ 956 Abs. 1 S. 1 iVm. § 957 BGB

##### aa) Voraussetzungen des § 957 BGB

Ferner müssen die Voraussetzungen des § 957 BGB erfüllt sein. Demnach ist der Eigentumserwerb ausgeschlossen, wenn der Gestattungsempfänger in Bezug auf die Gestattungsberechtigung nicht in gutem Glauben ist, vgl. § 932 Abs. 2 BGB. P ist bei der Trennung bzw. der Ergreifung des Besitzes redlich. Der gesetzliche Tatbestand des §§ 957, 956 Abs. 1 S. 1 BGB ist demnach erfüllt, P würde Eigentum an den Birnen erwerben. Dieses Ergebnis verwundert jedoch im Hinblick auf jenes in Bezug auf die 10 Kisten Äpfel. Der Erwerb des P scheiterte dort am fehlenden Besitz des Veräußerers, der G. Hier dagegen scheint der bloße gute Glaube an die Gestattungsberechtigung nun für einen Eigentumserwerb zu genügen.

§ 957 BGB ist insofern zu weit, als danach die Gestattung letztlich von jedermann erteilt werden könnte, ohne, dass eine Eingrenzung nach objektiven Gesichtspunkten möglich wäre.<sup>34</sup> Im Unterschied zu anderen Gutgläubensvorschriften im BGB scheint die Norm nämlich keinen Publizitätsträger vorauszusetzen, an den der die Berechtigung des Gestattenden ersetzende gute Glaube des Erwerbers anknüpft. Deshalb wird allgemein einschränkend vorausgesetzt, dass der Gestattende in Anlehnung an § 932 BGB selbst Besitzer gewesen sein muss.<sup>35</sup> Die Heranziehung des Besitzes des Gestattenden als Vertrauensbasis erklärt sich dadurch, dass der Fruchterwerb durch Gestattung eine Erscheinungsform der Fahrnisübertragung ist, §§ 956, 957 BGB also einen besonderen Fall der Übereignung künftiger beweglicher Sachen darstellt.<sup>36</sup> Der gutgläubige Fahrniserwerb vom

<sup>25</sup> Schermaier, in: BeckOGK BGB, (2021), § 955 Rn. 6-7.

<sup>26</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 11 Rn. 39; Schermaier, in: BeckOGK BGB, (2021), § 955 Rn. 17.

<sup>27</sup> Altmeyen, 10. Aufl. (2021), GmbHG § 35 Rn. 111.

<sup>28</sup> Allgemeine Meinung, vgl. Schermaier, in: BeckOGK BGB, (2021), § 955 Rn. 9.

<sup>29</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 11 Rn. 42.

<sup>30</sup> Schermaier, in: BeckOGK BGB, (2021), § 956 Rn. 14; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 11 Rn. 50.

<sup>31</sup> Martinek/Heine, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. (2020), § 956 Rn. 9; C. Heinze, in: Staudinger, (2020), BGB § 956 Rn. 31.

<sup>32</sup> Vgl. Berger, in: Jauernig, 18. Aufl. (2021), BGB § 956 Rn. 4.

<sup>33</sup> C. Heinze, in: Staudinger, (2020), BGB § 957 Rn. 3.

<sup>34</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 11 Rn. 42.

<sup>35</sup> RG, Urt. v. 16.5.1924 – VII 582/23, Rn. 9 = RGZ 108, 269 (271); Ebbing, in: Erman BGB, 16. Aufl. (2020), § 957 Rn. 2; Berger, in: Jauernig, 18. Aufl. (2021), § 957 Rn. 1; Kindl, in: BeckOK BGB, 59. Ed. (2021), § 957 Rn. 2. Differenzierend Schermaier, in: BeckOGK BGB, (2021), § 957 Rn. 3-6.1.

<sup>36</sup> C. Heinze, in: Staudinger, (2020), BGB § 957 Rn. 3.

Nichtberechtigten setzt stets den Besitz als objektive Rechtscheinbasis voraus.<sup>37</sup> Dies gilt auch dann, wenn die Muttersache selbst unbeweglich ist.<sup>38</sup>

Es ist zweifelhaft, ob die Gestattende G hier selbst jemals im Besitz der Muttersache war. Bestimmt man die tatsächliche Sachherrschaft der G am Streuobstwiesengrundstück unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung, so ist diese zu verneinen (s. o.); denn parallel zum obigen derivativen Erwerb der Äpfel ist auch hier nach Verkehrsauffassung der N im Zeitpunkt der Gestattung im Besitz der Muttersache, des Grundstücks, gewesen. Nach alledem ist ein Eigentumserwerb nach §§ 956 Abs. 1 S. 1 2. Var, 957 BGB aufgrund des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals des Besitzes des Gestattenden zu verneinen. P hat somit kein Eigentum an den 20 Kisten Birnen erworben.

#### Hinweis

Wenn der Bearbeiter eine andere Auffassung zur Bestimmung der tatsächlichen Sachherrschaft vertritt oder die Problematik um das Erfordernis der Legitimation des Gestattenden durch Besitz an der Muttersache gänzlich verkennt oder aber (begründungsbedürftig) anders entscheidet, dann würde P das Eigentum dann den Birnen erwerben können. Nur sehr gute Bearbeiter werden dann einen möglichen Wertungswiderspruch thematisieren. Dies soll im Folgenden Gegenstand eines Hilfgutachtens sein.

#### // Hilfgutachten 2

#### bb) Analogie zu § 935 BGB

Fraglich ist, ob man die Vorschrift des § 935 BGB analog auf die vorliegende Fallkonstellation anwenden könnte. Regelmäßig wird eine analoge Anwendung des § 935 BGB auf das Abhandenkommen beweglicher (!) Muttersachen in Bezug auf die Früchte und Bestandteile diskutiert (bspw. Abhandenkommen einer Kuh und deren Kälber).<sup>39</sup> Fraglich ist, ob eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik auch dann angezeigt ist, wenn die Muttersache selbst unbeweglich ist und der Eigentümer den Besitz ohne seinen Willen verliert. Hiergegen bestehen erhebliche systematische Bedenken. Zum einen verbietet schon die Wertung der §§ 892 ff. BGB diesen Schluss. Der gesetzlichen Systematik des Grundstücksrechts ist die Idee eines Abhandenkommens fremd. Publizitätsträger ist dort nämlich nicht der Besitz, sondern die Grundbucheintragung. Danach scheidet eine Analogie zu § 935 BGB in der hiesigen Konstellation aus.

<sup>37</sup> RG, Urt. v. 16.5.1924 – VII 582/23, Rn. 9 = RGZ 108, 269 (271): „Diese [...] Meinung findet ihre Stütze in dem grundsätzlichen Standpunkte des BGB., nach dem der gute Glaube des Erwerbers den Mangel der Berechtigung des Veräußerers nur dann zu ersetzen vermag, wenn er eine Grundlage in einem äußeren Tatbestande findet, den im Liegenschaftsrecht regelmäßig die Eintragung in das Grundbuch (§§ 891 flg.), im Fahrnisrecht aber der Besitz (§§ 932 flg., 1006, 1032, 1207) bildet [...]“. Siehe auch C. Heinze, in: Staudinger, (2020), BGB § 957 Rn. 3.

<sup>38</sup> So auch schon im vielzitierten Beispiel von Cosack: „F. bewundert die schönen Trauben eines an die Straße grenzenden Weinberges; ein Witzbold, der des Weges kommt, ruft ihm zu: „pflücken Sie sich Trauben ab, soviel Sie wollen, ich habe noch mehr“; F. folgt dieser Einladung, da er ohne Fahrlässigkeit annimmt, jener Witzbold sei Eigentümer des Weinberges. Hier wird, wenn man sich lediglich an den Gesetzeswortlaut hält, dem F. das Eigentum der von ihm abgepflückten Trauben zuzusprechen sein; denn das Gesetz (957) macht den Eigentumserwerb des F. nur davon abhängig, daß ihm die Traubenlese von

Zu beachten ist allerdings, dass § 935 Abs. 1 BGB im Rahmen des § 957 BGB selbst bei Mobilien nicht direkt zur Anwendung kommt. Allein mit Rücksicht auf den Rechtscheinträger Besitz stellt die Figur des Abhandenkommens bei der Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen eine Korrektur für jene Fälle dar, in denen der Rechtsschein vom Berechtigten nicht zurechenbar gesetzt wurde, weil die Trennung zwischen Besitz und Eigentum gerade ohne seinen Willen geschah.<sup>40</sup> Nur in diesen Fällen überwiegen Verkehrsschutzinteressen das Bestandsinteresse des Rechtsinhabers.<sup>41</sup> Nun verhält es sich bei § 957 BGB jedoch so, dass der Rechtscheinträger unabhängig von der (Un-)Beweglichkeit der Sache im Besitz des Gestattenden zu sehen ist (s.o.). Ein Abstellen auf den unfreiwilligen Besitzverlust am Grundstück erscheint deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen; die systematischen Bedenken greifen nicht durch. Jedoch stützt die hM. die Analogie zu § 935 Abs. 1 BGB bei beweglichen Sachen soweit ersichtlich nicht etwa auf die dogmatische Einordnung des § 957 BGB als Unterfall des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten kraft Rechtscheins, sondern zumindest hinsichtlich der Bestandteile auf einen reinen Umgehungsschutz zu §§ 932, 935 BGB in deren direktem Anwendungsbereich. Denn trotz der dogmatischen Nähe bestehen konzeptionelle Unterschiede: Durch den Eigentumserwerb an den Bestandteilen und Erzeugnissen wird das Stammrecht anders als bei §§ 932 ff. BGB nicht bedroht. Bei den §§ 956, 957 BGB wird im weitesten Sinne lediglich eine Erwerbchance des Eigentümers der Muttersache einem Dritten zugewiesen. Das Bestandsinteresse wird von §§ 956, 957 BGB im Grundsatz nicht berührt.

Um Bestandsschutz des Eigentums an der Muttersache geht es allerdings dann, wenn die Muttersache in ihre Einzelteile zerlegt wird. An dieser Stelle droht die angesprochene Umgehung des § 935 BGB. Bezüglich der Fruchtziehung wird diese Analogie aber zum größten Teil abgelehnt, denn dort gehe es gerade nicht um die Zerlegung der Muttersache, sondern um das Entstehen völlig neuer Sachen, an denen ein Eigentumserwerb möglich sein müsse.<sup>42</sup> Für Grundstücke bedarf es eines solchen Umgehungsschutzes schon denklogisch nicht, denn das Bestandsinteresse des Berechtigten an der Muttersache ist aufgrund der fortwährenden Grundbucheintragung durch den unfreiwilligen Besitzverlust nicht bedroht. Im schlimmsten Fall werden sämtliche Bestandteile abgetrennt.<sup>43</sup> Verbleiben wird aber stets zumindest das Grundstück.

irgendeinem Unbefugten gestattet ist; doch ist wohl zu unterstellen, daß der Unbefugte nicht ein beliebiger Dritter sein darf, sondern daß er im Besitz des Weinberges gewesen sein muß.“ Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 6. Aufl. (1913), § 208 II 2 (S. 149).

<sup>39</sup> Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR, 8. Aufl. (2011), § 57 Rn. 21; siehe ferner Gursky/Wiegand, in: Staudinger, (2017), BGB § 935 Rn. 8.

<sup>40</sup> Einigkeit besteht darüber, dass die Verantwortlichkeit für das Bestehen des Rechtsscheins maßgeblicher Geltungsgrund ist, siehe C. Heinze, in: Staudinger, (2020), Vorbem zu §§ 932 ff Rn. 21 ff.

<sup>41</sup> Vgl. Klinck, in: BeckOGK BGB, (2021), § 935 Rn. 2-3.1.

<sup>42</sup> C. Heinze, in: Staudinger, (2020), BGB § 957 Rn. 8; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 11 Rn. 50; Martinek/Heine, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. (2020), § 957 Rn. 6; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 53 Rn. 66.

<sup>43</sup> Allein das Risiko des Verlusts wertvoller Bestandteile rechtfertigt eine Analogie methodisch nicht.

In Bezug auf die Fruchtziehung bei Grundstücken ist zunächst die Wertung der hM. bei beweglichen Sachen heranzuziehen. Denn auch hier ist das Stammrecht in keiner Weise bedroht. Ferner gilt es, die Wertentscheidung der § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB und § 991 I BGB zu beachten. Das dort geregelte Fruchtbehaltungsrecht des redlichen unverklagten (Fremd-)Besitzers ohne Besitzrecht würde unterlaufen, wenn das Eigentum nicht dem Besitzer der Sache zufiele und der Grundstückseigentümer die Früchte vindizieren könnte.<sup>44</sup>

### cc) Zwischenergebnis

Mangels analoger Anwendung des § 935 BGB auf Fälle des Fruchterwerbs bei Grundstücken ist der Eigentumserwerb des P nach §§ 956, 957 BGB nicht ausgeschlossen. Der Tatbestand ist erfüllt. P ist Eigentümer der Birnen geworden.

### Ende des Hilfspgutachtens 2 //

### c) Zwischenergebnis

Verneint man mangels Besitz der G an der Muttersache schon den Tatbestand des §§ 956, 957 ist P nicht Eigentümer der Früchte geworden.

### Ergebnis

Ein originärer Eigentumserwerb nach den §§ 954-957 BGB ist nicht erfolgt. Damit bleibt es bei der Grundregel des § 953 BGB (s.o.). N hat folglich das Eigentum an den 20 Kisten Birnen erworben.

### B) Aufgabe 2

Fraglich ist, wie die B-Bank selbst oder der P gegen die Beschlagnahme vorgehen können.

### I. Vorgehen der B-Bank

#### 1. Drittwiderspruchsklage der B-Bank

B ist weder Schuldnerin noch Gläubigerin der Zwangsvollstreckung. Möglicherweise kann die B daher gegen die Pfändung im Wege einer Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 Abs. 1 ZPO vorgehen. Die Drittwiderspruchsklage ist rechtlich begründet, wenn der B ein die Veräußerung hinderndes Recht an der Sämaschine zusteht. Dies ist der Fall, wenn durch die Zwangsvollstreckung in eine materielle Rechtsposition der B eingegriffen würde.

#### a) Eigentum der B-Bank als

„die Veräußerung hinderndes Recht“

##### aa) Eigentumsverhältnisse an der Sämaschine

Ursprünglich war P Eigentümer der Sämaschine. P hat sodann sein Eigentum zur Besicherung eines Kredits an die B-Bank übertragen, §§ 929 S. 1, 930 BGB. Daher ist die B-Bank im Eigentum der Sämaschine.

##### bb) Sicherungseigentum als Interventionsrecht

Grundsätzlich ist das Eigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht. Fraglich ist, ob dies auch für das Sicherungseigentum gilt.

Grundsätzlich gilt zwar, dass Sicherungseigentum kein Eigentum zweiter Klasse ist. Das Sicherungseigentum stellt allerdings kraft schuldrechtlicher Vereinbarung nur ein besitzloses Pfandrecht, also ein Verwertungsrecht dar. Allerdings ist das rechtliche Können weiter als das Dürfen. Dieser Wertung wird auch durch § 51 Nr. 1 InsO Rechnung getragen, der in der Insolvenz lediglich ein Recht zur Absonderung vorsieht. Daher billigt eine Ansicht dem Sicherungseigentümer lediglich die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO zu.<sup>45</sup> Sie begründet ihre Position gerade mit der Funktion des Sicherungseigentums als besitzloses Pfandrecht. Nach einer anderen Ansicht soll der Sichernehmer bei der Vollstreckung die Möglichkeit haben, Drittwiderspruchsklage (§ 771 Abs. 1 ZPO) zu erheben, solange der zu sichernde Anspruch besteht.<sup>46</sup> Hierfür spricht, dass auch der Sicherungseigentümer juristisch gesehen Volleigentümer ist. Der Sicherungseigentümer hat oftmals aufgrund der Sicherungsabrede ein Recht, sich durch Verkauf aus der Sache zu befriedigen. In Konsequenz der anderen Ansicht würde ihm diese Befriedigungsmöglichkeit durch die Zwangsvollstreckung genommen.<sup>47</sup> Auch fällt der Erlös bei privaten Versteigerungen regelmäßig höher aus.<sup>48</sup> Auf diesen monetären Vorteil vertraut der Sicherungsnehmer. Danach sprechen bessere Argumente dafür, im Sicherungseigentum ein die Veräußerung hinderndes Recht iSd. § 771 Abs. 1 ZPO zu sehen und in diesem Fall dem G ein Interventionsrecht zuzubilligen.

#### b) Zwischenergebnis zu § 771 ZPO

Darum hätte die B-Bank zumindest gemäß § 771 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit, gegen die Beschlagnahme vorzugehen. Unter den Voraussetzungen der §§ 771 Abs. 3, 769 ZPO kann sie die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung verfolgen. Aus der Perspektive eines Rechtsanwalts käme es als „Minus“ zu § 771 Abs. 1 ZPO infrage, die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO als weitere Handlungsmöglichkeit für den Mandanten heranzuziehen.<sup>49</sup>

#### 2. Vollstreckungserinnerung der B-Bank

Weiterhin erscheint es möglich, dass die B gegen die Pfändung der Sämaschine mittels einer Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 Abs. 1 ZPO vorgehen könnte. B ist weder Schuldnerin noch Gläubigerin der Zwangsvollstreckung. Dritte sind grundsätzlich schon nicht erinnerungsbefugt.<sup>50</sup> Eine Ausnahme hiervon ist aber immer dann anzunehmen, wenn der Dritte wie ein Schuldner betroffen ist oder drittschützende Normen verletzt werden.<sup>51</sup> Daher ist die Vollstreckungs(dritt-)erinnerung begründet, wenn die Pfändung der Sämaschine gegen Vorschriften über die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, welche zumindest auch dem Schutz der B zu dienen bestimmt sind, verstößt. Materielle Rechtspositionen können hierbei nicht geltend gemacht werden.

Verstöße gegen die B schützende Vorschriften über die Art und Weise der Zwangsvollstreckung sind nicht ersichtlich. Insbesondere dienen § 811 Abs. 1 Nr. 4 und 5 ZPO nicht dem Schutz von

<sup>44</sup> C. Heinze, in: Staudinger, (2020), BGB § 955 Rn. 9

<sup>45</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 18 Rn. 11; Hunke, in: Anders/Gehle, 80. Aufl. (2020), ZPO § 771 Rn. 25; Klinck, in: BeckOKG BGB, § 930 Rn. 188; Wolff/Raiser, 11. Aufl. (1957), § 180 IV 1.

<sup>46</sup> K. Schmidt/Brinkmann, in: MüKoZPO, 6. Aufl. (2020), § 771 Rn. 29; Lackmann, in: Musielak/Voit, 18. Aufl. (2021), ZPO § 771 Rn. 19; RGZ 91, 15 und 280; 118, 209; 124, 73; BGHZ 11, 37 ff.; 12, 234; BGH NJW

1992, 2014 (2015).

<sup>47</sup> Lackmann, in: Musielak/Voit, 18. Aufl. (2021), ZPO § 771 Rn. 19.

<sup>48</sup> Lackmann, in: Musielak/Voit, 18. Aufl. (2021), ZPO § 771 Rn. 19.

<sup>49</sup> Leyendecker, JA 2010, Grundfälle zur Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO – Teil I, 725 f.

<sup>50</sup> Preuß, in: BeckOK ZPO, 40. Ed. (2021), § 766 Rn. 21.

<sup>51</sup> Preuß, in: BeckOK ZPO, 40. Ed. (2021), § 766 Rn. 22, 25.

Dritteigentümern, sondern allenfalls dem der Haushaltsangehörigen des Vollstreckungsschuldners.<sup>52</sup>

Auch § 865 Abs. 2 ZPO dient nicht dem Schutz der B-Bank. Geschützt sind „sonstige Betroffene“, denen der Haftungsverband als Zugriffsgrundlage dient, wie beispielsweise dem Gläubiger der Immobilievollstreckung, Grundpfandgläubiger und der Zwangsverwalter.<sup>53</sup> Die B-Bank ist weder Gläubigerin der Immobilievollstreckung (dies ist zu diesem Zeitpunkt noch die G-GmbH), noch Grundpfandgläubiger oder Zwangsverwalter. Danach scheidet § 865 Abs. 2 ZPO als drittschützende Norm aus. Eine Dritterinnerung gemäß § 766 Abs. 1 ZPO ist unbegründet.

### Hinweis

Streng genommen prüft man den Drittschutz der Vorschriften über die Art und Weise der Zwangsvollstreckung schon im Punkt „Erinnerungsbefugnis“ in der laut Bearbeitungshinweis erlassenen Zulässigkeit der Vollstreckungserinnerung. Jedoch kann sich die Begründetheit der Vollstreckungserinnerung eines Dritten ebenfalls nur aus der Verletzung von gerade diesen Dritten schützenden Normen ergeben.

## II. Vorgehen des P

### 1. Vollstreckungserinnerung des P

Möglicherweise kann P die Pfändung der Sämaschine durch eine Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 Abs. 1 ZPO verhindern. Die Vollstreckungserinnerung ist begründet, wenn die Pfändung der Sämaschine gegen Vorschriften über die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, welche zumindest auch dem Schutz des P zu dienen bestimmt sind, verstößt.

#### a) Ordnungsgemäßer Vollstreckungsauftrag

Ein ordnungsgemäßer Vollstreckungsauftrag an den Gerichtsvollzieher liegt vor.

#### b) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Der vollstreckbare Titel ergibt sich aus dem vollstreckbaren Endurteil iSd. § 704 ZPO. Von der ordnungsgemäßen Ausfertigung des Vollstreckungstitels mit der Vollstreckungsklausel ist auszugehen. Gleiches gilt für die Zustellung.

#### c) Gewahrsam des P

Die Pfändung setzt gemäß § 809 Abs. 1 ZPO den Gewahrsam des Vollstreckungsschuldners P voraus. Die Sämaschine befand sich im Gewahrsam des P.

#### d) Pfändungsverbot aus § 811 Abs. 1 Nr. 4 ZPO

In Betracht kommt ein Pfändungsverbot nach § 811 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Der Obst- und Gemüseanbau fällt unter den Landwirtschaftsbegriff der Norm.<sup>54</sup> Die Sämaschine könnte ein zum Wirtschaftsbetrieb „erforderliches“ Gerät darstellen. Maschinen sind „erforderlich“, wenn die Landwirtschaft ohne sie nicht ordnungsgemäß weiterbetrieben werden kann, also der Schuldner ohne sie nicht wirtschaftlich arbeiten kann.<sup>55</sup> Vornehmlich ist

auf die Betriebsgröße im Pfändungszeitpunkt abzustellen.<sup>56</sup> Die mit Ps Unternehmen „Ugly Fruits“ intendierte Bewirtschaftung ist nicht mehr mit herkömmlichen Methoden (manuelles Aus säen) zu bewerkstelligen. Die Sämaschine stellt eine effiziente Möglichkeit der Produktivitätssteigerung dar. Anders wäre die wirtschaftliche Nutzung der Anbaufläche nicht mehr möglich. Die Betriebsgröße des P rechtfertigt damit die Erforderlichkeit der Maschine. § 811 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ist damit einschlägig und steht der Pfändung entgegen.

#### e) Pfändungsverbot aus § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO

In Betracht kommt ferner ein Pfändungsverbot aus § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.<sup>57</sup> Demnach sind Gegenstände, die bei Personen, die aus ihrer geistigen, körperlichen oder auf sonstiger persönlicher Leistung beruhenden Tätigkeit ihren Erwerb ziehen, zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erforderlich sind, der Pfändung nicht unterworfen. Nicht erfasst sind hingegen Personen, bei denen der Kapitaleinsatz und die Arbeitskraft Dritter im Vordergrund steht.<sup>58</sup> Bei „Ugly Fruits“ überwiegt der Nutzungswert der Sachmittel, insbesondere des Bodens, sowie der Einsatz der Mitarbeiter die persönliche Leistung des P. Damit gehört P nicht zum geschützten Personenkreis der Norm. § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO steht der Pfändung nicht entgegen.

#### f) Pfändungsverbot aus § 865 Abs. 2 S. 1 ZPO

Die Pfändung beweglicher Sachen erfolgt nach §§ 808 ff. ZPO. Doch könnte die Pfändung der Sämaschine hier nach § 865 Abs. 2 S. 1 ZPO ausgeschlossen sein. Fraglich ist daher, ob die Sämaschine Grundstückszubehör ist, das gemäß § 1120 BGB vom Haftungsverband der Hypothek erfasst wird.

#### aa) Sämaschine als Zubehör nach § 97 BGB

Die Sämaschine könnte hier Zubehör im Sinne des § 97 Abs. 1 BGB sein.

Bei der Sämaschine handelt es sich um eine bewegliche Sache. Auch wurde sie nicht fest mit dem Grundstück verbunden, es handelt sich also auch nicht um einen Bestandteil, vgl. § 94 BGB.

Die Sämaschine müsste auch dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sein. Dies ist der Fall, wenn die Maschine den wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache ermöglicht oder fördert.<sup>59</sup> Die Hauptsache ist hier das Grundstück des P mitsamt Gewächshaus. Dieses kann nur betrieben werden, wenn auch eine entsprechende Maschine vorhanden ist (s. o.). Die Sämaschine dient folglich dem wirtschaftlichen Zweck des Grundstücks. Dies ergibt sich ebenso aus § 98 Nr. 2 BGB: Das Grundstück des P ist ein Landgut, da es eine zum selbstständigen Betrieb der Landwirtschaft geeignete und eingerichtete Betriebseinheit („Besitzung“) darstellt.<sup>60</sup> Die Sämaschine ist auch zur landwirtschaftlichen Betriebsführung auf dem Landgut des P bestimmt. Das Gesetz schließt aus der Zweckbestimmung für den landwirtschaftlichen Betrieb die Zweckbestimmung für das Betriebsgrundstück.<sup>61</sup>

<sup>52</sup> BGH, NJW-RR 2010, 642.

<sup>53</sup> Riedel, in: BeckOK ZPO, 40. Ed. (2021), § 865 Rn. 19.

<sup>54</sup> Flockenhaus, in: Musielak/Voit, 18. Aufl. (2021), ZPO § 811 Rn. 15.

<sup>55</sup> Herget, in: Zöller, 33. Aufl. (2020), § 811 ZPO Rn. 20.

<sup>56</sup> Flockenhaus, in: Musielak/Voit, 18. Aufl. (2021), ZPO § 811 Rn. 15.

<sup>57</sup> Es ist ebenfalls gut vertretbar, Nr. 5 unter Annahme einer Spezialität von Nr. 4 direkt abzulehnen.

<sup>58</sup> Herget, in: Zöller, 33. Aufl. (2020), § 811 ZPO Rn. 24a; Kindl, in: Kindl/Meller-Hannich, Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. (2021), ZPO § 811 Rn. 20; Uhl, in: BeckOK ZPO, 41. Ed. (2021), § 811 Rn. 18; Kaemper, in: Saenger ZPO, 9. Aufl. (2021), § 811 Rn. 22.

<sup>59</sup> Stresemann, in: MüKo BGB, 9. Aufl. (2021), BGB § 97 Rn. 16.

<sup>60</sup> Mössner, in: BeckOGK BGB, (2021), § 98 Rn. 25; vgl. Stresemann, in: MüKo BGB, 9. Aufl. (2021), § 98 Rn. 15.

<sup>61</sup> Stresemann, in: MüKo BGB, 9. Aufl. (2021), § 98 Rn. 14.

Wie sich aus § 97 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt, muss die Sache nicht nur vorübergehend wirtschaftlich für die Hauptsache genutzt werden. Hier wollte P die Sämaschine dauerhaft für sein Unternehmen „Ugly Fruits“ und damit so auch für die Bewirtschaftung der Streuobstwiese nutzen.

Weiter müsste die Sämaschine in einem räumlichen Verhältnis zu Hauptsache, der Streuobstwiese stehen. Hierfür genügt ein örtlicher Zusammenhang, der nicht erfordert, dass das Zubehörteil auf dem Grundstück steht.<sup>62</sup> Hier steht die Sämaschine auf dem Grundstück des P. Ein örtlicher Zusammenhang ist mithin gegeben.

Schließlich fehlte es an der Zubehöreigenschaft, wenn der Verkehr die Sämaschine nicht als Zubehör einer Obstwiese ansehen würde. Dies ist nicht der Fall. Die Verkehrsauffassung sieht in der Maschine ein erforderliches Mittel zur Bewirtschaftung.

### bb) Eigentum des P

Gemäß § 1120 BGB sind vom Haftungsverband der Hypothek solche Zubehörstücke ausgeschlossen, die nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind. Wie zuvor festgestellt ist die Sämaschine zur Sicherheit an die B-Bank übereignet worden (s. o.). Doch ist aus dem Wortlaut des § 1120 a. E. BGB zu folgern, dass die Ausnahme nur diejenigen Zubehörstücke erfasst, die nie im Eigentum des Grundstückseigentümers standen. Hier stand die Sämaschine aber zwischenzeitlich im Eigentum des P.

### cc) Keine Enthftung

Die Sämaschine könnte unter den Voraussetzungen der §§ 1121, 1122 BGB aus dem Haftungsverband der Hypothek ausscheiden.<sup>63</sup> Denkbar ist hier eine Enthftung nach § 1121 Abs. 1 BGB. Danach werden Zubehörstücke von der Haftung frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt werden, bevor sie zugunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind. Eine Veräußerung ist erfolgt, §§ 929 S. 1, 930 BGB. Doch wurde die gesetzlich erforderliche körperliche Entfernung vom Grundstück unterlassen. Daher ist die Sämaschine nicht enthaftet. Auch eine Enthftung nach § 1122 Abs. 2 BGB scheidet aus.

### dd) Zwischenergebnis

Im Ergebnis fällt die Sämaschine als Grundstückszubehör in den Haftungsverband der Hypothek. Sie kann daher gemäß § 865 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht im Wege der Mobiliarvollstreckung gepfändet werden.

### 2. Ergebnis

Die Vollstreckung verstößt gegen §§ 811 Abs. 1 Nr. 4, 865 Abs. 2 ZPO. Die Vollstreckungserinnerung des P ist daher begründet. Unter den Voraussetzungen der §§ 766 Abs. 1 S. 2, 732 Abs. 2 ZPO kann er die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung verfolgen.

### C) Aufgabe 3

Fraglich ist, ob die G, die C oder beide einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 € gegen P haben.

### I. Anspruch der G auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück des P gemäß § 1147 BGB

Die G könnte einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Privatgrundstück des P gemäß § 1147 BGB haben. Dies ist nicht ein „Anspruch auf Zahlung“ im eigentlichen Sinne<sup>64</sup>, entspricht diesem jedoch wirtschaftlich, zumal der Grundstückseigentümer die Vollstreckung in das Grundstück gemäß § 1142 BGB durch Zahlung abwenden kann. Die G müsste Inhaberin einer Hypothek sein.

#### Hinweis

Der Einstieg mit der Prüfung des § 1147 BGB ist unüblich, empfiehlt sich in der Konstellation der forderungsentkleideten Hypothek jedoch, da er vorläufige Ergebnisse oder ein unschönes Verweisen nach unten vermeidet.

#### 1. Rechtsfähigkeit der G

Die G ist gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG rechtsfähig.

#### 2. G-GmbH als Inhaberin einer Hypothek am Grundstück des P

##### a) Ersterwerb der Hypothek durch die G, §§ 873 Abs. 1, 1113 BGB

Die G könnte eine Hypothek durch Bestellung durch P gemäß §§ 873 Abs. 1, 1113 BGB erworben haben.

##### aa) Einigung über die Bestellung einer Hypothek, §§ 873 Abs. 1, 1113 Abs. 1 BGB

Die G müsste sich mit P über die Bestellung einer Hypothek geeinigt haben, §§ 873 Abs. 1, 1113 Abs. 1 BGB. P einigte sich mit der G, gemäß § 164 Abs. 1 BGB iVm. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG vertreten durch deren Geschäftsführer X, über die Bestellung einer Briefhypothek iHv. 100.000 € am Privatgrundstück des P zur Besicherung des von der G an P zu gewährenden Darlehens, §§ 145 ff. BGB.

P und die G haben sich folglich über die Bestellung der Hypothek geeinigt.

##### bb) Eintragung der Hypothek im Grundbuch, §§ 873 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB

Die Eintragung der Hypothek im Grundbuch zugunsten der G ist erfolgt.

##### cc) Berechtigung des P

P war als Eigentümer des Grundstücks ferner zur Bestellung der Hypothek berechtigt, § 873 Abs. 1 BGB.

##### dd) Briefübergabe §§ 1116 Abs. 1, 1117 Abs. 1 BGB

Die zum Erwerb der Hypothek als Fremgrundpfandrecht erforderliche Briefübergabe ist gemäß § 1117 Abs. 1 BGB erfolgt, vgl. § 1163 Abs. 2 BGB.

##### ee) Entstehen der gesicherten Forderung

Die Hypothek setzt als akzessorisches Sicherungsmittel das Entstehen der gesicherten Forderung voraus, vgl. § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>62</sup> Stresemann, in: MüKo BGB, 9. Aufl. (2021), § 97 Rn. 27.

<sup>63</sup> Riedel, in: BeckOK ZPO, 40. Ed. (2021), § 865 Rn. 6.

<sup>64</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 26 Rn. 2; Habersack, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 9. Aufl. (2020), Rn. 357.

P einigte sich mit der G, gemäß § 164 Abs. 1 BGB iVm. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG vertreten durch deren Geschäftsführer X, über den Abschluss eines Darlehensvertrages iSd. §§ 488 ff. BGB. Die besicherte Rückzahlungsforderung gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 2. Alt BGB. entsteht erst mit Darlehensvalutierung.<sup>65</sup> Diese ist erfolgt.

Die besicherte Forderung ist entstanden.

#### ff) Zwischenergebnis

Die G ist Inhaberin einer Hypothek iHv. 100.000 € am Grundstück des P geworden.

#### b) Zweiterwerb der Hypothek durch B

Möglicherweise hat die G die Hypothek an die B verloren. Dies setzt einen wirksamen Zweiterwerb der B voraus.

##### aa) Erwerb gemäß

##### §§ 398, 1154 Abs. 1, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB

Die Hypothek ist als akzessorisches Sicherungsmittel als solche grundsätzlich nicht eigenständig übertragbar.<sup>66</sup> Sie folgt jedoch der gesicherten Forderung, §§ 1153 Abs. 1, 401 Abs. 1 BGB. Die B müsste deshalb Inhaberin der Darlehensforderung gegen P geworden sein.

Die B einigte sich mit X über die Abtretung der besicherten Darlehensforderung in der zur Wahrung des Publizitätsgrundsatzes angeordneten Form des §§ 1154 Abs. 1 S. 1, 126 BGB. Die Abtretungserklärung des X müsste jedoch auch Wirkung für und gegen die G entfalten. Dies ist der Fall, wenn er die G wirksam nach § 164 Abs. 1 BGB vertreten hat. Fraglich ist in diesem Kontext, ob die Geschäftsunfähigkeit des X einer wirksamen Stellvertretung entgegensteht.

##### (1) Geschäftsführeramt des X

Möglicherweise hat X aufgrund seiner Geschäftsunfähigkeit seine Organstellung und infolgedessen auch seine organschaftliche Vertretungsmacht verloren.

Zum GmbH-Geschäftsführer kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person ernannt werden, § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Wird ein zunächst wirksam bestellter Geschäftsführer im Laufe seine Amtszeit geschäftsunfähig, so verliert er automatisch sein Amt, ohne dass es einer ausdrücklichen Abberufung bedarf.<sup>67</sup> Damit endet auch seine organschaftliche Vertretungsmacht.

Dieser Mangel könnte jedoch aufgrund der negativen Publizität des Handelsregisters unbeachtlich sein, § 15 Abs. 1 HGB. Bei der Beendigung des Geschäftsführeramts handelt es sich gemäß § 39 Abs. 1 2. Alt. GmbHG um eine eintragungspflichtige Tatsache. Die Beendigung des Geschäftsführeramts des X wurde nicht in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht. Insofern darf der Rechtsverkehr auf das Schweigen des Handelsregisters, nicht jedoch auf dessen inhaltliche Richtigkeit vertrauen.<sup>68</sup> Den Wegfall der organschaftlichen Vertretungsmacht des X kann die

G folglich einem Dritten nicht entgegensetzen, es sei denn, dieser hatte positive Kenntnis von der einzutragenden Tatsache. X war unerkant geisteskrank. Aufseiten der B herrschte somit keine Kenntnis vom Erlöschen des Geschäftsführeramts des X.

##### (2) Willenserklärung des X

Für ein wirksames Vertretergeschäft ist jedoch nicht nur Vertretungsmacht, sondern zuvorderst eine wirksame eigene Willenserklärung des Vertreters erforderlich, vgl. § 165 BGB.<sup>69</sup> Allerdings war X bei der Abgabe der Abtretungserklärung gemäß § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig und seine Willenserklärung somit gemäß § 105 Abs. 1 BGB nichtig. Die Vertretererklärung des X konnte keine Wirkung entfalten. § 15 Abs. 1 HGB kann lediglich über den Mangel der Vertretungsmacht hinweghelfen, nicht aber über die rechtsgeschäftliche Handlungsunfähigkeit des X.

##### bb) „Gutgläubiger“ Erwerb gemäß

##### §§ 892 Abs. 1, 398, 1154 Abs. 1, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB

Auch ein Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gemäß § 892 Abs. 1 BGB scheidet aus. § 892 Abs. 1 BGB fingiert die Rechtsinhaberschaft des Eingetragenen, nicht aber die Geschäftsfähigkeit des für ihn Handelnden. Der Gutgläubenschutz der §§ 892 f. BGB beschränkt sich lediglich auf den Aufgaben- und Leistungsbereich des Grundbuchs.<sup>70</sup>

##### cc) Ergebnis

Die B ist nicht Inhaberin der Forderung geworden. Sie hat die Hypothek somit nicht erworben.

#### c) Zweiterwerb der Hypothek durch die C

Möglicherweise hat die C die Hypothek durch Rechtsgeschäft mit der B erworben.

##### aa) Erwerb gemäß §§ 398, 1154 Abs. 1, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB

Die B und die C einigten sich über die Abtretung in der Form des §§ 1154 Abs. 1 S. 1, 126 Abs. 1 BGB. Allerdings war die B nicht Inhaberin der hypothekarisch gesicherten Darlehensforderung (s.o.)

Ein Erwerb vom Berechtigten scheidet aus. Eine Genehmigung der Abtretung iSd. § 185 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB ist nicht erfolgt.

##### bb) Erwerb vom Nichtberechtigten gemäß

##### §§ 398, 1154 Abs. 1, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1, 892 Abs. 1, 1155, 1138 Var. 1 BGB

Die C könnte die Hypothek jedoch von der nichtberechtigten B kraft öffentlichen Glaubens gemäß §§ 398, 1154 Abs. 1, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1, 892 Abs. 1, 1155, 1138 Var. 1 BGB erworben haben. § 892 Abs. 1 BGB ermöglicht den Erwerb eines Rechts an einem Grundstück vom Eingetragenen qua Rechtsgeschäft.

##### (1) Rechtsgeschäftlicher Erwerb

Fraglich ist, ob § 892 Abs. 1 BGB auf den Erwerb einer Hypothek Anwendung findet. Dieser vollzieht sich streng genommen nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes als Konsequenz

<sup>65</sup> Rohe, in: BeckOK BGB, 59. Ed. (2021), § 488 Rn. 34; dazu ausführlich C. Weber, in: BeckOGK BGB, (2021), § 488 Rn. 346.

<sup>66</sup> Lieder, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 1153 Rn. 1 ff.; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 27 Rn. 12.

<sup>67</sup> BGHZ 115, 78 (80) = NJW 1991, 2566; OLG Köln NZG 2003, 340; Wisskirchen/Kuhn/Hesser, in: BeckOK GmbHG, 48. Edition (2021), § 6 Rn. 13.

<sup>68</sup> Bayer/Lieder, Examens-Repetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2021), Rn. 63, 101.

<sup>69</sup> Bayer/Lieder, Examens-Repetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2021), Rn. 99.

<sup>70</sup> OLG Brandenburg BeckRS 2015, 19977 Rn. 33; Kohler, in MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 892 Rn. 3; Habersack, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 9. Aufl. (2020), Rn. 317.

der Abtretung der Forderung, §§ 1153 Abs. 1, 401 Abs. 1 BGB. Allerdings besteht nicht zuletzt wegen der gesetzgeberischen Anerkennung in § 1138 BGB Einigkeit, dass der lediglich mittelbare Zusammenhang mit der (rechtsgeschäftlichen) Forderungsabtretung genügt und § 892 Abs. 1 BGB auf den Hypothekenerwerb Anwendung findet.<sup>71</sup>

## (2) Verkehrsgeschäft

Bei der Abtretung zwischen der B und der C handelt es sich um ein Verkehrsgeschäft, zumal auf Erwerberseite eine auf Veräußererseite in wirtschaftlichem Sinne nicht beteiligte Person steht.<sup>72</sup>

## (3) Grundbucheintragung des Veräußerers

§ 892 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Veräußerer im Grundbuch als Rechtsinhaber ausgewiesen ist. Allerdings ist im Grundbuch nach wie vor die G als Hypothekarin eingetragen.

Um der Möglichkeit des Rechtserwerbs von Briefgrundpfandrechten außerhalb des Grundbuchs Rechnung zu tragen, erweitert § 1155 S. 1 BGB den Gutgläubensschutz auf den durch eine Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen legitimierten Briefbesitzer.<sup>73</sup> Der Briefbesitzer wird hierdurch gleichsam in das Grundbuch projiziert.

Die B ist durch eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung (§ 129 BGB) mit G auf die eingetragene G zurückzuführen. Auch ist sie im Besitz des Hypothekenbriefs. Nicht erforderlich ist, dass auch das Erwerbsgeschäft mit dem Nichtberechtigten selbst öffentlich beglaubigt wird.<sup>74</sup> Die öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen dienen allein der Legitimation des Veräußerers. Die B ist also gemäß §§ 892 Abs. 1, 1155 S. 1 BGB als eingetragene zu behandeln.

## (4) Forderungsinhaberschaft der B

§§ 892, 1155 BGB überwinden allerdings nur die fehlende Inhaberschaft der Hypothek. Sie beziehen sich allein auf das dingliche Recht. Jedoch ist die B nicht Inhaberin der gesicherten Forderung. Ohne die gesicherte Forderung fehlt es der Abtretung am Verfügungsobjekt. Die Abtretung ginge somit ins Leere. Ohne die Abtretung fehlte es aber gleichzeitig am Bezugspunkt des Rechtsübergangs gemäß §§ 892 Abs. 1, 1155 S. 1 BGB. Die Hypothek könnte nicht erworben werden.

Deshalb fingiert § 1138 Var. 1 iVm. § 892 Abs. 1 BGB das Bestehen der Forderung bzw. die Forderungsinhaberschaft des Veräußerers zur Ermöglichung des Rechtserwerbs. § 1138 Var. 1 hilft also, den Mangel der Forderung zu überwinden.<sup>75</sup> § 1138 BGB ist nicht nach § 1185 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, zumal keine Sicherungs-

hypothek, sondern eine Verkehrshypothek vorliegt. Die B ist somit gemäß §§ 1138 Var. 1, 892 Abs. 1 BGB „für die Hypothek“ als Forderungsinhaberin anzusehen.

## (5) Keine Kenntnis der C iSd. § 892 Abs. 1 S.1 BGB

Die C dürfte ferner sowohl im Hinblick auf das dingliche Recht als auch auf die Forderung keine Kenntnis der Unrichtigkeit der fingierten Rechtslage gehabt haben. Dies ist nicht ersichtlich.

## (6) Kein Widerspruch, §§ 892 Abs. 1 S. 1, 1140 S. 2 BGB

Ein Widerspruch iSd. § 899 BGB ist weder aus dem Grundbuch noch aus dem Hypothekenbrief ersichtlich.

## (7) Zwischenergebnis

Die C hat die Hypothek gemäß §§ 398, 1154 Abs. 1, 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1, 892 Abs. 1 S. 1, 1155 S. 1, 1138 Var. 1 BGB erworben.

## cc) Zwischenergebnis

Die C ist Inhaberin der Hypothek.

## 3. Zwischenergebnis

Die G ist nicht mehr Inhaberin der Hypothek an Ps Grundstück. Ein Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 1147 BGB scheidet aus.

## II. Anspruch der G aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB auf Darlehensrückzahlung iHv. 100.000 € gegen P

Die G könnte jedoch einen Anspruch auf Zahlung iHv. 100.000 € aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB gegen P haben.

Die G wurde durch Valutierung des Darlehens Inhaberin der Darlehensrückzahlungsforderung (s.o.)

Diesen hat sie nicht durch Abtretung an die B verloren (s.o.).

Durch den Hypothekenerwerb der C könnte diese jedoch auch Inhaberin der Forderung geworden sein. Zunächst ist festzustellen, dass § 1138 Var. 1 BGB nicht einen gutgläubigen Forderungserwerb ermöglichen soll.<sup>76</sup> § 1138 Var. 1 BGB dient dazu, die Verkehrsfähigkeit der Verkehrshypothek durch Lockerung der Akzessorietät sicherzustellen.<sup>77</sup> Dafür sieht das Gesetz vor, dass die Forderungsinhaberschaft des Veräußerers lediglich zum Zwecke des Erwerbs der Hypothek fingiert wird.<sup>78</sup>

In Fällen, in denen Forderungsgläubiger und Hypothekar durch die Wirkung des § 1138 Var. 1 BGB personenverschieden sind, der Verbund zwischen Forderung und Hypothek also gelöst wurde, stellt sich folglich die Frage, ob die Hypothek tatsächlich als „forderungsentkleidete“ Hypothek fortbesteht („Trennungstheorie“)<sup>79</sup> oder ob es doch zum „Mitreißen“ der Forderung, also zur Durchsetzung des Akzessorietätsprinzips kommt („Mitreißtheorie“)<sup>80</sup>.

<sup>71</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 26 Rn. 22.

<sup>72</sup> Kohler, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 892 Rn. 33 ff.

<sup>73</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 27 Rn. 28; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. (2018), § 18 Rn. 37; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 38 Rn. 31 ff.

<sup>74</sup> Lieder, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 1155 Rn. 6; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 27 Rn. 28.

<sup>75</sup> Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 27 Rn. 25.

<sup>76</sup> Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 38 Rn. 22; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. (2018), § 15 Rn. 41; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 27 Rn. 25.

<sup>77</sup> Vieweg/Werner, Sachenrecht, 8. Aufl. (2018), § 15 Rn. 41; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 27 Rn. 25.

<sup>78</sup> Lieder, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 1138 Rn. 5.

<sup>79</sup> Lieder, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 1153 Rn. 16 ff.; Wolfsteiner, in: Staudinger, (2019), § 1138 Rn. 10; Kiehnle, in: BeckOKG BGB, (2020), § 1153 Rn. 17; E. Wolf, Sachenrecht, § 11 H III f (496); Jahr/Kropf/JuS 1963, 356 (358); Petersen/Rothenfußer, WM 2000, 657; Thomale, JuS 2010, 857 (860); v. Bismarck, JA 2011, 651 (652 f.); Maurer, Jura 2021, 369. – Die Vertreter der Trennungstheorie sind sich in der Rechtsfolge des Auseinanderfallens von dinglichem Recht und Forderung einig, unterscheiden sich aber z.T. hinsichtlich der Rechtsnatur des dinglichen Rechts nach der Trennung von der Forderung. Maurer etwa lehnt den Begriff der „forderungsentkleideten Hypothek“ gänzlich ab und kategorisiert das dingliche Recht als Grundschuld.

<sup>80</sup> Rohe, in: BeckOK BGB, 59. Ed. (2021), § 1138 Rn. 3; Berger, in: Jauernig, 18. Aufl. (2021), Rn. 1 aE; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 38 Rn.

Für das Mitreißen der Forderung spricht augenscheinlich der Wortlaut des § 1153 Abs. 2 BGB, der gerade von der Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung im Übertragungsakt ausgeht. Eine Aufspaltung von Forderung und dinglichem Recht ist zumindest im Grundsatz systemwidrig. Aus der Verdopplung der Gläubigerstellung könnte zudem die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme des persönlich schuldenden Eigentümers erwachsen. Der Konflikt würde somit auf dem Rücken des Schuldners ausgetragen.

Gegen die Mitreißtheorie spricht der Wortlaut der §§ 401 Abs. 1, 1153 Abs. 1 BGB: Die Hypothek folgt demnach der Forderung. Der umgekehrte Fall ist gerade nicht erfasst. Die Trennungstheorie lehnt daher den im Grundsatz ebenfalls systemwidrigen gutgläubigen Erwerb der Forderung ab; nach ihrer Auffassung ergebe sich bereits aus allgemeinen hypothekenrechtlichen Vorschriften ein Schutz gegen die doppelte Inanspruchnahme.<sup>81</sup>

Der Schuldner/Eigentümer kann der Inanspruchnahme zum einen die Rechte aus §§ 1160 f. BGB entgegenhalten und ist hierdurch vor doppelter Inanspruchnahme geschützt. Ferner kann der Schuldner dem der Hypothek verlustig gegangenen Gläubiger entgegensetzen, er müsse die Forderung nur erfüllen, wenn er im Gegenzug die Hypothek gemäß § 1163 BGB oder § 1164 BGB erhalte.<sup>82</sup> Zahlt der Schuldner/Eigentümer in Unkenntnis seiner Einreden gleichwohl auf die Forderung, so lässt sich eine Rückforderung gemäß § 813 Abs. 1 S. 1 BGB begründen: Auch die grundsätzlich nur dilatorischen Einreden nach §§ 1160, 1161 BGB sind in diesem besonderen Fall als peremptorisch anzusehen, denn der Gläubiger ist gerade auf Dauer nicht in der Lage, die nötigen Unterlagen vorzulegen.<sup>83</sup>

Letztlich beinhaltet jede der beiden Lösungen einen Systembruch: Das Mitreißen der Forderung ermöglicht einen gutgläubigen Forderungserwerb. Die Verdopplung der Gläubiger widerspricht der strengen Akzessorietät der Hypothek. Entscheidend ist, dass die Auflösung des Verbunds von Hypothek und Forderung die Folge konsequenter Gesetzesanwendung des § 1138 Var. 1 BGB darstellt. Die Mitreißlösung stellt eine Abweichung von diesem gesetzlichen Regelfall und bedarf somit einer methodischen Rechtfertigung. Festzuhalten bleibt zunächst, dass der Gesetzgeber Akzessorietätsdurchbrechungen auch in den Fällen der bereits durch Erfüllung erloschenen Forderung und im Fall des § 1156 S. 1 BGB vorsieht.<sup>84</sup> Diese Konstellationen können durch die Mitreißtheorie nicht befriedigend gelöst werden. Ausschlaggebend ist allerdings, dass trotz der Verdopplung der Gläubigerstellung praktisch keine doppelte Inanspruchnahme droht. Einer Korrektur der Rechtsfolge des § 1138 Var. 1 BGB bedarf es somit schon gar nicht. Freilich mag die Figur der forderungsentkleideten Hypothek als vermeintliche *contradictio in adiecto* das ästhetische Empfinden des Rechtsanwenders stören.<sup>85</sup> Dies allein vermag ein Mitreißen der Forderung jedoch methodisch nicht zu rechtfertigen. Nach alledem erscheint die Trennungstheorie vorzugswürdig.

28; Wenzel, in: Erman, 16. Aufl. (2020), § 1138 Rn. 6; Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl. (2020), Rn. 694; Wellenhofer, Sachenrecht, 35. Aufl. (2020), § 27 Rn. 52; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 27 Rn. 26; Herresthal, in: Eckpfeiler (2020) Rn. L 178; Karper, JuS 1989, 33; Weiß, Jura 2017, 121 (123).  
<sup>81</sup> Lieder, in: MüKo BGB, 8. Aufl. (2020), § 1153 Rn. 16; Wolfsteiner, in: Staudinger, (2019), § 1138 Rn. 10.

Die C hat somit neben der Hypothek nicht auch die Darlehensrückzahlungsforderung gegen P erworben. Die Forderung verblieb bei G.

Die G hat einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von 100.000 € gegen P aus § 488 Abs. 1 S.2 BGB. Dieser ist jedoch einredebehaftet und somit dauerhaft undurchsetzbar.

### III. Ansprüche der C-Bank

Die C ist Inhaberin der Hypothek in Höhe von 100.000 € am Grundstück des P und kann aus § 1147 BGB Duldung der Zwangsvollstreckung von P verlangen. Eine zweimalige Zahlung von 100.000 € droht ihm nicht.

## ► Inhaltsverzeichnis



<sup>82</sup> Wolfsteiner, in: Staudinger, (2019), § 1138, Rn. 10; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 27 Rn. 26; Lieder/Selentin, JuS 2017, 1052 (1057 f.).

<sup>83</sup> Vgl. Lieder/Selentin, JuS 2017, 1052 (1058); Maurer, Jura 2021, 369 (376).

<sup>84</sup> Wolfsteiner, in: Staudinger, (2019), § 1138, Rn. 10; Lieder/Selentin, JuS 2017, 1052 (1057 f.).

<sup>85</sup> So Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. (2020), § 27 Rn. 26.

# KLAUSUR – STRAFRECHT

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

## „Insiderhandel bei der Finanzaufsicht?“ Schwerpunktbereichsklausur

### Sachverhalt

Philipp Peters (P) arbeitet seit 2011 als Jurist bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main. Dort ist er Referent im Geschäftsbereich Wertpapieraufsicht/Asset Management und seit 2017 im Referat WA 24 (Marktanalysen) eingesetzt.<sup>1</sup> Marktanalysen sind systematische Analysen im Hinblick auf Marktmanipulation und Insiderhandel, die in der Regel auf Verdachtsmitteilungen von Marktteilnehmern beruhen.<sup>2</sup> Das entsprechende Referat erstellt in der Folge regelmäßig Gutachten zu der Frage der Einwirkung eines bestimmten Verhaltens auf den Börsenpreis einer Aktie eines bestimmten Emittenten.<sup>3</sup>

Seit 2018 investiert P in Aktien und andere Finanzinstrumente der/in Bezug auf die Wirecard AG. Ähnlich verfährt im Übrigen auch ein unmittelbarer Kollege von P im BaFin-Referat WA 24, Klaus Konrad (K). Insgesamt ergibt eine spätere „Sonderauswertung zu privaten Finanzgeschäften der Beschäftigten der BaFin“, dass zwischen dem 01.01.2018 und dem 30.09.2020 497 private Finanzgeschäfte von 85 Beschäftigten der BaFin mit Bezug zur Wirecard AG angezeigt wurden.<sup>4</sup> In den Monaten April bis Juni 2020 tätigten K und P zusammen 265 Geschäfte mit Wirecard-Bezug<sup>5</sup>, zwischen 01.01.2019 und 30.09.2020 sollen es gar 759 Wirecard-Geschäfte gewesen sein.<sup>6</sup>

Bis zur Neuregelung der Vorgaben für Mitarbeitergeschäfte bei der BaFin am 16.10.2020<sup>7</sup> im Sinne eines weitreichenden Handelsverbots für die Masse der in Risikokategorie A<sup>8</sup> eingestuften Beschäftigten der BaFin, die bestimmungsgemäß mit Insiderinformationen in Kontakt kommen, existierte ein reines Anzeigeverfahren, nach dem Beschäftigte der BaFin ihre Mitarbeitergeschäfte lediglich an den nächsten Vorgesetzten anzeigen mussten. Dieser Vorgesetzte hatte die Anzeige dann frei zu geben, sofern der betroffene Beschäftigte seiner Kenntnis nach nicht mit dem jeweiligen Emittenten dienstlich befasst war.<sup>9</sup> In der Anzeige versicherte der betroffene Beschäftigte dann zudem, dass er keinerlei Insiderinformationen bei dem Mitarbeitergeschäft verwendet hatte. Das IT-gestützte Anzeigeverfahren der BaFin war ein System, in dem die Anzeige stets nach Auftragserteilung stattfand. Die Anzeige hatte nach den Vorgaben der ent-

sprechenden Dienstanweisung unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, zu erfolgen.<sup>10</sup> Vom Anzeigeverfahren bis zum 16.10.2020 nicht umfasst waren selbstverständlich Mitarbeitergeschäfte auf Basis von Insiderinformationen, da solche Geschäfte nach Art. 14 der Marktmissbrauchs-VO (MAR) für jedermann verboten sind.

Der 1999 gegründete Zahlungsabwickler und Finanzdienstleister Wirecard AG wuchs ab den 2000er Jahren rasant und wurde schnell zum Börsenliebling. Alleine in der Wirecard AG selbst (ohne weitere Konzerngesellschaften) arbeiteten zuletzt mehr als 5.000 Mitarbeiter, die mehr als zwei Mrd. Euro Umsatz generieren. Die Aktien des Unternehmens wurden 2006 in den TecDAX und 2018 sogar in den DAX aufgenommen. Nicht nur bei Politikern, sondern auch bei Anlegern galt die Wirecard AG lange als sog. Rising Star.

Doch die Stimmung war nicht immer ungetrübt. Seit 2008 hielten sich hartnäckig Gerüchte, dass es bei der Wirecard AG Bilanzmanipulationen gebe, was naturgemäß Effekte auf den Börsenpreis hat. Das Unternehmen reagierte hierauf mit einer beauftragten Sonderprüfung durch eine namhafte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Die BaFin und die Staatsanwaltschaft ermittelten hierauf bezogen mehrfach wegen etwaiger Marktmanipulation. Auch über die von der BaFin seit 2016 betriebene anonyme Hinweisgeberstelle gingen zwischen 2016 und 2020 90 Hinweise auf diverse Missstände (insbesondere zu Bilanzmanipulation, Insiderhandel, Marktmanipulation, Ad hoc-Verstößen, Geldwäsche) bei der Wirecard AG ein.<sup>11</sup>

Nach mehreren Berichten der Financial Times in Bezug auf Unstimmigkeiten in Bilanzen der Wirecard AG ab 2015 erstattete die BaFin Strafanzeige gegen Journalisten der Financial Times wegen Marktmanipulation, erließ im Februar 2019 ein zweiwöchiges Leerverkaufsverbot in Bezug auf Aktien der Wirecard AG und beantragte zum gleichen Zeitpunkt bei der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR) eine Bilanzprüfung, die aber bis Juni 2020 nicht mehr zum Abschluss kam. Die Wirecard AG gab im Oktober 2019 eine weitere Sonderprüfung durch eine externe Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Auftrag. Das Ergebnis wurde Ende April 2020 veröffentlicht. Danach konnten nicht alle

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

<sup>1</sup> Vgl. BT-Drs. 19/25415, S. 8.

<sup>2</sup> BaFin, Jahresbericht 2016, S. 174; *Himmelreich*, Insiderstrafverfolgung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, (2013), S. 73 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BGH NZG 2016, 751; *Gehrmann*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), 11. Kapitel Rn. 229.

<sup>4</sup> BT-Drs. 19/24130 v. 05.11.2020, S. 3; BT-Drs. 19/25128, S. 1; BT-Drs. 19/26352, S. 5.

<sup>5</sup> Vgl. BT-Drs. 19/24201, S. 7.

<sup>6</sup> Vgl. BT-Drs. 19/25415, S. 8. Wie sich dies zur angeblichen Gesamtzahl von 497 angezeigten Geschäften bei allen BaFin-Beschäftigten verhalten soll,

bleibt dabei im Dunkeln. Offenbar wurde eine andere Zählweise verwendet (Aktien vs. Aktien/Derivate/Fonds). Schlüssig sind die dargestellten Zahlen im Verhältnis zueinander jedenfalls nicht.

<sup>7</sup> BT-Drs. 19/25415, S. 1 f.

<sup>8</sup> Das sind 87 % aller Beschäftigten der BaFin, vgl. das am 10.02.2021 veröffentlichte und unter [www.bafin.de](http://www.bafin.de) abrufbare Gutachten von Deloitte zur Sonderauswertung, S. 6 (zuletzt abgerufen am 12.11.2021).

<sup>9</sup> Vgl. BT-Drs. 19/25415, S. 8.

<sup>10</sup> BT-Drs. 19/24130, S. 4; BT-Drs. 19/25128, S. 14.

<sup>11</sup> BT-Drs. 19/23454, S. 12 ff.

Daten vollständig ausgewertet und somit die im Raum stehenden Vorwürfe der Bilanzmanipulation nicht völlig ausgeräumt werden. Insbesondere gab es Unstimmigkeiten hinsichtlich des Fernostgeschäfts der Wirecard AG. Die Wirecard AG gestand am 18.06.2020 auf einer Pressekonferenz und im Zuge einer zeitgleichen Ad hoc-Mitteilung ein, dass sich die Existenz von Bankguthaben auf Treuhandkonten in Höhe von 1,9 Mrd. Euro nicht ermitteln lasse. Nach deutlichen Kursrutschen der Wirecard-Aktie noch am 18.06.2020 (minus 2/3) kam es letztlich am 25.06.2020 zum Insolvenzantrag beim AG München wegen drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.

Einen Tag vor dem Fiasko vom 18.06.2020, am 17.06.2020, tätigte P noch ein am Folgetag angezeigtes Mitarbeitergeschäft mit Wirecard-Bezug. Es handelte sich dabei um den Verkauf eines Discount-Zertifikats auf Aktien der Wirecard AG mit der ISIN DE000JM3TR30.<sup>12</sup> Der Börsenpreis dieses Zertifikats sank am 18.06.2020 um etwa 1/4 von ca. 44 Euro auf ca. 33 Euro ab. Da am 17.06.2020 maximal 2.500 Stücke des Zertifikats gehandelt wurden, könnte bei P ein Vorteil von bis zu 27.500 Euro generiert worden sein, falls alle 2.500 Zertifikate auf sein Mitarbeitergeschäft zurückzuführen sein sollten.

Noch im Dezember 2020 wurde ausdrücklich erklärt, dass der BaFin (bislang) keinerlei Kenntnisse darüber vorlägen, dass ein Beschäftigter der BaFin ein Finanzgeschäft mit Bezug zur Wirecard AG getätigt hat, welches womöglich im Konflikt zu den insiderrechtlichen Vorgaben des WpHG bzw. der MAR steht.<sup>13</sup> In der Folge änderte sich dies. In Bezug auf P wurde Ende Januar 2021 ein Verdachtsfall des Insiderhandels festgestellt, bei der zuständigen Staatsanwaltschaft Strafanzeige erstattet, ein Disziplinarverfahren eingeleitet und P wurde zudem freigestellt.<sup>14</sup> Die BaFin erklärte, dass K und P als Teil des Marktmissbrauchsteams der BaFin Zugang zu Insiderinformationen gehabt hätten.<sup>15</sup> In Bezug auf P kam ein extern eingeholtes Gutachten zum Ergebnis, dass „eine organisatorische Nähe zu einer Insiderinformation bestand und nicht ausgeschlossen werden konnte, dass der Beschäftigte auf nichtbestimmungsmäßigem Wege Kenntnis von dieser Information erlangte“.<sup>16</sup> Die BaFin kommentierte das Gutachten schließlich noch wie folgt „Die Person, die es [das Mitarbeitergeschäft vom 17.06.2020] tätigte, konnte laut Sonderprüfung zwar bestimmungsgemäß, also im Rahmen ihrer Aufgaben, nicht auf Insiderinformationen zu ihrem Geschäft zugreifen. Sie tätigte das Geschäft aber, nachdem die Insiderinformation in ihrer Organisationseinheit vorlag. Deswegen und aufgrund weiterer besonderer Begleitumstände kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Person Kenntnis von der Insiderinformation hatte“.<sup>17</sup> Als relevante Insiderinformation wurde das in der BaFin vorliegende Wissen dahingehend ausgemacht, dass die Abschlussprüfer der Wirecard AG am 18.06.2020 das Testat verweigern würden, was noch am selben Tag durch eine Ad hoc-

Mitteilung und auf einer Pressekonferenz veröffentlicht werden sollte.<sup>18</sup>

## Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von P.

### Auszüge aus Gesetzes- und Verordnungstexten

#### A) Wertpapierhandelsgesetz – WpHG

##### § 119 Strafvorschriften

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer [...].

(3) Ebenso wird bestraft, wer gegen die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission (ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 1; L 287 vom 21.10.2016, S. 320; L 306 vom 15.11.2016, S. 43; L 348 vom 21.12.2016, S. 83), die zuletzt durch die Verordnung (EU) 2016/1033 (ABl. L 175 vom 30.6.2016, S. 1) geändert worden ist, verstößt, indem er

1. entgegen Artikel 14 Buchstabe a ein Insidergeschäft tätigt [...].

(5) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer in den Fällen des Absatzes 1 [...]

2. in Ausübung seiner Tätigkeit für eine inländische Finanzaufsichtsbehörde, ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, eine Börse oder einen Betreiber eines Handelsplatzes handelt [...].

#### B. Marktmissbrauchs-VO – MAR

##### Art. 7 Insiderinformationen

(1) Für die Zwecke dieser Verordnung umfasst der Begriff „Insiderinformationen“ folgende Arten von Informationen:

a) nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen [...].

(2) Für die Zwecke des Absatzes 1 sind Informationen dann als präzise anzusehen, wenn damit eine Reihe von Umständen gemeint ist, die bereits gegeben sind oder bei denen man vernünftigerweise erwarten kann, dass sie in Zukunft gegeben sein werden, oder ein Ereignis, das bereits eingetreten ist oder von den vernünftigerweise erwarten kann, dass es in Zukunft eintreten wird, und diese Informationen darüber hinaus spezifisch genug sind, um einen Schluss auf die mögliche Auswirkung dieser Reihe von Umständen oder dieses Ereignisses auf die Kurse der Finanzinstrumente oder des damit verbundenen derivativen Finanzinstruments, der damit verbundenen Waren-Spot-Kontrakte oder der auf den Emissionszertifikaten beruhenden Auktionsobjekte zuzulassen. So können im Fall eines zeitlich gestreckten Vorgangs, der einen bestimmten Umstand oder ein bestimmtes Ereignis herbeiführen soll oder hervorbringt, dieser betreffende zukünftige Umstand bzw. das betreffende zukünftige Ereignis und auch die Zwischenschritte in diesem Vorgang, die mit der Herbeiführung oder Hervorbringung dieses zukünftigen Umstandes oder Ereignisses verbunden sind, in dieser Hinsicht als präzise Information betrachtet werden [...].

<sup>12</sup> Vgl. BT-Drs. 19/25128, S. 12; BT-Drs. 19/25415, S. 8.

<sup>13</sup> BT-Drs. 19/25128, S. 17; ebenso schon zuvor BT-Drs. 19/24130, S. 4.

<sup>14</sup> Vgl. BT-Drs. 19/26352, S. 5.

<sup>15</sup> Vgl. die allerdings widersprüchlichen Angaben unter BT-Drs. 19/25415 v. 17.12.2020, S. 7 einerseits und unter [www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma42-11-5349\\_fast\\_track\\_peer\\_review\\_report\\_-\\_wirecard.pdf](http://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma42-11-5349_fast_track_peer_review_report_-_wirecard.pdf) (zuletzt abgerufen am 12.11.2021) andererseits.

<sup>16</sup> Vgl. das am 10.02.2021 veröffentlichte und unter [www.bafin.de](http://www.bafin.de) abrufbare Gutachten von Deloitte zur Sonderauswertung, S. 10 (zuletzt abgerufen am 12.11.2021).

<sup>17</sup> Vgl. [www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2021/meldung\\_210210\\_sonderauswertung\\_mitarbeitergeschaefte](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2021/meldung_210210_sonderauswertung_mitarbeitergeschaefte) (zuletzt abgerufen am 12.11.2021).

<sup>18</sup> [www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/wirecard-geschaefte-wieso-die-bafin-bei-einem-mitarbeiter-insiderverdacht-schoepfte/26903314.html](http://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/wirecard-geschaefte-wieso-die-bafin-bei-einem-mitarbeiter-insiderverdacht-schoepfte/26903314.html) (zuletzt abgerufen am 12.11.2021).

(4) Für die Zwecke des Absatzes 1 sind unter „Informationen, die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs von Finanzinstrumenten, derivativen Finanzinstrumenten, damit verbundenen Waren-Spot-Kontrakten oder auf Emissionszertifikaten beruhenden Auktionsobjekten spürbar zu beeinflussen“ Informationen zu verstehen, die ein verständiger Anleger wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidungen nutzen würde [...].

#### **Artikel 8 Insidergeschäfte**

(1) Für die Zwecke dieser Verordnung liegt ein Insidergeschäft vor, wenn eine Person über Insiderinformationen verfügt und unter Nutzung derselben für eigene oder fremde Rechnung direkt oder indirekt Finanzinstrumente, auf die sich die Informationen beziehen, erwirbt oder veräußert [...].

(4) Dieser Artikel gilt für jede Person, die über Insiderinformationen verfügt, weil sie [...]

c) aufgrund der Ausübung einer Arbeit oder eines Berufs oder der Erfüllung von Aufgaben Zugang zu den betreffenden Informationen hat [...].

Dieser Artikel gilt auch für jede Person, die Insiderinformationen unter anderen Umständen als nach Unterabsatz 1 besitzt und weiß oder wissen müsste, dass es sich dabei um Insiderinformationen handelt.

#### **Artikel 14 Verbot von Insidergeschäften und unrechtmäßiger Offenlegung von Insiderinformationen**

Folgende Handlungen sind verboten:

a) das Tätigen von Insidergeschäften und der Versuch hierzu [...].

## Gliederung

### A) Strafbarkeit des P wegen

#### § 119 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 2 WpHG

##### I. Tatbestand

###### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Grundtatbestand, § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG

###### aa) Täterkreis

###### bb) Tatobjekt

###### cc) Insiderinformation

###### (1) Nicht öffentlich bekannt

###### (2) Präzise Information

###### b) Zwischenergebnis

###### 2. Zwischenergebnis

##### II. Zwischenergebnis

### B) Ergebnis

## Gutachten

### Hinweis

Wie die Fußnoten zum Sachverhalt zeigen, handelt es sich um einen realen Fall. Lediglich einige persönliche Angaben zu P und K in den beiden ersten Absätzen sind Fiktion. Der Fall auch potenziellen Insiderhandels bei der BaFin reiht sich in eine Kette verschiedener Vorwürfe bei der Wirecard-Causa auch gegen die BaFin ein. Er dürfte letztlich der berühmte Tropfen gewesen sein, der das Fass zum Überlaufen brachte. Einen Tag nach Bekanntwerden wurden schließlich der Präsident und die Vizepräsidentin der BaFin entlassen. Zudem verschärfte sich die Tonlage in Bezug auf die nun gesetzliche Neuregelung von Mitarbeitergeschäften bei der BaFin in § 11a FinDAG im Rahmen des Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetzes (FISG).

### A) Strafbarkeit des P wegen

#### § 119 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 2 WpHG

P könnte sich dadurch, dass er am 17.06.2020 in seiner Eigenschaft als Beschäftigter der BaFin bis zu 2.500 Stück Discount-Zertifikate auf Wirecard mit der ISIN DE000JM3TR30 verkaufte, wobei er auf im Referat WA 24 vorhandene Insiderinformationen zu Wirecard zurückgriff, wegen verbotenen Insiderhandel iSd. § 119 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 2 WpHG strafbar gemacht haben.

### Hinweis

Das Prüfungsschema ist bei Nebenstrafrecht wie etwa dem vorliegend relevanten Kapitalmarktstrafrecht völlig identisch zum Kernstrafrecht des StGB. Zu prüfen sind der Tatbestand der Strafnorm (objektiv/subjektiv), die Rechtswidrigkeit und die Schuld. Strafnormen des Nebenstrafrechts spielen in Bezug auf Klausuren und sonstige Prüfungen allerdings nur im Schwerpunktbereich

Strafrecht eine Rolle, was sich aus dem jeweiligen Landesjuristenausbildungsgesetz und den Angeboten der Universitäten zu Schwerpunktbereichen ergibt.

## I. Tatbestand

Dazu muss P zunächst den Tatbestand des § 119 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 2 WpHG verwirklicht haben.

### 1. Objektiver Tatbestand

Sodann muss P den objektiven Tatbestand erfüllt haben. Und zwar dabei sowohl den Grundtatbestand des § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG als auch das Qualifikationsmerkmal des § 119 Abs. 5 Nr. 2 WpHG.

#### a) Grundtatbestand, § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG

Fraglich ist, ob P dadurch, dass er am 17.06.2020 bis zu 2.500 Stück des Discount-Zertifikats auf Wirecard mit der ISIN DE000JM3TR30 verkaufte, verbotenen Insiderhandel iSd. § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG getrieben hat.

Der strafrechtliche Tatbestand des § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG ergibt sich aus einem Blankettverweis auf Art. 14 lit. a) der MAR. Bestraft wird insoweit, wer entgegen Art. 14 lit. a) der MAR ein Insidergeschäft tätigt. Art. 14 MAR verweist seinerseits weiter auf Art. 7 f. MAR zu Insiderinformationen und Insidergeschäften.

#### aa) Täterkreis

P muss zunächst tauglicher Täter eines verbotenen Insiderhandels iSd. Art. 14 lit. a) der MAR sein.

Täter des Art. 14 lit. a) der MAR kann jeder sein, der über eine Insiderinformation iSd. Art. 7 der MAR verfügt. Derartige Jedermannspersonen kennen also ein Geheimnis, welches den übrigen potenziellen Marktteilnehmern nicht bekannt ist und welches sie deshalb ausnutzen können.<sup>19</sup>

Taugliche Täter des Art. 14 lit. a) der MAR können dabei einerseits sog. Primärsinsider, andererseits aber auch sog. Sekundärsinsider sein. In Bezug auf P kommt zunächst in Betracht, dass er als tätigkeitsbezogener Primärsinsider iSd. Art. 8 Abs. 4 lit. c) der MAR anzusehen ist. Danach ist jede Person, die über Insiderinformationen verfügt, als Primärsinsider zu betrachten, wenn sie aufgrund der Ausübung einer Arbeit oder eines Berufs oder der Erfüllung von Aufgaben Zugang zu den betreffenden Informationen hat.

Die Eigenschaft als tätigkeitsbezogener Primärsinsider wird allerdings dadurch begründet, dass typischerweise bzw. unmittelbar oder bestimmungsgemäß ein Zugang zu der Insiderinformation besteht.<sup>20</sup> Die BaFin hatte jedoch bezüglich P als ausdrücklich nicht mit Wirecard befasstem Mitarbeiter ausgeschlossen, dass dieser im Referat WA 24 bestimmungsgemäß mit Insiderinformationen bezüglich der Wirecard AG in Berührung kam. P war deswegen wohl kein tätigkeitsbezogener Primärsinsider. Allerdings will es eine Gegenauffassung auf Basis rein des Wortlauts von 8 Abs. 4 lit. c) der MAR genügen lassen, dass die berufliche Stellung lediglich kausal, damit auch im Zuge einer Pflichtver-

<sup>19</sup> Langenbucher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. (2018), § 15 Rn. 3; Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 11. Aufl. (2020), § 6 Rn. 346.

<sup>20</sup> Meyer, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. (2019), Rn. 12.220; Pananis, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 119

WpHG Rn. 160; Buck-Heeb, in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Aufl. (2020), § 8 Rn. 142.

letzung oder rein zufällig, für die Erlangung der Insiderinformation sein muss<sup>21</sup>, was bei P der Fall wäre. Denn ohne seine Tätigkeit bei der BaFin und dort im Referat WA 24 hätte er jedenfalls nicht auf dort vorliegende Wirecard-Insiderinformationen zugreifen können. Im Ergebnis muss dieser Streit nicht entschieden werden, denn für die Täterschaft ist es iSd. Art. 14 lit. a) der MAR ausreichend, dass eine Eigenschaft als Sekundärinsider vorliegt. Für diese gilt iSd. Art. 8 Abs. 4 Unterabs. 2 der MAR, dass jede Person Sekundärinsider werden kann, wenn sie Insiderinformationen unter anderen Umständen als nach Unterabsatz 1 besitzt und weiß oder wissen müsste, dass es sich dabei um Insiderinformationen handelt. Dies ist bei P zweifellos der Fall. Damit ist er tauglicher Täter.

### bb) Tatobjekt

P muss allerdings nicht nur allgemein tauglicher Täter sein, sondern es müsste auch ein taugliches Tatobjekt existieren. Art. 14 lit. a) der MAR verbietet dabei das Tätigen von Insidergeschäften. Ein Insidergeschäft liegt nach Art. 8 Abs. 1 MAR dann vor, wenn eine Person über Insiderinformationen verfügt und unter Nutzung derselben für eigene oder fremde Rechnung direkt oder indirekt Finanzinstrumente, auf die sich die Informationen beziehen, erwirbt oder veräußert. Dabei geht es also um den Kauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten auf Basis von Insiderinformationen. Derartige Finanzinstrumente müssen, wie sich aus Art. 2 Abs. 1 der MAR ergibt, an einem Handelsplatz iSd. Art. 4 Abs. 1 Nr. 24 der MiFID II gehandelt werden oder einen zumindest indirekten Marktbezug iSd. Art. 2 Abs. 1 lit. d) der MAR aufweisen.<sup>22</sup> Davon ist beim Verkauf des Discount-Zertifikats auf Wirecard mit der ISIN DE000JM3TR30 durch P am 17.06.2020 auszugehen.

### cc) Insiderinformation

Zentral ist vorliegend aber vor allem, ob P beim Zertifikatsverkauf am 17.06.2020 auch tatsächlich eine Insiderinformation verwendet hat.

Insiderinformationen sind nach Art. 7 Abs. 1 lit. a) der MAR insbesondere nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen.

Fraglich ist, ob die im Referat WA 24 der BaFin vorliegende Hinweis darauf, dass die Abschlussprüfer der Wirecard AG wegen hoher Fehlbeträge kein Testat erteilen würden, vor dem 18.06.2020 eine Insiderinformation darstellte.

### (1) Nicht öffentlich bekannt

Zuerst muss dieser Hinweis nicht öffentlich bekannt gewesen sein. Öffentlich bekannt ist eine Information, wenn sie einem breiten Anlegerpublikum und damit einer unbestimmten Zahl von Personen zugänglich gemacht wurde.<sup>23</sup> Vorliegend war

diese Information bis zum 18.06.2020 nicht veröffentlicht worden. Vereinzelt Marktgerüchte etwa in bestimmten Zeitungen, wonach das Testat wegen Bilanzmanipulationen womöglich verweigert werden könnte (Werturteil ohne Tatsachekern), reichen noch nicht aus, damit eine Information zumindest einem Großteil der Anleger öffentlich bekannt sind.<sup>24</sup> Dies gilt auch bei der Verbreitung über soziale Medien.<sup>25</sup> Letztlich war die Information zur Testatverweigerung bei Wirecard-Bilanzen damit vor ihrer Bekanntmachung am 18.06.2020 noch nicht öffentlich bekannt.

### (2) Präzise Information

Fraglich ist weiter, ob diese Information auch hinreichend präzise war.

Informationen sind dann als präzise anzusehen, wenn damit eine Reihe gegebener oder vernünftigerweise erwartbarer Umstände vorliegt und diese Informationen spezifisch genug sind, um einen Schluss auf die mögliche Auswirkung dieser Reihe von Umständen oder dieses Ereignisses auf die Kurse etwa der betroffenen Finanzinstrumente zuzulassen.<sup>26</sup>

Vorliegend konnte jedenfalls davon ausgegangen werden, dass der Börsenpreis der Wirecard-Aktie und sämtlicher hierauf bezogener anderweitiger Finanzinstrumente deutlich absinken würde, sobald die avisierte Testatverweigerung bekannt würde. Diese Information war damit auch präzise.

Unzweifelhaft verfügte P als Beschäftigter im Referat Marktanalyse der BaFin allgemein über derartige Insiderinformationen, denn dem Referat Marktanalyse und seinen Beschäftigten werden BaFin-intern bestimmungsgemäß Informationen über Emittenten zugestellt, die nicht öffentlich bekannt und präzise sind, wobei hierbei ein Kursbeeinflussungspotenzial besteht. Dies zeigt alleine schon die Einstufung sämtlicher Beschäftigter des Referats Marktanalyse der BaFin in die Risikokategorie A.

Jedoch geht es vorliegend nicht darum, ob P allgemein über Insiderinformationen zu irgendwelchen Emittenten verfügte, sondern ob ihm Insiderinformationen zur Wirecard AG vorlagen. Gerade dieses Verfügen erscheint vorliegend fraglich. Denn laut den Sachverhaltsangaben kam P bestimmungsgemäß bei seinen dienstlichen Vorrichtungen gar nicht mit den entsprechenden Informationen in Berührung. Derartige Insiderinformationen hätten jedoch in der Organisationseinheit, also wohl in WA 24, vorgelegen.

Über eine Insiderinformation iSd. Art. 8 MAR verfügt jedoch nur derjenige, der tatsächlich Kenntnis von ihr hat.<sup>27</sup> Hinsichtlich des P steht keineswegs fest, dass er eine derartige Kenntnis hatte. Vielmehr legt sogar die BaFin dar, dass er bestimmungsgemäß keinen Zugang zu Insiderinformationen im Zusammenhang mit einer Marktanalyse zur Emittentin Wirecard AG hatte. Ein möglicher Zugang zu Insiderinformationen – etwa durch in

<sup>21</sup> Poelzig, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. (2021), § 14 Rn. 396; Kumpan, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. (2021), Art. 8 MAR Rn. 11.

<sup>22</sup> Langenbacher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. (2018), § 15 Rn. 11; Pananis, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 119 WpHG Rn. 162.

<sup>23</sup> BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C (Stand: 25.03.2020), S. 10; Poelzig, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. (2021), § 14 Rn. 381.

<sup>24</sup> Vgl. Hilgendorf/Kusche, in: Park, Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. (2019), Art. 7 MAR Rn. 34; Hippeli, Kapitalmarktrecht, 2020, S. 83.

<sup>25</sup> Klöhn, ZHR 180 (2016), 707 (728); Buck-Heeb, AG 2021, 42.

<sup>26</sup> BaFin, Emittentenleitfaden, Modul C (Stand: 25.03.2020), S. 10; Hopt/Kumpan, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. (2017), § 107 Rn. 43.

<sup>27</sup> Kumpan/Schmidt, in: Schwark/Zimmer, KMRK, 5. Aufl. (2020), Art. 8 MAR Rn. 51.

WA 24 herumliegende Unterlagen zur Wirecard-Causa in Printform oder durch die Zugriffsmöglichkeiten auf in der elektronischen Referatsablage gespeicherte Daten oder gar der fertigen Marktanalyse zur Wirecard AG – kann allerdings ein Indiz für die Kenntnis bedeuten.<sup>28</sup>

### b) Zwischenergebnis

Bereits der objektive Tatbestand des Grunddelikts ist nicht erfüllt.

### 2. Zwischenergebnis

Da der objektive Tatbestand des Grunddelikts schon nicht erfüllt ist, kommt es auf den subjektiven Tatbestand des Grunddelikts nicht weiter an.

## II. Zwischenergebnis

Da der Tatbestand des Grunddelikts nicht erfüllt ist, kommt es auch auf das Qualifikationsmerkmal des § 119 Abs. 5 Nr. 2 WpHG (Begehung in Ausübung seiner Tätigkeit für eine inländische Finanzaufsichtsbehörde) nicht weiter an.

## B) Ergebnis

P hat sich nicht wegen verbotenen Insiderhandels iSd. § 119 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 2 WpHG strafbar gemacht.

### Abschließende Hinweise

Diese Geschichte war insgesamt wirklich harter Tobak. Dem betroffenen Mitarbeiter der BaFin wurde letztlich von seinem Dienstherrn eine Straftat vorgeworfen, die mit bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe geahndet wird. Dabei war vorherzusehen, dass es für eine Insiderstraftat niemals ausreichen wird, dass jemand am Arbeitsplatz zufällig Insiderinformationen erlangt und diese für eigene Zwecke gewinnbringend genutzt haben könnte. Zudem sprachen sämtliche Indizien (nicht nur punktueller Handel der realen Person auf Wirecard, vergleichsweise geringer Gewinn etc.) gegen einen verbotenen Insiderhandel. Niemand ist doch ernsthaft so dumm, für maximal 27.500 Euro seinen Arbeitsplatz zu gefährden und bis zu zehn Jahre Haft zu riskieren. Wie zu vermuten stand wurde in der Folge daher auch das reale Ermittlungsverfahren durch die zuständige Staatsanwaltschaft mangels hinreichendem Tatverdacht iSd. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.<sup>29</sup> Die überhastete Aktion der Strafanzeige im Zuge des Wirecard-Aktionismus bei der BaFin kennt dabei letztlich nur Verlierer:

1. Der betroffene Mitarbeiter ist zwar entlastet, allerdings bleibt natürlich immer etwas hängen, so dass seine weitere Karriere bei der BaFin beendet sein dürfte.
2. Die BaFin selbst steht in mehrerlei Hinsicht bis auf die Knochen blamiert da. Zum einen fiel auf, dass ihr Anzeigesystem für Mitarbeitergeschäfte schlicht unbrauchbar war. So sollten Vorgesetzte mit ihrer Freigabe bestätigen, dass das zu tätigende Geschäft in Ordnung ist. Jedoch kann gar nicht garantiert werden, dass der jeweilige Beschäftigte nicht etwa über den Flurfunk aus seinem Referat bestimmte Kenntnisse erhalten und verwendet hat.

Zum anderen bestehen bei der BaFin auch jetzt noch keinerlei Chinese Walls für Informationen innerhalb und zwischen den einzelnen Referaten, so dass die Compliance-Organisation der BaFin schlechter als bei den beaufsichtigten Emittenten aufgestellt war und ist (!). Schließlich stellt sich bei einem derart übermotivierten Anzeigeverhalten die Frage, inwieweit die BaFin ihre Fürsorgepflichten gegenüber Mitarbeitern ernst nimmt, was für das Betriebsklima schlichtweg toxisch sein dürfte. Anders gewendet: Wer will eigentlich bei einem Arbeitgeber/Dienstherrn arbeiten, der einen so schnell und auch derart brachial hinhängt?

3. Der betroffenen Referatsleiterin des Referats Marktanalyse wurde intern die Schuld an dem ganzen Vorgang gegeben, weil sie diesen mit ihrer Freigabe ermöglicht hätte. Gleichwohl hatte sie sich nur an die bestehenden (lücken- und fehlerhaften) Vorschriften gehalten. In der Folge wurde sie zur Referentin zurückgestuft und strafversetzt. Für die fehlerhaften Verfahrensvorschriften und die mangelhafte Compliance-Organisation wurde indes niemand zur Verantwortung gezogen.

4. Schließlich wurden auch die sämtlichen Beschäftigten unter Generalverdacht gestellt. Zunächst mit einem Erlass des BaFin-Präsidenten, sodann auf Basis des neuen § 11a FinDAG, wurde ein faktisch nahezu komplettes Handelsverbot für den überwiegenden Teil der BaFin-Beschäftigten verhängt. Wie diese in einer Niedrigzinsphase nun Geldanlage betreiben sollen, bleibt fraglich.

### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>28</sup> Kumpan/Schmidt, in: Schwark/Zimmer, KMRK, 5. Aufl. (2020), Art. 8 MAR Rn. 52.

<sup>29</sup> Vgl. [www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2021/meldung\\_210719\\_Insiderhandel\\_Wirecard.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2021/meldung_210719_Insiderhandel_Wirecard.html) (zuletzt abgerufen am 12.11.2021).

# KLAUSUR – ZIVILRECHT

Prof. Dr. Claudius Petzold\*

## „A. Hannich: Neue Schwierigkeiten“

### Assessorexamensklausur – Anwaltliche Aufgabenstellung

#### Aktenauszug

##### Hinweis

Die sehr schwierige Klausur basiert auf Entscheidungen des BGH zum unberechtigten Filesharing. Die weite Verbreitung des Filesharings, die zur Routine gewordene Bearbeitung durch sogen. Abmahnkanzleien, aber auch die zu einem Geschäftsmodell gewordene Verteidigung gegen Abmahnung sowie die Erfahrung der Gerichte dürften die mit dem Filesharing verbundenen Rechtsfragen zu einem beliebten Klausurthema machen. Die angesprochenen Probleme der sekundären Darlegungslast, zum internationalen Prozessrecht und Haftungsprivileg nach dem TMG sollten Referendaren in Grundzügen bekannt sein.



#### Rechtsanwaltskanzlei Mündel

Rechtsanwalt Mündel | Moselstraße 149 • 60329 Frankfurt a.M.

Herrn

Anselm Hannich

Albrechtsweg 3

24105 Kiel

##### Rechtsanwalt Mündel

Moselstraße 149 • 60329 Frankfurt a.M.

Telefon: [...]

Telefax: [...]

E-Mail: [...]

Mein Zeichen: 2223/21

Datum: 07.01.2021

#### Abmahnung wegen Illegalen Filesharings

#### Unterlassungserklärung und Schadensersatz

Sehr geehrter Herr Hannich,

wir zeigen die Vertretung der SIBEL International, 148 ELECTRIC ROAD, NORTH POINT, HONG KONG unter Vollmachtsvorlage an.

Unsere Mandantin stehen die ausschließlichen Verwertungsrechte an den Filmen „Vorfreuden in Hongkong“, „The adventures of D., Teil 1“, „The adventures of D., Teil 2“ und „The adventures of D., The beginning“ zu, in Hongkong und den USA mehrfach preisgekrönten Filmen. Dies wurde mehrfach in Urheberrechtsverfahren in Hongkong bestätigt, vgl. entsprechenden Entscheidungslink (Anm: nicht beigefügt).

Zu den nachfolgenden Zeitpunkten wurden über einen Internetanschluss, dessen Inhaber Sie sind, mittels Filesharing-Software Filme unserer Mandantin ohne deren Zustimmung zum Herunterladen angeboten:

1. November 2020 um 17:00 Uhr, "Vorfreuden in Hongkong"
7. November 2020 um 20:55 Uhr, „The adventures of D., Teil 1“
7. November 2020 um 23:13 Uhr, „The adventures of D., Teil 2“
8. November 2020 um 2:23 Uhr, „The adventures of D., The Beginning.“

Die IP-Daten Ihres Anschlusses wurden von einem beauftragten Unternehmen ermittelt, Ihre Anschlussdaten von der Telekom aufgrund Gerichtsbeschluss erlangt.

Durch illegale Downloads entgehen unserer Mandantin berechnete Lizenzentnahmen, mit denen Gehälter, Vertrieb und die Produktion neuer Filme finanziert werden könnten. Die Widerrechtlichkeit und die mögliche Strafbarkeit solcher Verhaltensweisen ist durch die Berichterstattung in den Medien bekannt. Anhand des Herunterladens mehrerer Dateien innerhalb einer kurzfristigen Zeitspanne kann von einer gewerblichen Tätigkeit ausgegangen werden, die nach § 106 I UrhG strafbar ist.

Ein Zivil- und ein denkbare Strafverfahren mit der damit verbundenen öffentlichen Aufmerksamkeit können Sie vermeiden, indem Sie die vorbereitete Unterlassungserklärung in der Anlage unterzeichnen sowie den nachfolgend berechneten Schadensersatz und die Rechtsverfolgungskosten {Anm.: Berechnung folgt, nicht abgedruckt} bis zum

**28. Januar 2021**

auf die in der Fußzeile angegebene Kontoverbindung anweisen.

Mit freundlichen Grüßen

Schreiber

RA'in Schreiber

**Anlage:** Vollmacht

Anselm Hannich  
Albrechtsweg 3  
24105 Kiel

Rechtsanwaltskanzlei Mündel  
Moselstraße 149  
60329 Frankfurt a.M.

Kiel, den 24. Januar 2021

**Sogen. Illegales Filesharing**

Az.: 2223/21

Sehr geehrte Frau Schreiber,

offenkundig habe ich es hier mit einer dieser typischen Abmahnkanzleien zu tun, die durch Drohungen und Erpressungen der Filmindustrie zu Zusatzkosten verhelfen wollen. Die absolute Abstrusität Ihrer Vorwürfe ist schon daran zu erkennen, dass ich am 1. November 2020 an einem internationalen Historikerkongress in Bern „Geschichtsaufarbeitung und Toleranz“ teilgenommen habe. Meine Kinder begleiteten mich, also war niemand zu Hause, der herunter laden konnte. Mit etwas Mühe können Sie sogar Bilder meines Vortrags im Internet finden.

Ich beauftrage doch nicht meinen Anwalt, der gewinnt und ich zahle dann noch die Rechtsanwaltsgebühren, weil die Firma in Hongkong überhaupt keine Kosten begleichen kann und will.

Wie soll ich überhaupt etwas downloaden, anbieten, File sharen? In meinem Alter ist mir das alles sehr fremd, die Titel interessieren mich nicht. Wollen Sie mir etwa ein Interesse an Pornos und seichten chinesischen Filmen unterstellen? Für Fremde hafte ich ja wohl nicht.

Überhaupt gilt in Deutschland deutsches Recht, ausländische Werke sind nach deutschem Recht zu beurteilen, wer kennt schon das Recht Hongkongs. Sollten weitere Anforderungen kommen, werde ich Strafanzeige wegen Erpressung stellen.

„Hochachtungsvoll“

Hannich

Prof. Anselm Hannich  
Albrechtsweg 3  
24105 Kiel

Rechtsanwalt Kimmlich  
Manichstraße 15  
24105 Kiel

Kiel, 9. September 2021

### **Abmahnung Illegales Filesharing**

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt Kimmlich,  
ich benötige mal wieder Ihre Hilfe.

Eine Abmahnkanzlei hat mir doch tatsächlich Mahnungen und sogar einen Mahnbescheid vom AG Wedding wegen eines angeblichen Herunterladens von Filmen geschickt. Scheinbar ist mein Sohn doch nicht ganz unschuldig an der Sache. Ich füge den Mahnbescheid und die Vorkorrespondenz bei. Folgende Erklärungen, nachdem ich mal ein ernstes Wort mit meinem Sohn geredet habe:

Ich war mit ihm und meiner Tochter wirklich am 1. November bei dem Kongress, ich habe auch noch das Flugticket für uns. Also können wir an dem Tag beweisen, unschuldig zu sein. Mein Sohn hat nämlich geprüft, es hat wohl jemand unseren Anschluss benutzt. Ich war da etwas unvorsichtig und habe das vom Verkäufer eingestellte Passwort 12345678 nicht geändert. Nur, ich hafte ja wohl nicht für irgendeinen Nachbarn – der Nachbarnssohn scheint mir eh etwas zwielichtig, ganzen Tag im Zimmer, fettige Haare. Wir haben dann das Passwort geändert. Weil mein Sohn nach dem Mahnbescheid etwas eigenartig war, habe ich mal nachgebohrt. Er hat dann zugegeben, die Fileprogramme benutzt zu haben. Er dachte halt, niemand kann ihn erwischen. Ich kann doch vor Gericht einfach bestreiten, es gewesen zu sein. Niemand kann mich zwingen, meinen Sohn als Täter zu benennen, es gibt doch da irgendwie ein Zeugnisverweigerungsrecht.

Darüber hinaus, wie kann so ein Zeugs überhaupt Urheberschutz genießen? Meine andere Tochter studiert Jura, die meinte aber, ich müsse schon ein sicheres Internet benutzen und es gäbe da irgendeine sekundäre Darlegungslast, d.h. ich müsse meinen Sohn benennen oder doch den Schadensersatz hinnehmen.

Ich habe Ihre frühere Vollmacht übernommen und neu ausgefüllt. Wegen der engen Frist habe ich erstmal Widerspruch eingelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Hannich

**Anlagen:** Mahnbescheid vom 13. August 2021  
Vollmacht

Prof. Anselm Hannich  
Albrechtsweg 3  
24105 Kiel

Rechtsanwalt Kimmlich  
Manichstraße 15  
24105 Kiel

Kiel, 21. September 2021

**Abmahnung**  
**Illegales Filesharing**

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt Kimmlich,

ich komme nochmals auf den Fall zurück und hoffe, dass wir doch einen Termin schnellstmöglich vereinbaren können.

Diese Kanzlei hat mir eine weitere Abmahnung geschickt (Anlage).

Ich habe mit meinem Sohn gesprochen. Er hat zugegeben, sehr oft an solchen Filesharings teilzunehmen. Das ist mir unwahrscheinlich peinlich, gerade weil die Filme scheinbar etwas schlüpfrig sind. Kann sowas überhaupt Urheberrecht genießen? Ich möchte die Sache nicht auf meine Kappe nehmen, aber auch nicht meinem Sohn Schwierigkeiten bereiten. Er meint aber, da könne durchaus noch mehr kommen.

Können Sie mir bitte vorab einige Hinweise geben? Ich habe ja sowieso eine Rechtsschutzversicherung, die kulanterweise Deckung zugesagt hat.

**Hinweis**

Viele Rechtsschutzversicherer geben nur teilweise Rechtsschutz für private Urheberrechtsverletzungen, vgl. ARB der Allianz, Nr. 1.5. (16).

Mit freundlichen Grüßen

Hannich

Anlage zum Schreiben vom 21. September 2021:



## Rechtsanwaltskanzlei Mündel

Rechtsanwalt Mündel | Moselstraße 149 • 60329 Frankfurt a.M.

Herrn  
Anselm Hannich  
Albrechtsweg 3  
24105 Kiel

### Rechtsanwalt Mündel

Moselstraße 149 • 60329 Frankfurt a.M.

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

Mein Zeichen: 22423/21
   
Datum: 16.09.2021

### Erneute Abmahnung wegen Illegalen Filesharings

#### Unterlassungserklärung und Schadensersatz

Sehr geehrter Herr Prof. Hannich,

wir zeigen die Vertretung der SIBEL International, 148 ELECTRIC ROAD, NORTH POINT, HONG KONG unter Vollmachtsvorlage an.

Unsere Mandantinnen stehen die ausschließlichen Verwertungsrechte an den Filmen „Magical Women in A., part. 1“ und „Magical Women in A., part. 2“. Dies wurde mehrfach in Urheberrechtsverfahren in Hongkong bestätigt.

Zu den nachfolgenden Zeitpunkten wurden über einen Internetanschluss, dessen Inhaber Sie sind, mittels der Filesharing-Software P2P Filme unserer Mandantinnen ohne deren Zustimmung zum Herunterladen angeboten:

13. Januar 2021 um 23:57 Uhr, „Magical Women in A., part. 1“

14. Januar 2021 um 1:55 Uhr, „Magical Women in A., part. 2“

Die IP-Daten Ihres Anschlusses wurden von einem beauftragten Unternehmen ermittelt, Ihre Anschlussdaten von der Telekom aufgrund Gerichtsbeschluss erlangt.

Durch illegale Downloads entgehen unserer Mandantinnen berechnete Lizenzentgelte, mit denen Gehälter, Vertrieb und die Produktion neuer Filme finanziert werden könnten. Die Widerrechtlichkeit und die mögliche Strafbarkeit solcher Verhaltensweisen ist durch die Berichtserstattung in den Medien bekannt. Anhand des Herunterladens mehrerer Dateien innerhalb einer kurzfristigen Zeitspanne kann von einer gewerblichen Tätigkeit ausgegangen werden, die nach § 106 I UrhG strafbar ist.

Ein Zivil- und ein denkbare Strafverfahren mit der damit verbundenen öffentlichen Aufmerksamkeit können Sie vermeiden, indem Sie die vorbereitete Unterlassungserklärung in der Anlage unterzeichnen sowie den nachfolgend berechneten Schadensersatz und die Rechtsverfolgungskosten {Anm.: Berechnung folgt, nicht abgedruckt} bis zum

**30. September 2021**

auf die in der Fußzeile angegebene Kontoverbindung anweisen.

Mit freundlichen Grüßen

Schreiber

RA'in Schreiber

**Anlage**

### **Aufgabenstellung und Vermerk für die Bearbeitung**

Erstellen Sie als Referendar des RA Kimmich ein Gutachten ohne Sachverhaltsdarstellung, in dem alle genannten Rechtsfragen angesprochen werden. Zur Berechnung des Schadensersatzes und der Rechtsanwaltskosten sowie zur Form der Abmahnung ist nicht Stellung zu nehmen. Es ist davon auszugehen, dass die Informationen über IP-Adresse und damit die Anschlussdaten (vgl. § 101 UrhG) rechtmäßig erlangt worden sind. Fertigen Sie dann einen Entwurf für ein Mandantenschreiben an, der diese Gutachten für einen gebildeten Laien praktisch zusammenfasst, aber das Gutachten als Anlage beifügt. Beachten Sie bei der Wortwahl auch kaufmännische Aspekte. Der Sachverhalt ist eine Mischung aus den Entscheidungen des BGH und einer sehr umstrittenen Entscheidung des AG Köln. Es handelt sich aber um recht häufig auftretende Konstellationen und Verteidigungsstrategien.

## Gliederung

### A) Gutachten

#### I. Prozessuale Fragestellungen

1. Anwendbares Verfahrensrecht
2. Zuständigkeit deutscher Gerichte
  - a) internationale und örtliche Zuständigkeit
  - b) Besondere Zuständigkeit des Mahngerichts und Fortgang des Verfahrens
3. Prozesskostensicherheit

#### II. Urheberrechtsverletzung

1. Schutz des ausländischen Urheberrechts
2. Verletzung von Urheberrechten
  - a) Anwendbares materielles Recht
  - b) Geschütztes Werk und Verletzungshandlung
3. Verantwortlichkeit des Mandanten und Darlegungslast
  - a) Vermutung der Täterschaft
  - b) Störereigenschaft bei der Verletzung am 1. November 2020
  - c) Störereigenschaft bei den Verletzungen vom 7. und 8. November 2020
  - d) Störereigenschaft bei den Verletzungen vom 13. und 14. Januar 2021
  - e) Benennung der Kinder ohne Konkretisierung
4. Haftungsprivilegierung durch § 8 I TMG
  - a) Inhalt der Haftungsprivilegierung
  - b) Zugangsvermittlung am 1.11.2020
  - c) Einschränkung in Familienverhältnissen
  - d) Einschränkung bei bestehender Kenntnis von Verletzungen
5. Rechtsfolgen

#### III. Praktische Erwägungen

### B) Anwaltsschreiben

### C) Schlussbemerkungen

## Lösung

### A) Gutachten

#### I. Prozessuale Fragestellungen

##### 1. Anwendbares Verfahrensrecht

Mit der deutschen internationalen Zuständigkeit findet deutsches Zivilverfahrensrecht Anwendung.<sup>1</sup>

#### Hinweis

Lex fori meint das Recht am erkennenden Gericht. Praktischer Hintergrund ist, dass Gerichte kaum Verfahren nach jeweils verschiedenen Rechten führen können.

##### 2. Zuständigkeit deutscher Gerichte

###### a) Internationale und örtliche Zuständigkeit

Durch den internationalen Bezug ist vorab die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte zu prüfen. §§ 12ff ZPO werden doppelunktional ausgelegt, sie begründen also gleichzeitig die örtliche und die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte.<sup>2</sup> Die internationale Zuständigkeit begründet sich damit durch den Beklagtenwohnsitz nach § 12 ZPO bzw. § 104 a Abs. 1 S. 1 UrhG und dem Handlungsort nach § 32 ZPO. Damit ist gleichzeitig die örtliche Zuständigkeit gegeben. Der erforderliche Inlandsbezug besteht durch die Verletzungshandlung in Kiel.<sup>3</sup>

#### Hinweis

Die internationale Zuständigkeit wird daher praktisch nie eine Schwierigkeit sein. Hier sollte nur mit einem Zusatzpunkt bewertet werden.

###### b) Besondere Zuständigkeit des Mahngerichts und Fortgang des Verfahrens

Nach § 689 Abs. 2 S. 2 ZPO ist das Amtsgericht Wedding als Zentrales Mahngericht für das Mahnverfahren zuständig. Diese Zuständigkeit ist nach S. 3 vor anderen ausschließlichen Zuständigkeiten vorrangig. Nach § 694 ZPO kann der Mandant Widerspruch einlegen, beantragt nun der Gegner das streitige Verfahren, wird gemäß § 696 Abs. 1 S. 1 ZPO an das zuständige Gericht abgegeben, je nach Streitwert das AG/LG Flensburg. Vermutlich steht der entsprechende Antrag des Gegners bereits im Antragsformular auf Erlass des Mahnbescheids, vgl. § 696 S. 2 ZPO.

#### Hinweis

Gerichte werden mit immer komplexeren Sachverhalten konfrontiert, Entscheidungen zum Urheberrecht erfordern Spezialkenntnisse. Die Länder haben dazu spezielle Gerichte nach § 105 Abs. 1 und 2 UrhG zugewiesen.<sup>4</sup>

##### 3. Prozesskostensicherheit

Die SIBEL könnte später im späteren Verfahren zur Stellung einer Prozesskostensicherheit aufgefordert werden. Nach § 110 Abs. 1 ZPO müssen Kläger mit einem gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb der Europäischen Union oder einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum auf

<sup>1</sup> Patzina, in Münchener Kommentar ZPO, 5. Aufl. (2016), § 36 Rn. 3, auch wenn Ausnahmen diskutiert werden. Das BayObLG NJW-RR 2006, 210 wendet dann ohne weitere Begründung deutsches Verfahrensrecht an.

<sup>2</sup> BGH NJW 2018, 2324; Reber, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg, BeckOK Urheberrecht, 31. Edition (2021), § 105 UrhG Rn. 7.

<sup>3</sup> Vgl. BGH NJW 2018, 2324 (2326).

<sup>4</sup> <http://www.grur.org/de/publikationen/gerichte/gerichtszustaendigkeiten.html#schleswig>.

Verlangen des Beklagten wegen der Prozesskosten Sicherheit leisten. Eine Entscheidung ergeht durch Zwischenurteil nach § 303 ZPO. Leistet der Kläger nicht, tritt die Folge des § 113 S. 2 ZPO, die Klage ist auf Antrag als zurückgenommen zu erklären. Nach § 108 Abs. 1 S. 2 ZPO kann die Sicherheit durch Bürgschaft eines inländischen Kreditinstituts oder durch Hinterlegung geleistet werden.

## II. Urheberrechtsverletzung

Die Filesharings zwischen dem 1. und 8. November könnten Herrn Prof. Hannich als Urheberrechtsverletzung zuzurechnen sein. Der SIBEL könnte daher gemäß § 97 Abs. 1 und 2 UrhG ein Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz sowie gemäß § 97a UrhG auf Abmahnkosten zustehen.

### Hinweis

Beachten Sie die Aufgabenstellung, wonach das Gutachten dem Mandanten mit zu übersenden ist. Formulierungen wie Täterschaft und „H“ wären da unangemessen. Anwälte sollen nicht mit dem Mandanten fraternisieren, aber durchaus etwas Empathie zeigen.

### 1. Schutz des ausländischen Urheberrechts

Nach § 121 IV UrhG genießen ausländische Staatsangehörige den urheberrechtlichen Schutz nach Inhalt der Staatsverträge. Solche Staatsverträge sind das TRIPS Abkommen und Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (RBÜ). Wurden keine Staatsverträge geschlossen, so besteht für solche Werke urheberrechtlicher Schutz, soweit in dem Staat, dem der Urheber angehört, nach einer Bekanntmachung des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz im Bundesgesetzblatt deutsche Staatsangehörige für ihre Werke einen entsprechenden Schutz genießen. Urheberrechte von Ausländern aus Hongkong genießen nach Art. 3 Abs. 1 TRIPS iVm. Art. 5 Abs. 1 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works ebenso Schutz in Deutschland. Das revidierte Abkommen gilt auch für Hongkong.<sup>5</sup>

### Hinweis

Diese Kenntnis ist schon zu speziell, allerdings sollten die Bearbeiter schon wissen, dass Hongkong trotz der Zugehörigkeit zu China eine Sonderverwaltungszone ist. Die komplexeren Beitrittsumstände und die Ausgestaltung sind für die Lösung nicht relevant.

### 2. Verletzung von Urheberrechten

#### a) Anwendbares materielles Recht

Nach Art. 40 I 1 EGBGB knüpft das Deliktstatut grundsätzlich an den Tatort an.<sup>6</sup> Für das Urheberrecht gilt jedoch die Sonderregel der Anwendbarkeit des Rechts des Schutzlandes, d. h. des Rechts des Landes, für dessen Gebiet der Verletzte Schutz in Anspruch nimmt. Deutsches Urheberrecht ist damit anwendbar, wenn eine Handlung, die deutsches Urheberrecht als Urheber-

rechtsverletzung qualifiziert, auf deutschem Territorium vorgenommen wurde.<sup>7</sup> Die Dateien wurden in Kiel herunter geladen, sodass die Verletzungshandlung auf deutschem Territorium geschah.

### Hinweis

Die Kenntnis des sog. Schutzlandprinzips konnte nicht erwartet werden, allgemein sollten die Bearbeiter schon die grundsätzliche Anwendbarkeit des EGBGB kennen. Der Sachverhalt gibt keine Hinweise für den Ausnahmetatbestand des Art. 41 EGBGB.

### b) Geschütztes Werk und Verletzungshandlung

Filme sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG grundsätzlich geschützte Werke. Voraussetzung ist aber nach Abs. 2, dass sie persönliche geistige Schöpfungen darstellen.<sup>8</sup> Nach § 15 UrhG ist die Veröffentlichung und Verbreitung von geschützten Werken nur dem Urheber oder mit dessen Einverständnis erlaubt.

### Hinweis

Der Titel indiziert durchaus Erotik oder Porno. Das Bundesverfassungsgericht hat aber früh entschieden, dass solche Werke von der Kunstfreiheit nicht generell ausgeschlossen sind.<sup>9</sup>

Das Problem ist, dass sich aber der Schutzgegenstand selbst nach dem unbekanntem Recht Hongkongs richtet. In praktischer Hinsicht dürften die Unterschiede nicht groß sein. Zusätzlich hat der Gegner ein Urteil beigefügt, auch würde ein Werk, das keinen Schutz genießt, kaum über derartige Plattformen verteilt werden.

### 3. Verantwortlichkeit des Mandanten und Darlegungslast

#### a) Vermutung der Täterschaft

SIBEL als Inhaberin eines Urheberrechts trägt grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die Täterschaft des Mandanten.<sup>10</sup> SIBEL müsste also nachweisen, dass unser Mandant wirklich am Filesharing teilgenommen habe. Mangels Kenntnis und Einfluss auf die Sphäre des Beklagten wären damit ein Beweis unmöglich, da sich jeder Beklagte auf das einfache Bestreiten verlegen könnte und Urheberrechte praktisch der Wert entzogen werden würde. Die Rechtsprechung hat daher ein abgestuftes System der Darlegungslast (einschließlich Vermutungen und der sekundären Darlegungslast) entwickelt. Wird von einer IP-Adresse aus ein geschütztes Werk zugänglich gemacht, besteht zunächst aufgrund der praktischen Lebenserfahrung eine Vermutung, dass der der IP-Adresse zugeordnete Anschlussinhaber für die Rechtsverletzung verantwortlich ist.<sup>11</sup> Damit besteht also eine Vermutung, dass Prof. Hannich diese Dateien herunter geladen hat. Es ist nur eine Vermutung, die er durch schlüssigen Tatsachenvortrag entkräften kann, nicht beweisen muss.<sup>12</sup> Für diese Entkräftung muss er konkrete Anhaltspunkte nennen können, nach denen eine Täterschaft eines Dritten zumindest nicht

<sup>5</sup> WIPO, IP Portal, [https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search\\_what=A&act\\_id=26](https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=A&act_id=26) (zuletzt abgerufen am 18.8.2021).

<sup>6</sup> *Rojahn/Rektorschek*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. (2021), § 97 UrhG, Rn. 45.

<sup>7</sup> *Rojahn/Rektorschek*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl. (2021), § 97 UrhG, Rn. 45. mit Verweis auf. BGH GRUR 2003, 328.

<sup>8</sup> *Lauber-Rönsberg* in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg, BeckOK Urheberrecht, 31. Ed. (2021), § 121 Rn. 14.

<sup>9</sup> BVerfGE 83, 130 – Mutzenbacher, teils sogar kinderpronomographisch.

<sup>10</sup> BGH NJW 2010, 2061 (2061f) – Sommer unseres Lebens; BGH NJW 2018, 65 – Loud.

<sup>11</sup> BGH NJW 2010, 2061.

<sup>12</sup> BGH NJW 1993, 3259; Vgl. OLG Köln GRUR-RS 2014, 14428, Rn. 22.

gänzlich unwahrscheinlich ist.<sup>13</sup> Der allgemeine Hinweis, Filme oder Musiksendungen dieser Art – selbst unter Beweisantritt genügt nicht, weil die Möglichkeit besteht, im gesellschaftlichen Zusammensein oder für Dritte herunter zu laden.<sup>14</sup> Es reicht aber die Angabe, dass weitere Familienangehörige im Haushalt Zugriff auf das WLAN haben und damit auch als Täter in Frage kommen.

Für den 1. November 2020 ist es möglich, in dem er nachweist, dass er und andere Familienangehörige während der Verletzungshandlung im Zugriffsbereich nicht anwesend waren. Als Täter kommt unser Mandant für die Handlungen vom 1. bis 8. November 2020 wegen der im Haushalt lebenden Kinder nicht in Betracht

### b) Störereigenschaft bei der Verletzung vom 1. November 2020

Es könnte ein Anspruch gegen Prof. Hannich aus den Grundsätzen der Störerhaftung für die Verletzungshandlung am 1. November 2020 bestehen, obwohl niemand im Haus anwesend war. Eine Störerhaftung kann für denjenigen eintreten, der – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechts beiträgt. Dieser Beitrag kann auch in einer Unterstützung liegen, wenn der Anschlussinhaber die tatsächliche Möglichkeit zur Verhinderung hatte. Als einschränkende Voraussetzung müssen diesen zumutbare Verhaltens – oder Prüfpflichten treffen. Für Urheberrechtsverletzung hat der BGH die Verletzung zumutbarer Prüfpflichten angenommen, wenn eine ungesicherte WLAN-Verbindung oder ein unsicheres Passwort benutzt wurde sowie die Gräte nicht dem marktüblichen Sicherheitsstandards entsprechen haben.<sup>15</sup> Hier trifft dann den Mandanten die sekundäre Darlegungspflicht.<sup>16</sup> Diese Pflicht tritt in den Fällen ein, in denen einer Partei der Einblick in die behaupteten Vorgänge fehlt und die nähere Darlegung nicht möglich ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und deren Angabe ihm zumutbar ist.<sup>17</sup> Letztgenannter hat dann den Sachverhalt substantiiert darzulegen und sich über die Tatsachen in seiner Sphäre zu erklären. Einfaches Bestreiten durch den besser informierten Gegner genügt nicht.<sup>18</sup> Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast, hat der Anspruchsteller, die für seine Behauptung sprechenden Umstände darzulegen und zu beweisen. Anderenfalls gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.<sup>19</sup> Der unkonkrete Verweis auf einen unbefugten Dritten, der sich unbefugt Zugang verschafft hat, reicht nicht.<sup>20</sup> Der Mandant muss dann also den Hersteller, Typ und verwendeten WLAN-Schlüssel nennen.<sup>21</sup> Hier müssten wir bei unserem Mandanten nachfragen, welchen Typ und welchen Sicherung er benutzt hat. Andererseits wäre vielleicht aus taktischen Gründen die Angabe eines schlechten Passworts vielleicht sinnvoller?

<sup>13</sup> OLG Köln GRUR-RS 2014, 14428, Rn. 31.

<sup>14</sup> OLG Köln GRUR-RS 2014, 14428, Rn. 26.

<sup>15</sup> BGH NJW 2017, 1965 (1965f) - WLAN-Schlüssel.

<sup>16</sup> BGH NJW 2017, 1965, 1965 - WLAN-Schlüssel.

<sup>17</sup> Ständige Rechtsprechung: BGH NJW 2020, 2804 (2805) mwN.

<sup>18</sup> Musielak/Voit/Stadler, Zivilprozessordnung, 17. Aufl. (2020), § 138 Rn. 10a; Forch, GRUR-Prax 2017, 522.

<sup>19</sup> BGH NJW 2018, 2412 (2414) - Schmieregeldabrede.

<sup>20</sup> OLG Köln GRUR-RS 2014, 14428, Rn. 33; BGH, NJW 2016, 65.

<sup>21</sup> BGH NJW 2017, 1965 (1966) - WLAN-Schlüssel.

### c) Störereigenschaft bei der Verletzungen vom 7. und 8. November 2020

Weitergehend kommt eine Störerhaftung des Mandanten für die Verletzungen des Sohnes in Betracht. Wiederum trifft unseren Mandanten die sekundäre Darlegungslast zur Benennung von Personen, die Zugang zum Internet haben. Im Schreiben an die Gegenseite hat er schon angegeben, dass weitere Familienangehörige im Haushalt leben. Zur Begründung einer Störereigenschaft genügt aber die Überlassung einer Internetverbindung nicht, ebensowenig war es erforderlich, den volljährigen Sohn über die Rechtswidrigkeit von Filesharing aufzuklären oder gar zu untersagen. Die Haftung darf nicht über die Gebühr ausgedehnt werden.<sup>22</sup>

### d) Störereigenschaft bei der Verletzungen vom 13. und 14. Januar 2021

Im Vergleich zu den Vorkommnissen vom November besteht ein Unterschied insofern, dass es konkrete Anhaltspunkte für rechtswidriges Verhalten des Sohnes gab, da er bereits durch das Schreiben der Gegenseite vom 7. Januar 2021 vorgewarnt war. Bei konkreten Anhaltspunkt wird o.g. Aufklärungspflicht und gegebenenfalls Kontrollpflichten als zumutbar betrachtet.<sup>23</sup>

### e) Benennung der Kinder ohne Konkretisierung

Herr Hannich könnte für die Verletzungen vom 7. und 8. November 2020 darauf verweisen, dass in seinem Haushalt weitere volljährige Kinder leben, die beide Zugang zum WLAN haben; er wisse aber nicht, welches seiner Kinder für die Verletzung verantwortlich sei. Er könnte angeben, dass beide eine Auskunft über das Filesharing trotz mehreren Nachbohrens verweigert hätte. Grundsätzlich erfordert die sekundäre Darlegungslast nur zumutbare Nachforschungen. Die Sachlage wäre anders zur Entscheidung des BVerfG, in die Eltern die Kenntnis nicht preisgeben wollten, hier sah das Gericht eine Benennung als zumutbar.<sup>24</sup>

## 4. Haftungsprivilegierung durch § 8 I TMG

### a) Inhalt der Haftungsprivilegierung

Prof. Hannich könnte sich auf das Haftungsprivileg des § 8 TMG (Telemediengesetz) berufen. Nach § 8 Abs. 1 S. 1 und 2 TMG sind Diensteanbieter grundsätzlich nicht verantwortlich für rechtswidrige Handlungen von Nutzern. Nach § 2 Nr. 1 TMG ist ein Diensteanbieter jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt. Der Begriff ist bewusst sehr weit gefasst und nicht auf gewerbliche Anbieter beschränkt.<sup>25</sup> Dazu gehören Betreiber von WLAN-Hotspots.<sup>26</sup> Einzelne Autoren sehen bei Familienangehörigen keinen Anwendungsfall und wenden die bisherige Rechtsprechung zur Störerhaftung weiterhin an.<sup>27</sup> Andererseits verweist der BGH auf die ausdrückliche Absicht des Gesetzgebers, die Störerhaftung abzuschaffen.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> BGH NJW 2014, 2360 (2361) - Bearshare, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts; BGH MMR 2017, 101.

<sup>23</sup> BGH NJW 2014, 2360 (2361).

<sup>24</sup> BVerfG NJW 2019, 1510.

<sup>25</sup> BGH GRUR 2018, 1044 (1046): AG Köln MMR 2020, 636 (638); Vgl. Martini, BeckOK Informations- und Medienrecht, 32. Ed. (2021), § 2 TMG, Rn. 7ff.

<sup>26</sup> Reber, BeckOK Urheberrecht, 31. Ed. (2021), § 97 UrhG, Rn. 54 a.

<sup>27</sup> Gotthardt, ZUM 2021, 7.

<sup>28</sup> BGH GRUR 2018, 1044 (Ls), 1048; BT Drucksache 18/12202, S. 12; zustimmend Grünberger, ZUM 2019, 281 (303).

Dieser subjektive Wille des Gesetzgeber, der sich auch ausdrücklich in der Gesetzesformulierung wieder findet, kann nicht ohne nähere Begründung außer Acht gelassen werden. Damit ist grundsätzlich das Haftungsprivileg anwendbar.

#### b) Zugangsvermittlung am 1. November 2020

Zunächst bleibt die Vermutung der Täterschaft, dass der WLAN-Betreiber die Urheberrechtsverletzung begangen hat, wenn er der alleinige Nutzer ist.<sup>29</sup> Diese Vermutung kann Prof. Hannich einfach erschüttern, weil seine Kinder noch im Haushalt leben. Für den Tag der Reise am 1.11.2020 könnte das Haftungsprivileg anwendbar sein, eine Person mit einem schlecht gesicherten Passwort kann im Gegensatz zu einem offenen Passwort nicht schlechter gestellt werden. Allerdings müsste Prof. Hannich auch Diensteanbieter oder Zugangsvermittler iSd. § 8 Abs. 1 TMG sein, also sein WLAN muss dazu ausgelegt sein, auch von Dritten in Anspruch genommen zu werden. Da der Gegenseite eine Prüfung nicht möglich ist, greift auch hier wieder die sekundäre Darlegungslast. Prof. Hannich muss dann konkret vortragen, dass es aufgrund der Reichweite des WLAN und der lokalen (Gebäude- und Wohn-)Verhältnisse möglich war, dass sich unbekannte Dritte in das WLAN einwählten. Schwierig wird dies im ländlichen Raum oder wenn er auf einem alleinstehenden Grundstück wohnt.<sup>30</sup>

#### c) Einschränkung in Familienverhältnissen

Des Weiteren ist zu prüfen, ob für die Fälle vom 7. und 8. November 2020 in Familienverhältnissen die Privilegierung überhaupt zur Anwendung kommt, soweit das WLAN nicht für weitere Personen geöffnet ist. Nach der Gesetzesbegründung soll die Zurverfügungstellung von kostenlosen WLAN-Hotspots für eine Vielzahl von (unbekannten) Dritten gefördert werden. Unabhängig von den unterschiedlichen Auslegungstheorien nimmt der Wille des Gesetzgebers bei neuen Gesetzen großen Einfluss bei der Auslegung ein.<sup>31</sup> Die Familienkonstellation entspricht nicht der Interessenlage, die dem Gesetzter bei der Änderung vorschwebte. Die Gesetzesbegründung verweist nämlich bei der Angebotsseite auf Bibliotheken, Schulen, Einzelhandel, öffentlichen Verkehr zur Verbesserung des Serviceangebotes, nicht aber auf Familien.<sup>32</sup> Die breite Öffentlichkeit soll allgemeinen Zugriff auf das Internet haben, ein Betreiber aber nicht aus Befürchtungen vor Haftungen aufgrund rechtswidriger Handlungen Dritter davon absehen. Diese kaum zu kontrollierende Gefahr besteht in Familienkonstellationen nicht, sodass Gerichte durchaus zum Schluss kommen können, die vorherige Rechtsprechung weiter anzuwenden. Allerdings kann Prof. Hannich einfach darlegen, dass sein Internet beabsichtigt auch für eine Vielzahl von weiteren Personen offen ist – wogegen aber die Verwendung eines Passworts spricht.

#### d) Einschränkung bei bestehender Kenntnis von Verletzungen

Des Weiteren ist zu prüfen, ob bei Untätigkeit trotz Kenntnis bestehender Verletzungen mit Blick auf den Grundrechtsschutz des Rechteinhabers und dem gesetzgeberischen Willen der Tatbestand enger auszulegen ist. Gesetzgeberischer Wille war die

Förderung des offenen WLANs, indem Betreiber von unkontrollierbaren Risiken bewahrt werden. Gleichzeitig sollen Betreibern gerade keine Prüf- und Kontrollpflichten auferlegt werden, die zu einer hohen administrativen Belastung und auch zu Kosten führen können. Ist dem Betreiber aber die Gefahr von rechtswidrigen Handlungen aufgrund von konkreten Hinweisen bekannt, liegt nicht der Sachverhalt vor, der vom Gesetzgeber als Begründung für die Änderung des § 8 TMG diene. Nach der früheren Rechtsprechung ist beispielsweise ein Anschlussinhaber als Gehilfe für eine Tat denkbar, wenn bereits konkret mit drohenden Haupttaten zu rechnen ist.<sup>33</sup> Das AG Köln sieht ein Nebeneinander von TMG und der bisherigen Haftung in der Ausgestaltung durch die Rechtsprechung als zulässig an. § 8 TMG soll in den Fällen anwendbar sein, wenn der Täter nicht bekannt ist, andernfalls gelten die früheren Grundsätze weiter fort. Der Anschlussinhaber muss schlüssig darlegen, dass ein Dritter in Frage kommt.<sup>34</sup> Die Gerichte können also diese Rechtsprechung möglicherweise weiter zugrunde legen. Hier ist dies mit der Abmahnung vom 7. Januar 2021 geschehen. Sie könnten zum Schluss kommen, dass Prof. Hannich haftbar ist.

### 5. Rechtsfolgen

Soweit der Anschlussinhaber nicht als Täter oder Teilnehmer haftet, besteht kein Schadensersatzanspruch, sondern grundsätzlich nur ein Anspruch auf Unterlassung.<sup>35</sup> Damit kann zumindest der Anspruch gegen Prof. Hannich auf Schadensersatz teilweise für den November 2020 abgewehrt werden.

Soweit das Haftungsprivileg insgesamt für alle Fälle bejaht wird, kann aber von unserem Mandant verlangt werden, dass er nach § 7 Abs. 4 TMG bestimmte Sperrmaßnahmen verlangen. Diese Forderung hat er bisher nicht gestellt. Hierfür müsste aber Prof. Hannich das Internet für Dritte zugänglich gemacht haben.

#### Hinweis

Der Rechtsanwalt sollte nie dem Mandanten direkt angeben, was er darlegen solle. Prof. Hannich wird den Hinweis schon verstehen. Grundsätzlich kann der Rechtsanwalt auf die Wahrhaftigkeit der Angaben seiner Mandanten vertrauen – rechtstheoretisch.

### III. Praktische Erwägungen

Die Rechtslage ist nicht klar, weil Gerichte durchaus im begrenzten Rahmen weiterhin die frühere Rechtsprechung anwenden können. Selbst in diesem Fall wird es nicht zum völligen Unterliegen kommen. Da die Rechtsschutzversicherung Deckung zugesagt hat, sollte das Verfahren fortgeführt und zunächst eine Prozesskostensicherheit verlangt und das Urheberrecht allgemein bestritten werden. Mit Blick auf die Kosten wird die Gegenseite eher zum Vergleichsgespräch bereit sein, in die mit Blick auf weitere Verstöße des Sohnes sinnvoll wären.

#### Hinweis

Der Begriff Abmahnkanzlei sollte vermieden werden. Immerhin liegt dem Vorwurf ein Sachverhalt zugrunde, der auf wirkliche Rechtsverstöße hinweist. Fachautoren mer-

<sup>29</sup> Röß, GRUR 2021, 823 (825).

<sup>30</sup> Röß, GRUR 2021, 823 (825).

<sup>31</sup> Muthorst, JA 2013, 721 (724), mit Verweis auf BVerfG NJW 1981, 39 (43): Den Regelungsabsichten kommt deutliches Gewicht zu.

<sup>32</sup> BT Drucksache 18/12202, S. 9.

<sup>33</sup> BGH NJW 2013, 1784 – Alone in the Dark; BGH ZUM 2007, 646 (649).

<sup>34</sup> AG Köln MMR 2020, 636 (638).

<sup>35</sup> BGH NJW 2010, 2061 (2062).

ken an, dass der Großteil der Abmahnungen im Urheberrecht berechtigt ist.<sup>36</sup> Das oft kritisierte Abmahngeschäft hat seinerseits auch ein gutes Geschäftsfeld für „Anti-Abmahnanwälte“ eröffnet, die mit der Vielzahl ihrer Fälle und „Abmahngegner“ werben, wie eine kurze Internetrecherche ergibt.

## B) Anwaltsschreiben



### RECHTSANWALTSKANZLEI KIMMLICH

Rechtsanwalt Kimmlich | Manichstraße 15 • 24105 Kiel

Herrn  
Anselm Hannich  
Albrechtsweg 3  
24105 Kiel

**Rechtsanwalt Kimmlich**  
Manichstraße 15 • 24105 Kiel

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

Unser Zeichen: HA-5/2021
   
Datum: 30.09.2021

#### Abmahnung

#### Illegales Filesharing

Sehr geehrter Herr Prof. Hannich,

vielen Dank für das in meine Kanzlei gesetzte Vertrauen, eine ausführliche Stellungnahme finden Sie in der Anlage.

Die Rechtslage in diesem Fall ist recht kompliziert, weil das Verhältnis zum Telemediengesetz (TMG) noch nicht ganz klar ist. Eine sichere Prognose kann ich Ihnen für den Fall nicht geben, auch weil mir Informationen über Ihre Verhältnisse fehlen.

Der Gesetzgeber hat 2017 eine Privilegierung für WLAN-Betreiber eingeführt, d.h. Personen, die anderen ihr WLAN zur Verfügung stellen, haften nicht für rechtswidrige Handlungen Dritter. Hier ist aber die Frage, ob Dritte Personen überhaupt Zugriff auf Ihr WLAN haben können. Dies ist nicht der Fall, wenn Ihre Wohnung derart abgelegen ist, dass Dritte gar nicht Zugriff haben können.

Im ungünstigsten Ausgang sind Sie zur Erstattung der Abmahnkosten, aber nicht des Schadensersatzes verpflichtet, weil Sie darlegen können, dass auch andere Personen am illegalen Filesharing teilgenommen haben können. Im ungünstigen Fall kann aber eine Schadensersatzpflicht für die Handlungen am 13. und 14. Januar 2021 bestehen.

Gleichzeitig droht aber, dass SIBEL von Ihnen Schutzmaßnahmen gegen weiteres illegale Filesharing einfordert.

<sup>36</sup> Kefferpütz, in: Wandtke/Bullinger/Kefferpütz, UrhG, 5. Aufl. (2019) § 104a Rn. 5.

Die genaueren Angaben finden Sie in der angefügten Stellungnahme. Zu Ihren einzelnen Fragen in den verschiedenen Schreiben:

Dem Gutachten können Sie entnehmen, dass auch ausländische Werke grundsätzlich geschützt sind. Auch seichtere Werke genießen Urheberschutz.

Da die Klägerin keinen Sitz in Deutschland hat, muss sie Sicherheit für die Prozesskosten hinterlegen, um im Falle einer Niederlage eine Zahlung der Kosten zu ermöglichen.

#### Hinweis

Trotz der beigegeführten Stellungnahme müssen Sie schon die Kernaussagen des Gutachtens zusammen fassen. Wenn der Mandant gesondert Fragen stellen, auch wenn diese eher irrelevant sind, müssen die gesondert beantwortet werden. Er muss nicht nur in guten Händen sein, sondern dies auch so wahrnehmen.

Ich schlage vor, das Verfahren weiter zu führen, indem wir zunächst eine Prozesskostensicherheit und den Nachweis des Urheberrecht einfordern. Vorläufig empfehle ich eine gute Sicherung des Passworts und eine ernste Absprache mit Ihrem Sohn.

Mit freundlichen Grüßen

*Kimmlich*

**Anlage:** Stellungnahme

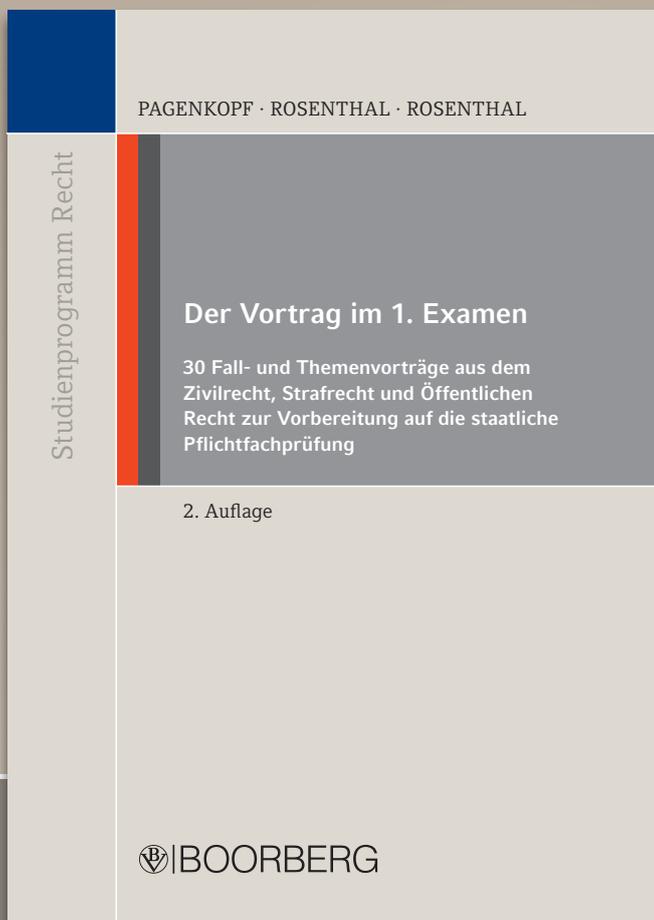
#### c) Schlussbemerkungen

Eine vollständige Bearbeitung dieses Falls erfordert Spezialkenntnisse, die kaum von einem Referendar ohne Hilfsmittel erwartet werden können. Im Abstrakt und im Text finden sich allerdings zahlreiche Hinweise auf die zu bearbeitenden Probleme und Gesetze. Der Fall sollte die Bearbeiter eher zu einer Gedankenübung (möglicherweise auch zur eigenen Internetnutzung) anregen. Die Bearbeiter sollten zur Weiterbildung im Internet zum Thema Abmahnung, Filesharing und Freiheit des Internets (Sascha Lobo) recherchieren.

► [Inhaltsverzeichnis](#)



# So gelingt der Vortrag.



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

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

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

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



Leseprobe unter  
[www.boorberg.de/9783415069909](http://www.boorberg.de/9783415069909)

# RECHTSPRECHUNG

## ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Online-Partnervermittlung - keine entsprechende Anwendung von § 656 BGB - Urteil vom 17. Juni 2021, Az.: III ZR 125/19

§ 656 Absatz 1 BGB ist auf einen Vertrag über eine Online-Partnervermittlung, bei der die Leistungspflicht des Partnervermittlers vor allem darin besteht, Kunden einen unbeschränkten Zugang zu seiner Internetplattform zu gewähren, auf der die Kunden aus eigener Initiative einen Kontakt zu möglichen Partnern herstellen können, und bei der die Partnervorschläge des Partnervermittlers allein auf einem elektronischen Abgleich der nicht näher überprüften eigenen Angaben der Kunden beruhen, nicht entsprechend anwendbar (Abgrenzung von Senat NJW-RR 2004, NJW-RR Jahr 2004 Seite 778 [NJW-RR Jahr 2004 779] und NJW 2008, NJW Jahr 2008 Seite 982 Rn. NJW Jahr 2008 Seite 982 Randnummer 21; BGHZ 112, BGHZ Band 112 Seite 122 [BGHZ Band 112 126] = NJW 1990, NJW Jahr 1990 Seite 2550).

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt (Vereinfacht)

A schloss mit der Partnervermittlungsagentur P einen Vertrag über einen Premium-Mitgliedschaft bei der von ihr betriebenen Partnerbörse. Diese beinhaltete die unbegrenzte Möglichkeit der Kommunikation mit anderen Nutzern, die Erstellung eines Persönlichkeitsprofils, die Eröffnung mehrerer Vorschläge und die Ermöglichung einer Verbesserung des Profils durch eine Überprüfung durch P.

Einen Tag später widerrief A den Vertrag, P machte sodann Wertersatz iHv. ca. 200 € geltend. A wiederrum sah sich zu Unrecht in Anspruch genommen und begehrte den Ersatz der ihr entstandenen Anwaltskosten.

#### C) Die Entscheidung des Senates

##### I. Anspruch der P aus § 357 Abs. 8 BGB

##### (künftig: § 357d BGB)

##### 1. Wirksamer Vertragsschluss

Ein Anspruch setzt zunächst einen wirksamen und durchsetzbaren Vertrag voraus. Dem könnte hier die Vorschrift des § 656 BGB in entsprechender Anwendung entgegenstehen. Der BGH verneint – in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung – nun eine entsprechende Anwendung:

„§ 656 Absatz 1 BGB bestimmt, dass durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittlung des Zustandekommens einer Ehe eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, das auf Grund des Versprechens Geleistete jedoch

nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Der BGH hat eine entsprechende Anwendung der Vorschrift zunächst auf den Eheanbahnungs- und schließlich auf den Partnerschafts-anbahnungsvertrag angenommen, weil die Gründe, die den Gesetzgeber veranlasst haben, das erfolgsabhängige Vergütungsversprechen für unklagbar zu erklären, in gleicher Weise auch auf Dienstverträge zutreffen, die eine Eheanbahnung zum Gegenstand haben (BGHZ 87, BGHZ Band 87 Seite 309 [BGHZ Band 87 313] = NJW 1983, NJW Jahr 1983 Seite 2817). Dies hat der BGH später dahin näher erläutert, dass nach dem Zustandekommen der Ehe die Honorarklage aus einem Eheanbahnungs-Dienstvertrag den Bestand der Ehe und die Intimsphäre der Ehegatten ebenso beeinträchtigen würde wie eine Klage auf Ehemäklerlohn. Peinlichkeiten wären sogar in noch stärkerem Maße zu befürchten; gerichtliche Auseinandersetzungen seien vor allem dann zu erwarten, wenn die Bemühungen des Eheanbahners erfolglos geblieben seien, so dass häufig mit dem Einwand zu rechnen sei, der Eheanbahner habe seine vertraglichen Pflichten nicht gehörig erfüllt, indem er auf die infrage kommenden Partner nicht intensiv genug eingewirkt oder Personen benannt habe, die überhaupt nicht an einer Eheschließung interessiert oder als Partner nicht geeignet seien (BGH NJW 1986, NJW Jahr 1986 Seite 927 [NJW Jahr 1986 928]).

17 Diese Erwägungen hat der BGH auf die Partnerschaftsvermittlung übertragen, weil auch hier ein schützenswertes Diskretionsbedürfnis des Kunden bestehe. Diesem habe das BVerfG bei der Beurteilung der Verfassungsgemäßheit des § BGB § 656 BGB Gewicht beigemessen (BGHZ 112, BGHZ Band 112 Seite 122 [BGHZ Band 112 126] = NJW 1990, NJW Jahr 1990 Seite 2550 u. Verw. auf BVerfGE 20, BVerfGE Jahr 20 Seite 31 [BVerfGE Jahr 20 33 f.] = NJW 1966, NJW Jahr 1966 Seite 1211). Die Erwägungen zu Peinlichkeiten und Unzumutbarkeiten einer häufig unumgänglichen Beweisaufnahme würden mindestens ebenso bei der Vermittlung einer Partnerschaft gelten (BGHZ 112, BGHZ Band 112 Seite 122 [BGHZ Band 112 126] = NJW 1990, NJW Jahr 1990 Seite 2550). Der Senat hat diese Rechtsprechung fortgeführt (Senat NJW-RR 2004, NJW-RR Jahr 2004 Seite 778 [NJW-RR Jahr 2004 779] und NJW 2008, NJW Jahr 2008 Seite 982 Rn. NJW Jahr 2008 Seite 982 Randnummer 21). 18 b) Die Gründe, die zur entsprechenden Anwendung des § BGB § 656 BGB auf einen Partnervermittlungsvertrag geführt haben, gelten für den verfahrensgegenständlichen

Vertrag über eine „Online-Partnervermittlung“ nicht. Hier besteht die Leistungspflicht der Bekl. vor allem darin, ihren Kunden einen unbeschränkten Zugang zu der von ihr betriebenen Plattform zu gewähren, auf der diese aus eigener Initiative einen Kontakt zu möglichen Partnern herstellen können. Diese Möglichkeit besteht bei einer herkömmlichen Partnerschaftsvermittlung nicht. Zwar stellt auch die Bekl. ihren Kunden Partnervorschläge zur Verfügung. Diese beruhen aber allein auf einem elektronischen Abgleich der nicht näher überprüften eigenen Angaben der Kunden. Eine individuelle, persönliche Auswertung findet nicht statt. Auch eine Gewähr für die Richtigkeit dieser Angaben und damit für die Qualität der Vorschläge übernimmt die Bekl. nicht. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte dafür, dass durch einen Rechtsstreit über den Vergütungsanspruch der Bekl. in die Intimsphäre ihrer Kunden in einer Weise eingegriffen würde, die vergleichbar mit der Situation bei einem herkömmlichen Partnerschaftsvermittlungsvertrag wäre. Insbesondere ist eine Beweisaufnahme darüber, ob die Bekl. auf die infrage kommenden Partner intensiv genug eingewirkt oder Personen benannt habe, die überhaupt nicht an einer Partnerschaft interessiert oder hierfür nicht geeignet seien, nicht zu erwarten, da insoweit keine Leistungspflichten der Bekl. bestehen. Auch im Hinblick auf das von der Bekl. erstellte Persönlichkeitsgutachten lässt sich eine entsprechende Anwendung des § 656 Absatz 1 BGB auf den vorliegenden Vertrag nicht begründen. Denn auch dieses wird automatisiert auf Basis von Algorithmen allein anhand der von dem Kunden eingegebenen Daten erstellt. Auch insofern besteht daher kein Diskretionsbedürfnis, das durch eine Beweisaufnahme in gleicher Weise betroffen wäre, wie dies bei einer auf persönlichem Kontakt beruhenden Partnerschaftsvermittlung der Fall sein könnte. Für den Profilcheck gilt nichts anderes. Die Parteien haben übereinstimmend vorgetragen, dass die von der Bekl. betriebene Online-Partnervermittlung ausschließlich automatisiert abläuft und ein persönlicher Kontakt mit Mitarbeitern nicht zustande kommt.“

Ein wirksamer Vertrag bestand also.

## 2. Widerruf

Ein Widerrufsrecht ergibt sich aus dem Fernabsatzcharakter (§ 357 Abs. 1 BGB), eine zutreffende Belehrung (gem. § 357 Abs. 8 S. 1 und 2 BGB) über das Widerrufsrecht lag hier auch vor.

Damit besteht grundsätzlich auch ein Anspruch auf Wertersatz

## 3. Höhe des Wertersatzes

Fraglich ist aber, ob er in der Höhe berechtigt war. Das verneint der BGH:

„Zur Bemessung des Wertersatzes nach dem Widerruf eines Vertrags ist gem. § 357 IV BGB auf den im Vertrag vereinbarten Preis für die Gesamtheit der vertragsgegenständlichen Leistungen abzustellen. Hiervon ausgehend ist der geschuldete Betrag nach der Rechtsprechung des EuGH und des Senats grundsätzlich zeitanteilig zu berechnen. Eine Ausnahme hiervon gilt nur, wenn der geschlossene Vertrag ausdrücklich vorsieht, dass eine oder mehrere der

Leistungen gleich zu Beginn der Vertragsausführung vollständig und gesondert zu einem getrennt zu zahlenden Preis erbracht werden; nur unter dieser Voraussetzung kann der Verbraucher sachgerecht entscheiden, ob er von dem Unternehmer verlangen soll, mit der Ausführung der Dienstleistung während der Widerrufsfrist zu beginnen (.). Nach diesen Vorgaben beläuft sich der zeitanteilig zu berechnende Anspruch der Bekl. auf Wertersatz auf 1,46 Euro (= 265,68 Euro : 365 x 2). Ein Ausnahmefall, der eine Abweichung von einer zeitanteiligen Berechnung des Werts der Leistungen der Bekl. rechtfertigen könnte, liegt nicht vor. Eine Leistungspflicht der Bekl., die vollständig und gesondert zu einem getrennt zu zahlenden Preis erbracht werden soll, ist nicht vorgesehen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Persönlichkeitsgutachten. Dass dieses von anderen Kunden zu einem Preis von 149 Euro erworben werden kann, ist unerheblich. Mit Kunden, die, wie die Kl., eine Premium-Mitgliedschaft eingehen, wird eine solche Vereinbarung nicht getroffen. Diesen Verbrauchern wird daher insbesondere nicht vor Augen geführt, dass sie die Erstellung dieses Gutachtens im Fall eines Widerrufs in dieser Höhe vergüten müssen, wenn sie von der Bekl. verlangen, sofort mit der Ausführung der Dienstleistung zu beginnen.“

## II. Anspruch der P aus § 628

Auch einen Anspruch aus § 628 BGB verneint der BGH mangels Anwendbarkeit bei einem Widerruf eines Verbrauchervertrags

## III. Anspruch des A auf Ersatz der Anwaltskosten aus §§ 280, 241 Abs. 2 BGB

Einen Anspruch des A auf Ersatz der Anwaltskosten hingegen bejahte der BGH nach §§ 280, 241 Abs. 2 BGB, da in der unbeachteten Geltendmachung der Forderung durch P eine Pflichtverletzung liege.

### Abschließende Hinweise

Die Entscheidung ist zwar nominell eine Niederlage für die Partnervermittlungsgesellschaft, da ihr Wertersatz nur in geringer Form zugebilligt wurde. Andererseits hat der BGH aber auch in bemerkenswerter Abkehr von seiner Rechtsprechung nun die analoge Anwendung von § 656 BGB verneint, was zu einem klagbaren Vergütungsanspruch der Partnervermittlungsgesellschaften führt.

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

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht

Hochschule für öffentliche Finanzen

Ludwigsburg

► [Inhaltsverzeichnis](#)

# RECHTSPRECHUNG

## ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

### Zur Verfassungsmäßigkeit von Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie

Beschluss vom 19. November 2021, Az.: 1 BvR 781/21 [u.a.]

**1. Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie müssen den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einschränkung von Grundrechten in jeder Hinsicht genügen.**

**2. Das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) schützt familienähnlich intensive Bindungen auch jenseits des Schutzes von Ehe und Familie. In seiner Ausprägung als umfassende allgemeine Handlungsfreiheit schützt dieses Grundrecht die Freiheit, mit beliebigen anderen Menschen zusammenzutreffen. In seiner Ausprägung als allgemeines Persönlichkeitsrecht schützt das Grundrecht davor, dass sämtliche Zusammenkünfte mit anderen Menschen unterbunden werden und die einzelne Person zu Einsamkeit gezwungen wird; anderen Menschen überhaupt begegnen zu können, ist für die Persönlichkeitsentfaltung von konstituierender Bedeutung.**

**3. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG schützt die gegebene tatsächliche körperliche Bewegungsfreiheit. Sie setzt in objektiver Hinsicht die Möglichkeit voraus, von ihr tatsächlich und rechtlich Gebrauch machen zu können; subjektiv genügt ein darauf bezogener natürlicher Wille.**

**a) In die Fortbewegungsfreiheit kann auch durch allein psychisch vermittelt wirkenden Zwang eingegriffen werden. Dieser muss nach Art und Ausmaß einem unmittelbar wirkenden physischen Zwang vergleichbar sein.**

**b) Ein Gesetz, das unmittelbar ohne weiteren Vollzugsakt in die Fortbewegungsfreiheit eingreift, kann den Schrankenregelungen in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG genügen.**

**c) Umfassende Ausgangsbeschränkungen kommen nur in einer äußersten Gefahrenlage in Betracht.**

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt (verkürzt)

Die dem Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 zugrunde liegenden Verfassungsbeschwerden richten sich gegen einzelne Bestimmungen des „Vierten Gesetzes zum Schutz der

Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 22. April 2021.<sup>1</sup> Es war am 23. April 2021 in Kraft getreten und hat unter anderem zu einer Änderung des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG) durch Einfügung eines neuen § 28b IfSG geführt. Gegen diese Vorschrift richten sich die erhobenen Verfassungsbeschwerden, über die der Erste Senat vorliegend in der Hauptsache<sup>2</sup> zu entscheiden hatte.

Mit Relevanz für dieses Verfahren sind die als „Bundesnotbremse“ bezeichneten Neuregelungen des § 28b IfSG – einem sog. selbstvollziehenden Bundesgesetz – in Gestalt der automatisch geltenden Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen (zum Teil darüber hinaus auch die zugehörige Bußgeldbewehrung<sup>3</sup>) bei Vorliegen der einfachrechtlichen Voraussetzung, dass die veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100 erreicht.

Die Beschwerdeführer der Verfassungsbeschwerden rügten durch diese Vorschriften – § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG aF. hinsichtlich der Kontaktbeschränkungen und § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG aF. hinsichtlich der Ausgangsbeschränkungen – einen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff in ihre Grundrechte, nämlich unter anderem in das Recht auf die Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG sowie ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie teils – wenigstens verstärkend – auch in das Grundrecht auf Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG.

#### B) Wortlaut der angegriffenen Regelungen

Die angegriffenen Bestimmungen des Infektionsschutzgesetzes in der Fassung von Art. 1 des „Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 22. April 2021 haben den folgenden Wortlaut (Hervorhebungen durch den Verfasser):

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

<sup>1</sup> BGBl. I 2021 S. 802.

<sup>2</sup> Entsprechende Anträge im Eilverfahren nach § 32 BVerfGG waren erfolglos geblieben.

<sup>3</sup> So bezüglich § 73 Abs. 1a Nr. 11c IfSG a.F. in den Verfahren 1 BvR 798/21 und 1 BvR 860/21.

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

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

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

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

## C) Die Entscheidung des Ersten Senats

### I. Allgemeine Einordnung

Die Entscheidungen des BVerfG zur sog. „Bundesnotbremse“ – d.h. zur Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung des § 28b IfSG – waren mit großer Spannung erwartet worden. Bei der allgemeinen rechtlichen Einordnung ist zunächst zu berücksichtigen, dass die hier verfahrensgegenständlichen Bestimmungen des Infektionsschutzgesetzes nach Maßgabe von § 28b Abs. 10 IfSG mit Ablauf des 30. Juni 2021 zum Entscheidungszeitpunkt ausgelaufen waren. Die mit den Verfassungsbeschwerden überwiegend zugleich erhobenen Eilanträge nach § 32 BVerfGG waren bereits zuvor erfolglos geblieben.<sup>4</sup> Das BVerfG hat sowohl in dem hier näher behandelten Beschluss „Bundesnotbremse I“<sup>5</sup> zu den Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als auch in dem parallelen Verfahren „Bundesnotbremse II“<sup>6</sup>, in dem es um die Schulschließungen während der Pandemie ging, gleichsam in einer Fortsetzungsfeststellungskonstellation entschieden. Wenngleich dies auch in verfassungsprozessualen Situationen – zumal bei Verfassungsfragen von besonderer Bedeutung – keineswegs

ungewöhnlich ist,<sup>7</sup> bleibt schon vor dem Hintergrund der hinsichtlich ihrer Zahl und vor allem Intensität einmaligen Grundrechtseinschränkungen die Frage im Raum, warum das BVerfG sich zu der eminent wichtigen Frage des Grundrechtsschutzes in der Corona-Pandemie in eigentümlicher Zurückhaltung übt, wenngleich die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung im gesamten Pandemieverlauf rechtsstaatliche Korrekturen einzelner durch die Landesverordnungsgeber erlassene Schutzmaßnahmen in den Corona-Verordnungen gerade auch mit Blick auf ihre Grundrechtsrelevanz in kurzer Zeit zu korrigieren vermocht hat. Freilich sollen hier die verfassungspolitische Kritik an der Bundesnotbremse und die Rolle des BVerfG in diesem Beitrag nicht weiter thematisiert werden.<sup>8</sup>

Allerdings kann und muss auch im Rahmen der hier entlang der zentralen Entscheidungslinien vorzunehmenden ersten verfassungsrechtlichen Einordnung des Beschlusses zur „Bundesnotbremse I“ – nämlich mit Blick auf die gegenständlichen Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen – juristische Kritik zumindest im Detail angebracht werden. Sie bezieht sich nach Auffassung des Verfassers vor allem auf die unter den vom BVerfG selbst zu Recht hervorgehobenen erhöhten verfassungsrechtlichen Anforderungen in Ausnahmesituationen wie während der Pandemie (zu) pauschale Auseinandersetzung mit den Anforderungen an die Geeignetheit der Mittel im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung – und zwar sowohl mit Blick auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Kontakt- als auch der Ausgangsbeschränkungen im Rahmen eines "gesetzgeberischen Gesamtkonzepts" (s.u.) – sowie bezüglich der Ausgangsbeschränkungen der Einhaltung der Schrankenforderungen durch § 28b IfSG als sog. selbstvollziehendem Gesetz.

## II. Insbesondere: „Rahmung“ der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch Anknüpfen an das gesetzgeberische Gesamtkonzept der Pandemiebekämpfung

Bemerkenswert ist, dass der Erste Senat bei dem – einstimmig ergangenen – Beschluss insgesamt sehr „schulmäßig“ vorgegangen ist. Sowohl die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Kontaktbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG als auch – und vor allem – der Ausgangsbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG, die automatisch bei Erreichen des Schwellenwertes der Sieben-Tage-Inzidenz von 100 je 100.000 Einwohnern automatisch galten, orientieren sich an einer engmaschigen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sie ist jedoch teilweise durch argumentative und dogmatische Brüche gekennzeichnet, wie sich dies insbesondere anhand der Ausgangsbeschränkungen aufzeigen lässt. Der Erste Senat stellt dabei die Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Teil eines vom Gesetzgeber selbst aufgestellten „Gesamtkonzeptes zur Eindämmung der Pandemie“ in den Mittelpunkt.<sup>9</sup> Dieses billigt das Gericht letztlich als notwendige – d.h. zur Zielerreichung geeignete

<sup>4</sup> Etwa BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 31.05.2021 – 1 BvR 794/21.

<sup>5</sup> BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 [u.a.].

<sup>6</sup> BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 [u.a.].

<sup>7</sup> Zu den Fallgruppen etwa *Ruppert/Schorkopf*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* (Hrsg.), *BVerfGG (2015)*, § 90 Rn. 126 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>8</sup> Kritisch jüngst *Lepsius*, *Der Rechtsstaat wird umgebaut – Karlsruhe hat die Bundesnotbremse bestätigt*. Das war rechtsstaatlich fahrlässig und unklug. In: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 10. Dezember 2021, S. 9.

<sup>9</sup> BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 [u.a.], Rn. 103, 224, 275, 282, 283, 290, 303.

und erforderliche – Maßnahme, die sich im Rahmen des Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers bewege. Diese Annahme – nämlich das Abheben auf den (weiten) Spielraum des Gesetzgebers und seine Verknüpfung mit einem gesetzgeberischen Gesamtkonzept – sind die Leitannahmen der gesamten Verhältnismäßigkeitsprüfung, Sie setzt sich bis in die Angemessenheitsprüfung fort.

So findet sich ein Bezug zum Einschätzungsspielraum bei der Prüfung der Kontaktbeschränkungen mit Blick auf die Angemessenheit der Maßnahme wie folgt<sup>10</sup>:

„[...] Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 68, 193, 219 f.; 121, 317, 356 f.; 152, 68, 137 Rn. 183; strenger etwa BVerfGE 153, 182, 283 f. Rn. 266; hierzu auch BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. November 2021 – 1 BvR 971/21 u.a. – Rn. 135>). Die verfassungsrechtliche Prüfung bezieht sich dann darauf, ob der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum in vertretbarer Weise gehandhabt hat. [...] Bei der Kontrolle prognostischer Entscheidungen setzt dies wiederum voraus, dass die Prognose des Gesetzgebers auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruht (vgl. BVerfGE 68, 193, 220; siehe auch BVerfGE 153, 182, 272 Rn. 237).“

Und – noch einmal deutlicher – bezüglich des vom Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gedeckten Gesamtkonzepts als Prüfungsmaßstab für die Verhältnismäßigkeit der nächtlichen Ausgangsbeschränkungen<sup>11</sup>:

„[...] Das Bundesverfassungsgericht hat bei der entsprechenden Überprüfung der Verhältnismäßigkeit des Gesamtkonzepts allerdings den Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu beachten, der diesem bei der Gestaltung komplexer Maßnahmen zur Erreichung eines übergeordneten Zwecks zur Bekämpfung erheblicher Gefahren eingeräumt ist. [...]“

Nur vor dem Hintergrund dieser allgemeinen „Rahmung“ der im Übrigen schulmäßigen Verhältnismäßigkeitsprüfung lässt sich die Entscheidung des Ersten Senats zur Bundesnotbremse I verstehen, denn es kam vor allem auf eine Beurteilung der Maßnahmen des Bundesgesetzgebers zum Zeitpunkt des Erlasses des „Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ im April 2021 an. Allein hierauf ist die Bewertung der Verfassungsmäßigkeit der seinerzeit ergriffenen Maßnahmen bezogen, d.h. es kam vor allem auf eine Bewertung des gesetzgeberischen Gesamtkonzepts zur Eindämmung der Pandemie zu diesem Zeitpunkt und die Frage an, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen an den (ohnehin weiten) Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers in einer Notlage wie der Bekämpfung des Covid-19-Virus zu stellen sind. Der Erste Senat hat sich dabei auch dem Ansatz des Gesetzgebers angeschlossen, wonach das „Gesamtkonzept“ aus einem „Bündel“ von Maßnahmen bestehe, die in ihrer Zielrichtung auf eine Eindämmung der Pandemie gerichtet, und auf die staatliche

Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG bezogen (und damit in der Gesamtschau verhältnismäßig) seien<sup>12</sup>:

„[...] Der Gesetzgeber wollte mit dem in § 28b IfSG enthaltenen Bündel verschiedenster Maßnahmen, damit auch mit den in dessen Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 angeordneten Kontaktbeschränkungen im öffentlichen und privaten Raum, mehrere Zwecke erreichen. Die Begründung des Gesetzentwurfs und das gewählte Regelungskonzept lassen deutlich erkennen, dass diese Zwecke dabei nicht unverbunden nebeneinander standen. Vielmehr waren sie inhaltlich aufeinander abgestimmt. [...]“

Und weiter führt das Gericht aus<sup>13</sup>:

„[...] Mit dem Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite bezweckte der Gesetzgeber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs, insbesondere Leben und Gesundheit zu schützen sowie die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems als überragend gewichtigem Gemeingut und damit zugleich die bestmögliche Krankenversorgung sicherzustellen (vgl. BTDrucks 19/28444, S. 1 und 8). Diese Ziele sollten durch effektive Maßnahmen zur Reduzierung von zwischenmenschlichen Kontakten erreicht werden (vgl. BTDrucks 19/28444, S. 1 und 8). Oberstes Ziel war es, die weitere Verbreitung des Virus zu verlangsamen sowie deren exponentielles Wachstum zu durchbrechen, um eine Überlastung des Gesundheitssystems insgesamt zu vermeiden und die medizinische Versorgung bundesweit sicherzustellen. Der Gesetzgeber wollte damit ausdrücklich seine in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG wurzelnde Schutzpflicht erfüllen (vgl. BTDrucks 19/28444, S. 8). Dies umfasst den Schutz vor sämtlichen mit einer SARS-CoV-2-Infektion einhergehenden Gesundheits- und Lebensgefahren, insbesondere vor schweren Krankheitsverläufen und Langzeitfolgen (Long Covid). [...]“

Diese „Rahmung“ unter Abstellen auf das Gesamtkonzept und den Entscheidungszeitpunkt des Gesetzgebers ist maßstäblich für die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Kontaktbeschränkungen einerseits und der Ausgangsbeschränkungen andererseits. Kritisch anzumerken bleibt insofern, ob das BVerfG an dieser Stelle möglicherweise zu stark und unkritisch auf den Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum abgehoben hat, ohne mit Blick auf die Intensität der Grundrechtseinschränkungen schon bei der Hinterfragung des legitimen Zwecks (Reduzierung der Infektionszahlen oder Verhinderung der Überlastung der Intensivmedizin?) und nachfolgend vor allem bei der Wahl der geeigneten und erforderlichen Mittel etwas differenzierter hätte vorgehen müssen, um auch dem Gesetzgeber in Krisensituationen handhabbarere Orientierungen zu geben als sich lediglich auf den ohne bestehenden weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers zurückzuziehen. Erwartbar wäre etwa gewesen, dass der Erste Senat mit Blick auf die Bestimmung des legitimen Zwecks und die Pflichten, die den Gesetzgeber bei derart weitreichenden und intensiven Grundrechtseinschränkungen schon bei der Beurteilung der Geeignetheit der Mittel

<sup>10</sup> Ibid., Rn. 217.

<sup>11</sup> Ibid., Rn. 290 (mit Blick auf die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen).

<sup>12</sup> Ibid., Rn. 173.

<sup>13</sup> Ibid., Rn. 174.

treffen, eigenständige Anforderungen formuliert hätte. Dies gilt gerade für den Nutzen der pauschalen nächtlichen Ausgangsbeschränkungen zur Eindämmung des Infektionsgeschehens. Ob es angesichts der Intensität des Eingriffs in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG insoweit ausreichend ist, lediglich auf die geläufige "Förder-Formel" zurückzugreifen,<sup>14</sup> wonach es genügen soll, dass der "gewünschte Erfolg gefördert werden kann", kann für die Corona-Notlage, die nicht zuletzt auch eine "Grundrechtsnotlage" besonderen Ausmaßes ist, mit Fug und Recht hinterfragt werden. Denn damit verlagert sich die Frage der Verhältnismäßigkeit letztlich in die Angemessenheitsprüfung und wird damit zu einer reinen Zumutbarkeitsfrage "in der Gesamtschau", ohne dass dem Gesetzgeber zuvor gesteigerte Pflichten zur Ermittlung der tatsächlichen Eignung des Mittels auferlegt wären..

### III. Kurze Darstellung der wesentlichen Linien der Entscheidung anhand der Leitsätze

#### 1. Einhaltung der allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einschränkung von Grundrechten „in jeder Hinsicht“ (Ls. 1)

Mit dem ersten Leitsatz stellt der Erste Senat gewissermaßen sein gesamtes verfassungsrechtliches Prüfprogramm unter die Annahme, dass „Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einschränkung von Grundrechten in jeder Hinsicht genügen“ müssen. Wenn gleich damit etwas verfassungsrechtlich Selbstverständliches zum Ausdruck kommt, rahmt das Gericht damit – wie bereits unter C.II. dargetan – seine schulmäßige Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen in den Gesamtkontext der Entscheidung in der Pandemielage zum gesetzgeberischen Entscheidungszeitpunkt (April 2021) ein, indem es hervorhebt, dass auch einem vom Einschätzungsspielraum gedeckten Gesamtkonzept der Pandemieeindämmung von Verfassungen wegen Grenzen gezogen sind. Dies dürfte mit dem Hinweis „in jeder Hinsicht“ im ersten Leitsatz zum Ausdruck gebracht sein, der sich auch in den Gründen wiederfindet<sup>15</sup>:

„[...] Grundrechtseingriffe dürfen nicht weitergehen, als es der Schutz des Gemeinwohls erfordert (vgl. BVerfGE 100, 226, 241; 110, 1, 28). Daran fehlt es, wenn ein gleich wirksames Mittel zur Erreichung des Gemeinwohlziels zur Verfügung steht, das den Grundrechtsträger weniger und Dritte und die Allgemeinheit nicht stärker belastet (vgl. BVerfGE 148, 40, 57 Rn. 47 m.w.N.; stRspr). Die sachliche Gleichwertigkeit der alternativen Maßnahmen zur Zweckerreichung muss dafür **in jeder Hinsicht** eindeutig feststehen (vgl. BVerfGE 81, 70, 91 m.w.N.) [...]“

#### 2. Verfassungsmäßigkeit der Kontaktbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG (Ls. 2)

Der Erste Senat hatte sich zunächst mit der Verfassungsmäßigkeit der Kontaktbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG zu befassen, wonach private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum nur gestattet sind (bzw. waren), wenn an ihnen höchstens die Angehörigen eines Haushalts und eine

weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres teilnehmen. Angesichts der gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse, die darauf schließen lassen, dass eine Reduzierung von Kontakten die Übertragung und damit die Ausbreitung des Covid-19-Virus deutlich verringern kann, erscheint es nachvollziehbar, dass auch das BVerfG die Verhältnismäßigkeit des Mittels bejahen konnte. Hervorzuheben sind freilich an dieser Stelle zwei weitere Aspekte, der sich aus der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Kontaktbeschränkungen am Maßstab der Grundrechte aus Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz der Familie) und Art. 2 Abs. 1 (allgemeine Handlungsfreiheit bezüglich Zusammenkünften außerhalb der Familie) ergeben und als Erweiterungen des Grundrechtsschutzes auf Schutzbereichsebene zu verstehen sind.

Das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG versteht der Erste Senat offenkundig weiter als auf die Familie im klassischen Verständnis bezogen, in dem er auf „weitere spezifische familiäre Bindungen“ abhebt<sup>16</sup>:

„[...] Der Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG erfasst die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft der Kinder und ihrer Eltern (vgl. BVerfGE 108, 82, 112; 151, 101, 124 Rn. 56 m.w.N.), unabhängig davon, ob diese miteinander verheiratet sind. Der Schutz erstreckt sich zudem auf weitere spezifisch familiäre Bindungen, wie sie zwischen erwachsenen Familienmitgliedern und zwischen nahen Verwandten auch über mehrere Generationen hinweg bestehen können (vgl. BVerfGE 136, 382, 388 ff. Rn. 22 ff.; siehe auch BVerfGE 151, 101, 124 Rn. 56). Das Familiengrundrecht gewährleistet auch die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden (vgl. BVerfGE 151, 101, 124 f. Rn. 56 m.w.N.). Dementsprechend gibt Art. 6 Abs. 1 GG Ehegatten das Recht, über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei zu entscheiden (vgl. BVerfGE 103, 89, 101; 105, 313, 345; 107, 27, 53). Beide Grundrechte gewährleisten ein Recht, sich mit seinen Angehörigen beziehungsweise seinem Ehepartner in frei gewählter Weise und Häufigkeit zusammenzufinden und die familiären Beziehungen zu pflegen. [...]“

Das Gericht erkennt damit im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG einen erweiterten Familienbegriff an, der insbesondere sog. „Patchwork-Familien“ ausdrücklich einschließt.

Auch im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG und die dadurch geschützten Kontaktmöglichkeiten ergeben sich aus dem Beschluss vom 19. November 2021 Erweiterungen bzw. Klarstellungen, soweit es um das Zusammentreffen von beliebig vielen Menschen geht. Das BVerfG erkennt damit das aus Art. 2 Abs. 1 GG fließende (an sich selbstverständliche, aber so zuvor noch nicht „ausjudizierte“) und in Verknüpfung mit Art. 1 Abs. 1 GG als allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkannte Recht an, mit beliebigen anderen Menschen zusammenzutreffen. Es besteht als Recht, das über die Zusammentreffen im Rahmen der von Art. 6 Abs. 1 GG spezieller geschützten familiären Verhältnisse hinausreicht und damit Teil der freien Persönlichkeitsentfaltung ist<sup>17</sup>:

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 134, 204 Rn. 79, st. Rspr.

<sup>15</sup> Ibid., Rn. 203 (mit Blick auf die Erforderlichkeit).

<sup>16</sup> Ibid., Rn. 108.

<sup>17</sup> Ibid., Rn. 113.

„[...] In bestimmten Konstellationen griffen die Beschränkungen des § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG zudem in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) als weitere Ausprägung der freien Persönlichkeitsentfaltung ein. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet solche Elemente der Persönlichkeitsentfaltung, die - ohne bereits Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes zu sein - diesen in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen (vgl. BVerfGE 141, 186, 201 f. Rn. 32; stRspr). Danach schützt es zwar nicht jegliche Zusammenkunft mit beliebigen anderen Personen, bietet jedoch Schutz davor, dass sämtliche Zusammenkünfte mit anderen Menschen unterbunden werden und die einzelne Person zu Einsamkeit gezwungen wird. Anderen Menschen überhaupt begegnen zu können, ist für die Persönlichkeitsentfaltung von konstituierender Bedeutung. [...]“

### 3. Verfassungsmäßigkeit der Ausgangsbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG (Ls. 3)

Als deutlich problematischer erweist sich der Beschluss des Ersten Senats mit Blick auf die nächtlichen Ausgangsbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG, die das BVerfG ebenfalls als Teil des gesetzgeberischen Gesamtkonzepts (s.o.) ansieht und die wohl auch dazu zu dienen bestimmt sein sollen, die Umsetzung der Kontaktbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSG zu unterstützen. Bei genauer Betrachtung liegt das Kernproblem darin begründet, dass es sich - wie oben dargestellt - bei der Regelung des § 28b Abs. 1 IfSG insgesamt um ein sog. selbstvollziehendes Gesetz handelt, dessen Regelungen - insbesondere auch die hier relevanten Ausgangsbeschränkungen - bei Erreichen des Schwellenwertes der Sieben-Tage-Inzidenz *automatisch* eingreifen. Sind selbstvollziehende Gesetze grundsätzlich schon als Ausnahmefall zu betrachten, da sie dem Grundsatz des Gesetzesvollzuges durch die Exekutive (d.h. die Verwaltung) widersprechen und daher rechtsstaatlichen Bedenken begegnen, stellt sich mit Blick auf die automatisch geltenden Ausgangsbeschränkungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG ein Problem auch im Hinblick auf die Schrankenforderungen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG. Dies liegt darin begründet, dass - wie der Erste Senat zu Recht annimmt - eine Ausgangsbeschränkung einen Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG darstellt. Damit gilt aber auch die Schrankenbestimmung des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG, wonach „in diese Rechte (und damit auch die Freiheit der Person, Anm. des Verfassers) nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden darf.“ Anders gewendet, erfordert die Schrankenbestimmung mit Blick auf Eingriffe in die Freiheit der Person grundsätzlich eine (parlamentsgesetzliche) Grundlage, die den Vollzug durch die Verwaltung eröffnet und einen Legaleingriff durch das selbstvollziehende Gesetz ausschließt. Dies entspricht nicht nur dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG, sondern auch der bis-

herigen herrschenden Meinung.<sup>18</sup> Eine Beschränkung der persönlichen Freiheit unmittelbar durch das Gesetz ist damit eigentlich ausgeschlossen.

In seinem Beschluss zur Bundesnotbremse I geht der Erste Senat in Abkehr von dieser Auffassung einen anderen Weg. Er stellt zunächst zutreffend fest, dass - wie bei den automatisch eingreifenden nächtlichen Ausgangssperren nach § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG der Fall - in die Fortbewegungsfreiheit auch durch allein psychisch vermittelt wirkenden Zwang eingegriffen werden kann, sofern dieser nach Art und Ausmaß einem unmittelbar wirkenden physischen Zwang vergleichbar ist.<sup>19</sup>

Allerdings stellt das Gericht dann im Kontext dieser Regelung des IfSG sodann fest, dass ein Gesetz, das unmittelbar ohne weiteren Vollzugsakt in die Fortbewegungsfreiheit eingreift, also ein selbstvollziehendes Gesetz, den Schrankenregelungen in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG genügen kann.<sup>20</sup> Darin liegt zumindest ein Bruch mit der bisherigen herrschenden Meinung im Schrifttum, mit der eine Auseinandersetzung in der Entscheidung nicht stattfindet. Der Erste Senat lässt in der recht knappen Auseinandersetzung mit der Thematik (Rn. 267-273) eine stringente Herleitung<sup>21</sup> und Argumentation weitgehend vermissen. Hierin liegt auch der Hauptkritikpunkt an der Entscheidung, denn nicht einmal die bisher ergangene (eigene) Rechtsprechung wird zur Untermauerung der Annahme, dass Eingriffe in die Freiheit der Person unmittelbar zulässig sein sollen, in nennenswertem Umfang angeführt. Insbesondere erscheint vor allem der Rekurs auf die Schrankenforderungen nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG und die Bezugnahme auf das Urteil zur Vorratsdatenspeicherung<sup>22</sup> etwas deplatziert, weil die gezogenen Parallelen zur Situation der automatisch geltender Ausgangsbeschränkungen als Eingriffen in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG mangels Vergleichbarkeit nur bedingt tragen.<sup>23</sup> Gleiches gilt für die bereits an früherer Stelle (Rn. 140 ff.) im gleichen verfassungsrechtlichen Kontext bemühte Parallele zur Legalplanung und die insoweit herangezogene Entscheidung zur "Südmufung Stendal" aus dem Jahre 1996.<sup>24</sup>

Einigermaßen konsequent ist dann lediglich der Versuch des Ersten Senats, die eigene (neue) und nicht weiter belegte Auffassung mit einer teleologischen Argumentation zu untermauern, obschon diese ebenfalls an der Oberfläche verharret, wie der etwas hilflos anmutende Versuch der Formulierung belegt, nichts spreche dafür, dass Art. 2 Abs. 2 Satz und Art. 104 Abs. 1 GG nach ihrem Zweck gegenüber dem Gesetzgeber ein absolutes, uneinschränkbares Recht begründen soll<sup>25</sup>:

„[...] Normprogramm und Schutzrichtung der Schrankenregelung sind damit grundsätzlich auf solche Eingriffe in die Fortbewegungsfreiheit zugeschnitten, die selbst bereits unmittelbar körperlichen Zwang entfalten oder solchen für den Einzelfall gestatten. Die prozeduralen und materiellen Sicherungen des Art. 104 Abs. 1 GG sind in den Fällen erfor-

<sup>18</sup> Vgl. etwa *di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL (Juli 2021), Art. 2 II 2 Rn. 42; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. I, 3. Auflage (2013), Art. 2 II 2 Rn. 106; aA.: *Lorenz*, in: BK-GG, Stand: 171. Aktualisierung (Februar 2015), Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 747.

<sup>19</sup> BVerfG (Erster Senat), Beschl. v. 19.11.2021 - 1 BvR 781/21 [u.a.], Rn. 242 ff. und Ls. 3a.

<sup>20</sup> *Ibid.*, Rn. 254, 268 ff. und Ls 3b.

<sup>21</sup> *Ibid.*, Rn. 269 ff. (auch mit Blick auf die Entstehungsgeschichte).

<sup>22</sup> BVerfGE 125, 260.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Rn. 269.

<sup>24</sup> BVerfGE 95, 1.

<sup>25</sup> *Ibid.*, Rn. 272.

derlich, in denen die staatliche Gewalt unmittelbaren körperlichen Zugriff auf eine Person hat. Da nunmehr aber auch gesetzliche Maßnahmen, die für sich genommen niemals körperliche Zwangswirkung zu entfalten vermögen, als Eingriffe gelten können, wenn von ihnen dem körperlichen Zwang ähnliche Wirkungen ausgehen (oben Rn. 246), hat dies Konsequenzen für das Verständnis des Schrankenvorbehalts. **Nichts spricht dafür**, dass Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 104 Abs. 1 GG nach ihrem Zweck gegenüber dem Gesetzgeber ein absolutes, uneinschränkbares Recht begründen soll. Wird der Gesetzgeber selbst unmittelbar an dieses Grundrecht gebunden, muss er umgekehrt auch von der vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeit Gebrauch machen können. Der Schrankenvorbehalt steht dem nicht entgegen. Bei Eingriffen in die Fortbewegungsfreiheit unmittelbar durch Gesetz droht kein mit dem Schutzzweck der Schranken unvereinbarer Verlust an Rechtsschutz. Die gesetzliche Anordnung des Freiheitseingriffs schafft keine Lage, die die Schutzmechanismen des Art. 104 Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz und Satz 2 GG auslösen müsste. Teleologische Gründe sprechen daher bei einem erweiterten Eingriffsverständnis dagegen, die Schrankenregelungen in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG kompetenzial als Verwaltungsvorbehalt auszulegen. [...]"

An den gewissen Brüchen in der argumentativen Herleitung dieser (neuen) Linie des BVerfG zu selbstvollziehenden Gesetzen und der Entbindung von der Geltung des Verwaltungsvorbehalts – gerade auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten wegen der Erschwerung des Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) durch Entzug von verwaltungsgerichtlicher Kontrolle – vermag schließlich auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Erste Senat in Leitsatz 3c noch einmal den Ausnahmecharakter von Ausgangsbeschränkungen hervorhebt. Diese seien nur in einer „äußersten Gefahrenlage“ in Betracht. Selbst in den Gründen bleibt dann aber ungeklärt, unter welchen Voraussetzungen eine solche Gefahrenlage vorliegen soll.<sup>26</sup>

## D) Schlussbetrachtung

Entgegen erster Kritik ist die Entscheidung des Ersten Senats zur „Bundesnotbremse I“ vom 19. November 2021 kein Freibrief an den Gesetzgeber. Dafür sind die geradezu schulmäßige Prüfung und die gefundenen Ergebnisse jedenfalls "vertretbar", um in der juristischen Ausbildungsperspektive zu bleiben. Hinzugenommen werden muss überdies, dass das BVerfG allein auf den Zeitpunkt der Verabschiedung des "Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes" im April 2021 abzustellen hatte. Andererseits hat der Beschluss mit Blick auf die im Vorfeld geäußerte Hoffnung auf eine verfassungsgerichtliche Orientierung für (erhebliche und intensive) Grundrechtseingriffe in Notsituationen eine solche durchaus vermissen lassen. Es handelt sich schon angesichts des „schulmäßigen Vorgehens“ des Ersten Senats bei der Grundrechtsprüfung (und vor allem der Verhältnismäßigkeit) dennoch um eine auch unter Ausbildungsgesichtspunkten mit kritischem Blick zu lesende und studierende Entscheidung. Kritischer Betrachtung bedürfen dabei vor allem die Grundlinien des Beschlusses zum Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum unter dem Aspekt des gesetzgeberischen Gesamtkonzepts sowie – vor allem – zum selbstvollziehenden Gesetz mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG.

**Prof. Dr. Arne Pautsch**

Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften  
Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen  
Ludwigsburg

► **Inhaltsverzeichnis**

<sup>26</sup> Ibid., Rn. 305.



# KÖPFE

# GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

---

## REZENSION

---

Franz Vahlen Verlag, München

### *Eickelberg/Krätzschel, Digitale Lehre (2021)*

Die digitale Lehre ist insbesondere seit der Corona-Pandemie, in welcher die Universitäten und Hochschulen gezwungen waren, monatelang auf digitale Lehre umzustellen, das Thema der Stunde und leider noch zu wenig erforscht und aufgearbeitet; daher ist es verdienstvoll, dass sich die Autoren des Themas annehmen und eine lehrbuchartige Gesamtdarstellung verfasst haben.

Im ersten Kapitel finden sich allgemeine Ausführungen zur Didaktik, treffend wird darin betont, dass sich die Perspektive vom Lehrenden zum Lernenden verschoben habe, nicht das Input zähle, sondern das Output (S.4). Ebenso treffend ist der Hinweis, dass sich die Inhalte vom Ende her zu bestimmen haben (Backward Design), es zählen somit nicht reines Fachwissen, sondern Methodenkompetenz (S.5). Kritisch zu sehen sind die Ausführungen zum Ziel der Begeisterung der Teilnehmer: nicht das Interesse ist wesentlich, sondern die künftig erforderliche Kompetenz. Die Fokussierung auf die Begeisterung lädt zur Manipulation des Schwierigkeitsgrads ein. Dasselbe gilt für das Bekenntnis zur Stoffreduktion: eine Lehrveranstaltung ist keine in sich geschlossene Einheit, sondern sie macht nur einen Teil des Studiums aus, welches im Wesentlichen aus Eigenarbeit besteht. Das Bekenntnis zur aktivierenden Lehre (S.14 f.) ist richtig, der Hinweis auf den Widerwillen der Studierenden dazu („Konsumieren ist einfacher als Produzieren“) auch. Aber das nur am Rande, das eigentliche Thema ist ein anderes.

Die Grundbegriffe der digitalen Lehre werden im zweiten Kapitel erläutert, darunter die synchrone digitale Lehre, die E-Lecture und das Konzept des inverted classroom, im folgenden (S. 24 ff.) werden zudem verschiedene Taxonomiestufen genannt, deren genaue Bedeutung allerdings unklar bleibt. Im nächsten Kapitel werden die Rahmenbedingungen für eine erfolgreiche Online-Lehre skizziert; dabei wird aber entsprechend einem weit verbreiteten Missverständnis davon ausgegangen, dass online-Lehre die Gefahr der Vereinsamung berge (s.36): es ist keinesfalls notwendig, sich eine Lehrveranstaltung alleine anzuhören, ein Treffen mit Freunden zum Zweck der online-Lehre ist dem Studierenden ohne weiteres möglich. Die Gefahr der Vereinzelung ist durch Kontaktverbote der Pandemie entstanden, nicht in der online-Lehre. Die Ausführungen zu Kommunikation und Rhetorik in der online-Lehre im nächsten Kapitel sind interessant, teilweise aber wird der spezifische Bezug zur online-Lehre nicht ganz klar. In jedem Fall ist es, wie zutreffend erläutert wird, sinnvoll, wenn die Teilnehmer die Kamera angeschaltet haben. Anschließend (s.64 ff.) wird auf besondere Herausforderungen der juristischen online-Lehre in Studium, Referendariat und Weiterbildung eingegangen. Danach wird die Frage erörtert, ob und in welchem Umfang sich künftig der Einsatz der digitalen Lehre empfiehlt. Dabei wird zutreffend darauf hingewiesen, dass sich eine Vorlesung eher für die digi-

tale Lehre empfiehlt als ein Seminar mit hohem Diskussionsanteil. Auch hier muss zwischen den verschiedenen digitalen Formaten differenziert werden: so hat die Synchronlehre per Zoom o.ä. eine deutlich größere Ähnlichkeit mit der Präsenzlehre als etwa ein Podcast, das wird auf S. 84 ff. dargestellt. Auch die Vor- und Nachteile der Synchronlehre werden eingehend erörtert (S. 111 ff.). Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass die Frage des Einsatzes von digitaler Lehre (ob synchron oder asynchron) sich in erster Linie nach didaktischen Kriterien bestimmen muss. Hilfreich ist auch der Hinweis auf die gegenüber der Präsenzlehre verbesserten Gestaltungsmöglichkeiten wie des Einsatzes von Hilfsmitteln (S.151), wobei hier vorwiegend Datenbanken, deren Benutzung im juristischen Alltag unerlässlich ist, hätten Erwähnung finden sollen. Zutreffend ist auch der Hinweis, dass eine vollständige Ersetzung der Präsenzlehre trotzdem nicht sinnvoll ist (S.152): Wissensvermittlung kann digital erfolgen, ein intensiver persönlicher Austausch und die intensive Diskussion erfolgen besser in Präsenz. Im folgenden wird dann noch das Konzept des Inverted classroom vorgestellt, welches gegenüber der klassischen Vorlesung erhebliche Vorteile aufweist, da es aktivierende Elemente enthält: die reine Wissensvermittlung erfolgt asynchron, mit dem Wissen dann wird eine weiterführende Diskussion ermöglicht (welche auch als „flipped remote classroom“ in digital erfolgen kann) (S. 152 ff.). Im folgenden werden konkrete Ablaufvorschläge besprochen.

Anschließend wird – auch das ist nicht unwichtig – noch auf die rechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit der digitalen Lehre eingegangen. Dabei stehen vor allem die Fragen des Urheber- und Datenschutzrechts im Vordergrund.

Das Buch schließt mit einigen lesenswerten Einschätzungen von befragten Kollegen.

#### Fazit

Das Werk bietet eine übersichtliche und hilfreiche Darstellung der aktuellen Möglichkeiten digitaler Lehre, die verschiedenen Konzepte werden eingehend erörtert. Klar muss sein, dass die Möglichkeiten der digitalen Lehre auch in der Zeit nach der Pandemie Berücksichtigung finden müssen, sie können die Lehre enorm verbessern und stärker an den Anforderungen der Praxis ausrichten; dennoch bedeutet das keine Umstellung auf einen reinen online-Betrieb, auch künftig hat die Präsenzlehre ihren festen Platz. Trotz der enormen ökonomischen und ökologischen Vorteile der digitalen Lehre müssen dabei didaktische Erwägungen im Vordergrund stehen. Zu diesem leistet das Werk einen gewichtigen Beitrag und kann jedem, der sich näher mit dem Thema beschäftigen will, empfohlen werden.

Prof. Dr. *Christian F. Majer*

Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und  
Ordnungswidrigkeitenrecht

Hochschule für öffentlicher Finanzen

Ludwigsburg

► **Inhaltsverzeichnis**

# Impressum

## Redaktion

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

## Herausgeber

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

Vereinsvorstand:  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
 (*Vorsitzender*)  
 Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.  
 (*Stellv. Vorsitzender*)  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 (*Schatzmeister*)  
 RiLG Dr. Guido Philipp Ernst  
 (*Ressortleiter Strafrecht*)  
 Prof. Dr. Arne Pautsch  
 (*Ressortleiter Öffentliches Recht*)

11. Jahrgang (2021)

ISSN 2195-044X

## Beirat

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

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>  
 E-Mail: ▶ [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de)



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011  
 und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.  
 Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:  
 ▶ Thümmel, Schütze & Partner | ▶ BRP Renaud & Partner | ▶ Boorberg Verlag

## Beiträge in früheren Ausgaben

<b>3/2021</b>   <i>Marie-Sophie Herlein</i>	Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration
<b>2/2021</b>   <i>Nora Rzadkowski</i>	Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraft getreten!
<b>2/2021</b>   <i>Michael Hippeli</i>	Netiquette im digitalen Lehrbetrieb
<b>1/2021</b>   <i>Michael Hippeli</i>	Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit
<b>1/2021</b>   <i>Christian F. Majer/Arne Pautsch</i>	„Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis
<b>4/2020</b>   <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!
<b>4/2020</b>   <i>Gesine Berthold</i>	Immunitätsausweise in Zeiten von Corona
<b>3/2020</b>   <i>Michael Hippeli</i>	Smart Contracts
<b>3/2020</b>   <i>Friederike Meurer</i>	Arbeitsrecht in Zeiten von Corona
<b>2/2020</b>   <i>Leonie Schmitt</i>	Diskriminierung durch Maschinelles Lernen
<b>2/2020</b>   <i>Matthias Müller</i>	Gemeinderatssitzungen per Video
<b>1/2020</b>   <i>Florian Außem</i>	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus
<b>1/2020</b>   <i>Arne Pautsch</i>	Corona und Grundgesetz
<b>4/2019</b>   <i>Jonas Rohde</i>	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern
<b>3/2019</b>   <i>Hans-Dieter Pfannenstiel/ Gordon von Miller</i>	Wölfe in Deutschland
<b>2/2019</b>   <i>Christian Knoth</i>	Fluggastrechte in der Europäischen Union
<b>1/2019</b>   <i>Arne Pautsch</i>	Geschlechterparität im Bundestag?
<b>4/2018</b>   <i>Michael Hippeli</i>	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren
<b>3/2018</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung
<b>2/2018</b>   <i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger
<b>2/2018</b>   <i>Arne Pautsch</i>	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg
<b>1/2018</b>   <i>Antonia Braun</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz
<b>4/2017</b>   <i>Arne Pautsch</i>	Die Wahlpflicht
<b>4/2017</b>   <i>Momme Buchholz/Helge Hölken/ Elisa Kuhne</i>	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
<b>3/2017</b>   <i>Sascha Sebastian</i>	Die Inhaftierung "islamistischer Gefährder" als menschenrechtliches Problem
<b>3/2017</b>   <i>Benjamin Bungarten</i>	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers
<b>2/2017</b>   <i>Susanne Bertow</i>	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?

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

<b>4/2012</b>   <i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern
<b>3/2012</b>   <i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten
<b>2/2012</b>   <i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe
<b>1/2012</b>   <i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen
<b>1/2012</b>   <i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?
<b>1/2011</b>   <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten
<b>1/2011</b>   <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>	Wer klagt, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –  
Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter  
▶ [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de).

## Autorinnen und Autoren gesucht!

### Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer review“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de). Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

### Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

ISSN 2195-044X



9 772195 044008