

*studere

Ausgabe 3/2024

Rechtszeitschrift der
Universität Potsdam



Übungsfall

Prof. Tobias Lettl
„Kinofilmfiguren“

Aufsatz

Dr. Lina Marie Schauer
E-Voting

(Ein)Blick in die Praxis:

Interview mit Hannah Lewin über das
Studium, einer Karriere mit Umwegen
und der Zeit der Wiedervereinigung

Durchblicken im Studium

Vom ersten Semester
bis zum Examen



Franz Reimer
Juristische Methodenlehre
3. Auflage 2024, ca. 350 S., brosch.,
ca. 25,90 €
ISBN 978-3-8487-8776-0
E-Book 978-3-7489-3343-4
(NomosLehrbuch)
Erscheint ca. Dezember 2024



Christina Eberl-Borges
Chinesisches Recht
2. Auflage 2024, ca. 220 S.,
brosh., ca. 29,90 €
ISBN 978-3-7560-0393-8
E-Book 978-3-7489-3486-8
(NomosEinführung)
Erscheint ca. September 2024

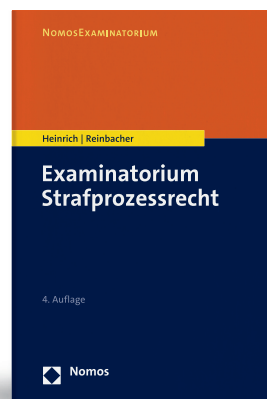
In Zeiten, in denen die Fluten von Normen und Gerichtsentscheidungen zunimmt, wird der Kompass der juristischen Methodenlehre immer wichtiger. Das Buch versteht Methodenlehre nicht nur als Instrument zur Sicherung der Gesetzesbindung, sondern als Hilfe für die Rechtsanwendung. Die Neuauflage wurde überarbeitet und ergänzt.

China – und damit auch das chinesische Recht – werden in der Weltgesellschaft immer wichtiger. Das vorliegende Werk möchte deutschen Juristen:innen einen ersten Zugang ermöglichen. Dabei liegt der Schwerpunkt auf dem Privatrecht, in der 2. Auflage insbesondere auf dem neuen Zivilgesetzbuch.



Florian Faust
**Bürgerliches Gesetzbuch
Allgemeiner Teil**
9. Auflage 2024, ca. 360 S.,
brosh., ca. 26,90 €
ISBN 978-3-7560-1275-6
E-Book 978-3-7489-4026-5
Erscheint ca. September 2024

„Der Faust“ ist inzwischen ein „Klassiker“; das Lehrbuch behandelt komprimiert und „auf den Punkt“ die Kernbereiche der Rechtsgeschäftslehre: Willenserklärungen, Vertragsschluss, Rechts- und Geschäftsfähigkeit, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, Willensmängel, Bot:innen und Stellvertreter:innen. Es wendet sich sowohl an Studienanfänger:innen als auch an Studierende höherer Semester, die schnell die wichtigsten und klausurrelevanten Bereiche wiederholen möchten.



Bernd Heinrich | Tobias Reinbacher
**Examinatorium
Strafprozessrecht**
4. Auflage 2024, 286 S.,
brosh., 26,90 €
ISBN 978-3-8487-7439-5
E-Book 978-3-7489-1444-0
(NomosExaminatorium)

Mit dem Examinatorium Strafprozessrecht optimal für das Examen vorbereitet: Fallbezogen werden die Probleme der StPO anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erörtert. Kurzlösungen und kompakte Prüfungsschemata helfen bei der schnellen Vertiefung und Wiederholung auf Examensniveau.

EDITORIAL

Liebe Studierende,
studentische Rechtszeitschriften sind an vielen Jura-Fakultäten Tradition. Auch an unserer Fakultät wurde bereits im Wintersemester 2008/09 die *studere* als Zeitschrift von Studierenden für Studierende gegründet. Nachdem Corona-bedingt diese Zeitschrift längere Zeit nicht erscheinen konnte, freue ich mich, dass dieses Projekt nun von einem neuen Team in Eigeninitiative mit großem Engagement wieder aufgegriffen wurde.



Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt;
Universität Potsdam

Die nunmehr schon 26. Ausgabe der **studere* enthält zahlreiche anregende und spannende Beiträge vorwiegend von Studentinnen und Studenten sowohl zu den Kerngebieten des Rechts als auch zu einem Schwerpunktbereich. So erläutert im Zivilrecht Oskar Wernitz das Problem der early access release von Videospielen im Lichte der §§ 327 ff. BGB, und im Öffentlichen Recht setzt sich Vivianne Triems mit den Konsequenzen des Bundesverfassungsgerichtsurteils zum dritten Geschlecht und einer geschlechtergerechten Rechtsprache auseinander. Zudem nimmt Lina-Marie Schauer zum Bundeswahlgesetz und der Digitalisierung von Wahlen Stellung. Besonders erfreulich ist auch ein Beitrag von vier Studentinnen aus dem vierten Semester zu Fragen der Meinungsfreiheit in den Sozialen Medien. Auch das Strafrecht kommt nicht zu kurz mit der Veröffentlichung der besonders gelungenen Probeseminararbeit von Maya Muders zum Anti-Doping Gesetz. Im sehr nachgefragten Schwerpunktbereich Steuerrecht behandelt Jost Zankel die Möglichkeit des Verlustrücktrags.

Zudem finden sich auch zahlreiche Berichte aus dem Fakultätsleben, etwa zum Wolf-Rüdiger-Bub-Preis oder zur Möglichkeit, einen LL.M. in Paris zu erwerben. Für das weitere Berufsleben der Leserinnen und Leser besonders interessant dürfte auch das Interview mit Hannah Lewin sein, der Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts Cottbus und einer Absolventin unserer Fakultät.

Diese Vorstellung der wichtigsten Themen dieser Ausgabe möchte ich mit dem Aufruf an die studentischen Leserinnen und Leser verbinden, diese Aufsätze als Vorbild und Ansporn zu nehmen, selbst Beiträge zu verfassen und der Redaktion zur Veröffentlichung anzubieten. Dann kann sich die **studere* wieder zu einem Forum des wissenschaftlichen Austauschs unter Studierenden entwickeln.

Ich wünsche der Zeitschrift auch unter ihrer neuen Redaktion viel Erfolg!

Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt
Dekan der Juristischen Fakultät



Für Jura- Starter

Entdecke das **Portal für Studierende und Referendar:innen**. Hier findest du alles, was du für deinen Weg durch das Jura-studium brauchst. Ob **Studienorganisation**, **Referendariat** oder die perfekte **Jura-Life-Balance** – wir bieten dir **wertvolle Tipps**, um deine Herausforderungen zu meistern.

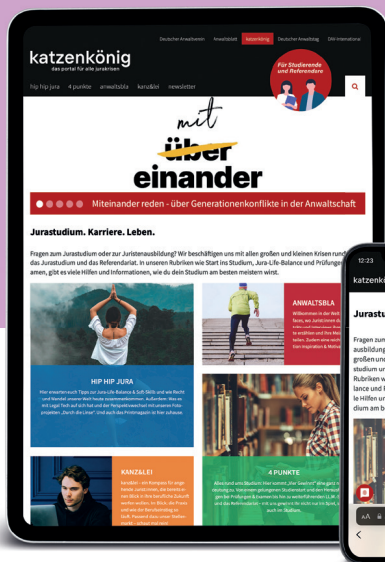
Mit spannenden Einblicken über den Tellerrand hinaus beleuchten wir die Jura-Welt aus verschiedenen Perspektiven – kostenlos und garantiert nicht trocken.

katzenkönig

das portal für alle jurakrisen



@katzenkoenigmagazin



Für Studierende
und Referendare



Jurastudium. Karriere. Leben.

Deutscher **Anwalt** Verein

INHALT

PROF. TOBIAS LETTL

ÜBUNGSFALL: "KINOFILMFIGUREN" 10

OSKAR WERNITZ (LL.B.)

AUFSATZ: "DER SOG. EARLY-ACCESS-RELEASE VON "UNFERTIGEN" VIDEOSPIELEN IM LICHT DER §§ 327 FF. BGB" 28

DR. LINA MARIE SCHAUER

AUFSATZ: "e-Voting" 40

VIVIANE TRIEMS (B.A., LL.B.)

AUFSATZ: "DER BESCHLUSS DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHT ZUM „DRITTEN GESCHLECHT" UND GESCHLECHTERGERECHTE SPRACHE" 46

FRIDA VOLLHARDT, KENZA EL AMRI, SHIRIN HILDEBRANDT

AUFSATZ: "ANONYMITÄT IN DEN SOZIALEN MEDIEN" 52

MAYA MUDERS

AUFSATZ: "DAS ANTI-DOPING-GESETZ: HINTERGRUND UND BEWERTUNG" 58

JASMIN WIEMANN (LL.B.)

AUFSATZ: "IST EINE ACTIO LIBERA IN CAUSA I.V.M. §§ 212, 13 STGB IN EINER FALLKONSTELLATION ANZUWENDEN, BEI DER DIE SCHULDUNFÄHIGKEIT IHRE URSACHE IN DER VOM PATIENTEN ABGESETZTEN MEDIKAMENTÖSEN BEHANDLUNG EINER PSYCHOSE HAT? (BGH, URTEIL VOM 22.11.2023 - 2 STR 152/23)" 68

JOST ZANKEL (LL.B.)

AUFSATZ: "VERLUSTRÜCKTRAG: EINFLUSS AUF DEN GESAMTBETRAG DER EINKÜNFTE IM ENTSTEHUNGSAHR" 80

RASMUS LUDWIG (LL.B.)

AUFSATZ: "DER DEUTSCH-FRANZÖSISCHE LL.M./MASTER AN DER UNIVERSITÄT POTSDAM UND DER UNIVERSITÉ PARIS NANTERRE" 89

KLAUS KOHNEN

(N)TERVIEW: (EIN)BLICK IN DIE PRAXIS: INTERVIEW MIT HANNAH LEWIN ÜBER DAS STUDIUM, EINER KARRIERE MIT UMWEGEN UND DER ZEIT DER WIEDERVEREINIGUNG 93

BERICHT: VERLEIHUNG DES WOLF-RÜDIGER-BUB-PREISES 100

JURA KREUZWORTRÄTZEL 37



Gemeinsam. Zukunft. Planen.

Spezialisten für Umwelt- und Planungsrecht sowie Begleiter für Großprojekte – wie Ihre Karriere!

www.hsa-partner.de

HSA Rechtsanwälte – Hentschke & Partner ist eine auf das **öffentliche Wirtschaftsrecht** spezialisierte Anwaltskanzlei. Wir beraten und vertreten Unternehmen und Verbände sowie Behörden und öffentliche Aufgabenträger bundesweit. Wir sind spezialisiert auf **Verfahren der Anlagenzulassung, Bauleitplan-**

verfahren und Fachplanung. Zu unseren Mandanten gehören Mittelständler ebenso wie **Großkonzerne der Industrie und der Energiewirtschaft.** Als Boutique für **Umwelt- und Planungsrecht** verbinden wir die Begleitung von komplexen Projekten mit den Vorzügen einer mittelständischen Kanzleistruktur.



hsa | Rechtsanwälte

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung >



Freunde und Förderer
der Juristischen Fakultät
der Universität Potsdam



\$chatz und \$chatzsuche

in Recht und Geschichte

SONDERAUSSTELLUNG
täglich geöffnet

FOLLOW US



MITTELALTERLICHES KRIMINALMUSEUM

– Eine der beliebtesten Sehenswürdigkeiten Deutschlands (DZT Voting 2023) –
365 Tage geöffnet – Burggasse 3-5 – 91541 Rothenburg ob der Tauber
Telefon (09861) 5359 – info@kriminalmuseum.eu – www.kriminalmuseum.eu

*zivilrecht





Übungsfall:

Kinofilmfiguren

Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M. (EUR)*

Die Aufgabe stellte der Autor im Sommersemester 2024 im Rahmen des Examensklausurenkurs an der Universität Potsdam. Abgeprüft wurden insbesondere der Vertragsschluss bei Minderjährigen (insb. Empfangszuständigkeit Minderjähriger und bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge bei Minderjährigen) sowie die Drittschadensliquidation und § 447 BGB.

SACHVERHALT

A.

Als der 14-jährige Franz Vempler aus Stuttgart mal wieder im Internet surft, findet er auf der Homepage seiner Lieblingszeitschrift „Bingo“, eine Anzeige des gleichaltrigen Alfons Kachel aus Bremen. Laut der Anzeige sucht Alfons Kachel 8 Figuren aus Holz, die die jeweilige Hauptperson aus berühmten Kinofilmen verkörpern. Franz Vempler, der diese Figuren vor längerer Zeit nach und nach von seinen Eltern geschenkt erhalten hatte und deren jeweiliger Verkehrswert 15,- Euro beträgt, schreibt daraufhin an Alfons Kachel einen Brief, ohne mit seinen Eltern darüber gesprochen zu haben. In dem Brief gibt sich Franz Vempler als Cineast zu erkennen. Zwar seien ihm die Figuren, die er in Kindertagen geschenkt erhalten hatte, mittlerweile ans Herz gewachsen. Da echte Fans aber untereinander zusammenhalten müssten, biete er Alfons Kachel die gesuchten Figuren zu einem Preis von je 20,- Euro ggf. per Postsendung an, wobei er die Figuren, soweit gewünscht, auch einzeln abgebe. Alfons Kachel bedankt sich per Brief bei Franz Vempler für das Angebot. Er würde auch jede Figur einzeln kaufen, freue sich aber umso mehr, als er nun gleich sämtliche der gesuchten Figuren von Franz Vempler beziehen könne. Er erklärt deshalb in dem Brief ohne das Wissen seiner Eltern, dass er mit dem Ge-

schäft einverstanden sei. Franz Vempler möge ihm deshalb die Figuren per Post übersenden. Er, Alfons Kachel, erhalte monatlich ein Taschengeld von 20,- Euro. Er werde nach Erhalt der Figuren 20,- Euro anzahlen und die restlichen 140,- Euro nach Erhalt des Taschengeldes in den darauffolgenden Monaten begleichen. Nachdem Franz Vempler die Figuren ordnungsgemäß per Post übersandt hat, meldet sich Alfons Kachel bei Franz Vempler per SMS. Darin teilt Alfons Kachel wahrheitsgemäß mit, dass die Verpackung bei Erhalt auf Grund einer Nachlässigkeit des Bediensteten der Deutschen Post AG aufgerissen gewesen sei und nur 4 Figuren, darunter die Figuren „Fridolin“ und „Hörbe“ enthielt. Er werde deshalb keine weitere Bezahlung leisten. Alfons Kachel hatte Franz Vempler von seinem ersparten Taschengeld einen 20,- Euro-Schein und einen 10,- Euro Schein per Brief mit dem Hinweis „Für die Figur Fridolin 20,- Euro, für die Figur Hörbe schon mal 10,- Euro“ übersandt. Diesen Brief hatte Franz Vempler auch tatsächlich vollständig erhalten und das Geld in einer Schublade aufbewahrt. Franz Vempler besteht demgegenüber auf Bezahlung der restlichen 130,- Euro, hilfsweise auf Rückgabe der übersandten 8 Figuren, hilfsweise auf Rückgabe der 4 bei Alfons Kachel angekommenen Figuren und Wertersatz für die ver-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam.

loren gegangenen 4 Figuren. Alfons Kachel weist dieses Ansinnen empört zurück und macht wahrheitsgemäß darauf aufmerksam, dass ihm mittlerweile zwei der Figuren von Unbekannten gestohlen worden sind, nachdem er die Wohnung entgegen seinen sonstigen Gewohnheiten während eines Besuchs im Schwimmbad unverschlossen verlassen hatte.

Wie ist die Rechtslage?

B.

Nachdem sich die Sache so unglücklich entwickelt hat, weht Franz Vempler seine Eltern in die Angelegenheit ein. Diese sind mit dem Geschäft einverstanden und fragen bei den Eltern von Alfons Kachel an, wie sie zu dem Geschäft stehen. Die Eltern von Alfons Kachel bezahlen daraufhin 50,- Euro an Franz Vem-

pler. Sie verlangen aber die 4 fehlenden Figuren, die Franz Vempler nunmehr eben anderweitig beschaffen müsse. Es könne doch nicht sein, dass ihrem Sohn keine Ansprüche mehr gegen Franz Vempler zustünden. Außerdem verlangen die Eltern von Alfons Kachel von Franz Vempler Ersatz der Kosten für die SMS. Franz Vempler besteht hingegen auf Zahlung der übrigen 80,- Euro.

Wie ist die Rechtslage?

LÖSUNGSVORSCHLAG:

ZU FRAGE A.

A.

Anspruch des Franz Vempler (V) gegen Alfons Kachel (K) auf Zahlung des Kaufpreises nach § 433 Abs. 2 BGB

Ein Anspruch des V gegen K auf Zahlung des Kaufpreises nach § 433 II BGB setzt voraus, dass zwischen V und K ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist. Dies wiederum setzt zwei übereinstimmende, aufeinander bezogene Willenserklärungen, Antrag (§ 145 BGB) und Annahme (§ 146 f. BGB), voraus.

I. Zustandekommen eines Kaufvertrages

1. Antrag (§ 145 BGB)

Ein Antrag i.S.d. § 145 BGB ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der jemand einem anderen einen Vertragsschluss in der Weise rechtsverbindlich anbietet, dass das Zustandekommen nur noch von dessen Zustimmung abhängt. Dies setzt objektiv ein Erklärungszeichen voraus, das auf einen Rechtsbindungswillen schließen lässt. Bei einer bloßen invitatio ad offerendum fehlt es hingegen an einem Rechtsbindungswillen. Eine invitatio ad offerendum ist nämlich lediglich eine nicht rechtsverbindliche Aufforderung des Verkäufers an potenzielle Käufer, ihrerseits einen Antrag i.S.d. § 145 BGB zu machen. Es fehlt hier also schon am objektiven Tatbestand einer Willenserklärung. Der Antrag muss so bestimmt oder so bestimmbar angegeben sein, dass die Annahme durch ein einfaches Ja erfolgen kann und der Wille zu einer rechtlichen Bindung zum Ausdruck kommen.¹

a) Anzeige des K auf Internetseite

Fraglich ist, ob K bereits einen Antrag i.S.d. § 145 BGB abgibt, indem er die Anzeige auf der Homepage der Zeitschrift „Bingo“ einstellt. Zweifelhaft erscheint, ob K dabei mit Rechtsbindungswillen handelte. Ein objektiver Erklärungsempfänger (§§ 133, 157 BGB) darf eine solche Anzeige nämlich deshalb nicht als Antrag i.S.d. § 145 BGB verstehen, weil der Erklärende anderenfalls gegenüber jedem Annehmenden verpflichtet würde und er den je-

weiligen Kaufvertrag zu erfüllen hätte. Wäre in der Anzeige bereits ein verbindliches Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages zu sehen, sähe K sich der Gefahr einer unbestimmten Vielzahl von Vertragsschlüssen ausgesetzt, aus denen sich jeweils die Pflicht zur Kaufpreiszahlung ergäbe. Auch ist davon auszugehen, dass K nur ein Interesse daran hat, die gesuchten Figuren einmal zu erwerben. Hinzu kommt, dass der Erklärende grundsätzlich ein Interesse daran hat, den (potentiellen) Vertragspartner zu kennen, namentlich um sich seiner Leistungsfähigkeit zu vergewissern. Mangels Rechtsbindungswillens stellt die Anzeige lediglich eine invitatio ad offerendum dar.

b) Brief von V an K

aa) Willenserklärung des V

V hat K in seinem Brief den Abschluss eines Kaufvertrages angetragen, wobei die wesentlichen Vertragsbestandteile in der Erklärung bestimmt waren (Kaufgegenstand, Kaufpreis). Der Brief von V an K stellt mithin einen Antrag i.S.v. § 145 BGB dar.

bb) Abgabe

Diesen Antrag hat V auch abgegeben, also willentlich in den Rechtsverkehr gebracht.

cc) Zugang

Nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB bedarf es zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, also etwa eines Angebots, des Zugangs. Zugang setzt voraus, dass die Erklärung derart in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse mit der Kenntnisnahme der Erklärung zu rechnen ist.

aaa) Zugang beim gesetzlichen Vertreter (§ 131 Abs. 2 S. 1 BGB)

K hat den Brief des V erhalten. Fraglich ist aber, ob der Brief damit auch wirksam zugegangen ist, da K minderjährig und deshalb beschränkt geschäftsfähig ist (§§ 2, 106 BGB). Willenserklärungen, die dem beschränkt Ge-

¹ BGHZ 149, 129 (134) = NJW 2002, 363 (364).

geschäftsfähigen gegenüber abzugeben sind, werden jedoch nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugehen (§ 131 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. § 131 Abs. 1 BGB). Die Erklärung müsste danach so in den Machtbereich des gesetzlichen Vertreters, der Eltern des K nach §§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 BGB, gelangt sein, dass unter gewöhnlichen Umständen mit Kenntnisnahme zu rechnen ist. Dies ist hier nicht erfolgt.

bbb) Lediglich rechtlicher Vorteil (§ 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB)

Zugang beim gesetzlichen ist jedoch nicht erforderlich, wenn die Willenserklärung der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (§ 131 Abs. 2 S. 2 BGB). Ein gegenüber einem beschränkt Geschäftsfähigen abgegebener Antrag ist rechtlich vorteilhaft, da der Empfänger die Möglichkeit zum Vertragsschluss erhält, ohne gebunden sein. Ob der angetragene Vertrag selbst lediglich rechtlich vorteilhaft, ist insoweit unerheblich. Der Antrag des V ist K also wirksam zugegangen i.S.v. § 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB.

2. Annahme (§§ 146 ff. BGB)

Der Antrag des V müsste K auch angenommen haben.

a) Willenserklärung des K

K hat brieflich sein Einverständnis mit dem Vertrag, mithin eine Annahme i.S.v. § 147 BGB erklärt.

b) Abgabe

K hat die Erklärung auch willentlich in den Rechtsverkehr gebracht, den Antrag mithin abgegeben.

c) Zugang (§ 130 Abs. S. 1 BGB)

Auch hier ist jedoch das Wirksamwerden dieser Erklärung problematisch. Die Erklärung des K ist in den Machtbereich des V gelangt. Da V jedoch beschränkt geschäftsfähig (§§ 2, 106 BGB) ist, sind die weiteren Voraussetzungen des § 131 II BGB zu beachten.

aa) Zugang beim gesetzlichen Vertreter (§ 131 Abs. 2 S. 1 BGB)

Ein Zugang beim gesetzlichen Vertreter (§ 131 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. § 131 Abs. 1), den Eltern des K (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 BGB) ist nicht erfolgt.

bb) Lediglich rechtlicher Vorteil (§ 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB)

Die Annahme könnte gleichwohl wirksam zugegangen sein, wenn sie für V lediglich rechtlich vorteilhaft wäre (§ 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB). Mit Wirksamwerden der Annahme käme ein Kaufvertrag zustande, aus welchem sich für V die Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung der Sache nach § 433 I 1 BGB ergäbe. Die Erklärung ist deshalb mit einem rechtlichen Nachteil verbunden; ein Zugang gem. § 131 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB scheidet damit aus.

cc) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 131 II 2 Alt. 2 BGB)

Eine Einwilligung, also die vorherige Zustimmung (§ 183 S. 1 BGB) des gesetzlichen Vertreters liegt ebenfalls nicht vor.

dd) Erweiternde Auslegung von § 131 Abs. 2 S. 2 BGB

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Annahmeerklärung des K nicht zugegangen ist und daher kein Vertragsschluss zwischen V und K stattgefunden hat. Dies steht aber in Widerspruch zu § 108 Abs. 1 BGB, der ausdrücklich vorsieht, dass von einem beschränkt Geschäftsfähigen geschlossene Verträge genehmigt werden können. Daher ist das Konkurrenzverhältnis von § 131 Abs. 2 S. 2 BGB einerseits und § 108 Abs. 1 BGB andererseits zu klären. Der BGH hat dazu entschieden, dass die Auslegung des § 131 Abs. 2 Satz 2 BGB für die mögliche Genehmigung von Verträgen Raum lassen muss, die ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossen hat. Danach kann es nicht der Sinn des § 131 Abs. 2 BGB sein, die Anwendbarkeit des § 108 BGB auszuschließen, da auch diese Vorschrift schutzwürdige Interessen des Minderjährigen wahren soll. Daraus folgt, dass Vertragserklärungen vom gesetzlichen Vertreter

auch dann genehmigt werden können, wenn die Vorschrift des § 131 Abs. 2 S. 1 BGB nicht beachtet worden ist.² Anders sei dies nur bei einseitigen empfangsbedürftigen Erklärungen wie einer an den Minderjährigen gerichteten Zahlungsaufforderung; insoweit habe die Wahrung der Rechtssicherheit Vorrang und erlaube wie in § 111 BGB keine Genehmigung.³ Da danach § 108 BGB gegenüber § 131 Abs. 2 S. 2 BGB vorrangig ist, kann § 131 Abs. 2 S. 2 BGB nicht auf die Annahme eines Antrags i.S.d. § 145 BGB angewendet werden. Das hat zur Folge, dass die Annahme immer – also auch ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in den Vertragsschluss – mit Zugang an den Minderjährigen wirksam wird. Die Annahmeerklärung des K ist danach V wirksam zugegangen.⁴

3. Zwischenergebnis

Zwischen V und K ist ein Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB über 8 näher bestimmte Figuren zu einem Kaufpreis von je 20,- Euro zustande gekommen. Dieser Vertrag fällt nicht unter die Vorschriften über Teilzahlungsgeschäfte (§ 506 Abs. 3 BGB i.V.m. §§ 507 bis 508 BGB), da der Barzahlungspreis 200,- Euro nicht übersteigt (§ 506 Abs. 4 BGB i.V.m. § 491 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB).

II. Wirksamkeit des Kaufvertrags

Wegen der beschränkten Geschäftsfähigkeit von V und K erscheint die Wirksamkeit des von V und K geschlossenen Kaufvertrags jedoch problematisch.

1. Antrag von V

a) Rechtlicher Vorteil (§ 107 BGB)

Der Kaufvertrag ist für V nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB, da Verpflichtungen nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB und damit rechtliche Nachteile begründet werden.

b) Bewirken der Leistung mit eigenen Mitteln (§ 110 BGB)

§ 110 BGB stellt keinen zusätzlichen Tatbe-

stand des Wirksamwerdens von Willenserklärungen neben den §§ 107, 108 BGB dar, sondern enthält eine Konkretisierung dieser Vorschriften, ist nach herrschender Meinung also als Sonderfall einer Einwilligung nach § 107 BGB anzusehen. Gemäß § 110 BGB muss V die von ihm geschuldete Leistung an K bewirken haben. Erst mit Bewirken der Leistung, d.h. mit der Erfüllung gegenüber dem Gläubiger K i.S.d. § 362 BGB, ist das Verpflichtungsgeschäft (und zugleich das Verfügungsgeschäft) wirksam. V schuldet nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB Übergabe und Eigentumsverschaffung. Insoweit ist zwischen den 4 auf dem Transportweg verlorengegangenen Figuren und den 4 bei K angekommenen Figuren zu unterscheiden.

aa) 4 auf dem Transportweg verlorengegangene Figuren

(1) Kein Eintritt des Leistungserfolgs

Die 4 auf dem Transportweg verlorengegangenen Figuren sind K weder übergeben noch übereignet worden. In der Übergabe an die Deutsche Post AG liegt grundsätzlich nicht zugleich eine Übergabe und ein Antrag des V i.S.d. § 145 BGB an K auf Übereignung. Denn die Deutsche Post AG handelte nicht in Vertretung des K. Bisher ist vielmehr nur die Leistungshandlung erfolgt, nämlich die Auslieferung der Figuren an die Post, nicht aber der Leistungserfolg eingetreten. Danach hätte V insoweit seine vertragsgemäße Leistung nicht bewirkt.

(2) Wertungswiderspruch zu § 447 BGB?

Möglicherweise steht dieses Ergebnis aber in Widerspruch zur Wertung des § 447 Abs. 1 BGB, wonach bei einer Schickschuld der Verkäufer lediglich die – hier durch V erfolgte – ordnungsgemäße Übergabe an die Transportperson schuldet. Dies setzt voraus, dass (a) § 447 Abs. 1 BGB hier überhaupt anwendbar ist, (b) die Voraussetzungen des § 447 Abs. 1 BGB gegeben sind und (c) die Rechtsfolgen des § 447 Abs. 1 BGB eine Erfüllungswirkung

² Zu dieser Rechtsprechung: BGHZ 47, 352 (358) = NJW 1967, 1800 (1802).

³ Vgl. BGHZ 47, 352 (359) = NJW 1967, 1800 (1802).

⁴ Freilich muss für die Wirksamkeit des Vertrages die Genehmigung des Vertrags durch den gesetzlichen Vertreter hinzukommen; bis zu diesem Zeitpunkt kann der Gegner seine Erklärung nach § 109 BGB, nicht aber nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen.

i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB zu Gunsten von V begründen.

(a) Anwendbarkeit von § 447 Abs. 1 BGB

Die Anwendung des § 447 Abs. 1 BGB ist hier nicht durch § 475 Abs. 2 BGB modifiziert, da kein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 BGB vorliegt. Vielmehr stehen sich mit V und K zwei Verbraucher (§ 13 BGB) als Vertragsparteien gegenüber.

(b) Voraussetzungen des § 447 I BGB

(aa) Vereinbarung eines Versandungskaufs

§ 447 Abs. 1 BGB setzt die Vereinbarung einer Schickschuld voraus. Hiervon sind die Bringschuld und die Holschuld abzugrenzen. Bei Holschulden nimmt Schuldner die Leistungshandlung an seinem Wohnsitz vor. Dort tritt auch Leistungserfolg ein. Bei Bringschuld ist der Wohnsitz des Gläubigers sowohl Leistungsort als auch Erfüllungsort. Bei Schickschuld (wie Versandungskauf i.S.d. § 447 BGB) ist der Wohnsitz des Schuldners Leistungsort. Der Leistungserfolg tritt hingegen am Wohnsitz des Gläubigers ein. Leistungsort und Leistungserfolgsort fallen also auseinander.

(aaa) Abgrenzung nach Parteivereinbarung

Für Bestimmung des Leistungsortes ist in erster Linie die Parteivereinbarung maßgeblich. Die Verpflichtung zur Übersendung der Sache, die Übernahme der Versandkosten, aber auch die Übernahme der Versandungsgefahr ändern den Leistungsort nicht. Dies ergibt sich aus § 269 Abs. 3 BGB und § 270 Abs. 1, 4 BGB.

(bbb) Gesetzliche Sonderregelung

Teilweise bestehen für die Bestimmung des Leistungsortes Sonderregelungen (z.B. §§ 261 Abs. 1, 604 Abs. 1 BGB).

(ccc) Natur des Schuldverhältnisses

Fehlt eine Parteivereinbarung und eine gesetzliche Sonderregelung, ist der Leistungsort nach der Natur des Schuldverhältnisses zu bestimmen (§ 269 Abs. 1 BGB). Zu den danach wesentlichen Umständen gehört die Verkehrssitte (§ 157 BGB), bei Geschäften des Handelsverkehrs der Handelsbrauch (§ 346 HGB).

Übernimmt der Verkäufer die Anlieferung der Sache, liegt regelmäßig eine Bringschuld vor. Dann ist abweichend von § 447 BGB nicht nur die Absendung, sondern auch die Übersendung Teil der Verkäuferleistung.

(ddd) Abgrenzung im Einzelfall

Hier könnte zwischen V und K eine Schickschuld vereinbart worden sein. Nach § 447 Abs. 1 BGB geht die Gefahr, den Kaufpreis trotz Untergangs der Kaufsache bezahlen zu müssen (Preisgefahr), auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache der zur Ausführung der Versendung bestimmten Person ausgeliefert hat, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort übersendet (Versendungskauf). Ein Versendungskauf ist ein Kaufvertrag, bei dem der Verkäufer (lediglich) die Nebenpflicht übernimmt, für die Versendung der Kaufsache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort (Leistungsort) durch einen Dritten zu sorgen. Hier sollten die 8 Figuren von V aus Stuttgart zu K nach Bremen per Post (Dritter) auf ausdrücklichen Wunsch von K versandt werden. Das Versendungsverlangen ist eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, auf die die §§ 104 ff. BGB analog angewendet werden. Das Versendungsverlangen ist zumindest für K rechtlich nachteilig (er muss den Kaufpreis bezahlen, auch wenn die Kaufsache auf dem Transportweg untergeht). Auch eine Einwilligung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters liegt nicht vor. Daher war zwischen V und K kein Versendungskauf i.S.d. § 447 Abs. 1 BGB vereinbart.

[HILFSGUTACHTEN:

(bb) Versendung der gekauften Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort (= Leistungsort)

V hat von Stuttgart die 8 Figuren zu K auf dem Postweg nach Bremen geschickt und damit die gekauften Sachen nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort versendet.

(cc) Auslieferung an die zur Versendung bestimmte Person

V hat die 8 Figuren der Post zum Transport übergeben und damit die Kaufsachen an die

zur Versendung bestimmte Person ausgeliefert.

(dd) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolge eines Versendungskaufs besteht darin, dass die Gefahr des Untergangs der Kaufsache beim Transport durch eine dritte Transportperson auf den Käufer übergeht. Der Verkäufer, der seine Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Übergabe der Kaufsache an die Transportperson erfüllt, behält danach abweichend von § 326 Abs. 1 S. 1 BGB seinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen den Käufer nach § 433 Abs. 2 BGB, wenn die Kaufsache auf dem Transportweg untergeht. Es handelt sich bei § 447 Abs. 1 BGB lediglich um eine Gefahrtragungsregel. Der danach eintretende Gefahrübergang steht einer Erfüllung der Verkäuferpflichten nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB (Übergabe und Übereignung an den Käufer) nicht gleich. Denn die Übergabe an die Transportperson ist lediglich die Vornahme der Leistungshandlung und führt nicht auch zum Leistungserfolg i.S.d. § 362 I BGB (Übergabe und Übereignung an K).

(3) Zwischenergebnis

In der ordnungsgemäßen Übergabe der Kaufsache durch V an die Deutsche Post AG liegt noch keine Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB. Erfüllungssurrogate sind nicht ersichtlich. V hat daher im Hinblick auf die 4 auf dem Transportweg verloren gegangenen Figuren seine Verpflichtung nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zur Übergabe und Übereignung nicht erfüllt und damit die Leistung insoweit nicht bewirkt i.S.d. § 110 BGB.】

bb) 4 bei K angekommene Figuren

(1) Keine Erfüllung auf Grund der Wertung des § 447 Abs. 1 BGB

Auch im Hinblick auf die 4 bei K angekommenen Figuren liegt keine Erfüllung des V auf Grund der Wertung des § 447 Abs. 1 BGB vor. Insoweit gelten die zu den 4 auf dem Transportweg verlorengegangenen Figuren angestellten Erwägungen entsprechend.

(2) Übergabe und Übereignung

(a) Übergabe

Die 4 bei K angekommenen Figuren sind K –

vereinbarungsgemäß durch die Deutsche Post AG – übergeben worden. K hat daher Besitz (§ 854 Abs. 1 BGB) an den Figuren erlangt. Dem steht die Minderjährigkeit des K auch nicht entgegen. Denn der Erwerb des Besitzes als Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft über eine Sache ist ein Realakt, der Geschäftsfähigkeit nicht voraussetzt.

(b) Übereignung

Wären die 4 Figuren K auch übereignet worden, hätte V seine vertragsgemäße Leistung i.S.d. § 433 I 1 BGB insoweit bewirkt. Dies setzt voraus, dass zwischen V und K wirksam eine Übertragung des Eigentums i.S.d. § 929 S. 1 BGB im Hinblick auf die 4 Figuren zustande gekommen ist. Dies wiederum erfordert neben der Übergabe der 4 Figuren eine Einigung zwischen V und K.

(aa) Antrag i.S.d. § 145 BGB auf Übereignung durch V

(aaa) Lediglich rechtlich vorteilhaft (§ 107 BGB)

Der Antrag des V i.S.d. § 145 BGB auf Übereignung ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB, da V mit dessen Annahme durch K (§§ 146 f. BGB) das Eigentum an den 4 Figuren verliert. Diese Willenserklärung des V bedarf daher der Einwilligung (§§ 183 S. 1, 107 bzw. § 110 BGB) oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (§§ 184 I, 108 I BGB) von V.

(bbb) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§§ 183 S. 1, 107 BGB)

Die Eltern von V hatten keine Kenntnis von dem Geschäft und konnten einen entsprechenden Willen zur Zustimmung folglich gar nicht entwickeln; sie haben nicht in den Verkauf der 8 Figuren und schon gar nicht in deren Übereignung durch V eingewilligt (s.o.).

(ccc) Bewirken der Leistung mit eigenen Mitteln (§ 110 BGB)

Der Antrag i.S.d. § 145 BGB auf Übereignung der 4 Figuren durch V wäre wirksam, wenn V die vertragsgemäße Leistung (Übergabe und Übereignung der 4 Figuren) mit Mitteln bewirkt hätte, die ihm zur freien Verfügung von dem Vertreter überlassen worden sind (§ 110

BGB). Dies setzt allerdings voraus, dass V gegenüber K überhaupt wirksam die Leistung bewirken konnte. Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Schuldner die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt. Die geschuldete Leistung des Schuldners V besteht hier nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB darin, dem Gläubiger K die näher bestimmten Figuren zu übergeben und zu übereignen. Dies ist hier zwar geschehen. Fraglich ist aber, ob dies auch für die Leistungserbringung gegenüber einem Minderjährigen gilt. Erfüllung tritt nämlich nur ein, wenn der Empfänger auch zur Annahme der Leistung befugt ist (sog. Empfangszuständigkeit). Ob ein beschränkt Geschäftsfähiger über diese Befugnis verfügt, ist umstritten. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass die Leistungsbewirkung gegenüber einem Minderjährigen für diesen lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Denn an die Stelle der Forderung trete der (höher zu bewertende) Leistungsgegenstand.⁵ Nach herrschender Meinung ist die dingliche Rechtsübertragung (durch einen unbeschränkt Geschäftsfähigen) an einen Minderjährigen zwar wirksam, doch komme es ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht zur Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB. Zur Begründung dieser Meinung werden verschiedene Ansätze vertreten.

(α) Vertragstheorie

Nach der kaum noch vertretenen Vertragstheorie setzt der Tatbestand der Erfüllung neben dem Leistungserfolg einen auf Aufhebung des Schuldverhältnisses gerichteten Vertrag voraus. Die beschränkte Vertragstheorie fordert eine entsprechende Willenseinigung nur für den Fall, dass auch zur Herbeiführung des Leistungserfolges ein Vertrag (z.B. Übereignung nach § 929 S. 1 BGB) erforderlich ist.⁶ Nach der (eingeschränkten) Vertragstheorie wäre hier also ein weiteres Rechtsgeschäft erforderlich, das auf das Erlöschen des Schuldverhältnisses Kaufvertrag gerichtet ist. Da das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs als unmittelbare Folge eines solchen Rechtsgeschäfts

für den Minderjährigen K einen rechtlichen Nachteil darstellt, kann er ein darauf gerichtetes Rechtsgeschäft ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters nicht vornehmen. Nach der (eingeschränkten) Vertragstheorie wäre daher ein etwaiger Anspruch des K nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfüllt i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB.

(β) Zweckvereinbarungstheorie

Die Zweckvereinbarungstheorie setzt für eine Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB eine vertragliche Willenseinigung über den Zweck der Leistung (Zuordnungsvertrag) voraus.⁷ Da das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs als unmittelbare Folge eines solchen Vertrags für den Minderjährigen K einen rechtlichen Nachteil darstellt, kann er einen solchen Vertrag nicht ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters schließen. Nach der Zweckvereinbarungstheorie wäre daher ein etwaiger Anspruch des K nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfüllt i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB.

(x) Theorie von der finalen Leistungsbewirkung

Nach der Theorie von der finalen Leistungsbewirkung⁸ ist für die Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB das Bewirken der Leistung sowie die Zweckbestimmung des Leistenden, die eine geschäftsähnliche Handlung oder ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellte, erforderlich. Diese Zweckbestimmung kann aber nach § 131 Abs. 2 BGB analog (analog, weil keine Willenserklärung) gegenüber einem Minderjährigen nicht ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommen werden. Nach der Theorie von der finalen Leistungsbewirkung wäre daher ein etwaiger Anspruch des K nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfüllt i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB.

(δ) Theorie von der realen Leistungsbewirkung

Die Theorie von der realen Leistungsbewirkung als herrschende Auffassung in Recht-

⁵ Harder, JuS 1977, 151

⁶ Vgl. zur Darstellung des Meinungsstandes Fetzer, in Sacker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina (Hrsg.) MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, §362 Rn. 10 f.

⁷ Ehmann, JZ 1968, 549 (553).

⁸ Muscheler/Bloch, JuS 2000, 729 (732 f.); Wieling, JuS 1978, 801.

sprechung⁹ und Schrifttum¹⁰ stellt für eine Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB lediglich auf den Eintritt des Leistungserfolges ab. Subjektive Erfordernisse seien in § 362 Abs. 1 BGB nicht vorgesehen. Danach läge hier an sich Erfüllung durch V vor. Doch hätte dies zur Folge, dass der minderjährige K einen etwaigen Anspruch auf Übergabe und Übereignung nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB verlieren würde. Dieser rechtliche Nachteil wird aus der Perspektive des Minderjährigenschutzes nicht durch den Empfang der Leistung ausgeglichen. Denn die Vermögenssorge obliegt bei einem Minderjährigen dessen gesetzlichem Vertreter, der darüber entscheiden soll, wie das Vermögen des Minderjährigen verwendet werden soll. Dieses Recht des gesetzlichen Vertreters würde beeinträchtigt, wenn durch Leistung an den Minderjährigen wirksam erfüllt werden könnte. Dies gilt umso mehr, als in diesem Fall die Gefahr der Verschwendung und des Verlustes besteht. Daher spricht sich die Theorie von der realen Leistungsbewirkung in Analogie zu § 107 BGB dafür aus, dass dem Minderjährigen die Annahmefähigkeit („Empfangszuständigkeit“) fehlt. Danach kann Erfüllung nur durch Leistung an den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen bzw. an den Minderjährigen mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgen. Die Übergabe und Übereignung der 4 Figuren an K ohne Einwilligung von dessen Eltern hat daher nicht zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen des V i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB geführt.

(ε) Zwischenergebnis

Da insbesondere die Erwägungen der Theorie von der finalen Leistungsbewirkung zum Minderjährigenschutz überzeugen, ist hier keine Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB eingetreten. Daher ist der Antrag des V i.S.d. § 145 BGB auf Übereignung der 4 bei K angekommenen Figuren nicht wirksam abgegeben worden.

cc) Ergebnis

V hat weder im Hinblick auf die 4 auf dem Transportweg verlorengegangenen Figuren

noch im Hinblick auf die 4 bei K angekommenen Figuren seine vertragsgemäße Leistung bewirkt i.S.d. § 110 BGB. V hat daher keinen wirksamen Antrag auf Abschluss eines Kaufvertrages mit K auf Grund der §§ 107, 110 BGB abgegeben.

c) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§§ 183 S. 1, 107 BGB)

Die Einwilligung kann sowohl gegenüber dem Minderjährigen als auch gegenüber dem anderen Teil erklärt werden (§ 182 Abs. 1 BGB).

aa) Einzeleinwilligung

Die Eltern von V haben nicht ihre Einwilligung zu dem konkreten Kaufvertrag zwischen V und K erteilt.

bb) Generaleinwilligung

Eine Einwilligung der Eltern des V in die Übereignung an K könnte darin liegen, dass sie V die 8 Figuren zur beliebigen Verwendung zugewendet haben. Insoweit könnte es sich um eine Generaleinwilligung, also eine Einwilligung zu einem Kreis von zunächst noch nicht individualisierten Geschäften handeln. Eine solche Einwilligung ist grundsätzlich zulässig¹¹ bedarf aber im Interesse eines wirksamen Minderjährigenschutzes einer Konkretisierung; sie ist im Zweifel eng auszulegen und darf nicht über die Ausnahmetatbestände der §§ 112, 113 BGB zu einer partiell erweiterten Geschäftsfähigkeit führen.¹²

Ist eine Generaleinwilligung wie hier aber nicht ausdrücklich erteilt, müssen über das bloße Überlassen der Mittel hinaus besondere Umstände hinzutreten, die auf eine Generaleinwilligung schließen lassen. Daran fehlt es hier, so dass die Willenserklärung des V nicht auf Grund einer Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters wirksam war.

d) Genehmigung (§§ 182 Abs. 1, 184 Abs. 1, 108 Abs. 1, 3 BGB)

Die Eltern von V als dessen gesetzliche Vertreter haben die Übereignung zwischen V und K mangels Kenntnis von dem ganzen Geschäft

9 BGH NJW 1991, 1294 (1295); BGH NJW 1992, 2698 (2699).

10 Olzen, in: Staudinger BGB, Neubearb. v. 2016, Vor §§ 362 ff. Rn. 14.

11 BGH NJW 1977, 622.

12 BGHZ 47, 352 (359) = NJW 1967, 1800 (1802).

nicht genehmigt, also diesem nicht nachträglich zugestimmt (§ 184 Abs. 1 BGB) nach § 108 Abs. 1 BGB.

e) Ergebnis

V hat keinen wirksamen Antrag auf Abschluss eines Kaufvertrages mit K über die 8 Figuren abgegeben. Möglicherweise hat aber K wirksam eine Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages mit V abgegeben.

2. Erklärte Annahme des K

a) Rechtlicher Vorteil (§ 107 BGB)

Die erklärte Annahme ist für K nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB, da der Kaufvertrag für K Verpflichtungen nach § 433 Abs. 2 BGB und damit rechtliche Nachteile begründet.

b) Bewirken der Leistung mit Mitteln i.S.v. § 110 BGB

aa) Zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung überlassene Mittel

K erhält monatlich 20,- Euro Taschengeld, also Mittel zur freien Verfügung. Davon hatte er 30,- Euro angespart.

bb) Bewirken der vertragsgemäßen Leistung

(1) Pflicht des Käufers nach § 433 Abs. 2 BGB

K hat den Kaufpreis lediglich in Höhe von 30,- Euro bezahlt. Im Hinblick auf den verbleibenden Restkaufpreis in Höhe von 130,- Euro hat er daher seine vertragsgemäße Leistung nicht bewirkt. Aber auch im Hinblick auf die bezahlten 30,- Euro stellt sich die Frage, ob K damit gegenüber V teilweise erfüllt hat. Beim Ratenkauf erfüllt der zahlungspflichtige Minderjährige den Vertrag grundsätzlich nicht voll, so dass die Bedingung für das Wirksamwerden seiner Willenserklärung grundsätzlich nicht eintritt. Eine Teilerfüllung führt aber dann zur Teilwirksamkeit, wenn Leistung und Gegenleistung entsprechend teilbar sind. Daran fehlt es, wenn eine Kaufsache wie ein Fahrrad auf Raten abbezahlt werden soll. Hier ist die Leistung des V in acht einzelne Figuren und die Leistung des K in 8 x 20,- Euro teilbar. Die Teilbarkeit von Leistung und Gegenleistung entsprach auch dem Parteiwillen. Denn

V hätte auch jede Figur einzeln abgegeben, K jede Figur einzeln bezogen. Eine Teilerfüllung durch die Anzahlung von 10,- Euro für die Figur „Hörbe“ scheidet von vornherein aus, da insoweit eine Leistung auf Raten abbezahlt werden soll und lediglich eine Rate, nicht aber der volle Kaufpreis, geleistet wird. Für die Figur „Fridolin“ bezahlt K zwar den vollen Kaufpreis, nämlich 20,- Euro. Fraglich ist aber, ob damit eine Teilerfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 S. 1 BGB eingetreten ist. Nach § 433 Abs. 2 BGB ist der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen. Der Kaufpreis ist vom Käufer bezahlt in diesem Sinne, wenn er dem Verkäufer übergeben und übereignet worden ist.

(2) Übergabe und Übereignung

(a) Übergabe

Die 20,- Euro sind bei V eingegangen und ihm damit übergeben worden. V hat daher Besitz (§ 854 Abs. 1 BGB) an dem 20,- Euro-Schein erlangt. Dem steht die Minderjährigkeit des V nicht entgegen, da der Besitzerwerb ein Realakt ist, welcher Geschäftsfähigkeit nicht voraussetzt.

(b) Übereignung

(aa) Antrag i.S.d. § 145 BGB auf Übereignung durch K

(aaa) Lediglich rechtlich vorteilhaft (§ 107 BGB)

Der Antrag des K i.S.d. § 145 BGB auf Übereignung des 20,- Euro-Scheins ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB, da K mit dessen Annahme durch V (§§ 146 f. BGB) das Eigentum an den Geldscheinen verliert. Diese Willenserklärung des K bedarf daher der Einwilligung (§§ 183 S. 1, 107 BGB) oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (§§ 184 Abs. 1, 108 Abs. 1 BGB) von V oder müsste nach den Voraussetzungen des § 110 BGB wirksam sein.

(bbb) Bewirken der Leistung mit eigenen Mitteln (§ 110 BGB)

Der Antrag i.S.d. § 145 BGB auf Übereignung des Geldscheins durch K ist nicht wirksam, weil K seine vertragsgemäße Leistung (Übergabe und Übereignung des Geldscheins)

gegenüber dem Minderjährigen V nicht bewirken konnte i.S.d. § 110 BGB. Insoweit fehlt es an der Empfangszuständigkeit des V (vgl. zur fehlenden Empfangszuständigkeit eines Minderjährigen schon oben zu K).

(ccc) Einwilligung (§§ 183 S. 1, 107 BGB) bzw. Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (§§ 184 I, 108 I BGB)

Weder liegt eine Einwilligung der Eltern des K vor noch haben diese das Rechtsgeschäft später genehmigt.

(ddd) Zwischenergebnis

K hat gegenüber V nicht wirksam einen Antrag i.S.d. § 145 BGB auf Übereignung des Geldscheins abgegeben. Auf eine Annahme durch V kommt es daher nicht mehr an.¹³

(cc) Zwischenergebnis

V hat nicht das Eigentum an dem 20-Euro-Schein (und an dem darüber hinaus übersandten 10-Euro-Schein) erlangt. Es ist keine Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB eingetreten, die zum Erlöschen eines etwaigen Anspruchs auf Übergabe und Übereignung nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB geführt hätte. K hat daher keine Leistung bewirkt i.S.d. § 110 BGB.

c) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§§ 183 S. 1, 107 BGB)

Die Eltern des K als dessen gesetzliche Vertreter (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 BGB) haben nicht in den Abschluss eines Kaufvertrages zwischen K und V eingewilligt.

d) Genehmigung (§§ 184 Abs. 1, 108 Abs. 1, 3 BGB)

Die Eltern von K als dessen gesetzliche Vertreter haben den Kaufvertrag zwischen V und K nicht genehmigt nach § 108 Abs. 1 BGB.

3. Ergebnis

Der zwischen V und K geschlossene Kaufvertrag ist schwebend unwirksam. Sowohl der Antrag des V als auch die Annahme durch K sind nicht wirksam abgegeben worden. Die

Wirksamkeit des Vertrages hängt von der Genehmigung der gesetzlichen Vertreter von V und K ab (§ 108 Abs. 1 BGB). V hat deshalb keinen Anspruch gegen K auf Zahlung des Kaufpreises nach § 433 Abs. 2 BGB.

Beachte: Die Verweigerung der Bezahlung durch K könnte als Widerrufserklärung zu verstehen sein. Es liegt jedoch kein Widerrufsrecht, insbesondere kein Widerrufsrecht i.S.d. § 312d Abs. 1 S. 1 BGB vor. Denn es handelt sich hier nicht um einen Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312b Abs. 1 BGB. Zwar wurden ausschließlich Fernkommunikationsmittel i.S.d. § 312b Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB verwendet. Doch stehen sich mit V und K zwei Verbraucher gegenüber. Hinzu kommt, dass die Ausübung eines Widerrufsrechts durch einen Minderjährigen einen rechtlichen Nachteil begründet, weil Verlust der Rechte aus Vertrag; daher wäre Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.

B. Anspruch von V gegen K auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB wegen des Diebstahls von zwei Figuren

I. Bestehen einer Vindikationslage

Ein Anspruch des V gegen K auf Schadensersatz wegen des Diebstahls von zwei Figuren nach §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB setzt zunächst eine Vindikationslage i.S.d. §§ 985, 986 BGB voraus. Dies bedeutet, V muss Eigentümer der beiden gestohlenen Figuren gewesen sein, K muss Besitzer der beiden gestohlenen Figuren gewesen sein und K darf kein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB gehabt haben. V war weiterhin Eigentümer der beiden gestohlenen Figuren, da V das Eigentum an den beiden übersandten und bei K angekommenen Figuren nicht verloren hat (s.o.). K war Besitzer der beiden gestohlenen Figuren. K hatte kein Recht zum Besitz, da der zwischen V und K zustande gekommene Kaufvertrag nicht wirksam war. Es bestand also eine Vindikationslage (im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses).

II. Rechtshängigkeit (§ 989 BGB)

K war nicht auf Herausgabe verklagt worden, Rechtshängigkeit ist hier deshalb nicht eingetreten.

¹³ Ein Antrag des K gegenüber V auf Übereignung des Geldscheins wäre für V rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB, da er dadurch die rechtlich gesicherte Möglichkeit erhält, das Eigentum an dem Geldschein zu erlangen. Auch die Annahme dieses Antrags auf Eigentumsübertragung wäre für V rechtlich vorteilhaft, weil V dadurch das Eigentum an dem Geldschein erlangt.

III. Bösgläubigkeit des Besitzers (§ 990

Abs. 1 BGB)

Hier waren mangels anderweitiger Anhaltspunkte im Sachverhalt weder K noch dessen Eltern bösgläubig i.S.d. § 990 Abs. 1 BGB, hatten also keine Kenntnis vom Mangel im Besitzrecht, so dass es nicht auf die umstrittene Frage ankommt, ob bei Bösgläubigkeit des schuldfähigen (§§ 827, 828 BGB) Vertretenen ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommt.¹⁴

IV. Ergebnis

V hat gegen K keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen der gestohlenen Figuren.

C.

Anspruch des V gegen K auf Rückgabe der 4 bei K angekommenen Figuren nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB bzw. Wertersatz nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB wegen des Diebstahls von zwei Figuren

I. Anwendbarkeit

Da eine Vindikationslage gegeben war (s.o.), stellt sich die Frage, ob daneben die §§ 812 ff. BGB anwendbar sind (§ 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB, sog. Sperrwirkung des EBV). § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB schließt indes nur Ansprüche auf Herausgabe der Sache und von Nutzungen sowie auf Schadensersatz, nicht aber Ansprüche auf Wertersatz aus.

II. Etwas erlangt

1. Besitz

K hat Besitz an den 4 bei ihm angekommenen Figuren erhalten (s.o.) und damit etwas – einen vermögenswerten Vorteil – erlangt.

2. Eigentum

K hat kein Eigentum an den 4 bei ihm angekommenen Figuren erhalten (s.o.) und insofern nichts erlangt.

III. Durch Leistung des V

Der Besitz müsste K durch Leistung zugewandt worden sein. V hat K die 4 Figuren übergeben, um seine Verpflichtung aus dem

Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zu erfüllen. Er hat also bewusst und zweckgerichtet fremdes Vermögen, nämlich das Vermögen des K, vermehrt und dadurch eine Leistung an K erbracht. Die Minderjährigkeit steht einer Leistung des V an K nicht entgegen. Vielmehr erfordert es gerade der Minderjährigenschutz, eine Leistung des Minderjährigen anzunehmen, um die Voraussetzung für dessen Rückforderungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zu schaffen.

IV. Ohne rechtlichen Grund

Der zwischen V und K zustande gekommene Kaufvertrag war schwebend unwirksam (s.o.). Für die Leistung des V an K fehlte daher der rechtliche Grund.

V. Herausgabe bzw. Wertersatz

Nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist K verpflichtet, das Erlangte (Besitz an den 4 bei K angekommenen Figuren) an V herauszugeben. Dies ist K jedoch nicht vollständig möglich, da 2 von den 4 bei ihm angekommenen Figuren von Unbekannten gestohlen wurden. Daher müsste K an sich hierfür Wertersatz leisten (§ 818 Abs. 2 BGB). Zu ersetzen ist danach der objektive Verkehrswert, den die Leistung nach ihrer tatsächlichen Beschaffenheit für jedermann zum Zeitpunkt der Entstehung des Bereicherungsanspruchs hat. Da der Verkehrswert jeder Figur 15,- Euro beträgt, hätte K gegenüber V 30,- Euro Wertersatz zu leisten.

VI. Kein Wegfall der Verpflichtung zum Wertersatz (§ 818 III BGB)

Es stellt sich die Frage, ob K sich insoweit auf Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen darf, als er seinerseits 30,- Euro an V bezahlt hat. Entreicherung wäre insoweit bei K eingetreten, als K (1) ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gegen V auf Rückzahlung zusteht und (2) dieser Rückzahlungsanspruch mit dem Anspruch des V zu verrechnen („sal-dieren“) ist. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass K zwei Figuren gestohlen wurden und insofern Entreicherung bei K eingetreten sein könnte.

¹⁴ Herrler, in: Grüneberg, Vhrstian (Hrsg.) BGB, 83. Aufl. 2024, § 990 Rn. 8.

1. Anspruch des K gegen V auf Rückzahlung der angezahlten 30,- Euro nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

a) Etwas erlangt

aa) Besitz

K hat V brieflich einen 20,- Euro-Schein und einen 10,- Euro-Schein übersendet. An diesen Scheinen hat V die tatsächliche Sachherrschaft und damit Besitz erhalten, also etwas erlangt.¹⁵

bb) Eigentum

V hat an den Geldscheinen aber kein Eigentum erlangt (s.o.).

b) Durch Leistung

K wollte mit der Übersendung der 30,- Euro seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag nach § 433 Abs. 2 BGB erfüllen. Da er also bewusst und zweckgerichtet fremdes Vermögen, nämlich das Vermögen des V vermehren wollte, hat er Besitz an den beiden Geldscheinen an V geleistet.

c) Ohne Rechtsgrund

Die Leistung von Eigentums- und Besitzverschaffung an den Geldscheinen erfolgte ohne Rechtsgrund. Denn der Kaufvertrag war schwebend unwirksam (s.o.).

d) Herausgabe- bzw. Wertersatz

Nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ist V verpflichtet, das Erlangte (Eigentum und Besitz an den Geldscheinen) an K herauszugeben. Dies ist V hier in natura möglich, nachdem er die übersandten Geldscheine in einer Schublade aufbewahrt hat.¹⁶

e) Ergebnis

K steht gegen V ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Herausgabe der übersandten Geldscheine zu.

2. Saldierung der beiderseitigen Ansprüche?

Es ist umstritten, wie die Rückabwicklung unwirksamer gegenseitiger Verträge nach den §§ 812 ff. BGB zu erfolgen hat.

a) Zweikondiktionentheorie

Die ursprüngliche Zweikondiktionentheorie¹⁷ geht davon aus, dass jeder Partei ein Bereicherungsanspruch zusteht, für dessen Inhalt und Umfang die §§ 818 ff. BGB heranzuziehen sind. Danach könnte V von K nur die Rückgabe von zwei Figuren verlangen, da sich K wegen der zwei gestohlenen auf Entreichung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen könnte. K könnte hingegen seinerseits Herausgabe der ohne Rechtsgrund geleisteten beiden Geldscheine in vollem Umfang verlangen, ohne sich einen Abzug entgegen halten lassen zu müssen. Diese Theorie scheint deshalb unbefriedigend, da sie einer Vertragspartei die Rückforderung des von ihr Geleisteten auch dann gestattet, wenn sie selbst gar nicht mehr in der Lage ist, den gegen sie gerichteten Kondiktionsanspruch zu erfüllen. Sie wird deshalb heute in dieser Form auch nicht mehr vertreten. Aus diesem Grunde ist die Zweikondiktionentheorie fortentwickelt worden, um eine Einschränkung des § 818 Abs. 3 BGB zu erreichen (Lehre von der Gegenleistungskondiktion). Dies geschieht dadurch, dass der gutgläubige unverklagte Bereicherungsschuldner bei Zurechenbarkeit seines Verhaltens als bösgläubig i.S.d. § 819 Abs. 1 BGB behandelt wird und nur im Übrigen § 818 Abs. 3 BGB anwendbar bleibt.¹⁸ Zurechenbarkeit sei dann gegeben, wenn die Entreichung auf einem Verhalten beruhe, das bei Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit ein Verschulden darstellen würde. Danach könnte sich K wegen des Diebstahls der beiden Figuren nicht auf Entreichung berufen, wenn er den Diebstahl durch nicht ordnungsgemäße Verwahrung der Figuren verschuldet hätte. Dies war hier der Fall, da K die Wohnung längere Zeit unver-

¹⁵ Hätte K die 30,- Euro auf ein Bankkonto überwiesen, hätte der Kontoinhaber eine Forderung gegen seine Bank in Höhe des Überweisungsbetrages erlangt, § 675a Abs. 1 S. 1 BGB.

¹⁶ Soweit die Herausgabe der übersandten Geldscheine nicht in natura möglich wäre, hätte V Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB durch die Herausgabe anderer Geldstücke zu leisten

¹⁷ Oertmann, BGB, Bd. II Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1928/1929, § 818 BGB Anm. 3a.

¹⁸ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 2 Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl. 1994, § 73 III 7e.

schlossen zurückgelassen hatte. Allerdings gilt die Lehre von der Gegenleistungskondition nicht zu Lasten beschränkt Geschäftsfähiger, die sich demzufolge trotz Verschuldens auf den Wegfall der Bereicherung berufen können. Danach kann K von V die angezahlten 30,- Euro in vollem Umfang zurückverlangen und K sich gegenüber einem Anspruch des V auf Wertersatz für die zwei gestohlenen Figuren auf Entreicherung berufen (§ 818 Abs. 3 BGB).

b) Saldotheorie

Nach der Saldotheorie bleiben die beiderseitigen Leistungen durch den Austauschzweck auch im Rückabwicklungsstadium unmittelbar miteinander verknüpft und sind anders als bei der Zweikonditionentheorie nicht selbstständig zu beurteilen. Für die Saldotheorie spricht, dass die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung auch im Rückabwicklungsstadium erhalten bleibt und dadurch eine angemessene Risikoverteilung erfolgt. Danach gilt Folgendes:

aa) Abwicklung ungleichartiger Leistungen

Sind ungleichartige Leistungen zurückzugeben, kann jede Partei Herausgabe nur Zug um Zug Rückgabe der Gegenleistung verlangen.¹⁹ Der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB bedarf es nicht. Danach könnte V hier Rückgabe der noch bei K vorhandenen 2 Figuren nur Zug um Zug gegen Erfüllung eines etwaigen Zahlungsanspruchs des K verlangen.

bb) Abwicklung gleichartiger Leistungen

Bei Abwicklung gleichartiger Leistungen wie Geldzahlungen kommt es zu einer Saldierung der Ansprüche in der Weise, dass nur der Partei ein Bereicherungsanspruch zusteht, die zu deren Gunsten ein positiver Saldo besteht. Dieser Anspruch besteht in Höhe der Wertdifferenz, die sich durch die Saldierung beider Ansprüche ergibt. Danach wäre der Anspruch des V gegen K auf Wertersatz in Höhe von 30,- Euro (für die zwei gestohlenen Figuren) mit dem Anspruch des K gegen V auf Her-

ausgabe von 30,- Euro zu saldieren, so dass V gegen K kein Zahlungsanspruch zustünde. K könnte also die von ihm erbrachte Leistung bereicherungsmindernd zur Geltung bringen und sich insoweit auf Entreicherung berufen (§ 818 Abs. 3 BGB), da Anhaltspunkte für eine verschärfte Haftung des K wegen Kenntnis i.S.d. §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB – insoweit kommt es auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters von K an – nicht gegeben sind. Den Diebstahl der 2 Figuren könnte K dem V bei Anwendung der Saldotheorie dann nicht entgegenhalten, wenn K der Untergang der 2 Figuren zuzurechnen ist. Eine solche Zurechnung ist hier unter Rückgriff auf die Wertung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB anzunehmen, wenn K die eigenübliche Sorgfalt (§ 277 BGB) verletzt hat. In diesem Fall müsste sich K auf seinen Bereicherungsanspruch an sich den Wert der erlangten und mittlerweile gestohlenen 2 Figuren anrechnen lassen. Das Nichtverschließen der Wohnung ist hier schon nach dem eigenen Vorbringen des K als Verletzung des Sorgfaltsmaßstabs des § 277 BGB einzuordnen.

cc) Zwischenergebnis

Im Ergebnis führte die Anwendung der Saldotheorie hier also dazu, dass V von K Herausgabe der noch bei K vorhandenen 2 Figuren verlangen könnte. Wegen der Saldierung mit dem Bereicherungsanspruch des K gegen V auf Herausgabe von 30,- Euro könnte V aber nicht von K Wertersatz für die 2 gestohlenen Figuren in Höhe von 30,- Euro verlangen.

dd) Einschränkung der Saldotheorie

Die Saldotheorie wird indes nicht zu Lasten des arglistig Getäuschten²⁰ und nicht zu Lasten des nicht voll Geschäftsfähigen²¹ angewendet. Die Nichtanwendung der Saldotheorie auf nicht voll Geschäftsfähige beruht darauf, dass der Schutzzweck der §§ 104 ff. BGB nicht unterlaufen werden darf. Daher verbleibt es in diesem Fall bei der Zweikonditionentheorie, so dass sich der Minderjährige auf den Wegfall der Bereicherung berufen darf (auch wenn hier die andere Vertragspartei ebenfalls

¹⁹ BGH NJW 1988, 3011; BGH NJW 1995, 454; BGH NJW 1999, 1181.

²⁰ BGHZ 53, 144 = NJW 1970, 656.

²¹ BGH NJW 1994, 2021; BGH NJW 2000, 3562.

ein Minderjähriger ist; a.A. vertretbar).

c) Ergebnis

Sowohl nach der Zweikondiktionentheorie als auch nach der Saldotheorie kommt eine Saldierung der beiderseitigen Ansprüche von V und K nicht in Betracht. Die Rückabwicklung hat daher durch zwei unabhängig voneinander zu beurteilende Bereicherungsansprüche zu erfolgen. V hat also gegen K einen Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Herausgabe der 2 noch bei K vorhandenen Figuren. Ein Anspruch des V gegen K auf Wertersatz für die 2 gestohlenen Figuren in Höhe von 30,- Euro besteht hingegen nicht, da sich K insoweit wegen des Diebstahls der beiden Figuren auf Entreichung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen darf. K hat seinerseits gegen V einen Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Herausgabe der übersandten Geldscheine. D. Anspruch des V gegen K auf Wertersatz für die 4 auf dem Transportweg untergegangenen Figuren nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB

K hat an den vier auf dem Transportweg untergegangenen Figuren weder Besitz (die Post ist nicht Besitzdiener des K i.S.d. § 855 BGB) noch Eigentum erhalten. Auch ein sonstiger Vermögensvorteil des K ist nicht ersichtlich. K hat daher nichts erlangt i.S.d. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.²² V steht gegen K kein Anspruch nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB auf Wertersatz für die 4 auf dem Transportweg untergegangenen Figuren zu.

ZU FRAGE B.

A.

Anspruch des K gegen V auf Lieferung der fehlenden Figuren nach § 433 Abs. 1 S. 1 BGB

I. Wirksamer Kaufvertrag

1. Antrag des V i.S.d. § 145 BGB

Die Eltern von V sind mit dem Abschluss des Kaufvertrags zwischen V und K einverstanden. Darin liegt die Genehmigung des Antrags von V (§§ 184 Abs. 1, 108 Abs. 1 BGB). Ein wirksamer Vertragsantrag des V ist deshalb gegeben.

2. Annahme des K (§§ 146 ff. BGB)

Mit der Überweisung von 50,- Euro und dem Verlangen nach Lieferung der fehlenden Figuren haben auch die Eltern des K den Abschluss des Kaufvertrags zwischen V und K und damit die Annahme des K genehmigt (§§ 184 Abs. 1, 108 Abs. 1 BGB).

3. Ergebnis

Der zwischen V und K geschlossene Vertrag ist von Anfang an wirksam (§ 184 Abs. 1 BGB). Der Anspruch des K gegen V auf Lieferung der 8 näher bestimmten Figuren ist daher entstanden.

II. Erlöschen des Anspruchs durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB)

K hat von V vier näher bestimmte Figuren erhalten, so dass insoweit Erfüllung i.S.d. § 362 Abs. 1 BGB eingetreten ist. Auch war der K insoweit empfangszuständig, da eine entsprechende Genehmigung durch die Eltern vorlag. III. Erlöschen des Anspruchs durch Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB)

Die Lieferung der übrigen 4 näher bestimmten Figuren ist nicht erfolgt. Vielmehr gingen diese auf dem Transportweg verloren. Sofern dadurch die Leistung des V zur Lieferung der 4 näher bestimmten Figuren unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB geworden ist, könnte der Anspruch des K gegen V nach § 275 Abs. 1 BGB erloschen sein. Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB läge nicht vor, wenn hinsichtlich der 4 näher bestimmten Figuren nur eine Gattungsschuld vereinbart worden wäre und diese anderweitig noch zu beschaffen wären. Hier wurde aber keine Beschaffungsschuld zwischen V und K vereinbart, da als Kaufsache von vornherein allein die V vor längerer Zeit geschenkten Figuren vereinbart waren. Im Übrigen hat V mit ordnungsgemäßer Aufgabe der 8 Figuren zur Post alles seinerseits Erforderliche getan, so dass zumindest seit diesem Zeitpunkt eine Konkretisierung auf diese 8 Figuren eingetreten ist (§ 243 Abs. 2 BGB) und die Gefahr des vom Verkäufer nicht zu vertretenden Untergangs auf K übergegangen ist (§ 447 Abs. 1 BGB). Daher ist V von Verpflich-

²² Hier könnte diskutiert werden, ob dies nicht im Widerspruch zur Wertung des § 447 Abs. 1 BGB steht.

tung, nochmals 4 Figuren zu liefern, frei geworden (§ 275 Abs. 1 BGB).

III. Ergebnis

K hat gegen V keinen Anspruch auf Lieferung der übrigen 4 Figuren.

B.

Anspruch von K gegen V auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1, 3, 283 BGB

I. Unmöglichkeit der Leistung nach § 275 Abs. 1 BGB

V ist von der Verpflichtung zur Lieferung der übrigen 4 näher bestimmten Figuren wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB freige worden (s.o.).

II. Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB setzt zunächst eine Pflichtverletzung voraus, eine solche liegt hier in der Nichterfüllung der Primärleistungspflicht wegen Unmöglichkeit. Daneben ist erforderlich, dass die Pflichtverletzung schuldhaft herbeigeführt wurde. Das Vertretenmüssen ist nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich zu vermuten; allerdings hat V hier den Untergang nicht verschuldet, er hat vielmehr die Figuren ordnungsgemäß und entsprechend der Vereinbarung mit K zur Post aufgegeben. Ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB ist damit nicht gegeben. Insbesondere kann K von V nicht Ersatz der Kosten für die SMS verlangen.

C.

Anspruch von K gegen V auf Abtretung eines Schadensersatzanspruchs gegen die Deutsche Post AG nach § 285 Abs. 1 BGB

Möglicherweise könnte sich ein Anspruch des K daraus ergeben, dass V als „stellvertreten des commodum“ seinerseits Ansprüche gegen die Deutsche Post AG wegen des Verschwindens der Figuren zustehen (§§ 275 Abs. 4, 285 BGB). In Betracht kommt insoweit – je nachdem, ob man den an die Stelle der Hauptleistungspflicht getretenen Anspruch aus § 285 BGB als „Surrogat“ der Hauptleistung und wie diese als synallagmatische Pflicht behandeln will oder ob man von einem nichtsynal-

lagmatischen Anspruch ausgeht – eine Einrede aus § 320 BGB oder § 273 BGB.

I. Anwendbarkeit von § 285 BGB

§ 285 BGB ist grundsätzlich auf alle schuldrechtlichen Ansprüche anzuwenden. Der Rechtsgrund des Anspruchs ist unerheblich.

II. Wegfall der Leistungspflicht nach § 275 BGB

V ist wegen Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB von der Verpflichtung zur Lieferung der übrigen 4 Figuren befreit (s.o.), ohne den Anspruch auf Kaufpreiszahlung nach § 433 Abs. 2 BGB zu verlieren.

III. Erlangung eines Ersatzes oder Ersatzanspruchs

1. Ersatz oder Ersatzanspruch

a) Anspruchsgrundlage

aa) § 280 Abs. 1 BGB

V könnte gegen die Deutsche Post AG (§ 1 AktG) einen Ersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB erlangt haben. Die Deutsche Post AG hat durch ihren Bediensteten, dessen Nachlässigkeit sie sich nach § 278 BGB zurechnen lassen muss, eine schuldhafte (§ 276 Abs. 1 BGB) Pflichtverletzung begangen. Auf die Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB kommt es wegen der Sachverhaltsangabe „Nachlässigkeit“ nicht an. Ein Schadensersatzanspruch des V gegen die Deutsche Post AG aus § 280 Abs. 1 BGB besteht also.

bb) § 831 Abs. 1 S. 1 BGB

Außerdem hat V gegen die Deutsche Post AG an sich einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB wegen schuldhafter Eigentumsverletzung (Aufsichtsverschulden) erlangt, da die schuldhafte Handlung des Bediensteten eine unerlaubte Handlung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB darstellt und der Bedienstete, der als Angestellter der Deutschen Post AG in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, Verrichtungsgehilfe i.S.v. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB ist. Auch bestehen keine Anhaltspunkte für eine Exkulpation der Deutschen Post AG nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB. V hat deshalb gegen die Deutsche Post AG einen Anspruch aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB auf Schadensersatz.

b) Eintritt eines Schadens**aa) Bei V**

Ob ein Schaden entstanden ist, ist im Wege einer Gesamtvermögenssaldierung, also eines Vergleichs der Vermögenslage vor und nach Eintritt des schädigenden Ereignisses, zu ermitteln. Ein Schaden ist zu bejahen, wenn dieser Vergleich einen Vermögensabfluss ergibt, welcher nicht durch einen adäquaten Vermögenszuwachs ausgeglichen wird. Infolge des Untergangs der Figuren (§ 275 Abs. 1 BGB, s.o.) könnte auch der Gegenleistungsanspruch (Kaufpreis) nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB entfallen sein. Ein solcher Verlust stellt grundsätzlich einen Vermögensnachteil dar. Einem Schadensersatzanspruch des V gegen die Deutsche Post AG steht jedoch entgegen, dass V den Kaufpreisanspruch gegen K nach § 433 Abs. 2 BGB auch für die 4 untergegangenen Figuren wegen der Gefahrtragungsregel des § 447 Abs. 1 BGB behält (s.o.). V hat deshalb rein rechnerisch keinen Schaden erlitten.

bb) Bei K

Ein Schaden ist bei K eingetreten, der lediglich 4 Figuren erhalten hat und zur Bezahlung des Kaufpreises für 8 Figuren verpflichtet bleibt (s.o.). K kann sich aber anders als V weder auf eine vertragliche noch eine deliktische Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gegen die Deutsche Post AG stützen, da der Beförderungsvertrag zwischen V und der Deutschen Post AG geschlossen worden war und V, nicht aber K zum Zeitpunkt des Untergangs der 4 Figuren deren Eigentümer war.

c) Folgen des Auseinanderfallens von Anspruchsberechtigtem und Geschädigtem

Aus der zufälligen Schadensverlagerung (Auseinanderfallen von Anspruchsberechtigtem und Geschädigtem) soll die Transportperson aber keinen Vorteil ziehen können. § 447 BGB dient nämlich nicht ihrem Interesse, sondern ausschließlich dem Interesse der am Versandungskauf beteiligten Vertragsparteien. Umstritten ist aber, welche Folgen sich daraus ergeben.

aa) Ansatz 1

Der Versender darf nach einer Auffassung das Drittinteresse seines Gläubigers gegenüber dem Schädiger geltend machen.²³ Danach handelt es sich hier um einen typischen Fall der Drittschadensliquidation (Fallgruppe: obligatorische Gefahrentlastung). V wäre also berechtigt, den Schaden des K geltend zu machen (der Schaden wird zur Anspruchsgrundlage gezogen). Der Schaden des K, der die Figuren für je 30,- Euro hätte weiterverkaufen können, setzt sich aus dem entgangenen Gewinn und dem trotz Untergangs der Figuren an V weiterhin zu zahlenden Kaufpreis zusammen. Der Schaden des K, den V nach diesem Ansatz geltend zu machen berechtigt ist, beträgt also 40,- Euro (entgangener Gewinn) zuzüglich 80,- Euro (weiterhin an V zu zahlender Kaufpreis), also 120,- Euro. Unerheblich ist nach diesem Ansatz, dass der Schaden, wäre er auf Seiten des V – also ohne Schadensverlagerung – eingetreten, geringer gewesen wäre. Ein Schaden des V hätte sich – ohne Gefahrentlastung des V durch § 447 BGB – hier in Höhe von 80,- Euro ergeben, da V den Kaufpreisanspruch für 4 Figuren zu je 20,- Euro nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB verloren hätte.

bb) Ansatz 2

Nach anderer Auffassung ergibt sich aus der bloßen Tatsache der internen Gefahrentlastung noch nicht, dass der Schädiger (hier die Deutsche Post AG) den Schaden des Dritten (hier K) ersetzen muss.²⁴ Denn die Entstehung eines Schadens bei dem Dritten sei nicht rein rechnerisch nach der Differenzhypothese, sondern wertend („normativ“) zu ermitteln. Danach wäre hier nicht K, sondern V als Geschädigter im Verhältnis zur Deutschen Post AG zu betrachten. Die Gefahrverlagerung auf den Käufer gehe nämlich den Schädiger nichts an, weil sie ein Internum des Verkäufers sei. Die interne Gefahrentlastung nach § 447 BGB ginge danach nicht zu Lasten des Schädigers. Daher könne V nur seinen eigenen Schaden geltend machen. Dieser beträgt hier 80,- Euro (s.o.).

23 BGH NJW 1963, 2071; BGH NJW 1970, 41; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, (Fn. 14) Vor § 249 Rn. 107.

24 *Hagen*, JuS 1970, 442.

cc) Stellungnahme

Ansatz 2 verdient den Vorzug. Denn ein schutzwürdiges Interesse des V, Schadensersatz auf Grund einer Eigentumsverletzung (§ 831 BGB) zu erhalten, besteht nur dann, wenn K wenigstens wirtschaftlich gesehen Eigentümer der Figuren gewesen wäre.²⁵ Zum Zeitpunkt des Transports der Kaufsache ist dies aber beim Versendungskauf nicht der Fall (kein Besitz, keine Nutzungen, keine Lastentragung). Daher hat V gegen die Deutsche Post AG hier nur einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 80,- Euro.

2. „Infolge des Umstands“

Schuldner muss infolge des Umstands, auf Grund dessen er Leistung nicht zu erbringen braucht, für geschuldeten Gegenstand Ersatz oder einen Anspruch auf Ersatz (Surrogat) erlangt haben. Zwischen dem Ereignis, das zum Wegfall der Leistungspflicht geführt hat, und der Erlangung des Surrogats muss daher ein adäquater Ursachenzusammenhang bestehen. Dies ist hier der Fall, da V einen Ersatzanspruch gegen die Deutsche Post AG lediglich auf Grund des Untergangs der 4 Figuren erlangt hat.

3. „Für den geschuldeten Gegenstand“

Außerdem muss das Surrogat gerade für den geschuldeten Gegenstand erlangt worden sein. Auch diese Voraussetzung ist erfüllt, da V anstelle der 4 untergegangenen Figuren einen Ersatzanspruch erlangt hat.

4. Ergebnis

K kann von V Abtretung seiner vertraglichen und deliktischen Ansprüche auf Schadensersatz in Höhe von 80,- Euro wegen des Untergangs der 4 Figuren gegen die Deutsche Post AG verlangen.

25 Beckmann, in: Staudinger, Julius (Hsrg.) BGB, Neubearb. v. 2023, § 447 Rn. 54.

Aufsatz:

Der sog. Early-Access-Release von “unfertigen” Videospielen im Lichte der §§ 327 ff. BGB

Oskar Wernitz (LL.B.) *

Der Aufsatz ist im Sommersemester 2024 im Rahmen der Schlüsselqualifikation „Wissenschaftliches Arbeiten im Zivilrecht“ unter der Leitung von Miriam Bindel zustande gekommen und behandelt die Auswirkungen der neuen §§ 327 ff. BGB auf den Early-Access-Release von Videospielen.

A. EINLEITUNG

Was war das Erfolgsrezept von Minecraft? Ein Teil der Antwort liefert die Release-Strategie des Spiels. Das Spiel wurde zunächst in einer kostengünstigen Alphaversion angeboten.¹ Diese ermöglichte den Aufbau einer breiten Nutzerschaft. Die Nutzer testeten das Spiel und gaben ihrerseits Feedback an die Entwickler, die so auf die Wünsche ihrer Community eingehen konnten. Bei der Veröffentlichung des finalen Spiels konnte Minecraft sich bereits auf eine breite Nutzerschaft verlassen, der das Spiel gefallen würde und war entsprechend erfolgreich.² Inspiriert von diesem Vorgehen eröffnete die führende Videospielplattform *Steam* im Frühjahr 2013 eine neue Kategorie von Videospielen, die bereits unfertig veröffentlicht werden und nannte diese Early-Access-Videospiele (EAV).³ Seither erfreuen sich EAVs großer Popularität.⁴ Im Jahr 2018 waren 15 % aller Spiele auf

Steam EAVs.⁵ Mit Inkrafttreten der §§ 327 ff. BGB, die die Digitale-Inhalte-Richtlinie⁶ zum 1.1.2022⁷ in deutsches Recht umgesetzt haben, könnten für EAVs jedoch nun spezifische neue Regelungen gelten und Spieleentwickler vor neue Herausforderungen stellen. Der Aufsatz soll zunächst einmal das Geschäftsmodell des Early-Access-Release kurz darstellen (II.) und sodann die Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB hierauf untersuchen (III.). Anschließend sollen EAVs von Testversionen i.S.d. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB abgegrenzt werden (IV.) um schließlich schwerpunktmäßig zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen unfertige Videospiele nach den §§ 327 ff. BGB vertragsgemäß sind (V.).

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam und wissenschaftliche Hilfskraft an der Juniorprofessur für IT- und Medienrecht bei Prof. Björn Steinrötter.

1 Teichmann, „Early Access: Fluch oder Segen?“ (Pixelnostalgie, 2020), pixelnostalgie.de/2016/11/early-access-fluch-oder-segen/ (zuletzt abgerufen am: 20.8.2024).

2 (Fn. 1).

3 Lin et al., Empirical Software Engineering 2018, 771 (772, 774 f.); Walker, „Early Access popularity growing, but only 25% have released as a full game“ (Games Industry.biz, 14.11.2014), www.gamesindustry.biz/early-access-popularity-growing-but-only-25-percent-have-released-as-a-full-game (zuletzt abgerufen am: 20.8.2024).

4 Krit. Bramble, „Early access: Does it hurt or help your game?“ (GameMaker, 6.6.2023), gamemaker.io/de/blog/early-access-games (zuletzt abgerufen am: 20.8.2024); Lin (Fn. 3), 771 (771).

5 Lin (Fn. 3), 2018, 771 (796).

6 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, Abl. 2019 L 136/1 (nachfolgend abgekürzt als DI-RL).

7 BGBl. I 2022, S. 2132.

B. DAS PHÄNOMEN VON EARLY-ACCESS-VIDEOSPIELEN (EAV)

Der Early-Access-Release ist bei Videospielen mittlerweile typisch geworden.⁸ Das Geschäftsmodell der Spieleentwickler besteht darin „unfertige“ Versionen des Spiels öffentlich gegen Zahlung eines Entgelts⁹ Nutzern zur Verfügung zu stellen.¹⁰ Ziel ist es hiermit früh eine breite Nutzerschaft aufzubauen und gleichzeitig das gegebenenfalls später erscheinende fertige Spiel ähnlich einem Crowdfunding¹¹ zu finanzieren.¹² Aus diesem Grund werden EAVs vor allem von kleineren Entwicklern für sogenannte Indie-Games¹³ benutzt.¹⁴ Über jene Funktionen hinaus bieten EAVs die Möglichkeit eines interaktiven Austauschs zwischen Nutzern und Entwickler.¹⁵ Die Nutzer des EAV können das Spiel frühzeitig testen und geben den Entwicklern wertvolles Feedback über Bugs, aber auch sonstige Verbesserungsvorschläge.¹⁶ Damit wird es dem Entwickler ermöglicht die finale Version des Spiels auf seine bereits aufgebaute Nutzerschaft anzupassen bzw. zu verbessern.¹⁷ Das Geschäftsmodell von EAVs ist insofern mit dem von Beta-Versionen gleichsetzbar.¹⁸ Für den Nutzer des EAV kann es reizvoll sein,

als einer der Ersten das Spiel ausprobieren und sodann auch mitgestalten zu können.¹⁹ Das Risiko besteht jedoch darin, dass nicht genügend Geld zusammenkommt, um die finale Version zu finanzieren²⁰ oder die Nutzer bereits von der unfertigen Version abgeschreckt bzw. ermüdet sind und das finale Produkt dadurch keinen Durchbruch erreicht.²¹ Auch das Nichterfüllen der geäußerten Nutzerwünsche sowie negatives Nutzerfeedback zum EAV kann für die Entwicklung des fertigen Spiels nachteilig sein.²²

C. ANWENDBARKEIT DER §§ 327 FF. BGB AUF EAV

Die §§ 327 ff. BGB finden gemäß § 327 Abs. 1 BGB auf Verbraucherverträge i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB²³ Anwendung, die die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand haben. Die Spieleentwickler stellen EAVs zu Finanzierungs- bzw. Markforschungszwecken zur Verfügung und dürften daher regelmäßig als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB zu qualifizieren sein.²⁴ Der Nutzer wird das EAV in der Regel aus privaten Interessen erwerben, sodass die-

-
- 8 Bayer, „Problemfall Steam Early Access? Was Enshrouded, Palworld und Co. gemeinsam haben“ (PCGH, 7.5.2024), www.pcgameshardware.de/Enshrouded-Spiel-74267/News/Problemfall-Steam-Early-Access-1446971/ (zuletzt abgerufen am: 20.8.2024).
- 9 Dieser kann in ermäßigt oder aufgrund von Exklusivität erhöht sein, Lin (Fn. 3), 2018, 771 (794); anders: Schmidl, IT-Recht, S. 38, „billiger oder kostenlos“; Teichmann (Fn. 1), „Free 2 Play Modell“.
- 10 Lin (Fn. 3), 2018 771 (772); Sandqvist, Humanities and Social Sciences Latvia 2015, 23 (2), 4 (16 f.).
- 11 Zu den Unterschieden zwischen Crowdfunding und EAVs siehe Lin (Fn. 3), 2018, 771 (775).
- 12 Effan/Gargiulo, „Early Access Development in the Gaming Industry An exploratory study“, kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:1865845/FULLTEXT01.pdf (zuletzt abgerufen am: 20.8.2024), S. 25, 27 ff.
- 13 Zum Begriff Lin (Fn. 3), 2018, 771 (784 f.).
- 14 Lin (Fn. 3), 2018, 771, (773, 784).
- 15 Effan/Gargiulo (Fn. 12), S. 3, 25 f.
- 16 Lin (Fn. 3), 2018, 771 (772); Sandqvist (Fn. 10), 2015, 23 (2), 4 (17).
- 17 Lin (Fn. 3), 2018, 771 (772); Sandqvist (Fn. 10), 2015, 23 (2), 4 (17).
- 18 Vgl. zum Begriff der Beta-Version: Staudenmayer, in: EU Digital Law DI-RL, 2020, Art. 8 Rn. 63; Staudenmayer, ZEuP 2016, 801 (813).
- 19 Lin (Fn. 3), 2018, 771 (772); Teichmann (Fn. 1).
- 20 Das betraf 2014 drei Viertel aller EAVs, vgl.: Walker (Fn. 3). Im Jahr 2018 wurden 34% der EAVs final veröffentlicht; Lin 2018 (Fn. 3), 771 (783).
- 21 Bayer (Fn. 8); Teichmann (Fn. 1).
- 22 Bramble (Fn. 4).
- 23 BT Drs. 19/27653, S. 38; Buchmann/Panfili, K&R 2022, 73 (74).
- 24 Auch wenn das Spiel über Plattformen wie Steam erworben wird, bleibt der Spieleentwickler der Vertragspartner. Steam agiert in der Regel nur als Intermediär und ist als solcher auch nicht Unternehmer im Sinne der DI-RL, siehe hierzu näher: ErWG 18 S. 2 DI-RL, Staudenmayer (Fn. 18), Art. 3 Rn. 12 f.

ser Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist.²⁵ Folglich dürfte, sofern überhaupt ein Vertrag geschlossen wird, regelmäßig ein Verbrauchervertrag vorliegen.²⁶ Bereits aus der Stellung der §§ 327 ff. BGB im dritten Abschnitt des zweiten Buches des BGB ergibt sich, dass diese ihrerseits einen Vertrag voraussetzen und keine eigenen Leistungspflichten begründen.²⁷ Sachlich finden die §§ 327 ff. BGB mithin nur Anwendung, wenn ein Vertrag geschlossen wurde, was sich nach den §§ 145 ff. BGB bemisst.²⁸ Hinsichtlich der Modalitäten des Vertragsschlusses im Internet²⁹ ergeben sich bei EAVs keine Besonderheiten. Genauere Betrachtung verdient jedoch der Vertragsgegenstand. Der Nutzer zahlt für die Bereitstellung des EAV ohne das fertige Spiel kennen zu können und mit dem Risiko dass dieses nie auf dem Markt erscheinen wird.³⁰ Auch wird bei Bereitstellung des EAV regelmäßig die Bereitstellung des finalen Spiels zu einem billigeren Preis oder gar ohne zusätzliche Kosten versprochen.³¹ Bei Zugrundelegung dieser Verkehrsanschauung kommt zumindest über das EAV selbst³² ein separater Vertrag zustande.³³ Das EAV stellt gegenüber dem fertigen Spiel daher ein Aliud dar.³⁴ Da die §§ 327 ff. BGB an den Vertragsgegenstand anknüpfen,³⁵ muss sodann für deren Anwendbarkeit das EAV ein

digitales Produkt also ein digitaler Inhalt oder eine digitale Dienstleistung sein. Erwägungsgrund 19 DI-RL nennt „digitale Spiele“ explizit als möglichen digitalen Inhalt.³⁶ Für unfertige Videospiele kann nicht anderes gelten. Denn auch diese bestehen aus Daten, also aus maschinenlesbaren kodierten Informationen,³⁷ die digital erstellt und bereitgestellt werden, § 327 Abs. 2 S. 1 BGB. Dies gilt für EAVs die digital heruntergeladen werden sowie für solche, die mittels einem dauerhaften Dauerträger (DVD) abgerufen werden können, § 327 Abs. 5 BGB.³⁸ Da für die Bereitstellung von EAVs regelmäßig eine Geldzahlung zu entrichten ist, wird auch ein „Preis“ im Sinne des § 327 Abs. 1 BGB gezahlt.³⁹ Folglich ist eine Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB auf EAVs gegeben.

D. ABGRENZUNG ZUR TESTVERSION, § 327E ABS. 3 S. 1 NR. 3 BGB

Auf den ersten Blick ließe sich in Erwähnung ziehen, EAVs unter die in § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB genannten Testversionen zu subsumieren. Solches sind im Funktionsumfang beschränkte Versionen, die dem Verbraucher probeweise zur Bewerbung des digitalen Produkts bereitgestellt werden.⁴⁰ Auch EAVs besitzen unter anderem den Zweck das fertige

25 Anders ist dies bei berufsmäßigen Streamern, die das EAV für Ihre Community austesten. In diesem Fall läge beim Erwerb des EAV ein b2b-Verhältnis vor, sodass die §§ 327 ff. BGB nicht anwendbar wären.

26 Vgl. Kaufmann, MMR 2023, 739 (741 f.).

27 BT-Drs. 19/27653, S. 47.

28 Wendehorst, NJW 2021, 1913 (1916).

29 Hierzu Kitz, in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Handbuch Multimediarecht, 2023, Teil 13.1., Rn. 157 ff.

30 Lin (Fn. 3), 2018, 771 (783 f.).

31 Lin (Fn. 3), 2018, 771 (794).

32 Wird das fertige Videospiel sodann kostenlos bereitgestellt, ohne dass der Verbraucher weitere personenbezogenen Daten bereitstellen muss, so erfolgt nur ein Vertragsschluss über das Paket EAV inklusive fertiges Videospiel, weil die Gegenleistung des Verbrauchers nach §§ 133, 157 BGB als auf EAV und fertiges Videospiel bezogen zu verstehen ist. Muss der Verbraucher hingegen für das fertige Videospiel einen zusätzlichen Preis zahlen oder weitere personenbezogenen Daten bereitstellen, so erfolgt nach dem Vertragsschluss über das EAV ein weiterer Vertragsschluss über das fertige Videospiel, auf den die §§ 327 ff. BGB ebenso Anwendung finden.

33 Spindler, MMR 2021, 451 (454).

34 Bernzen/Specht-Riemenschneider, in: Westermann, Harm Peter/Grünwald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Erman BGB, 17. Aufl. 2023, § 327e Rn. 52.

35 Buchmann/Panfili K&R 2022, 73 (74), 159 (162); Redeker, IT-Recht, 8. Aufl. 2023, Rn. 743.

36 BT-Drs. 19/27653, S. 39; Martens, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 165 f.

37 Martens (Fn. 36), Rn. 165.

38 Fries, in: Artz, Markus et al., BeckOGK-BGB, 2024, § 327 Rn. 28.

39 Martens, (Fn. 36), Rn. 174. Sofern das EAV kostenlos bereitgestellt wird, kann sich die Anwendung der §§ 327 ff. BGB auch daraus ergeben, dass der Verbraucher personenbezogene Daten bereitstellt, § 327 Abs. 3 BGB.

40 BT-Drs. 19/27653, S. 56; Bernzen/Specht-Riemenschneider (Rn. 34), § 327e Rn. 38; Staudenmayer (Fn. 18), Art. 8 Rn. 88.

Spiel zu bewerben und sind in der Regel in ihrem Funktionsumfang gegenüber dem fertigen Spiel beschränkt, auch wenn der finale Funktionsumfang bei Bereitstellung des EAV unbekannt ist. Wären EAVs Testversionen i.S.d. § 327 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB so würde dies dazu führen, dass die Funktionen des fertigen Spiels mindestens denen im EAV entsprechen müssten.⁴¹ An die Testversion selbst würden die §§ 327 ff. BGB keine besonderen Anforderungen stellen. Indes muss die Testversion gemäß dem Wortlaut des § 327 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB vor dem Vertragsschluss bereitgestellt werden. Bei EAVs findet indes ein eigener Vertragsschluss statt (s.o.), sodass deren Bereitstellung bei Vertragsschluss stattfindet. Ebenjene Konstellationen, bei denen bereits über die Testversion ein Vertrag zustande kommt, sind daher nicht von § 327 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB erfasst.⁴² Vielmehr entsprechen Testversionen sogenannten Demoverversionen.⁴³ Die Rechtsfolge des § 327 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB kann indes insoweit Berücksichtigung finden, als die in den EAVs enthaltenen Funktionen die vernünftige Verbrauchererwartung an die Beschaffenheit des fertigen Videospiele mitformen, § 327 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB.

E. VERTRAGSGEMÄSSHEIT VON EAVS

Da über das EAV ein eigenständiger Vertrag geschlossen wird, muss dieses gemäß § 327d BGB vertragsgemäß sein, also den Anforderungen nach §§ 327e – 327g BGB entsprechen. EAVs sind ihrem Wesen nach „unfertig“ und damit in weiten Teilen fehleranfällig und enthalten manche Funktionen des fertigen Spiels noch gar nicht.⁴⁴ Folglich baut sich hier

ein besonderes Spannungsfeld zum Produktmangelbegriff des § 327e BGB und insbesondere zur geschuldeten Beschaffenheit des EAV auf. Zum Teil wird hier an Stelle der objektiven Anforderungen der Beschaffenheit auf die gewöhnliche Verwendung abgestellt.⁴⁵ Die geschuldete Beschaffenheit eines digitalen Produkts ist einerseits von der subjektiven Parteivereinbarung (§ 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a) BGB) und andererseits von objektiven Anforderungen an die Beschaffenheit (§ 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB) abhängig.⁴⁶ Zu beachten ist hierbei, dass die objektiven und subjektiven Anforderungen zueinander gleichwertig nebeneinander stehen, also kumulativ erfüllt sein müssen.⁴⁷ Mit dieser Gleichstellung kommt den objektiven Anforderungen erhebliche größere Bedeutung zu,⁴⁸ da diese einen Mindeststandard an die Vertragsgemäßheit aufstellen, von der die subjektiven Anforderungen grundsätzlich nur nach oben abweichen können.⁴⁹ Eine negative Beschaffenheitsvereinbarung ist hingegen nur unter den Voraussetzungen des § 327h BGB möglich.⁵⁰ Hierfür muss der Verbraucher über die negative Abweichung von den objektiven Anforderungen⁵¹ eigens vom Unternehmer in Kenntnis gesetzt werden. Außerdem muss die Abweichung ausdrücklich und gesondert im Vertrag vereinbart werden. Diese Regelungssystematik soll verhindern, dass das von der Richtlinie avisierte Verbraucherschutzniveau vertraglich nicht zu leicht abbedungen werden kann.⁵² Liegen die Voraussetzungen des § 327h BGB vor, kann der Verbraucher eine informierte Entscheidung darüber treffen, ob er auf bestimmte objektiv gebotene Beschaffenheitsmerkmale verzich-

41 Vgl. Heinze, in: Staudinger, Julius (Hrsg.), Staudinger BGB Band 2, 2023, § 327e, Rn. 62; Schulze, in: Schulze, Reiner et al., HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 327e, Rn. 27; Staudenmayer (Fn. 18), Art. 8 Rn. 86.

42 BT-Drs. 19/27653, S. 57; Kaesling, in: Herberger, Maximilian et al., jurisPK BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, § 327e Rn. 27; Rieländer, GPR 2021, 257 (267).

43 Heinze (Fn. 41), § 327e, Rn. 62; Streitz, CR 2022, 73 (77).

44 Teichmann (Fn. 1), „verbuggt und instabil“, „fehlende Spielinhalte“.

45 Siehe Metzger, in: Krüger, Wolfgang (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327e Rn. 27; Heinze (Fn. 41), § 327e Rn. 33. Hieraus ergeben sich jedoch keine materiell-rechtlichen Unterschiede.

46 Riehm/Abold, CR 2021, 530 (534).

47 BT-Drs. 19/27653, S. 53; Kirchhefer-Lauber, JuS 2021, 1125 (1128).

48 Zöchling-Jud, in: Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt, 2018, S. 122.

49 Bernzen/Specht-Riemenschneider (Rn. 34), § 327e Rn. 26.

50 Kirchhefer-Lauber JuS 2021, 1125 (1128).

51 Bernzen/Specht-Riemenschneider (Fn. 34), § 327h Rn. 1.

52 ErwG 45 DI-RL; Witzel, ITRB 2021, 289 (291); krit. dass dies so erreicht wird:

Wendehorst, in: Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, S. 112 (134, 138).

ten möchte.⁵³ Er ist insofern dann nicht mehr schutzwürdig.⁵⁴ Wendet man dies auf EAVs an, so liegt es dem Grundsatz nach in der Freiheit der Parteien eine Beschaffenheit zu vereinbaren, bei der entweder ein fertiges oder unfertiges Videospiel geschuldet sein soll.⁵⁵ Fraglich ist hingegen inwiefern die objektiven Kriterien und dann nachgelagert der § 327h BGB hier korrigierend eingreifen.

I. Objektivierbarkeit der geschuldeten Beschaffenheit

Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst zu ermitteln, wie sich die objektiv geschuldete Beschaffenheit ermitteln lässt. Aus dem § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB ergibt sich zunächst, welche Beschaffenheitskriterien objektiv betrachtet werden.⁵⁶ Für EAVs ist hier vor allem das Kriterium der Funktionalität bedeutsam. Welche Funktionalität geschuldet ist, bemisst sich gemäß § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB nach der vernünftigen⁵⁷ Verbrauchererwartung sowie⁵⁸ der Funktionalität, die für die Produkte gleicher Art üblich ist. Das Kriterium der Marktüblichkeit stellt hierbei den Mindeststandard dar, von der die Verbrauchererwartung nach den Umständen im Einzelfall nach oben hin abweichen kann.⁵⁹ Für die Zwecke dieses Aufsatzes soll von einem marktüblichen EAV ausgegangen werden, sodass für die Bestimmung der objektiv gebotenen Funktionalität maßgeblich auf die marktübliche Beschaffenheit abgestellt wird.

II. Ermittlung der Referenzgruppe für EAVs

Gemäß § 327 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Var. 1 BGB muss das EAV also eine Beschaffenheit aufweisen, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist. Für die Üblichkeit der Beschaffenheit ist es entscheidend auf welche Referenzgruppe abgestellt wird,⁶⁰ also welche digitalen Produkte von „derselben Art“ wie EAVs sind. Für diese Zusammenfassung digitaler Produkte zu einer Art sind die Verkehrsanschauung⁶¹ sowie die Marktverhältnisse bei der einzelnen Produktkategorie⁶² maßgeblich. Wie weit die Referenzgruppe bei EAVs zu fassen ist, ist umstritten.

1. EAVs als Referenzgruppe

Weitgehend wird vertreten, dass das Kriterium „derselben Art“ und damit auch die zum Vergleich heranzuziehende Referenzgruppe eng auszulegen ist.⁶³ Um noch den verbraucherschützenden Zweck des § 327e BGB zu erfüllen, darf die Referenzgruppe jedoch nicht so eng gefasst werden, dass sie nur digitale Produkte eines Herstellers erfasst.⁶⁴ Es bedarf vielmehr mehrere im Wettbewerb stehende für den Verbraucher vergleichbare⁶⁵ digitale Produkte von verschiedenen Herstellern.⁶⁶ Da mittlerweile mehrere unterschiedliche Spieleentwickler die Unterscheidung von fertigen und unfertigen Videospielen benutzen,⁶⁷ gibt es eine ausreichende Anzahl an Wettbewerbern, sodass sich speziell für EAVs ein Marktstandard etabliert hat, der vergleichbar

53 BT Drs. 19/27653, S. 51; *Heinze* (Fn. 41), § 327h Rn. 7.

54 *Fries* (Fn. 38), § 327h, Rn. 2.

55 *Metzger* (Fn. 45), § 327e Rn. 9.

56 BT-Drs. 19/27653, S. 56.

57 *Metzger* (Fn. 45), § 327e Rn. 42.

58 Zur Kummulativität beider Kriterien: *Heinze* (Fn. 41), § 327e Rn. 52; *Rieländer* (GPR 2021), 257 (267).

59 *Faber*, in: Das neue europäisches Gewährleistungsrecht, 2019, S. 63 (95); zust. *Heinze* (Fn. 41), § 327e Rn. 56.

60 *Metzger* (Fn. 45), § 327e Rn. 40.

61 *Bernzen/Specht-Riemenschneider* (Fn. 34), § 327e Rn. 29.

62 *Metzger* (Fn. 45); § 327e Rn. 41.

63 *Bernzen/Specht-Riemenschneider* (Fn. 34), § 327e Rn. 29; *Faber* (Fn. 59), S. 63 (90); *Riehm/Abold* CR 2021, 530 (535).

64 *Heinze* (Fn. 41), § 327e Rn. 33 f.; *Metzger* (Fn. 45), § 327e Rn. 27.

65 Hierzu im Einzelnen differenzierter: *Heinze* (Fn. 41), § 327e Rn. 33, 35. Kriterien der Vergleichbarkeit sind demnach unter anderem Grundfunktionen, technischer Stand sowie Preisklasse.

66 *Metzger* in: *Krüger*, Wolfgang (Hrsg.), MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327e Rn. 27, § 327e Rn. 27; *Spindler* übernimmt hier den Begriff der Substituierbarkeit aus dem Kaufrecht, *Spindler* (MMR 2021), 451 (454).

67 Vgl. hierzu *Heinze* (Fn. 41), § 327e Rn. 35.

ist,⁶⁸ sodass die Bildung einer eigenen Referenzgruppe zulässig ist. Demnach wären für die objektiv geschuldete Beschaffenheit eines EAVs nicht die breite und starre Kategorie „Videospiele“, sondern die Kategorie „EAV“ anzulegen.⁶⁹

Versteht man Referenzgruppen so eng, erfolgt die Kategorisierung von EAV anhand deren spezifischer Merkmale. Welche Merkmale das digitale Produkt aber haben soll, obliegt grundsätzlich der Parteienvereinbarung, sodass eine Beschaffenheitsvereinbarung erst die Ermittlung des objektiven Standards ermöglicht.⁷⁰ Welcher objektive Standard vereinbart ist, richtet sich nach den §§ 133, 157 BGB. *Heinze* unterscheidet insofern zwischen der Wirkung der Beschaffenheitsvereinbarung auf der Ebene der Vertragsauslegung (Primärebene) und der Ebene der Gewährleistung (Sekundärebene).⁷¹ Wirkt die Beschaffenheitsvereinbarung auf erster Ebene, also zur Ermittlung der objektiv heranzuziehenden Produktgruppe,⁷² so seien hieran nicht die Voraussetzungen des § 327h BGB zu stellen.⁷³ Eine Bezeichnung als EAV würde mithin nur die Produktgruppe definieren und unterläge nicht den Voraussetzungen des § 327h BGB.⁷⁴ Wirkt die Beschaffenheitsvereinbarung hingegen auch innerhalb der ermittelten Produktgruppe und weicht insofern vom Marktstandard ab, so sei der Anwendungsbereich des § 327h eröff-

net.⁷⁵ Die Frage der Anwendbarkeit des § 327h BGB auf EAV beantwortet daher mittelbar die Frage welche Referenzgruppe angelegt wird. Nur, wenn die Anwendbarkeit für die Einstufung als EAV verneint wird, bilden andere EAVs die Referenzgruppe.

Für eine enge Referenzgruppe wird argumentativ angeführt, dass andernfalls der komplette Vertrag über die Bereitstellung eines EAV den Anforderungen des § 327h BGB unterläge und der § 327h BGB einen vom Gesetzgeber nicht in dieser Breite gewollten Anwendungsbereich erhalte.⁷⁶ Der Hersteller eines EAV müsste eine ausführliche Mängelliste erstellen und beschreiben inwiefern das EAV von einem durchschnittlichen fertigen Videospiel abweicht.⁷⁷ Zum einen erschwere dies die Vermarktung von EAVs.⁷⁸ Ferner würde eine lange Mängelliste nicht dem Telos einer informierten Verbraucherentscheidung (s.o.) des § 327h BGB entsprechen da der Spieleentwickler den Verbraucher mit Informationen überhäufen müsste (*information surplus*).⁷⁹ Bei einer engen Referenzgruppe „EAV“ müsse der Unternehmer hingegen nicht gemäß § 327h BGB die einzelnen (negativen) Abweichungen des unfertigen vom fertigen Spiel darlegen.⁸⁰

68 Der Marktstandard wird derzeit maßgeblich von den Anforderungen von Steam an EAVs gelenkt, *Lin* (Fn. 3), 2018, 771 (775).

69 *Faber* (Fn. 59), S. 63 (87, 89); *Rieländer GRP* 2021, 257 (267); *Spindler* (Fn. 33), 451 (454), i.E. auch *Metzger* (Fn. 45), § 327h Rn. 4 Fn. 10.

70 *Heinze* (Fn. 41), § 327e Rn. 11.

71 *Heinze* (Fn. 41), § 327e Rn. 6, § 327h Rn. 11.

72 Unter Betonung, dass es sich hierbei um eine Indizwirkung handelt, *Heinze* (Fn. 41), § 327h Rn. 11.

73 *Heinze*, (Fn. 41), § 327e Rn. 6. *Faber* bezeichnet Beschaffenheitsvereinbarungen, die auf erster Ebene wirken als „einfache Informationen“, die dem Spieleentwickler ermöglichen sollen beschreiben zu können was für eine Art von Produkt er anbietet, *Faber* (Fn. 59), S. 63 (87).

74 *Faber* (Fn. 59), S. 63 (89), *Rieländer GRP* 2021, 257 (267); *Staudenmayer* (Fn. 18), Art. 8, Rn. 63; zust. *Heinze* (Fn. 44), § 327e Rn. 6 mit Hinsicht auf Offline-Videospiele, die ebenfalls seltener auf dem Markt vorkommen als Online-Videospiele.

75 *Heinze* (Fn. 41), § 327e Rn. 6.

76 *Heinze* (Fn. 41), § 327e Rn. 6 „sonst faktisch die gesamte Einigung in der Form des § 327h BGB“.

77 *Jaensch*, jM 2022, 96 (100 f.); *Riehm/Abold CR* 2021, 530 (535). Die pauschale Bezeichnung als EAV würde den Anforderungen des § 327h BGB nicht genügen, vgl. *Bernzen/Specht-Riemenschneider* (Fn. 34), § 327h Rn. 9; *Metzger* (Fn. 45), § 327h Rn. 4; *Heinze* (Fn. 41), § 327h Rn. 12.

78 *Jaensch* (jM 2022), 96 (100); *Riehm/Abold CR* 2021, 530 (535).

79 *Faber* (Fn. 59), S. 63 (85); *Heinze* (Fn. 41), § 327h Rn. 13.

80 *Staudenmayer* (Fn. 18), Art. 8, Rn. 63.

2. Computerspiele als Referenzgruppe

Gegen die Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 327h BGB wird eingewandt, dass die Vorschrift speziell für Beta-Versionen geschaffen wurde,⁸¹ sodass auch die Einstufung als EAV den Anforderungen des § 327h BGB genügen muss, um nicht vertragswidrig zu sein.⁸² Der Gesetzgeber wollte demnach Beta-Versionen aus Gründen des Verbraucherschutzes nur unter den Voraussetzungen des § 327h BGB ermöglichen.⁸³ Möchte man indes den Anwendungsbereich des § 327h BGB für die Einstufung als EAV als eröffnet sehen, so zieht man als Referenzgruppe für die übliche Beschaffenheit zwangsweise die breite Gruppe von Computerspielen heran.

3. Stellungnahme

Auch wenn sich anführen ließe, dass die durch § 327h BGB vermittelte Warn- und Hinweisfunktion⁸⁴ im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes beim Verkauf eines EAV wünschenswert ist, damit der Verbraucher nicht unwillentlich eine unfertige anstelle einer fertigen Videospielversion erwirbt, muss es aus unternehmerischer Perspektive ausreichen das Videospiel klar und ausdrücklich als EAV anzubieten, ohne die Voraussetzungen des § 327h BGB erfüllen zu müssen.⁸⁵ Der übliche Marktstandard ist nicht nur im Allgemeinen schwer zu ermitteln,⁸⁶ sondern stößt bei EAVs auf das besondere Problem, dass das fertige Ergebnis des Videospiels im Zeitpunkt der Bereitstellung des EAVs für den Spielentwickler selbst noch unbekannt ist. Durch das

Feedback der Testnutzer kann sich das finale Spiel als signifikant anders gegenüber dem EAV darstellen.⁸⁷ Darüber hinaus sind dem Entwickler die Fehler am EAV zumeist unbekannt.⁸⁸ Soll der Spielentwickler jedoch den Anforderungen des § 327h BGB genügen, müsste er zunächst den objektiven gebotenen Standard beschreiben und sodann seine Abweichung hiervon darlegen.⁸⁹ Da der objektive gebotene Standard aber zum Zeitpunkt der Bereitstellung des EAVs noch unbekannt ist, wird die Angabe welche „bestimmten Merkmale“ (§ 327h BGB) beim EAV vom zukünftigen fertigen Spiel abweichen unmöglich.⁹⁰ Im abstrusesten Fall, in dem das EAV nicht als fertiges Spiel veröffentlicht wird, müsste er eine Abweichung von etwas beschreiben, was niemals existierte. Die befürchteten Negativlisten⁹¹ wären demnach gar nicht erst erstellbar. Der Spieleentwickler könnte nur pauschal angeben, dass es sich um eine Beta-Version handelt, was jedoch den Anforderungen des § 327h BGB nicht genügen würde.⁹² Läge man also die Referenzgruppe „Computerspiele“ an, so wäre ein EAV mangels der Möglichkeit der Einhaltung des § 327h BGB stets nicht vertragsgemäß, was effektiv einem Verbot des EAV-Geschäftsmodells gleichkommen würde. Ein beliebtes und innovatives Geschäftsmodell würde demnach abgeschafft. Dies widerspräche dem grundsätzlich technologie- und vertriebsoffenen Ansatz der DI-RL.⁹³ Auch das Argument, dass es dem gesetzgeberischen Willen entspreche, dass die Vermarktung von EAVs nur unter den Anforderungen

81 Ausgehend: *Staudenmayer*, NJW 2016, 2720 (2721), 2497 (2498); *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663 (678 f.); *Staudenmayer* ZEuP 2015, 801 (813); *Beucher/Witt*, Int. Cybersecur.Law Rev. 2021, 147 (156); *Kindl*, in: Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, 2018, S. 63 (79); *Kipker/Walkusz*, RD 2021, 30 (32).

82 *Kindl* (Fn. 81), S. 63 (79).

83 *Staudenmayer*, NJW 2019, 2497 (2498); *Staudenmayer* ZEuP 2016, 801 (813).

84 *Tamm/Tonner*, in: Das neue Schuldrecht, 2022, § 2 Rn. 145.

85 *Faber* (Fn. 59), S. 63 (89); *Spindler* MMR 2021, 451 (454).

86 *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82 (86).

87 Vgl. hierzu: *Yang*, „Unfinished Video Games Are Turning Into Hits“ (New York Times, 9.1.2024), <www.nytimes.com/2024/01/09/arts/video/games-early-access.html> (zuletzt abgerufen am: 20.8.2024).

88 Vgl. *Staudenmayer* (Fn. 18), Art. 8 Rn. 63.

89 *Bernzen/Specht-Riemenschneider* (Fn. 34), § 327e Rn. 13; *Ehle/Kreß*, CR 2019, 723 (726), abgeschwächt: *Heinze* (Fn. 41), § 327h Rn. 13.

90 *Staudenmayer* (Fn. 18), Art. 8 Rn. 63, 166.

91 *Jaensch* (jM 2022), 96 (100); *Riehm/Abold* (CR 2021), 530 (535).

92 *Ehle/Kreß* CR 2019, 723 (726); *Heinze* (Fn. 41), § 327h Rn. 12; *Metzger* (Fn. 45), § 327h Rn. 4; *Staudenmayer* (Fn. 18), Art. 8, Rn. 166.

93 ErwG 10 DI-RL; *Staudenmayer* (NJW 2019), 2497.

des § 327h BGB möglich sein soll, verfährt nicht. Zwar wird in der Literatur pauschal auf den Willen des Gesetzgebers verwiesen, mit dem § 327h BGB Beta-Versionen und damit auch EAVs zu ermöglichen.⁹⁴ Das ist insofern bereits schon widersprüchlich als Beta-Versionen nie die Voraussetzungen des § 327h BGB erfüllen können (s.o.). Auch kommt der Fokus auf Beta-Versionen in den für die richtlinienkonforme Auslegung von Umsetzungsvorschriften maßgeblichen Erwägungsgründen⁹⁵ nicht zum Ausdruck.⁹⁶ ErwG 49 DI-RL spricht lediglich davon, dass mit der Regelung „ausreichend Flexibilität“ für Parteiendisposition geschaffen werden soll. Im Falle von EAVs sorgt der § 327h BGB indes für das Gegenteil, was gegen seine Anwendbarkeit spricht. Auch in den anderen öffentlichen Gesetzgebungspapieren werden Beta-Versionen nicht ausdrücklich adressiert, weshalb ein gesetzgeberischer Wille hierzu nicht eindeutig erkennbar ist. Schließlich spricht auch der Wortlaut „bestimmtes Merkmal“ dafür, dass der § 327h BGB nicht für ein gesamtes Produkt als solches, sondern nur für ein spezifisch benanntes Merkmal⁹⁷ gelten soll. Das EAV stellt indes kein einzelnes Merkmal eines fertigen Videospiels, sondern ein Aliud zu diesem dar (s.o.). Ein klarer gesetzgeberischer Wille Beta-Versionen im Gesamten dem § 327h BGB zu unterziehen ist mithin nicht ermittelbar. Das Anlegen der Referenzgruppe Computerspiele wirkt mithin nicht nur innovationshemmend, sondern entspricht auch nicht dem gesetzgeberischen Willen, sodass dem Anlegen einer engen Referenzgruppe auch im Rahmen von EAV gefolgt werden sollte.

4. Zwischenergebnis

Für die übliche Beschaffenheit von EAVs sollten andere vergleichbare EAVs als Referenzgruppe herangezogen werden.

III. Zu erwartende Funktionalität bei EAVs

Zieht man also andere EAVs als Referenzmaßstab für die übliche Funktionalität heran, so stellt sich die generelle Frage welche Funktionalität EAVs haben sollen. Damit das EAV funktional i.S.d. § 327 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB ist, muss es die Fähigkeit haben, die Funktionen zu erfüllen, die seinem Zweck entsprechen.⁹⁸ Der Zweck eines EAV liegt darin, Verbraucher frühzeitig die Möglichkeit zu verschaffen ein Spiel zu testen und an dessen Weiterentwicklung mitzuwirken.⁹⁹ Der Spielgenuss steht hierbei stärker im Hintergrund als bei fertigen Videospielen. Aber auch zur Erfüllung der genannten Zwecke muss das Spiel ein Mindestmaß an „Spielbarkeit“ besitzen.¹⁰⁰ Das EAV muss also so spielbar sein, dass Funktionen bereits ausgetestet werden können und das Grundprinzip des Spiels erkennbar ist. Das Maß der Spielbarkeit muss aber nicht dem besten EAV auf dem Markt entsprechen.¹⁰¹ Das ist insbesondere für kleinere Entwicklungsstudios bedeutsam, da diese sonst gezwungen wären EAVs erst dann herauszubringen, wenn diese eine Spielbarkeit von EAVs des Marktführers (i.d.R. große Spieleentwickler) aufwiesen.¹⁰² Es ist nur die durchschnittliche¹⁰³ bzw. weit verbreitete Spielbarkeit¹⁰⁴ von EAVs geschuldet. Das dürfte in der Praxis den von *Steam* aufgestellten Kriterien entsprechen.¹⁰⁵ Ist ein EAV so neu, dass kei-

94 Vgl. nur *Staudenmayer* NJW 2026, 2720 (2721).

95 *Köndgen/Mörsdorf*, in: Europäische Methodenlehre, 2021, § 6 Rn. 78.

96 *Beucher/Witt* (Fn. 81), 147 (156). Anders als bei Abweichungen vom geltenden Immaterialgüterrecht, ErwG 53 S. 6 DI-RL, vgl. hierzu *Heinze* (Fn. 41), § 327e Rn. 6.

97 Es können indes auch mehrere Merkmale genannt werden, wobei eine Vielzahl von Abweichungen auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift widerlaufen können, vgl. *Heinze* (Fn. 41), § 327h Rn. 12, 18.

98 *Fries* (Fn. 38), § 327e, Rn. 12.

99 *Teichmann* (Fn. 1).

100 *Bramble* (Fn. 4).

101 *Heinze* (Fn. 41), § 327e Rn. 35; *Metzger* (Fn. 45), § 327e Rn. 40.

102 Ggf. ließe sich auch über eine weitere Differenzierung der Referenzgruppe in EAVs von großen und kleinen Spieleentwicklern nachdenken.

103 *Rieländer* GPR 2021, 257 (267); *Staudenmayer* (Fn. 18), Art. 8 Rn. 42.

104 *Metzger* (Fn. 45), § 327e Rn. 40.

105 Vgl. *Lin* (Fn. 3), 2018, 771 (775).

ne vergleichbaren EAVs auffindbar sind, so ist im Zweifel eine neue Produktkategorie eröffnet.¹⁰⁶ Auch hier müssen nicht die Anforderungen des § 327h BGB eingehalten werden, sofern die vernünftigen Verbrauchererwartungen nicht unterschritten werden.¹⁰⁷ Bedeutsam wird es in der Praxis sein, das EAV ausdrücklich als noch nicht fertige Beta-Version zu vermarkten.¹⁰⁸ Denn erst eine klare Vermarktung senkt die Verbrauchererwartung insoweit ab, dass mit beeinträchtigten Funktionsweisen, also keinem fertigen Videospiel zu rechnen ist.¹⁰⁹ Ist die Vermarktung hingegen unklar und darf der Verbraucher von einem fertigen Videospiel ausgehen, so wird das eigentlich als EAV gedachte Spiel regelmäßig nicht die Anforderungen nach § 327e BGB bzw. § 327h BGB erfüllen. Für die Frage wie ausdrücklich diese Vermarktung sein muss, ist eine Orientierung am Begriff des „eigens in Kenntnis setzen“ des § 327h BGB möglich.¹¹⁰ Es braucht demnach eine optische Hervorhebung dieser Information, die sich somit vom restlichen Text abhebt.¹¹¹ Diese Art der Vermarktung ist jedoch bereits üblich.¹¹²

F. SCHLUSS

Anders als der Begriff des EAV zunächst vermuten mag, sind EAVs keine Testversion i.S.d. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB. Sie stellen eine eigene Produktgruppe von digitalen Produkten dar und dürften nach der Verkehrsanschauung aufgrund hoher funktionaler Unterschiede als Aliud zum gegebenenfalls später erscheinenden fertigen Videospiel betrachtet werden.¹¹³ Mit dem EAV wird also noch nicht das fertige Videospiel, sondern ein eigenes digitales Produkt bereitgestellt. Solange das EAV ausdrücklich als Beta-Version vermarktet wird, liegt hierin keine negative Beschaffenheitsvereinbarung, sodass die Voraussetzungen des § 327h BGB nicht erfüllt sein müssen. Die objektiv gebotene Beschaffenheit

eines EAVs richtet sich nach der Beschaffenheit anderer vergleichbarer EAVs. Im Ergebnis führt dies zu einem gerechten Ausgleich zwischen hinreichenden Verbraucherschutz und notwendiger Innovationsoffenheit. Spielentwickler sollten demnach ihre Beta-Versionen weiterhin klar als EAV labeln um nicht den strengen Anforderungen des § 327h BGB zu unterfallen. Ferner sollten ihre EAVs das sich bei *Steam* etablierte Maß an Spielbarkeit aufweisen. Tun sie dies, ergeben sich aus den neuen §§ 327 ff. BGB keine Besonderheiten für unfertige Videospiele.

106 Heinze (Fn. 41), § 327e Rn. 35

107 A.A. Artz, in: Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte: Einführung in das neue Recht, 2022, Rn. 400.

108 Spindler MMR 2021, 451 (454).

109 Rieländer GPR 2021, 257 (267); Staudenmayer (Fn. 18), Art. 8 Rn. 63.

110 „Eigens in Kenntnis setzen“ bedeutet nichts anderes als „ausdrücklich“, BT Drs. 19/27653, S. 51; ErwG 49 S. 2 DI-RL.

111 Bspw. farblich oder mit fettdruck, vgl. Schöttle, MMR 2021, 683 (688).

112 Vgl. Abbildungen in: Teichman (Fn. 1). Auf *Steam* existiert ein „Early-Access-Tag“, Lin (Fn. 3), 2018, 771 (775).

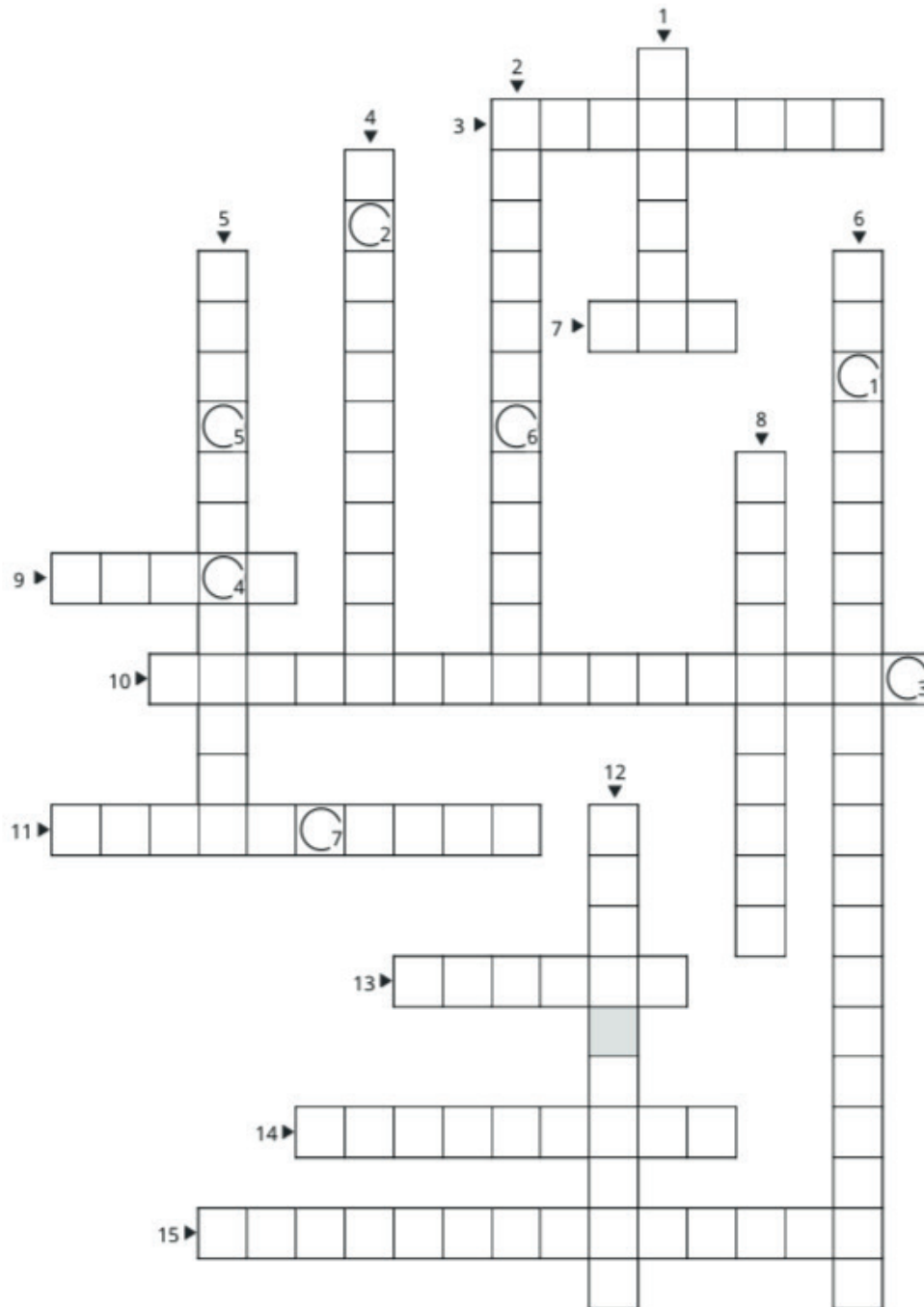
113 Vgl. Bernzen/Specht-Riemenschneider (Fn. 34), § 327e Rn. 52.

Jura Kreuzworträtsel

Wir haben für Sie einige juristische Fragen gesammelt, die nun in das Kreuzworträtsel einzufügen sind. Wir wünschen Ihnen viel Spaß beim Beantworten!

① Lösungswort:

C₁C₂C₃C₄C₅C₆C₇



1. Nach der *conditio- sine-qua- non* Formel, ist eine Handlung kausal, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche ... in seiner konkreten Gestalt entfele.

2. Die Definition des Vorsatzes enthält ein kognitives und ein ... Element.

3. Ab welchem Alter ist eine Person widerlegbar schuldfähig? (§ 19 StGB)

4. Welche Person beschrieb erstmals die klassische Gewaltenteilung?

5. Das Sonderrecht des Kaufmannes ist das ...?

6. Das BVerfG ist keine...

7. Was trat am 01.01.1900 endgültig in Kraft?

8. Wegnahme (i.S.d § 242 I StGB) ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen,

9. Wie lautet der Nachname des ersten Bundespräsidenten in Deutschland?

10. Die ... ist für eine freiheitliche Demokratie

schlechthin konstituierend. (BVerfGE 7, 198 „Lüth- Urteil“)

11. Die Genehmigung ist die nachträgliche...? (§ 184 I BGB)

12. Wie heißt das französische Zivilrecht, das 1804 Napoleon Bonaparte eingeführt?

13. Ab welchem Alter sind Minderjährige beschränkt geschäftsfähig? (§ 106 BGB)

14. Wie wird die vollziehende Gewalt genannt?

15. Eine Gesundheitsschädigung (i.S.d.§ 223 I StGB) ist das Hervorrufen oder Steigern eines nicht nur unerheblichen ... Zustandes.

*öffentliches recht



[illegible][illegible]

Aufsatz:

e-Voting

Dr. Lina Marie Schauer*

Der Beitrag beleuchtet verschiedene verfassungsrechtliche Problemstellungen im Zusammenhang mit der potentiellen Einführung von digitalen Wahlen in Deutschland.

A. WAHL ZUM 21. DEUTSCHEN BUNDESTAG

Im September des kommenden Jahres findet die Wahl zum 21. Deutschen Bundestag statt. Die Bundestagswahl als zentrales Element der demokratischen Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland gibt Millionen von Bürgerinnen und Bürgern die Gelegenheit, ihre Stimmen abzugeben und die politische Zukunft des Landes mitzugestalten. In diesem Zusammenhang kommt immer wieder die Frage nach der Einführung elektronischer Wahlverfahren – dem sog. e-Voting – auf.¹ Während die klassische Urnenwahl und die Briefwahl fest in der deutschen Wahltradition verankert sind, scheint eine digitale Bundestagswahl national noch in der Ferne zu liegen.² Ihre Einführung wird insbesondere unter Inklusionserwägungen und dem Gesichtspunkt der Modernisierung des Wahlver-

fahrens diskutiert, vor allem auch mit Blick auf die mitunter niedrige Wahlbeteiligung und die Hoffnung auf die Aktivierung junger Wählergruppen.³ Die geführte Diskussion berührt dabei zentrale verfassungsrechtliche Grundprinzipien und ist in unterschiedlichem Gewand Gegenstand staatsorganisationsrechtlicher Grundlagenklausuren, sodass es ratsam erscheint, sich in Vorbereitung auf eben diese mit den grundlegenden Fragestellungen auseinanderzusetzen.⁴

B. E-VOTING

Die Umsetzung digitaler Wahlen ist in unterschiedlicher Ausgestaltung denkbar. Sie kann etwa in Form einer „elektronischen Urnenwahl“ durch den Einsatz von Wahlcomputern beziehungsweise -geräten in einem Wahllokal erfolgen oder in Gestalt einer „elektronischen Briefwahl“ durch Stimmabgabe unter Nutzung digitaler Endgeräte der wahlberechtigten

* Die Autorin arbeitet als Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Nordemann Czychowski & Partner Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte mbB. Der Aufsatz basiert auf einer Mitarbeit der Autorin an einem Vorprojekt zum Koordinierungsprojekt Blockchain des IT-Planungsrates. Das dem Aufsatz zugrundeliegende Manuskript wurde grundlegend überarbeitet.

1 Siehe nur: *Jacobsen*, Warum wählen wir nicht längst online?, Spiegel-Online v. 21.06.2022, [shorturl.at/HTwFN](https://www.spiegel.de/politik/deutschland/wahlrecht/wahlrecht-wir-nicht-laengst-online-a-123456789.html), zuletzt besucht am 17.9.2024; *Gutjahr/Spiecker gen. Döhm/Volkamer*, CR 2023, 767.

2 Anders ist dies beispielsweise in Estland, wo Estinnen und Esten erstmals 2005 digital ihre Stimme abgeben konnten, jüngst dazu: *Wäschenbach*, E-Voting in Estland, Tagesschau v. 30.05.2024, [shorturl.at/j9f5X](https://www.tagesschau.de/ausland/estland/e-voting-101.html), zuletzt besucht am 17.9.2024.

3 Siehe nur jüngst: Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, TAB Kurzstudie Nr. 5, E-Voting-alternative Wahlformen und ihre Absicherung; zur Europawahl: *Lukan*, EuR 2019, 222.

4 Grundlegend zu den Wahlrechtsgrundsätzen: *Morlock*, JuS 2022, 1019 (1020); *Guckelberger*, JA 2012, 561; *Guckelberger*, JA 2012, 641; *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2013, 1078; *Burkiczak*, JuS 2009, 805; Übungsklausur: *Zenner*, JuS 2023, 228.

Personen.⁵ Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf e-Voting im Sinne einer internetbasierten Distanzwahl unter Verwendung digitaler Endgeräte im Allgemeinen, ohne sich auf eine zugrundeliegende Technologie (z.B. Blockchain)⁶ festzulegen und zeigt verschiedene, im Zusammenhang mit digitalen Wahlen auftretende Problemstellungen auf.

C. DIGITALE WAHLEN UND DIE WAHL-RECHTSGRUNDSÄTZE

Die Einführung digitaler Wahlen setzt voraus, dass diese den Anforderungen des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG genügen. Danach erfolgt die Wahl der Abgeordneten des Bundestages in allgemeiner, freier, gleicher und geheimer Wahl. Die Gewährleistung dieser sog. Wahlrechtsgrundsätze, die um den ungeschriebenen Öffentlichkeitsgrundsatz ergänzt werden, ist ein Ausfluss des durch Art. 20 Abs. 1, 2 GG garantierten Demokratieprinzips. Sie sind entsprechend Art. 38 Abs. 3 GG einfachgesetzlich im Bundeswahlgesetz (BWahlG)⁷, in der Bundeswahlordnung (BWahlO)⁸ und in der Bundeswahlgeräteverordnung (BWahlGV)⁹ ausgeformt.

I. Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl

Das Prinzip der Allgemeinheit der Wahl gewährleistet das Recht aller deutschen Staatsbürgerinnen und Staatsbürger sowie den ihnen

nach Art. 116 Abs. 1 GG gleichgestellten Personen, zu wählen und so politische Einflussnahme auszuüben.¹⁰ Es stellt sicher, dass jeder wahlberechtigten Person ein in formal möglichst gleicher Weise aktives (= Recht, sich an Wahl durch Stimmabgabe beteiligen zu können) und passives (= Recht, sich als Kandidat oder Kandidatin zur Wahl zu stellen) Wahlrecht zukommt.¹¹

Digitale Wahlen stärken potentiell das Prinzip der Allgemeinheit der Wahl, da sie es sämtlichen wahlberechtigten Personen, unabhängig von ihrem derzeitigen Aufenthaltsort, ermöglichen, ihr aktives Wahlrecht auszuüben. Dies birgt nicht nur bei Wahlvorgängen unter unbeherrschbaren einschränkenden Bedingungen wie beispielsweise Umweltkatastrophen oder Pandemien im Vergleich zu traditionellen Urnenwahlen erhebliche Vorteile.¹² Durch die Loslösung des Wahlvorgangs von einem konkreten Ort wird der Gang zum Wahllokal obsolet, sodass insbesondere mobilitätseingeschränkte wahlberechtigte Personen¹³ sowie im Ausland lebende Deutsche¹⁴ von der ortsunabhängigen Stimmabgabe profitieren können.¹⁵ In diesem Zusammenhang ist es jedoch wichtig sich zu vergegenwärtigen, dass aus dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl keine gesetzgeberische Verpflichtung resultiert, allen Wählerinnen und Wählern die Stimmabgabe trotz individueller faktischer

5 TAB Kurzstudie Nr. 5, E-Voting, S. 11; *Reiners*, APuZ 2017, 33; *Alkassar/Krimmer/Volkamer*, DuD 2005, 8; vgl. auch: Recommendation CM/Rec (2017) 51 of the Committee of Ministers to member States on standards for e-voting, Appendix II: „e-voting: the use of electronic means to cast and/or count the vote“.

6 Dazu: *Mast*, JZ 2021, 237.

7 Bundeswahlgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 23.07.1993 (BGBl. I S. 1288, 1594), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes v. 07.03.2024 (BGBl. 2024 I Nr. 91) geändert worden ist.

8 Bundeswahlordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 19.04.2002 (BGBl. I S. 1376), die zuletzt durch Artikel 10 der Verordnung v. 19.06.2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist.

9 Bundeswahlgeräteverordnung v. 03.09.1975 (BGBl. I S. 2459), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung v. 20.04.1999 (BGBl. I S. 749) geändert worden ist.

10 *Müller/Drossel*, in: *Huber, Michael/Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.), Bd. 2, 8. Aufl. 2024, Art. 38 Rn. 63; *Butzer*, in: *Epping, Volker/Hillgruber*, Christian (Hrsg.), 2024, Art. 38 Rn. 61; *Guckelberger*, JA 2012, 561 (563); *Stumpf*, JuS 2010, 35 (41); *Gutjahr/Spiecker* in: *Döhmman/Volkamer*, CR 2023, 767 (768).

11 *Müller/Drossel* (Fn. 10), Art. 38 Rn. 63 mwN; *Gutjahr/Spiecker* in: *Döhmman/Volkamer*, CR 2023, 767 (768).

12 *Brethauer*, KritV 1/2021, 3 (14).

13 *Brethauer*, KritV 1/2021, 3 (13).

14 *Ramson*, in: *Der digitalisierte Staat - Chancen und Herausforderungen für den modernen Staat*, 2020, S. 199 (218): sieht Auslandsdeutsche als ideale Versuchsgruppe für die Einführung von Online-Wahlen; siehe zum Problem deutscher Wähler im Ausland: *Geuther*, *Deutsche Wähler im Ausland*, Deutschlandfunk v. 16.08.2021, [shorturl.at/pK3U7](https://www.shorturl.at/pK3U7), zuletzt besucht am 17.9.2024.

15 *Gutjahr/Spiecker* gen. *Döhmman/Volkamer*, CR 2023, 767 (769).

Hürden (z.B. berufs- oder urlaubsbedingte Abwesenheit, Erkrankungen) zu ermöglichen.¹⁶ Zudem verbietet er den Ausschluss einzelner Wählergruppen aufgrund individueller Eigenschaften, sodass mit Blick auf weniger technik-versierte Bevölkerungsgruppen eine digitale Wahl lediglich als Ergänzung zu den traditionellen Stimmabgabemöglichkeiten dienen kann.¹⁷ Denn aus der staatlichen Sphäre heraus darf es nicht zur Errichtung unüberwindbarer Hindernisse kommen, welche es einzelnen Personen stark erschweren oder es gar unmöglich machen, ihr aktives Wahlrecht auszuüben.¹⁸ Demgemäß muss der digitale Wahlvorgang in einem besonderen Maße benutzerfreundlich ausgestaltet sein, da andernfalls ein hohes Risiko bestünde, dass die technische Infrastruktur für die wahlberechtigten Personen eine unüberwindbare Hürde zur Teilnahme an der Wahl darstellt. Unter diesen Voraussetzungen können digitale Wahlen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl stärken. Ferner kann mit in die Erwägungen einfließen, dass der Einsatz moderner und zeitgemäßer Techniken und des Internets es womöglich vermag, neue, insbesondere junge Wählergruppen zu aktivieren.¹⁹

II. Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl sieht vor, dass die Wählenden selbst und ohne eine zwischengeschaltete Instanz wie z.B. Wahlfrauen oder -männer die Abgeordneten wählen.²⁰ Die bei den digitalen Wahlen virtu-

ell abgegebenen Stimmen müssen äquivalent zur Urnen- bzw. Briefwahl direkt in die Stimmenausswertung einfließen.²¹ Soweit dies technisch gewährleistet ist, steht der Unmittelbarkeitsgrundsatz digitalen Wahlen grundsätzlich nicht im Wege.²²

III. Grundsatz der Gleichheit der Wahl

Nach dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl muss jede abgegebene Stimme den gleichen Zählwert (jede Stimme zählt gleich viel = Zählwertgleichheit) und den gleichen Erfolgswert (jede Stimme hat, abgesehen von gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen, den gleichen Einfluss auf den Erfolg = Erfolgswertgleichheit) haben.²³ Digitale Wahlen haben den auszeichnenden Vorteil, dass sie „menschliche Störfaktoren“, die sich im Rahmen analoger Wahlen ergeben können, reduzieren.²⁴ So sind unbeabsichtigte Zählfehler, Zweifelsfragen über die Gültigkeit der Stimmen oder unwillentlich ungültige Stimmabgaben nahezu ausgeschlossen.²⁵ Voraussetzung ist jedoch, dass mittels technischer und organisatorischer Maßnahmen die gleiche Wertigkeit aller Stimmen sichergestellt und mittels eines entsprechenden Verifizierungsverfahrens gewährleistet ist, dass es pro wahlberechtigter Person tatsächlich nur zur einmaligen Stimmenabgabe kommt.²⁶ Denn insoweit besteht eine mit der Briefwahl nach § 36 BWahlG vergleichbare Problematik: Es besteht das Risiko, dass nicht die wahlberechtigte Person ihre Stimme abgibt, sondern Dritte das System missbrauchen und so entweder eine wahlberechtigte

16 Müller/Drossel (Fn. 10), Art. 38 Rn. 64; Morlok, in: Dreier, Brosius-Gerstorf, Frauke (Hrsg.) GG, Bd. 2., 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 70; Trute, in: Münch/Kunig, Kämmerer, Jörn Axel/Kotzur, Markus, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 34.

17 Vgl. Gutjahr/Spiecker gen. Döhmman/Volkamer, CR 2023, 767 (769).

18 Morlok (Fn. 16), Art. 38 Rn. 69; Will, CR 2003, 126 (128).

19 So bereits zum Angebot von Online-Wahlen bei der Sozialversicherungswahl: BT-Drs. 19/17586, S. 91; kritisch dazu: Gutjahr/Spiecker gen. Döhmman/Volkamer, CR 2023, 767 (769 f.); siehe auch: TAB Kurzstudie Nr. 5, E-Voting, S. 38.

20 BVerfGE 7, 63 (68 f.); BVerfGE 47, 253 (279 f.); Butzer (Fn. 10), Art. 38 Rn. 66.

21 Heindl, Institut für Informationsverarbeitung und Informationswirtschaft Wirtschaftsuniversität Wien, Working Papers on Information Processing and Information Management Nr./No. 02/2003, S. 23 (24).

22 So auch: Riß, MMR 2000, 73 (76); Bremke, LVK 2004, 102 (107). Zur Frage, ob digitale Wahlen für den Öffentlichkeitsgrundsatz förderlich sind: Gutjahr/Spiecker gen. Döhmman/Volkamer, CR 2023, 767 (770).

23 BVerfGE 95, 408 (417); Müller/Drossel (Fn. 10), Art. 38 Rn. 82; Butzer (Fn. 10), Art. 38 Rn. 75.

24 BVerfGE 123, 39 (75); Gutjahr/Spiecker gen. Döhmman/Volkamer, CR 2023, 767 (772).

25 TAB Kurzstudie Nr. 5, E-Voting, S. 20; Gutjahr/Spiecker gen. Döhmman/Volkamer, CR 2023, 767 (772). Unbenommen muss jedoch das Recht der Wählenden bleiben, eine bewusst ungültige Stimme abzugeben, vgl. hierzu: Bremke, LVK 2004, 102 (107); Will, CR 2003, 126 (129).

26 Will, CR 2003, 126 (130); eingehend zum Risiko der Manipulation des digitalen Wahlverfahrens: Gutjahr/Spiecker gen. Döhmman/Volkamer, CR 2023, 767 (772).

Person mehrfach wählt oder eine nicht wahlberechtigte Person unzulässig eine Stimme abgibt und so die Zählwertgleichheit beeinträchtigt wird.²⁷ Folglich bedarf es des Einsatzes technisch möglichst sicherer Verfahren, wobei auch diese nach dem derzeitigen Stand der Technik nicht absolut gewährleisten können, dass allein die wahlberechtigte Person abstimmt.²⁸ Für die technische Umsetzung bestehen daher außerordentlich hohe Hürden, insbesondere mit Blick auf das Risiko von Manipulationen an Hard- oder Software bzw. durch Cyber-Angriffe wie z.B. Denial-of-Service-Attacken bzw. Distributed Denial-of-Service-Attacken.²⁹

IV. Grundsatz der freien Wahl und Grundsatz der geheimen Wahl

Weitere Hürden für die Einführungen digitaler Wahlen resultieren aus den Grundsätzen der freien und geheimen Wahl. Insoweit lassen sich ebenfalls Parallelen zu den mit den Briefwahlen verbundenen Problemen ziehen, da sich die wahlberechtigten Personen bei der digitalen Stimmabgabe nach dem hiesigen Verständnis ebenfalls nicht im geschützten Raum eines Wahllokals, sondern an einem beliebigen Ort, wie dem eigenen Zuhause oder auch an einer öffentlichen Lokalität, aufhalten.³⁰ Der Grundsatz der geheimen Wahl erfordert grundsätzlich, dass die Ausübung des aktiven Wahlrechts ohne Kenntnis Dritter erfolgen können muss.³¹ Allein die wahlberechtigte Person hat das Recht, ihre Wahlentscheidung zu kennen, sodass eine gesetzgeberische Pflicht besteht, die dafür erforderlichen Schutzmaßnahmen zu ergreifen.³² Flankierend dazu erfordert der Wahlfreiheitsgrundsatz,

dass die Wahlentscheidung in einem freien und offenen Prozess der Meinungsbildung getroffen wird und die wahlberechtigte Person sie ohne Zwang und Beeinträchtigungen von außen unverfälscht zum Ausdruck bringen kann.³³ Der Stimmabgabeprozess muss dementsprechend möglichst so ausgestaltet sein, dass die Ausübung des Wahlrechts vertraulich und unerkennbar für Dritte erfolgen kann, insbesondere auch um unzulässigen Beeinflussungen aus dem privaten Umfeld oder dem öffentlichen Raum entgegenzuwirken.³⁴

Im Rahmen von digitalen Wahlen nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis ist eine absolute Gewährleistung der Wahlrechtsgrundsätze der freien und geheimen Wahl ausgeschlossen. Aus der ortsungebundenen Stimmabgabe resultiert ein reales Risiko, dass Dritte den Wahlakt nicht nur beobachten, sondern auch überwachen, beeinflussen oder gar eigenmächtig vornehmen.³⁵ Diese Beschränkung der Wahlrechtsgrundsätze wird bei der Briefwahl mit der Stärkung der Allgemeinheit gerechtfertigt.³⁶ Dies ist damit begründet, dass durch das Angebot der ortsunabhängigen Stimmabgabe mittels Briefwahl möglichst viele Wählerinnen und Wähler erreicht und damit eine hohe Wahlbeteiligung gefördert wird.³⁷ Diese Argumentation lässt sich auf digitale Wahlen übertragen, allerdings kann eine abschließende Beurteilung stets nur in Bezug auf eine konkrete Technik und Umsetzung vorgenommen werden. Zudem ist bei der Bewertung zu berücksichtigen, dass nicht nur das Risiko der „analogen“ Wahrnehmung der Stimmabgabe besteht, sondern ebenso das die abgegebenen Stimmen beispielsweise durch den Einsatz von Spyware oder sonstiger

27 Gutjahr/Spiecker gen. Döhm/Volkamer, CR 2023, 767 (772).

28 Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die bewusste und gewollte Hinzuziehung von Hilfspersonen de lege lata zulässig ist, vgl. §§ 14 Abs. 5 S. 1, 36 Abs. 2 S. 1 BWahlG.

29 TAB Kurzstudie Nr. 5, E-Voting, S. 3; Gutjahr/Spiecker gen. Döhm/Volkamer, CR 2023, 767 (772).

30 So auch: Brethauer, KritV 1/2021, 3 (23); Gutjahr/Spiecker gen. Döhm/Volkamer, CR 2023, 767 (773).

31 Butzer (Fn. 10), Art. 38 Rn. 96; Müller/Drossel (Fn. 10), Art. 38 Rn. 100; Guckelberger, JA 2012, 561 (565).

32 BVerfGE 123, 39 (76).

33 BVerfGE 79, 161 (165 f.); Guckelberger, JA 2012, 561 (564) mwN; Butzer (Fn. 10), Art. 38 Rn. 69 mwN.

34 Butzer (Fn. 10), Art. 38 Rn. 99; Gutjahr/Spiecker gen. Döhm/Volkamer, CR 2023, 767 (773).

35 Gutjahr/Spiecker gen. Döhm/Volkamer, CR 2023, 767 (773).

36 BVerfGE 59, 119 (125); Morlok (Fn. 16), Art. 38 Rn. 125.

37 Vgl. dazu: Brethauer, KritV 1/2021, 3 (19 f.).

Schadsoftware technisch ausgelesen werden.³⁸

V. Öffentlichkeitsgrundsatz

Die in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ausdrücklich genannten Wahlrechtsgrundsätze werden von dem ungeschriebenen Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl ergänzt, der besondere Herausforderungen für digitale Wahlen birgt und an dem die Verfassungsmäßigkeit der Wahlgeräte in der Wahlcomputerentscheidung³⁹ des Bundesverfassungsgerichts scheiterte. Er leitet sich aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, 2 GG her, und beruht auf den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für Demokratie, Republik und Rechtsstaat.⁴⁰ Der Öffentlichkeitsgrundsatz gebietet die Transparenz beziehungsweise Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit des gesamten Wahlprozesses für die Öffentlichkeit, das heißt des Wahlvorschlagsverfahrens, der Wahlhandlungen und der Ermittlung des Wahlergebnisses.⁴¹ Dies soll einen rechtmäßigen und manipulationsfreien Vorgang gewährleisten, von der sich die Wählerinnen und Wähler zur Stärkung ihres Vertrauens in einen korrekten und sicheren Ablauf des demokratischen Wahlvorgangs überzeugen können sollen.⁴² Digitale Wahlen sind mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit nur dann vereinbar, wenn „alle wesentlichen Schritte der Wahl der Überprüfung durch die Öffentlichkeit unterliegen“.⁴³ Jeder Bürger und jede Bürgerin muss auch ohne besondere technische Vorkenntnisse in der Lage sein, die zentralen Schritte der Wahl zuverlässig nachvollziehen und verstehen zu können.⁴⁴ Neben der Öffentlichkeit des Wahlverfahrens an sich muss auch die sog. Individualkontrolle ge-

währleistet sein, wonach die einzelne wahlberechtigte Person nachvollziehen können muss, ob ihre getroffene Wahlentscheidung korrekt erfasst und gezählt wurde.⁴⁵ Da die einzelnen Verarbeitungsschritte des Wahlvorgangs der öffentlichen Wahrnehmung entzogen sind, ergeben sich aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz erhebliche Hürden für die konkrete technische Ausgestaltung und Umsetzung des e-Votings.⁴⁶

Zunächst ergibt sich für digitale Wahlen die Schwierigkeit, dass aufgrund der ortsungebundenen Stimmabgabe keine öffentliche Kontrollmöglichkeit darüber besteht, dass nur wahlberechtigte Personen wählen. Damit besteht erneut eine Parallele zu Briefwahlen, bei denen diese Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes aufgrund der Stärkung der Allgemeinheit und der Gleichheit der Wahl als gerechtfertigt gilt.⁴⁷ Allerdings muss ferner gewährleistet sein, dass die Öffentlichkeit den weiteren informationstechnischen Vorgang ebenfalls nachvollziehen und kontrollieren kann. Anders als bei Briefwahlen erfolgt keine analoge Erfassung der Stimmen auf Wahlzetteln und keine händische Stimmauszählung in den Wahllokalen, sondern eine elektronische Auswertung der Stimmen. Dies mag zwar zu zeiteffektiveren und weniger fehleranfälligen Auszählung führen,⁴⁸ allerdings dürfen die Wählerinnen und Wähler nicht darauf verwiesen sein, „nach der elektronischen Stimmabgabe allein auf die technische Integrität des Systems zu vertrauen“.⁴⁹ Gegen die Einführung digitaler Wahlen lässt sich daher ins Feld führen, dass diese nicht der Notwendigkeit gerecht werden können, dass die Kon-

38 TAB Kurzstudie Nr. 5, E-Voting, S. 21 f.; *Beckert/Budurushi* Aktuelle Entwicklungen im Kontext von Online-Wahlen, S. 15 (25 f.); shorturl.at/ke07D, zuletzt besucht am 17.9.2024; *Gutjahr/Spiecker gen. Döhmman/Volkamer*, CR 2023, 767 (773).

39 BVerfGE 123, 39 – Wahlcomputer.

40 BVerfGE 123, 39 (68); siehe dazu auch: *Trute* (Fn. 16), Art. 38 Rn. 92 mwN.; *Morlock*, JuS 2022, 1019 (1020).

41 *Butzer* (Fn. 10), Art. 38 Rn. 101; *Müller/Drossel* (Fn. 10), Art. 38 Rn. 104; *Morlock*, JuS 2022, 1019 (1022).

42 BVerfGE 123, 39 (70); BVerfGE 121, 266 (291).

43 BVerfGE 123, 39 (73).

44 BVerfGE 123, 39 (69).

45 *Bretthauer*, KritV 1/2021, 3 (25); *Gutjahr/Spiecker gen. Döhmman/Volkamer*, CR 2023, 767 (774); *Bretthauer/Spiecker gen. Döhmman*, NZS 2020, 241 (246).

46 *Müller/Drossel* (Fn. 10), Art. 38 Rn. 105 mwN.; BVerfGE 123, 39 (71); eingehend dazu: *Will*, NVwZ 2009, 700 *et passim*.

47 Vgl. *Trute* (Fn. 16), Art. 38 Rn. 97.

48 *Bretthauer*, KritV 1/2021, 3 (13).

49 BVerfGE 123, 39 (73).

trolle des Wahlvorgangs jedermann ohne besonderes informationstechnisches Know-How offensteht.⁵⁰ Allerdings ist der Öffentlichkeitsgrundsatz nicht schrankenlos gewährleistet, sondern nur insoweit, wie nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen.⁵¹ Mit Blick auf die bereits aus Sicherheitsgründen notwendige technische Komplexität digitaler Stimmabgabe und -auswertungsverfahren bestehen erhebliche Zweifel, dass eine Nachvollziehbarkeit für jedermann gewährleistet werden kann. Dies ist insbesondere mit Blick auf weniger technikversierte Bevölkerungsgruppen, die wenig(er) Verständnis für technische Prozesse haben, kritisch zu bewerten, da diese selbst wenn objektiv eine Möglichkeit besteht, den Prozess nachzuvollziehen,⁵² subjektiv womöglich nicht auf diese zugreifen können. Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass etwaige Manipulationen der Wahl, die der Öffentlichkeitsgrundsatz ebenfalls vorbeugen bzw. korrigieren will,⁵³ nicht nur schwerer erkennbar und nachvollziehbar für die Öffentlichkeit sind, sondern zugleich potentiell deutlich größere Dimensionen betreffen, als dies bei Manipulationen von Briefwahlen der Fall ist.⁵⁴

D. FAZIT

Ob digitale Wahlen verfassungsgemäß sind, lässt sich nicht allgemein, sondern stets nur in Bezug auf eine konkrete technische Umsetzung beantworten. Obgleich viele Argumente wie die potentielle Stärkung der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl sowie die Modernisierung und Effektivierung des Wahlverfahrens für e-Voting sprechen mögen, birgt dessen Umsetzung zugleich diverse Risiken. Vermag man diesen Gefahren technisch zu begegnen, *kann* die Einführung digitaler Wahlen verfassungsgemäß sein – jedoch lediglich als ergänzende Alternative, nicht hingegen als Ersatz zu den traditionellen Stimmabgabeverfahren.

ren dienen. Insoweit muss gewährleistet sein, dass den Wählerinnen und Wählern weiterhin die Möglichkeit der Stimmabgabe in einem Wahllokal mit geschützter Umgebung offensteht. Dies ist nicht zuletzt in Anbetracht der Symbolwirkung der Stimmabgabe in einem Wahllokal sowie dem gesellschaftlichen Gemeinschaftsgefühl bei Ausübung des aktiven Wahlrechts geboten, auch mit Blick darauf, dass reine digitale Distanzwahlen potentiell die Außenwirkung des Wahltages minimierten.⁵⁵

50 BVerfGE 123, 39 (70).

51 BVerfGE 123, 39 (73).

52 Vgl. etwa zu Möglichkeiten bei blockchainbasierten Wahlen: *Mast*, JZ 2021, 237 (243 f.).

53 BVerfGE 123, 39 (69); *Trute* (Fn. 16), Art. 38 Rn. 92 mwN.

54 Dies gilt auch in Bezug auf Fehlfunktionen des Systems, vgl. *Gutjahr/Spiecker gen. Döhmman/Volkamer*, CR 2023, 767 (770 f.).

55 *Hahlen*, in: Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 35 Rn. 9, ebenfalls kritisch: *Gutjahr/Spiecker gen. Döhmman/Volkamer*, CR 2023, 767 (776).

Aufsatz:

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum „dritten Geschlecht“ und geschlechtergerechte Sprache

Viviane Triems (B.A., LL.B.)*

Der Artikel geht der Frage nach, ob der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum „Dritten Geschlecht“ auch eine Notwendigkeit einer geschlechtergerechten Rechtsprache begründet. Er basiert auf der Probeseminararbeit der Verfasserin, die im Seminar „Frauen im Recht“ im Sommersemester 2022 bei Prof. Frauke Brosius-Gersdorf entstand und wurde vor der Veröffentlichung unter Betreuung von Herrn Isa Bilgen (Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Schmidt) nochmals überarbeitet.

EINLEITUNG

A.

„Geschützt ist auch die geschlechtliche Identität jener Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind.“¹

Mit diesem Beschluss verändert das Bundesverfassungsgericht 2017 die rechtliche Stellung von trans*, inter* und nichtbinären Personen.² Die Existenz mehrerer Geschlechter außerhalb des binären Systems wird somit anerkannt. Nun werden in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht nur Frauen und Männer aufgrund ihres Geschlechts vor Diskriminierung geschützt, sondern auch Menschen, die diesen Kategorien nicht angehören oder sich diesen nicht zugehörig fühlen.³ Daraus entspringt die Frage, ob sich dahingehend auch die Sprache von Gesetzen anpassen sollte. Nach jahrhundertlanger faktischer und rechtlicher Benachteiligung trug die Frauenrechtsbewegung einen großen Teil an der Entstehung des Art. 3 Abs. 2 S. 1 und S. 2 bei.⁴ Daraus folgte auch das Gender Mainstreaming, welches als Gemein-

schafts- und Querschnittsaufgabe alle Einheiten einer Organisation betreffen soll, um Geschlechtergleichstellung voranzutreiben.⁵ Die Verpflichtung zum Gender Mainstreaming wird mit Art. 3 Abs. 2 GG begründet. Demzufolge soll der Staat die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter fördern und bestehende Benachteiligungen beseitigen.⁶ Die deutsche Rechtssprache wurde seit der Niederschrift des Gleichheitsgrundsatzes jedoch nicht angepasst. Demnach soll das generische Maskulinum grammatisch zwar alle Geschlechter involvieren, jedoch beruht es auf der Ansprache nur männlicher Personen. Es soll nachgehend untersucht werden, ob und inwiefern Rechtsprache geschlechtergerecht etabliert werden könnte.

B. DAS „DRITTE GESCHLECHT“

Das Bundesverfassungsgericht sieht eine weite Interpretation des Geschlechtsmerkmals und folglich eine Inkludierung von inter* und trans* sowie nichtbinären Personen in den

* Die Autorin hat 2023 ihren LL.B. an der Universität Potsdam mit dem Schwerpunktbereich Internationales Recht (SPB 8) abgelegt und studiert nun im Master of Laws an der Fernuniversität Hagen.

1 BVerfGE 147, 1 (16 Rn. 40.).

2 Zu den Definitionen von Transgeschlechtlichkeit, Intergeschlechtlichkeit und Nichtbinarität: *Sanders*, NZFam 2018, 241 (242 ff.).

3 BVerfGE 147, 1 (21 Rn. 58.).

4 *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1996, S. 323 und 392 ff.; *Baer/Markard*, in: *Heuber*, Peter M./*Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 361.

5 *Meuser*, in: *Görres Gesellschaft Staatslexikon*, 8. Aufl. 2018, Gender Mainstreaming.

6 *Meuser*, in: *Görres Gesellschaft Staatslexikon*, 8. Aufl. 2018, Gender Mainstreaming.

Schutzrahmen des Gleichheitssatzes als möglich und geboten an.⁷ Der Senat spricht von einer „dauerhaften Zuordnung“ zu einem Geschlecht.⁸ Damit ist jedoch keine genetische Veranlagung, wie bei inter* Personen, vonnöten. Der Beschluss stützt sich auf psychische und soziale Faktoren, die das Geschlecht mitbestimmen. Ebenso wird auf das „eigene Empfinden“ abgestellt.⁹ Daraus ergibt sich ein subjektives Kriterium, welches sich nicht auf rein körperliche Variablen beziehen kann.¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht nennt trans*, inter* und nichtbinäre Personen nicht explizit. Es beruft sich jedoch auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes, welches bereits im Jahr 1996 trans* Personen in den Diskriminierungsschutz mit einbezog.¹¹ Die Änderung des Personenstandsrechts ist die Reaktion der Legislative auf den genannten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 2017. Der Senat stellte fest, dass die Regelungen in § 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG, deren Ausprägungen die geschlechtliche Identität schützen sollten, mittelbar in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifen. Begründet wird dies dadurch, dass die Personen sich in ein binäres System einordnen müssen, das nicht dem eigenen Identitätsempfinden entspricht. Dieser Grundrechtseingriff wird auch nicht durch ein Fehlen des Geschlechtseintrages im Geburtenregister, beseitigt.¹²

Ende 2018 verabschiedete der Bundestag das Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben. In diesem Gesetz wird festgelegt, dass der § 22 Abs. 3 PStG dahingehend erweitert wird, dass der Geschlechtseintrag frei gelassen oder die Angabe „divers“ eingetragen werden kann, wenn das Kind bei Geburt weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet wird.

Ab dem 1. November 2024 ist das Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den

Geschlechtseintrag, auch bekannt als Selbstbestimmungsgesetz, in Kraft. Dadurch soll es trans*, inter* und nichtbinären Personen erleichtert werden den Vornamen sowie den Geschlechtseintrag anpassen zu lassen. Hiermit soll das Recht auf Selbstbestimmung geschützt werden. Im Selbstbestimmungsgesetz steht das Geschlechtsempfinden von Menschen im Vordergrund.¹³ Durch § 2 Abs. 1 SBGG ist es Personen möglich den Personenstandseintrag durch eine andere in § 22 Abs. 3 PStG vorgesehene Angabe zu ersetzen oder den Eintrag gänzlich zu streichen. Im Sinne des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts ist es wichtig, alle Geschlechtsidentitäten im Diskurs zu beachten und Rechtssicherheiten und sprachliche Anpassungen zu etablieren, die nicht nur auf objektivierbare körperliche Faktoren zurückzuführen sind. Das subjektive Empfinden spielt in der Biologie, im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts und im Selbstbestimmungsgesetz eine implizite bzw. auch explizite Rolle. Demnach sollte, nach Ansicht der Verfasserin, im Diskurs auch nicht vom „dritten Geschlecht“ gesprochen werden, wenn nicht nur inter*, sondern auch trans* und nichtbinäre Personen inkludiert werden sollen. Jedoch ist es auch nicht vorausgesetzt, dass inter* Personen sich immer mit dem Geschlechtseintrag „divers“ oder mit keinem Geschlechtseintrag identifizieren. Um alle Personen abzudecken, sollte also nicht eine dritte Geschlechtskategorie eröffnet, sondern Personen die Möglichkeit gegeben werden, sich individuell zu identifizieren. Fraglich ist jedoch, ob die Gesetzgebung auch allen Geschlechtern im Recht einen Platz einräumen möchte oder sich weiterhin auf tradierte Wertevorstellungen berufen will. Die Gesetzesbegründungen beruhten bisher auf der biologischen Objektivierbarkeit und an der Nachweisbarkeit von Variationen der Ge-

7 BVerfGE 147, 1 (21 Rn. 58 ff.).

8 BVerfGE 147, 1 (20 Rn. 56.).

9 BVerfGE 147, 1 (16 Rn. 43.).

10 Körlings, NZA 2018, 282.

11 EuGH, Urt. v. 30. April 1996, P / S und Cornwall County Council, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170, Rn. 20.

12 BVerfGE 147, 1 (16 Rn. 42.).

13 Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften, BGBl. 2024 I Nr. 206 vom 21.06.2024.

schlechtsmerkmale.¹⁴

C. AUSWIRKUNGEN AUF GESCHLECHTERGERECHTE RECHTSPRACHE

Die geschlechtergerechte Sprache knüpft direkt daran an. Wenn der Begrifflichkeit des „dritten Geschlechts“ gefolgt wird, ergeben sich andere Möglichkeiten der sprachlichen Gestaltung, als wenn von einem Spektrum der Geschlechtsidentitäten ausgegangen werden würde. Eine mehr oder weniger etablierte Art der geschlechtergerechten Sprache ist die Doppelnennung. Wenn von drei Geschlechtskategorien ausgegangen wird, könnte eine Dreifachnennung angestrebt werden, um alle Geschlechter abzubilden. Jedoch gibt es kein „drittes Geschlecht“, sondern vielmehr ein Spektrum der Geschlechtsidentitäten. Trans*, inter* und nichtbinäre Personen können teilweise nicht zum „dritten Geschlecht“ zugeordnet werden, da, etwa bei der Nichtbinarität, teilweise davon abgesehen wird, sich auf eine Geschlechtskategorie festzulegen. Demnach ist eine Dreifachnennung nicht zielführend. Ebenso könnte es nämlich zukünftig vorkommen, dass sich Personen auch mit der expliziten Dreifachnennung nicht angesprochen fühlen. Dementsprechend müsste eine allumfassende Lösung gefunden werden, die auf Dauer alle Geschlechter inkludiert. Dies würde nicht nur sprachliche Diskriminierung weiter abbauen. Eine auf Dauer angelegte und offen gestaltete sprachliche Inkludierung aller Geschlechter könnte ständige Veränderungen der Sprache unnötig machen. Ebenso könnte das staatliche Hinwirken auf geschlechtergerechte Sprache als Mittel zur Förderung der Geschlechtergleichstellung gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG dienen.¹⁵ Jedoch herrscht an der Nutzung der geschlechtergerechten Sprache viel Kritik. Sie sei kompliziert, verwirrend, exklusiv und generell seien alle Geschlechter im generischen Maskulinum mitgemeint, da

es sexusneutral sei. Ebenso denken, laut einer psycholinguistischen Studie,¹⁶ Personen bei Berufsbezeichnungen an die gesellschaftliche Situation und die geschlechtliche Prägung der Berufe, wodurch die Assoziation zu einem Geschlecht ausgelöst wird. Die Determination unseres Denkens entspringt also nicht aus der Sprache, sondern der gesellschaftlichen und soziokulturellen Situation.¹⁷ Dementsprechend müsste nicht die Sprache, sondern die gesamtgesellschaftliche Situation verändert werden. Auch bringe die geschlechtergerechte Sprache neue Hürden mit sich und erschaffe neue Barrieren.¹⁸

Personen fühlen sich teilweise vom herkömmlichen Sprachgebrauch nicht wahrgenommen oder wertgeschätzt. Die neuen Wortschöpfungen bringen die Mühe zum Ausdruck, inklusiv zu

formulieren.¹⁹ Gesetze werden von Menschen für Menschen entwickelt. Dabei sollen sie die Normen und Werte der gesellschaftlichen Dynamik abbilden. Gesetze sind wandelbar und sollen vor allem im Laufe der gesellschaftlichen Entwicklungen daran angepasst werden. Sprache ist der Hauptbestandteil der Gesetzgebung und sollte demnach auch die gesellschaftlichen Dynamiken darstellen. Wenn Personen sich vom generischen Maskulinum diskriminiert, nicht wahrgenommen und nicht wertgeschätzt fühlen, sollte dies in die Überlegungen einer Weiterentwicklung der Sprache mit einbezogen werden.

Es erscheint zudem sinnvoll, dass Personen als typisch männlich geltende Berufsbezeichnungen auch eher mit Männern assoziieren. Vor allem, wenn sie mit der maskulinen Form niedergeschrieben werden. Laut einer Statistik von 2021 sind nach wie vor Frauen in sozialen und geisteswissenschaftlichen Berufen und Männer in handwerklichen sowie naturwis-

¹⁴ BT-Drs. 19/4669.

¹⁵ Universität Potsdam, Sprachlich unsichtbar – Über Geschlechtervielfalt in der Sprache des Rechts, www.uni-potsdam.de/de/nachrichten/detail/2022-04-05-sprachlich-unsichtbar-ueber-geschlechtervielfalt-in-der-sprache-des-rechts, zuletzt besucht am 12.9.2024.

¹⁶ Gygas et al., *Language & Cognitive Processes* 2008, 464 (480).

¹⁷ Kowalski, *NJW* 2020, 2229 (2230).

¹⁸ Stein, *Ziemlich unsensibel*, taz v. 23.9.2021, taz.de/Geschlechtergerechte-Sprache/!5798203/, zuletzt besucht am 13.9.2024.

¹⁹ Ahrens, *IPRB* 2022, 36 (37).

senschaftlichen Berufen überrepräsentiert.²⁰ Jedoch zeigt sich, dass gezielte weibliche Berufsbezeichnungen in eher männlich dominierten Berufen Kinder jeden Geschlechts zutrauen lassen, den Beruf später einmal auszuführen.²¹ Des Weiteren spielt auch die geringere Bezahlung von typisch weiblich dominierten Berufen eine Rolle und wie viele Personen des gleichen Geschlechts in dem Berufsfeld aktiv sind.²² Es erscheint vor diesem Hintergrund als sinnvoll, Berufsbezeichnungen als Beispiel für unseren Sprachgebrauch heranzuziehen. Denn die Erwerbsarbeit macht einen großen Teil des eigenen sowie des gesellschaftlichen Lebens aus. Am Beispiel der psycholinguistischen Studie zeigt sich, dass Begriffe soziokulturell aufgeladen sind und Assoziierungen determinieren. Es braucht also einen gesamtgesellschaftlichen Ansatz, um die Geschlechtergleichstellung voranzubringen. Die Sprache allein wird dies wohl nicht schaffen. Allerdings sollte die Sprache nicht als unwichtiger Faktor angesehen werden. Personen können durch Sprache diskriminiert, aber auch gefördert und wertgeschätzt werden. Sprache kann also eine wichtige Stellschraube sein in der großen Maschinerie, die zur Geschlechtergleichstellung führt. Das Argument gegen geschlechtergerechte Sprache im Sinne der Entwicklung neuer Hürden durch das Fehlen fester Regeln und der Verschiebung der Bedeutung von Sonderzeichen ist nachvollziehbar und gerechtfertigt. Die Nutzung von substantivierten Partizipien und geschlechtsindifferenten Personenbezeichnungen erscheint zurzeit als die einfachste Möglichkeit, alle Geschlechter zu inkludieren. Da in Doppelnennungen nur binäre Geschlechter angesprochen werden, erscheint dennoch die Nutzung von inklusiven Zeichen bei direkten

Personenbezeichnungen als weniger diskriminierend. Bei der Entwicklung der geschlechtergerechten Sprache muss gleichwohl Rücksicht auf Barrierefreiheit genommen werden, damit keine exklusive Sprache entsteht.

D. RECHTSPRECHUNG UND GESETZGEBUNG

Noch 2020 entschied sich das Bundesverfassungsgericht gegen die Verpflichtung zur Nutzung geschlechtergerechter Sprache in Formularen und Vordrucken der Sparkasse.²³ Die Klägerin fühlte sich in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt und sah eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes. Jedoch entschied wiederum das Landgericht Ingolstadt 2022, dass ein Audi-Mitarbeiter nicht in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt sei, wenn die Audi AG in Mailanhängen und Präsentationen geschlechtergerechte Sprache verwendet.²⁴ Die Rechtsprechung verändert sich also, jedoch sieht sie v.a. die Gesetzgebung in der Pflicht, geschlechtergerechte Sprache in Gesetzen zu etablieren. Die Judikative kann sich lediglich auf die vorhandenen Gesetze berufen und ist demnach mehr oder weniger an die genutzte Sprache, also die Verwendung des generischen Maskulinums, gebunden.²⁵

Im Juli 2020 verkündete die sächsische Staatsregierung, „dass Gesetze und Rechtsverordnungen im Freistaat Sachsen künftig in einer geschlechtergerechten Sprache formuliert werden“.²⁶ Justiz- und Gleichstellungsministerin Katja Meier begründet dies damit, dass die Rechtssprache nach wie vor von der Zeit geprägt ist, in der Geschlechtergleichstellung nicht gegeben war. Demnach soll die Geschlechtergleichstellung zukünftig auch sprachlich zum Ausdruck kommen

20 Statista, Anteil von Frauen und Männern in verschiedenen Berufsgruppen in Deutschland am 30. Juni 2021, de.statista.com/statistik/daten/studie/167555/umfrage/frauenanteil-in-verschiedenen-berufsgruppen-in-deutschland/, zuletzt besucht am 13.9.2024.

21 *Vervecken/Hannover*, Social Psychology 2015, 76 (76 ff.).

22 Bundeszentrale für politische Bildung, Typisch Frau, typisch Mann? - Das Nichtgedachte ausprobieren, www.bpb.de/themen/bildung/dossier-bildung/258287/typisch-frau-typisch-mann-das-nichtgedachte-ausprobieren/, zuletzt besucht am 12.9.2024.

23 BVerfG, Beschl. v. 26.05.2020 – 1 BvR 1074/18 – WM 2020, 1304.

24 Redaktion beck-aktuell, Audi lehnt Kompromiss in Gendersprache-Prozess ab, 14.6.2022, [becklink 2023544](https://www.beklink.de/2023/544).

25 BVerfG, Beschl. v. 26.05.2020 – 1 BvR 1074/18 – WM 2020, 1304.

26 Sächsisches Staatsministerium der Justiz und für Demokratie, Europa und Gleichstellung, Pressemitteilung vom 7.7.2020.

und somit sichtbar gemacht werden. Auch im Brandenburger Landtag wurde am 23.6.2022 eine Verfassungsänderung angenommen, die geschlechtergerechte Sprache in der Verfassung etablieren soll. Dazu veröffentlichte die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen im November 2021 ein Rechtsgutachten bezüglich geschlechtergerechter Sprache.²⁷ Darin wird mit einem Zitat von Konrad Hesse dargestellt, dass „die Verfassung als Ordnung so zu gestalten ist, daß sie die Zustimmung der Menschen findet, die unter ihr leben sollen“.²⁸ Demnach solle die Verfassung auch so ausgestaltet werden, dass sich Menschen angesprochen und nicht ausgeschlossen fühlen müssen.²⁹ Verfassungstexte müssen sich, als übergeordnete Rechtstexte, einer Sprache bedienen, die verständlich ist und eine Allgemeingültigkeit aufweist. Dabei ist zu beachten, dass v.a. Verfassungstexte für juristische Laien halbwegs verständlich sein müssen, um als Gründungsdokumente einer politischen Gemeinschaft funktionieren zu können.³⁰ Die Verfassung muss ein festes Fundament haben, welches die Voraussetzung für einen durch gleichberechtigte politische Rationalität, Teilhabe, Offenheit und Willkürfreiheit geprägten Diskurs ist, wie der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Andreas Voßkuhle, zutreffend konstatiert.³¹ Der Zusammenhang zwischen dem Inhalt demokratischer Verfassungen und deren sprachlicher Form, um demokratische Grundbedingungen der politischen Teilhabe zu sichern, legt die möglichst inklusive Formulierung der Verfassung nahe. Demnach sollten auch diejenigen explizit benannt werden, welche am Verfassungsleben teilnehmen.³² In dem Rechtsgutachten wird davon abgeraten, eine Doppelnennung zu benutzen, da trans*, inter* und nichtbinäre Personen existieren.³³ Die Verfassungsänderung Brandenburgs beinhaltet keine Nutzung

von inklusiven Zeichen in Personenbezeichnungen. Es wird zukünftig auf geschlechtsindifferente Bezeichnungen und substantivierte Partizipien zurückgegriffen. Überall, wo diese Möglichkeiten ihre Grenzen finden, wird die Doppelnennung genutzt.³⁴ Die zukünftige Verwendung geschlechtergerechter Sprache in der Brandenburgischen Landesverfassung ist angesichts der von Verfassung wegen geforderten Geschlechtergleichstellung ein notwendiger Schritt. Jedoch ist die bloße Doppelnennung aufgrund der Nichtbinarität der Gesellschaft ungeeignet, um in der Rechtssprache die gesamte Gesellschaft abzubilden.

E. FAZIT

Geschlechtergerechte Sprache ist in den letzten Jahren ein immer wichtigeres Thema geworden. Dies zeigt sich in der medialen Nutzung von Binnen-Doppelpunkten, über Professor*innen, die in ihren Vorlesungen „gendern“ bis in die Nutzung geschlechtergerechter Sprache in der Verfassung Brandenburgs. Aktuelle wissenschaftliche Studien gehen von einem Geschlechtsspektrum aus und nicht von einem binären System. Dabei spielen nicht nur körperliche Merkmale eine Rolle, sondern auch das subjektive Empfinden. Diesen Ansatz verfolgt auch das Bundesverfassungsgericht, nach dessen Beschluss der diverse Geschlechtseintrag folgt. Auch in der Gesetzgebung wird inzwischen, aufgrund des Selbstbestimmungsgesetzes, ein Heranziehen des Geschlechtsempfindens ermöglicht. Die Existenz eines Geschlechtsspektrums hat Auswirkungen auf alle Rechtsbereiche und somit auch auf die Rechtssprache. Das generische Maskulinum ist etabliert, dementsprechend leicht verständlich und hat die Chance, barrierefrei/barrierearm ausgestaltet zu werden. Allerdings beruht die Nutzung des generischen Maskulinums auf einer Zeit, in der nur männ-

27 Mangold, Geschlechtergerechte Sprache in der Verfassung des Landes Brandenburg, gruene-fraktion-brandenburg.de/uploads/documents/Publikationen/210501-Mangold-Gutachten-Geschlechtergerechte-Sprache-Landesverfassung-Brandenburg.pdf, zuletzt besucht am 12.9.2024.

28 Hesse, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, S. 3 (6 Rn. 6).

29 Mangold, (Fn. 27), S. 6.

30 Mangold, (Fn. 27), S. 7.

31 Voßkuhle, AöR 1994, 35 (35 f.).

32 Mangold, (Fn. 27), S. 11.

33 Mangold, (Fn. 27), S. 14 ff.

34 LT Brandenburg Drs. 7/5718.

liche Personen Rechtssubjekte waren. Frauen mussten gewissermaßen nicht angesprochen werden. Von trans*, inter* und nichtbinären Personen ganz zu schweigen. Die Frauenrechtsbewegung spielte in der Entstehung des Art. 3 Abs. 2 S. 1, S. 2 GG eine entscheidende Rolle. Seitdem muss der Staat für Geschlechtergleichstellung aufkommen. Jedoch wurde die Sprache seitdem nicht angepasst. Frauen, trans*, inter* und nichtbinäre Personen seien im generischen Maskulinum mitgemeint, da es sexusneutral sei. Aufgrund der historischen Entwicklung der Sprache ist dies kritisch zu betrachten. Die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erscheint als gegeben, wenn Personen standardmäßig mit der falschen Personenbezeichnung angesprochen werden. Eine Anpassung der Sprache dahingehend, dass alle Geschlechter angesprochen werden, erscheint notwendig. Doch die geschlechtergerechte Sprache sorgt für Unmut, durch Veränderung der Sprache, eventuelle Verkomplizierungen durch ungewohnte inklusive Zeichen und starkem politischem Druck. Demnach muss eine Lösung gefunden werden, die barrierearm/barrierefrei und leicht verständlich ist sowie alle Geschlechter inkludiert, um geschlechtsspezifische Diskriminierung abzubauen. Zurzeit werden viele Möglichkeiten ausprobiert, die zu diesem Ziel führen könnten. Besonders sind die substantivierten Partizipien, sowie geschlechtsindifferente Bezeichnungen hervorzuheben, da sie als am einfachsten umzusetzen erscheinen. Bzgl. direkten Personenbezeichnungen wird aktuell noch auf Doppelnennungen zurückgegriffen, die jedoch trans*, inter* und nichtbinäre Personen außen vorlassen. Die Nutzung von inklusiven Zeichen scheint besser angebracht zu sein als die Nutzung binärer Personenbezeichnungen. Die Verfassungsänderung Brandenburgs sowie die (Selbst-)Verpflichtung der Sächsischen Staatsregierung, geschlechtergerechte Sprache zu nutzen, sind erfreuliche Entwicklungen Richtung Verringerung der geschlechtsspezifischen Diskriminierung.

Aufsatz:

Anonymität in den sozialen Medien

Frida Vollhardt, Kenza El Amri und Shirin Hildebrandt*

Der Aufsatz wurde im Sommersemester 2024 von den Autorinnen aus Interesse an der Thematik erarbeitet.

„Das wird man ja wohl noch sagen dürfen. In Deutschland herrscht Meinungsfreiheit!“

Ein mittlerweile bekannter Satz, den jeder bestimmt schon einmal gehört hat. Die Anonymität im Internet bietet einerseits die Möglichkeit, Meinungen frei zu äußern, ohne Angst vor Repressalien oder Verfolgung haben zu müssen. Andererseits fördert sie jedoch auch den Missbrauch, indem Hassreden und Fehlinformationen leichter verbreitet werden können. Angesichts dieser Gegensätze stellt sich die zentrale Frage, wie mit der Meinungsfreiheit in sozialen Medien umgegangen werden sollte, um sowohl freie Meinungsäußerung zu gewährleisten als auch Missbrauch effektiv zu begrenzen. Dieser Aufsatz befasst sich mit dieser Frage, indem er zunächst den Schutzbereich der Meinungsfreiheit als Grundrecht beleuchtet und anschließend die Bedeutung der Anonymität in diesem Kontext erörtert. Dabei werden sowohl die rechtlichen Rahmenbedingungen als auch die gesellschaftlichen Implikationen betrachtet.

A. WAS VERSTEHT MAN UNTER DER MEINUNGSFREIHEIT?

Verankert in Art. 5 Abs 1 S. 1 Alt. 1 GG ist die Meinungsfreiheit eines der fundamentalsten Grundrechte für die deutsche Demokratie. Danach ist es allen gestattet, ihre Meinung frei in Wort, Schrift und Bild auszudrücken, selbstverständlich auch im Internet. Gerade Personen, die ihren Hass im Internet ausdrücken, machen häufig geltend, dass ihre Meinungsfreiheit unzulässig beschnitten werde. Oftmals werden dadurch jedoch die Grenzen zwischen Schutzbereich und Schranken der Meinungsfreiheit verwischt. Aufgrund dessen muss geklärt werden, was vom Schutzbereich erfasst ist und was nicht.

Dem Begriff der Meinung wohnt die Subjektivität der Wertung inne.¹ Meinungsäußerungen werden durch das Element der Stellungnahme und der Beurteilung geprägt.² Im Gegensatz dazu stehen Tatsachenbehauptungen, welche dem Beweis zugänglich und objektiv überprüfbar sind.³ Diese werden nur vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst, wenn sie Voraussetzung für die Bildung einer Meinung sind.⁴ Unwahre oder bewusst falsche Tatsachenbehauptungen, worunter auch sogenannte *Fake News* zählen, werden hingegen nicht geschützt.⁵

Dabei ist der Begriff Meinung weit auszulegen. Geschützt wird jegliche Form der Äußerung, unabhängig davon, ob sie als richtig oder falsch, gefährlich oder harmlos angesehen wird.⁶ Eine solch weite Auslegung ist notwendig.

Dabei ist der Begriff Meinung weit auszulegen. Geschützt wird jegliche Form der Äußerung, unabhängig davon, ob sie als richtig oder falsch, gefährlich oder harmlos angesehen wird.⁶ Eine solch weite Auslegung ist notwendig.

* Der Aufsatz wurde im Sommersemester 2024 von den Autorinnen (4. Semester) verfasst und von Johann Remé (Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Frau Prof. Brosius-Gersdorf) betreut und geprüft.

1 Vgl. BGH NJW 1958, 257 (258); Schwarz, JA 2017, 241 (242).

2 BVerfGE 7, 198 (210); Schwarz, JA 2017, 241 (242).

3 Paulus, in: Huber, Michael/ Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 5, Rn. 73.

4 BVerfGE 61, 1 (8); 90, 241 (247); Paulus (Fn. 3) Art. 5, Rn. 81.

5 BVerfGE 54, 208 (219); 61, 1 (8).

6 BVerfGE 90, 241 (247); 124, 300 (320).

wendig, da sonst der grundrechtliche Schutzanspruch verkürzt wäre.⁷ Offene Auseinandersetzungen zu wichtigen politischen Themen wären durch einen zu engen Schutzbereich nicht mehr gewährleistet.⁸

B. DARF MAN DAS SO SAGEN? – DIE GRENZEN DER MEINUNGSFREIHEIT

Eine Grenze ist allerdings überschritten, wenn eine Äußerung als Schmähkritik oder Formalbeleidigung einzuordnen ist.⁹ Wenn eine Äußerung als solche erkannt wird, ist diese nicht mehr vom Schutzbereich erfasst. Denn die Grenzen der Meinungsfreiheit liegen dort, wo die Rechte Dritter verletzt werden.¹⁰ Eine Aussage nimmt den Charakter einer Schmähkritik an, wenn die Kritik keinerlei sachliche Bezugspunkte mehr aufweist und es nur noch um die Erniedrigung einer Person als solche geht.¹¹ Dabei ist eine Interpretation im Einzelfall notwendig.¹² Eine Formalbeleidigung liegt bei gesellschaftlich missbilligten und tabuisierten Begrifflichkeiten vor, spricht bei besonders herabwürdigenden Aussagen oder Schimpfwörtern.¹³ Liegt eine solche Formalbeleidigung vor, findet keine Abwägung statt und der Ehrschutz setzt sich immer durch.¹⁴ Meinungsäußerungen dürfen geistig provozieren und Hassreden liegen nicht automatisch außerhalb des Schutzbereiches der Meinungsfreiheit.¹⁵ Es ist jedoch möglich, diese zu unterbinden.

C. SCHRANKEN DER MEINUNGSFREIHEIT

Die Meinungsfreiheit wird nicht vorbehaltlos gewährt. Die in Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisteten Freiheiten finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, in den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre, Art. 5 Abs. 2 GG.¹⁶ Nach der Definition liegt ein allgemeines Gesetz vor, wenn „es sich weder gegen die Meinungsfreiheit an sich noch gegen bestimmte Meinungen richtet, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dient“.¹⁷ Es handelt sich hierbei um einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt.¹⁸ Ein solches Gesetz stellt beispielsweise § 185 StGB dar. Herablassende Äußerungen werden zwar grundsätzlich vom Schutzbereich erfasst, können jedoch auf der Ebene der Schranken durch § 185 StGB strafrechtlich sanktioniert werden.

Vor allem im Internet ist es aufgrund der schnellen Verbreitung von Informationen und Nachrichten schwer, eine Abgrenzung vorzunehmen. Durch eine schnelle Verbreitung von Informationen und Kommentaren auf sozialen Plattformen, sowie die meist bestehende Anonymität, fällt es schwer, klare Grenzen zu ziehen. Zudem kommt hinzu, dass Algorithmen sozialer Netzwerke polarisierende Inhalte bevorzugt verbreiten, was die Publizität solcher Äußerungen verstärken kann.¹⁹ Diese Dynamiken erschweren eine effektive Kontrolle und stellen rechtliche Normen wie § 185

7 Bethge, in: Sachs, Michael (Hsrg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 29; Schwarz, JA 2017, 241 (242).

8 BVerfGE NJW 2020, 2622 (2623).

9 Fahl, NSTZ 2016, 313 (315 f.).

10 BVerfGE 82, 272 (278); Düring/Herzog/Scholz, in: Herzog, Roman/ Scholz, Rupert/ Herdegen, Matthias/ Klein, Hans H. (Hsrg.), Grundgesetz, 104. Aufl. 2024, Art. 5, Rn. 169.

11 Hufen, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 25 Rn. 36.

12 BVerfGE NJW 2006, 3769, (3770); 2019, 2600 (2600).

13 BVerfGE NJW 2020, 2622 (2624).

14 BVerfGE NJW 1995, 1697 (1703).

15 Bethge (Fn. 7), Art. 5 Rn. 35a.

16 Epping, Grundrechte, 10. Aufl. 2024, Kapitel 5: Kommunikationsgrundrechte, Rn. 239.

17 BVerfGE 97, 125 (146).

18 Epping (Fn. 16), Kapitel 5: Kommunikationsgrundrechte, Rn. 239.

19 Friedrich-Ebert-Stiftung, „Hate Speech im Internet – Verbreitung und Gegenstrategien“, www.fes.de/unboxing-hate-speech-konferenz, zuletzt besucht am 06.09.2024.

StGB vor neue Herausforderungen.²⁰

D. SCHRANKEN-SCHRANKEN DER MEINUNGSFREIHEIT

Zwischen den allgemeinen Gesetzen und der Meinungsfreiheit besteht eine wechselseitige Beziehung. Angesichts der hohen Bedeutung dieses Grundrechts für die Demokratie wurde die Wechselwirkungslehre entwickelt, welche eine meinungsfreundliche Auslegung im Grundsatz vorsieht.²¹ Bei der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter sind nur solche Maßnahmen verfassungsgemäß, die zum Schutz der in Art. 5 Abs. 2 GG genannten sowie ungenannten Rechtsgüter erforderlich sind. Es sollte dabei stets ein angemessenes Verhältnis zwischen den zu schützenden Rechtsgütern und den Beschränkungsmaßnahmen bestehen.²²

Bei der Entstehung des Grundgesetzes orientierte man sich damals an den zeitüblich bekannten Medien, wie beispielsweise Zeitungen. Vor allem aber die modernen Medien, lassen sich nur schwer eindeutig in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1, S. 2 GG einordnen.²³ Dies führt zu neuen Herausforderungen, insbesondere bei der Abgrenzung zwischen Meinungsfreiheit und Beleidigungen. Diese Problematik zeigt sich auch in der oft unzureichenden Strafverfolgung in diesem Bereich.

E. DIE BESONDERHEIT DES INTERNETS – DIE ANONYMITÄT

Die Meinungsfreiheit erlangt durch die Sozialen Medien eine neue Dimension. Die Plattformen bieten eine zuvor noch nie da gewesene Möglichkeit der Kommunikation und Informationsverbreitung. Durch die immense Reichweite ist es jedem möglich, ein globales Publikum zu erreichen, was die Wirkung von Meinungsäußerungen erheblich verstärkt. Dabei spielt die Anonymität eine zentrale Rol-

le. Der Eindruck schrankenloser Meinungsfreiheit entsteht und somit werden wir nun alle Zeugen von Formalbeleidigungen und Schmähkritik im digitalen Raum.

Ein möglicher Grund für dieses Phänomen findet sich in der Anonymisierung der Nutzer. Auffallend ist, dass Kommentare in den seltensten Fällen unter einem Klarnamen verfasst werden. Oftmals liest man Pseudonyme oder zufällig gewählte Buchstaben- und Zahlenreihenfolgen. Die Verfasser? Kaum verfolgbar, sie schreiben anonym. Dies bietet nicht nur die Möglichkeit, uneingeschränkt Meinungen zu äußern, sondern eröffnet geradezu die Türen für Verbreitung von Hassrede, Fehlinformationen, Formalbeleidigungen und Schmähkritik. Die Tatbestandsmäßigkeit ist nach wie vor an den bestehenden Strafnormen des StGB zu messen, das heißt, eine in der analogen Welt ausgesprochene Beleidigung unterscheidet sich hinsichtlich ihrer Tatbestandsmäßigkeit nicht von einer solchen im digitalen Raum. Lediglich das Tatmittel verändert sich, was für die Strafbarkeit der Aussage allerdings unbeachtlich ist.²⁴

I. Welche Bedeutung hat Anonymität in diesem Kontext?

Unter Anonymität oder Pseudonymität ist das Verändern personenbezogener Daten zu verstehen, so dass Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand zu bestimmen sind oder bestimmbar natürlichen Personen zugeordnet werden können.²⁵ Wer hinter Nutzerprofilen steckt, ist nur noch selten nachvollziehbar. Durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG werden auch anonyme Meinungsäußerungen und -verbreitung geschützt.²⁶ Das heißt, es ist durchaus legitim, eigene Meinungen anonym auf sozialen Platt-

20 Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, „Meinungsfreiheit und ihre Grenzen im Internet“, www.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Fachpublikationen/2020_Ressortbericht_Nachhaltigkeit.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt besucht am 06.09.2024.

21 Paulus (Fn. 3), Art. 5 Rn. 311.

22 Ipsen, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2021, § 10 Rn. 488.

23 Manssen, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2022, § 16 Rn. 395.

24 Ceffinato, JuS 2020, 495 (495).

25 Härtling, NJW 2013, 2065 (2065).

26 Kersten, JuS 2017, 193 (193).

formen zu teilen, solange es bei Meinungsäußerungen bleibt. Durch zahlreiche Formalbeleidigungen, die man regelmäßig in den Kommentarspalten der sozialen Netzwerke liest, wirkt das Recht im digitalen Raum, im Vergleich zum realen Raum, grenzenlos. Jedem wird hier die Plattform geboten nach individuellem Mitteilungsbedürfnis, Alles zu äußern. Konsequenzen drohen meistens nicht, auch bei Kommentaren, die nicht mehr in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen. Obwohl der Begriff Meinung weit zu verstehen ist²⁷ und jedenfalls Ansichten, Auffassungen, Überzeugungen, Wertungen, Urteile, Einschätzungen und Stellungnahmen²⁸ umfasst, findet die Meinungsfreiheit dort ihre Schranke, wo sie zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte Dritter gebraucht wird,²⁹ darunter fällt auch das Recht der persönlichen Ehre (Art. 5 Abs. 2 GG).³⁰

Verletzt die Äußerung die Menschenwürde, stellt sie eine Formalbeleidigung dar oder mündet sie in einer Schmähkritik, so fällt sie nicht mehr in den sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit³¹ und die Schutzpflicht für das Persönlichkeitsrecht greift. Die rechtliche Reaktion unterscheidet sich im digitalen Raum im Vergleich zu der im realen Raum. Für rechtswidrige anonyme Persönlichkeitsverletzungen stehen Beobachtungs-, Prüfungs- und Löschpflichten von Betreibern der jeweiligen Plattformen (Host Providern bzw. Intermediäre) im Mittelpunkt der Rechtsentwicklung.³² An diesem Punkt greifen mehrere Problemfelder ineinander, die letztlich den Grund für die Frage der Inpflichtnahme der Betreiber, sowie die mittelbare Verantwortlichkeit darstellen.³³

Zunächst ist die Identität des jeweiligen Urhebers einer Äußerung, wenn dieser das Internet unter Verwendung von Verschlüsselungstechniken

(etwa via VPN-Client) betritt, kaum zu ermitteln, dies wird zusätzlich durch fehlende Verifikationsverfahren beim Anmeldeprozess erschwert. Selbst wenn einzelne Nutzer ermittelbar wären, würde eine Strafverfolgung sämtlicher Täter vermutlich die Ressourcen der Justiz sprengen. Ebenfalls problematisch ist die „Architektur derartiger Plattformen“³⁴ da die Äußerungen, sofern sie nicht gelöscht werden, für jedermann sichtbar sind mit der Folge, dass die potenzielle Straftat durch das verwendete Medium eine große Aufmerksamkeit erlangt.³⁵ Fehlende Konsequenzen sorgen ebenfalls für den Eindruck bei anderen Nutzern, dass derartige Äußerungen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen. Da die innerstaatlichen Behörden von fehlenden gesetzlichen Vorgaben ausgehen und sich US-amerikanisches Unternehmen auf die Meinungsfreiheit seiner Nutzer (freedom of speech) berufen, nimmt sich das Unternehmen das Recht, selbst zu entscheiden, welche (strafbaren) Äußerungen zu welchem Zeitpunkt gelöscht werden.

II. Welche Auswirkungen hat das?

Nutzer müssen für ihre Meinungen nicht mehr einstehen. Dies ist einerseits positiv, da ihnen nun die absolute Freiheit zusteht Alles zu äußern, was regelmäßig zu vielschichtigen Debatten im digitalen Raum führen kann, an der jeder mit Zugang teilnehmen kann, erweitert also bereits vorhandene Debattenkultur. Andererseits wird so unter dem Deckmantel der Anonymität die Meinungsfreiheit missbraucht. Betroffenen Personen wird durch die Anonymität oftmals die Möglichkeit der Gegenwehr genommen, sie können lediglich den jeweiligen Nutzer oder die jeweilige Äu-

27 BVerfGE 61, 1 (9); 71, 162 (179).

28 BVerfGE 33, 1 (14 f.); 93, 266 (289); Starck/Paulus in: Huber, Peter M./ Voßkuhle, Andreas (Hsrg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 73.

29 Di Fabio, Grundrechtsgeltung im digitalen System, 2016, S. 56 Rn. 53; Kersten, JuS 2017, 193 (194).

30 Di Fabio (Fn. 29), S. 56 Rn. 53.

31 Cremer, NVwZ 2023, 1463 (1467).

32 Glaser, NVwZ 2012, 1432 (1437); Ladeur/Gostomzyk, NJW 2012, 710 (713 ff.).

33 Ceffinato, JuS 2017, 403 (403).

34 Ceffinato, JuS 2017, 430 (404).

35 Krischker, JA 2013, 488 (489 f.).

ßerung melden.³⁶

F. FAZIT

Die Meinungsfreiheit ist ein fundamentales Grundrecht, das auch im digitalen Zeitalter von zentraler Bedeutung bleibt. Uneingeschränkte Meinungsäußerungen, sollten dabei nicht absolut möglich sein. Und auch wenn Anonymität hierbei eine zentrale Rolle spielt, da sie einerseits die freie Meinungsäußerung gewährleistet und die Möglichkeit einer vielseitigen Debattenkultur fördert, sorgt sie andererseits für Beleidigungen, Schmähkritik und Persönlichkeitsverletzungen. Sie sorgt ebenfalls für eine erschwerte rechtliche Verfolgung. Die Abwehr für Betroffene wird mithin unmöglich und Konsequenzen bleiben fern. Besonders die Anbieter der Plattformen selbst regulieren ihre Kommentarspalten zu wenig, so können diese zu einem rechtsfreien Raum werden und das öffentliche Empfinden der Meinungsfreiheit verzerren. Gesetzliche Regulationsversuche stoßen dabei regelmäßig auf ein Empfinden "Nichts mehr sagen zu dürfen", dabei ist der digitale Raum bezüglich der freien Meinungsäußerungen kaum reguliert. Schranken werden aufgrund fehlender Regulation, regelmäßig überschritten, was im Ergebnis die Debattenkultur einschränkt. Konstruktive Meinungen und Beiträgen dringen bei der Flut an Kommentaren nicht durch, sondern gehen unter. Dabei ist eine funktionierende Debattenkultur, gerade im digitalen Raum, wichtiger denn je. Um den Missbrauch der Meinungsfreiheit verhindern zu können, braucht es klare Regulationen. Die juristische Abgrenzung zwischen zulässiger Kritik und Schmähkritik ist hierbei von besonderer Bedeutung, um die Meinungsfreiheit zu wahren und gleichzeitig die Persönlichkeitsrechte zu schützen. Die Balance zwischen dem Schutz der Meinungsfreiheit und der Notwendigkeit, Hassrede und andere schädliche Inhalte zu bekämpfen, bleibt eine zentrale Aufgabe sowohl für Gesetzgeber als auch für soziale Medienplattformen. Staatsregierung, geschlechtergerechte

Sprache zu nutzen, sind erfreuliche Entwicklungen Richtung Verringerung der geschlechtsspezifischen Diskriminierung.

36 Kühling, NJW 2015, S. 447 (489).

*strafrecht



Aufsatz:

Das Anti-Doping-Gesetz: Hintergrund und Bewertung

Maya Muders*

Der Aufsatz behandelt die Problematik und die Herausforderungen des (Selbst-)dopings und der neu eingeführten Kronzeugenregelung im Jahr 2021. Er basiert auf einer im Wintersemester 2022/23 erstellten Seminararbeit, die durch Herrn Dr. Sven Großmann sowie Herrn Benedikt Wand geprüft und mit 16 Punkten bewertet wurde.

A. EINLEITUNG

„Doping im Sport beseitigt den ehrlichen und fairen Wettkampf und gefährdet die wichtige Vorbildfunktion des Leistungssports und -gedankens für unsere Gesellschaft. Seine konsequente und effektive Bekämpfung dient daher nicht nur dem Schutz der Gesundheit der Sportler, der Chancengleichheit und der gerechten, kommerziellen Verwertung des Spitzensports, sondern auch der Bewahrung der ethischen Werte in unserer Gesellschaft“.¹ Um eine effektivere Bekämpfung zu ermöglichen, ist im Dezember 2015 das Anti-Doping-Gesetz (AntiDopG) in Kraft getreten,² welches den Einsatz von Dopingmitteln und Dopingmethoden sowie verschiedene Formen des Umgangs mit diesem unter Strafe stellt – gemäß §§ 1, 2, 3 AntiDopG.³ Dieses erweiterte damit das bis dato geltende Arzneimittelgesetz (AMG).⁴

Bezugnehmend auf dieses Zitat stellt sich die Frage, ob die Neuerungen des Anti-Doping-Gesetzes sinnvoll sind, ob diese helfen, eine Entwicklung in der Straftatenaufklärung des Dopings zu erreichen, und warum eine Dopingfreigabe nicht wünschenswert ist. Der Aufsatz beschäftigt sich dafür zunächst mit dem Ursprung des Dopings, der Dopingproblematik

und der Entstehung des AntiDopG mit seinen Ziel- und Zweckvorgaben. Anschließend geht es um das Selbstdopingverbot und die Frage: „Wozu ein Mensch zum Schutze seiner selbst gezwungen werden darf?“⁵ unter erneuter Beachtung der Ursprungsproblematik sowie dem Zweck des Gesetzes. Dabei wird außerdem die Problematik der medizinischen Indikation sowie das Vorsatzerfordernis für eine Strafbarkeit behandelt. Ferner werden mögliche Handlungsalternativen aufgezeigt, um das Potential des AntiDopG am effektivsten auszuschöpfen. Darüber hinaus beschäftigt sich der Artikel mit der Diskussion rund um die neu eingeführte Kronzeugenregelung im Jahre 2021⁶ und zeigt auf, inwiefern diese dazu beitragen kann, Sportlern ausreichende Motivationsanreize zu liefern.

B. GRUNDLAGEN

Um zu verstehen, was das AntiDopG überhaupt verbietet, ist zunächst eine Auseinandersetzung mit der Bedeutung des Wortes „Doping“ nötig.

I. Begriffsbestimmung und Herkunft

Der Begriff „Doping“ hat seinen Ursprung in der Sprache der Ureinwohner des

* Die Autorin ist derzeit im 7. Fachsemester der Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam und belegt den Schwerpunktbereich Medien-, Wirtschafts- und europäisches Strafrecht (SPB 6).

1 Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (190).

2 Volkmer/Fabricius, in: Patzak, Jörn/ Fabricius, Jochen BtMG, 11. Aufl. 2024, Vorb. zum AntiDopG Rn. 19 f.

3 Folgende Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des AntiDopG.

4 Wüßler, in: Häberle, Peter (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze AntiDopG, 251. Aufl. 2024, Vorb. zum AntiDopG Rn. 1; BT-Drs. 18/4898, S. 2 f.

5 Bott/Mitsch, KriPoZ 2016, 159 (160).

6 Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2021, 346 (346).

südöstlichen Afrikas und beschreibt ein alkoholisches Getränk, „dop“/„dope“, welches als Aufputzmittel bei Kampf- und Kulthandlungen verwendet wurde.⁷ Die genaue Definition hat sich jedoch im Laufe der letzten Jahrzehnte mehrmals verändert. Auch deswegen, weil die ersten Begriffsbestimmungen lückenhaft waren⁸ und die Grauzone zwischen Doping und Nicht-Doping eine genaue Definition des Begriffs schwer greifbar macht.⁹ So gab es unter anderem Definitionsversuche des deutschen Sportärztebundes, des Komitees des Europarates für außerschulische Erziehung sowie vom Internationalen Olympischen Komitee.¹⁰

Mittlerweile hat sich die Definition der Welt-Anti-Doping-Agentur (WADA)¹¹ durch den 2003 verabschiedeten Welt Anti-Doping-Code (WADC)¹² durchgesetzt.¹³ Der National Anti-Doping Code (NADC) ist die deutsche Version dessen.¹⁴ Danach umfasst Doping u.a. die Existenz eines verbotenen Stoffs in der Probe eines Athleten, der Einsatz einer verbotenen Methode, das Inverkehrbringen oder die Verabreichung eines verbotenen Stoffs oder einer verbotenen Methode.

Außerdem erwähnt ist die Umgehung der Probeentnahme sowie der Besitz von Dopingmitteln.¹⁵ Definiert sind also Verbote, die die Überschreitung von Schwellenwerten der Konzentration vordefinierter Substanzen im Körper zum Zeitpunkt einer Doping-Kontrolle beschreiben.¹⁶

WADA hat sich die Überwachung der Einhaltung des WADC und des damit verbotenen Verhaltens zur Aufgabe gemacht. Unterstützt wird diese durch nationale Agenturen wie die Nationale Anti Doping Agentur (NADA).¹⁷

II. Ursprung der Dopingproblematik

Das Phänomen des Dopings ist nichts Neues. Immer wieder versuchen Menschen die körperliche Leistungsfähigkeit durch das Einnehmen unterschiedlicher Substanzen zu verbessern. Diese Dopingproblematik findet sich schon im Konkurrenzgedanken der Menschen und dem Erfolgsdruck im Sport wieder, wodurch das ständige Streben nach der perfekten Höchstleistung zur Normalität wird.¹⁸ Begünstigt wird diese Bereitschaft unter anderem schon in der Kindheit, in welcher vermittelt wird, dass gegen fast jedes Unwohlsein ein Mittel zur Verfügung steht.

7 Veith, in: Staatslexikon, Doping, <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Doping>, zuletzt besucht am: 12.9.2024; Friedrich, Optimales Trainerwissen, 2014, S. 218; Zuck, NJW 1999, 831 (832).

8 Schmidt, SpuRt 2006, 19 (20).

9 Deutsche Sportjugend, Sport ohne Doping, static-dsj-de.s3.amazonaws.com/Publikationen/PDF/Broschuere_Argumente_und_Entscheidungshilfen.pdf, zuletzt besucht am 12.9.2024, S. 11; vgl. Donike, in: Hollmann Zentrale Themen der Sportmedizin, 3. Aufl. 2012, S. 401 f.; zum fließenden Übergang zwischen erlaubtem und nicht erlaubten siehe Ulmer, Doping – Verlockung für die Ewig Jungen?, S. 66.

10 Donike (Fn. 9), S. 402.

11 WADA, who-we-are, www.wada-ama.org/en/who-we-are, zuletzt besucht am 12.9.2024.

12 NADA, World Anti Doping Code, www.nada.de/recht/wadc, zuletzt besucht am 12.9.2024; vgl. Mortsiefer, SpuRt 2020, 10 (10).

13 Veith (Fn. 7); vgl. Günther, in: Gsell et al., BeckOK-BGB, 2024, § 626 Rn. 387; Müller-Platz, Carl/Boos, Carsten/Müller, Klaus, Doping beim Freizeit- und Breitensport, Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Heft 34 2006, S. 10; Bayrisches Landesamt, Was ist Doping?, www.lgl.bayern.de/gesundheit/arzneimittel/fachthemen/doping/index.htm#:~:text=Danach%20ist%20Doping%20definiert%20als,%20DDoping%20DBestimmungen%20der%20WADA%20.&text=die%20vorsätzliche%20Beihilfe%20bei%20einem, die%20Anti%20DDoping%20DBestimmungen, zuletzt besucht am 12.9.2024; Mortsiefer, SpuRt 2020, 10 (10).

14 NADA, Anti Doping Basics, www.nada.de/fileadmin/nada/SERVICE/Downloads/Broschueren/2022_GGD_ANTI-DOPING_BASICS.pdf, zuletzt besucht am 12.9.2024, S. 8.

15 Veith (Fn. 7); Rutkowski, in: Rutkowski Beck-KK Lexikon des Nebenstrafrechts, Stand 1. Januar 2019, Doping; vgl. WADC21 S. 19 ff.; vgl. NADC21, 2021, S. 9 ff.

16 Körner/Rudolph/Uhlig/David, in: Schneider et al., Doping im Sport, 2018, S. 19.

17 Körner/Rudolph/Uhlig/David (Fn. 16), S. 18; vgl. NADA, Hauptaktivitäten der WADA, www.gemeinsam-gegen-doping.de/athleten/anti-doping-wissen/akteure, zuletzt besucht am 4.11.2022.

18 NADA (Fn. 14), S. 10; vgl. Ellenbogenmentalität siehe Pilz, in: Schneider/Köhler/Schuman Fairplay im Sport, S. 1 (15); vgl. Lixey, in: Der Kampf gegen Doping, 2010, S. 132 (136); vgl. Kreuzer, ZRP 2013, 181 (182).

Tabletten helfen gegen Kopfschmerzen, und somit wohl auch Doping gegen ein schlechtes Wettkampfergebnis.¹⁹ Durch das immer größer werdende Interesse der Öffentlichkeit entwickelt sich der Leistungssport immer mehr zu einem zentralen Thema der Gesellschaft.²⁰ Jedoch sind es meist überragende Leistungen und zahlreiche Siege, die zu Werbeverträgen und Sponsoring führen und damit falschen Ehrgeiz hervorrufen.²¹ Der damit einhergehende permanente Druck der Bestleistung, führt zur Überforderung der Sportler und gleichzeitig zu einem verzerrten Vorbild für andere.²²

Um diesem Druck von Leistung und Perfektionismus gerecht zu werden, ist der Griff zu „erlaubten“ Nahrungsergänzungs-²³ und Schmerzmitteln verlockend.²⁴ Dieser Konsum führt jedoch nicht selten zur Entwicklung einer Dopingmentalität.²⁵ Mithilfe des AntiDopG sowie den Anti-Doping-Organisationen ist es das Ziel, diese unter Kontrolle zu bekommen.²⁶

III. Entstehungsgeschichte und Zweck des AntiDopG

Der Anfang der Dopingbekämpfung findet sich im Jahre 1997, als die Vorschrift des § 6a in das AMG eingeführt wurde. Darin war das Inverkehrbringen, Verschreiben

oder die Anwendung von Arzneimitteln, verboten.²⁷ Darauf folgten zwei Anti-Doping-Weltkonferenzen im Jahr 2004, infolgedessen der Anti-Doping-Code entstand, welcher ständig überarbeitet wurde.²⁸ Überdies waren viele Handlungen, wie die Verabreichung durch Dritte straflos.²⁹ Daraufhin wurde Ende 2015 das AntiDopG erlassen, um neue Vorfeldtatbestände, Qualifikationstatbestände mit weitreichenden Ermittlungsbefugnissen sowie das Verbot des Selbstdopings in Wettbewerben des organisierten Sports zu ergänzen.³⁰ Im November 2020 erfolgte schließlich die Evaluierung zu den Auswirkungen des Gesetzes,³¹ bevor 2021 eine neue und damit die aktuellste Fassung in Kraft trat.³² Zweck des Gesetzes ist die Bekämpfung des Dopings im Sport mithilfe von Dopingmitteln und -methoden, um die Gesundheit der Sportler zu schützen und die Integrität des Sports durch Fairness und Chancengleichheit beizubehalten – vgl. § 1. Aufgrund geringfügiger Zahlen an Strafverfahren wegen Selbstdopings, seitdem das AntiDopG in Kraft getreten ist,³³ sowie der Umstand, dass das bisherige AntiDopG in der Praxis vor allem die Gesundheit von Freizeitsportlern, weniger aber die Integrität des Sports schütze,³⁴ folgte die wichtigste Neuerung des Gesetzes durch die Schaffung

19 Vgl. NADA (Fn. 14), S. 10; vgl. zu Alltagssituationen mit Arznei- und Suchtmitteln *Kreuzer*, ZRP 2013, 181 (182).

20 Vgl. *Rihm*, Freispruch für das Doping!, Schweizer Monat v. 1.2.2018, S. 30; *Treutlein*, Forum Kinder- und Jugendsport 2021, 2 (79); vgl. Medieninteresse siehe *Ulmer* (Fn. 9), S. 66, 69.

21 Zu Ehrgeiz siehe *Kornprobst*, in: *Weber*, Klaus/ *Kornprobst*, Hans/ *Maier*, Stefan, BtMG, 6. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 5; *Mieth*, in: *Der Kampf gegen Doping*, 2010, S. 151 (151 f.); vgl. BT-Drs. 18/4898, S. 17, 26; *Brugger*, Haftung im Spitzensport und AntiDopG, 2019, S. 64.

22 BT-Drs. 18/4898, S. 26 f.; zum Vorbild siehe *Treutlein* (Fn. 20), S. 79; vgl. *Ulmer* (Fn. 9), S. 66; zu Überforderung siehe *Deutsche Sportjugend* (Fn. 9), S. 16.

23 Zum Begriff siehe NADA (Fn. 14), S. 27 f.

24 *Treutlein* (Fn. 20), S. 81; NADA (Fn. 14), S. 10; *Kreuzer*, ZRP 2013, 181 (182).

25 *Treutlein* (Fn. 20), S. 81; vgl. NADA (Fn. 14), S. 28; *Singler/Treutlein*, Doping im Spitzensport: Sportwissenschaftliche Analysen zur nationalen und internationalen Leistungsentwicklung, 2001, S. 175.

26 *Volkmer/Fabricius* (Fn. 2), Vorb. zum AntiDopG Rn. 20; vgl. NADA (Fn. 14), S. 6.

27 *Brugger* (Fn. 21), S. 59; *DJs* (Fn. 9), S. 75.

28 *Körner/Rudolph/Uhlig/David* (Fn. 16), S. 18.

29 Nur soweit dem Athlet bewusst war, dass es sich um Dopingmittel handelt, siehe *Quirling*, Recht, S.281 f.

30 *Hoven/Kubiciel*, Das Gesetz gegen Doping im Sport in der Praxis, 2021, S. 21.

31 Vgl. Evaluierungsbericht der Bundesregierung, 2020; *Jahn*, SpuRt 2021, 1 (1).

32 Vgl. Gesetz zur Änderung des Anti-Doping-Gesetzes v. 19. August 2021, Bundesgesetzblatt, 2021 Teil I Nr. 54, 3542 ff.

33 Evaluierungsbericht der Bundesregierung, 2020, S. 93 f.; *Beuckelmann/Heim*, NJW-Spezial 2021, 346 (346); *Hoven/Kubiciel* (Fn. 30), S. 64 f.

34 *Volkmer/Fabricius* (Fn. 2), Vorb. zum AntiDopG, Rn. 31.

der lang diskutierten Kronzeugenregelung in § 4a, angelehnt an § 31 BtMG.³⁵

C. RELEVANTE REGELUNGEN UND PROBLEMFELDER

Eine ausführliche Darstellung sämtlicher Vorschriften widerspräche der Ausrichtung des Aufsatzes, weshalb sich im Folgenden auf die Ausführungen der Hauptfragen beschränkt wird.

I. Das Verbot des Selbstdoping, § 3 AntiDopG

Das Selbstdoping unterscheidet sich bezüglich der Gesundheitsschädigung vom Doping insgesamt nicht.³⁶ § 3 enthält jedoch einen umstrittenen Tatbestand bei der Bekämpfung des Dopings im Sport. Dieser verbietet gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1, 2 den Einsatz von aufgeführten Dopingmitteln und -methoden der Anlage I des internationalen Übereinkommens gegen Doping am eigenen Körper ohne medizinische Indikation. Dazu muss dies mit der Absicht erfolgen, sich einen Vorteil in einem Wettbewerb des organisierten Sports zu verschaffen.³⁷ Eine Täuschung bei dem eigentlichen Sportwettkampf wird nicht vorausgesetzt, sodass gezielte Vorbereitungshandlungen der späteren Täuschung für eine Strafbarkeit ausreichen.³⁸ Erstaunlich ist, dass im ursprünglichen Gesetzesentwurf das Anwenden oder Anwendenlassen, nicht aber das gedopte Teilnehmen an sich strafbar war. Diese Regelung hätte jedoch zu einer unangemessenen Strafbarkeitslücke geführt, da eine Tat nur bestraft werden darf, wenn diese gem. Art. 103 Abs. 2 GG schon vor

Begehung der Tat gesetzlich bestimmt war. Aus diesem Grund ist die Einbeziehung der gedopten Wettbewerbsteilnahme, so wie sie im aktuellen AntiDopG vorzufinden ist, unabdinglich.³⁹

Auf den ersten Blick erscheint das Selbstdopingverbot jedoch schwer vereinbar mit dem Übermaßverbot⁴⁰. Der Dopende handelt als Täter gegen sich selbst. Es stellt sich also die Frage: „Wozu darf ein Mensch zum Schutze seiner selbst gezwungen werden?“. Insbesondere im Hinblick darauf, dass andere Selbstverletzungen wie übermäßiger Konsum von Alkohol und Nikotin in Deutschland erlaubt sind.⁴¹ Steht die Zielsetzung des AntiDopG also im Verhältnis zur Strafandrohung des aus freien Stücken, an der eigenen Gesundheit schädigenden Sportlers?⁴² Bestraft werden kann gem. § 4 Abs. 1 Nr. 4 mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Bei der Gewichtung des Verhältnisses zwischen dem Selbstdopingverbot und dem Übermaßverbot muss unter anderem der Aspekt des Leistungsvorteils betrachtet werden. Doping schadet einerseits dem Ruf des Spitzensportes, andererseits untergräbt es die Vorbildfunktion für junge Sportler.⁴³ Wie sollen Nachwuchstalente für den Sport begeistert werden, wenn sie neben der vielen Zeit und Energie, die sie für das Training aufwenden müssen,⁴⁴ sich noch gezwungen fühlen, zusätzlich auf Dopingsubstanzen zurückgreifen zu müssen, um mithalten zu können.⁴⁵ Ferner führt die Einnahme von Dopingmitteln nicht nur zu verfälschten Bestleistungen und

35 Volkmer/Fabricius (Fn. 2), § 4a Rn. 1; zu lang diskutiert siehe Jahn, SpuRt 2021, 1 (1); Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (194 ff.); Cherkeh, SpuRt 2019, 167 (168).

36 Kornprobst (Fn. 21), § 3 Rn. 2 unter Verweis auf BT-Drs. 18/4898, S. 26, 27.

37 Kornprobst (Fn. 21), § 3 Rn. 1.

38 Freund, in: Erb, Volker/ Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar-Strafgesetzbuch, Bd. 7, 4. Aufl. 2022, § 3 Rn. 33.

39 Freund (Fn. 38), § 3 Rn. 35 f.; BT-Drs. 18/4898, S. 48.

40 Siehe dazu Papier/Shirvani, in: Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.), Grundgesetz, 104. Aufl. 2024, Art. 14 Rn. 430.

41 Bott/Mitsch, KriPoZ 2016, 159 (160).

42 Bott/Mitsch, KriPoZ 2016, 159 (160).

43 Brugger (Fn. 21) S. 64, 77; Treutlein (Fn. 20), S. 79 (81); BT-Drs. 18/1498, S. 26.

44 BT-Drs. 18/1498, S. 27.

45 Bott/Mitsch, KriPoZ 2016, 159 (165).

gesundheitlichen Problemen, es ergeben sich auch wirtschaftliche Vorteile für Dope, bezüglich Fördermittel und Sponsoring, was der Integrität des Sportes schadet.⁴⁶ Zu bedenken ist außerdem, dass dope Sportler sich kaum selbst schädigen wollen, um ihr Recht auf Selbstbestimmung⁴⁷ zum Ausdruck zu bringen. Dies scheint eher die Begleiterscheinung des sportlichen Erfolgs zu sein.⁴⁸ Damit erscheint die strafrechtliche Konsequenz in einem angemessenen Verhältnis zum Übermaßverbot, sodass das AntiDopG eine ausreichende rechtliche Grundlage für zukünftige dopingfreie Wettkämpfe bietet.

1. Medizinische Indikation

Problematisch ist indes das Kriterium der medizinischen Indikation. Verboten ist die Anwendung der Dopingmittel und -methoden nur, wenn keine medizinische Indikation vorliegt.⁴⁹ Jedoch handelt es sich bei vielen Dopingmitteln zugleich um zugelassene Arzneimittel,⁵⁰ sodass die Grenzen hier verschwimmen.⁵¹ Medizinische Indikation bezeichnet einen Grund für die Anwendung einer bestimmten therapeutischen oder diagnostischen Maßnahme, welche bei einem bestimmten Krankheitsfall gerechtfertigt ist.⁵² Damit ist also eine Teilnahme am sportlichen Wettkampf in gedoptem Zustand erlaubt, wenn dies aufgrund einer therapeutischen oder diagnostischen Maßnahme erfolgt.⁵³ Dies erscheint nach den bisherigen Ausführungen

jedoch widersprüchlich.⁵⁴

Auch die Unterscheidung zwischen einer medizinisch indizierten und einer nicht-indizierten Anwendung wird als schwierig empfunden.⁵⁵ Angenommen, es steht für die nötige medizinische Behandlung ein Dopingmittel sowie ein Alternativmedikament, welches kein Dopingmittel ist, zur Verfügung. Folglich erscheint es nicht korrekt, wenn beide Mittel gleichermaßen medizinisch „indiziert“ sind und die Anwendung des Dopingmittels und damit die Teilnahme am Wettbewerb in gedoptem Zustand sportrechtlich erlaubt ist.⁵⁶ Fehlt eine medizinische Alternative, darf der Arzt auch das Medikament mit Dopingwirkstoffen für eine dringende Behandlung einer Erkrankung oder Verletzung eines Sportlers einsetzen. Dabei unterliegt der Arzt strengen Aufklärungs- und Dokumentationspflichten.⁵⁷ Auffällig in diesem Zusammenhang ist insbesondere, dass im Spitzensport die Zahl der attestierten Asthmatiker außerordentlich hoch ist, sodass verbotene Stoffe der Anlage I des AntiDopG, wie Beta-2-Agonisten, welche auch anabol wirken, eingenommen werden dürfen.⁵⁸ Wer aber kontrolliert die Ärzte und ihre Behandlungsentscheidungen? Problematisch ist die medizinische Behandlung insoweit, als Athleten häufig nicht ohne weiteres anfangen zu dope. Vielmehr sinkt zunächst die Hemmschwelle, indem erlaubte Medikamente für nicht notwendige medizinische

46 Mieth (Fn. 21), S. 151 f.; BT-Drs. 18/4898, S. 26, 27; Treutlein (Fn. 20), S. 81; Brugger (Fn. 21), S. 64, 76 f. .

47 Gemäß Art. 2 Abs. 1 GG.

48 Kusche, KriPoZ 2021, 31 (37).

49 Putzke, in: Lehner, Michael/Nolte, Martin/Putzke, Holm (Hsrg.), AntiDopG, 2. Aufl. 2024, § 3 Rn. 9.

50 Kornprobst (Fn. 21), § 3 Rn. 18; Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, 2020, S. 24; Rihm (Fn. 20), S. 34; Hoven/Kubicicel (Fn. 30), S. 41.

51 Rihm (Fn. 20), S. 33; vgl. zur Dualität der Schutzrichtungen des AntiDopG siehe Hoven/Kubicicel (Fn. 30), S. 41.

52 Roxin, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 394; Laufs/Katzenmeier, in: Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker (Hsrg.), Arztrecht, 8. Aufl. 2021, I. Rn. 40.

53 Freund (Fn. 38), § 3 Rn. 37.

54 Vgl. Freund (Fn. 38), § 2 Rn. 51.

55 Putzke (Fn. 49), § 3 Rn. 9; Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, 2020, S. 28; zu Beweisschwierigkeiten siehe Kornprobst (Fn. 21) § 3 Rn. 18; Rüdiger/Parzeller, Dtsch. Ärztebl. B1441 (B1441).

56 Freund (Fn. 38), § 3 Rn. 37.

57 Laufs/Katzenmeier (Fn. 52), Rn. 47; DJS (Fn. 9), S. 73; BT-Drs. 18/4898, S. 37.

58 DJS (Fn. 9), S. 74.

Behandlungen benutzt werden.⁵⁹ Dies führt schnell dazu, dass Sportler primär auch ohne ihr Wissen gedopt werden, da ihnen von Vertrauenspersonen wie Ärzten oder Trainern das Dopingmittel als Vitaminpräparat verabreicht wird.⁶⁰ Hinzu kommt, dass die Spitzen- und Leistungssportler meist nicht umfassende medizinische Kenntnisse aufweisen, sodass sie auf die Einschätzungen und Ratschläge der Ärzte angewiesen sind. Dies führt dazu, dass der Nachweis der Tat meist am subjektiven Tatbestand scheitern wird.⁶¹ Den Ärzten steht bei der Behandlung also ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, welcher bei dem Nachweis der Tat weitreichende Möglichkeiten für „kreative Verteidigungsstrategien“ bietet.⁶² Erwähnenswert ist außerdem, dass die Ermittlungen wegen (fehlender) medizinischer Indikation in den meisten Fällen eingestellt wurden.⁶³

Stimmen zu finden, die sich offen für die Dopingfreigabe bekennen, ist schwierig. Dazu ist ein Lesen zwischen den Zeilen wichtig. Eher rechtfertigen und erklären diese sich indirekt mit Sätzen wie: „Ich bin auch gegen Doping, aber ...“.⁶⁴ Argumente von: „Der Körper von Spitzensportlern sei „Künstlich hochgezüchtet“, sodass er auch eine „spezielle“ medizinische Behandlung benötige.“, über: „Extreme Trainings-, Wettkampfbelastungen überlasten die Sportler. Um gesundheitlichen Schäden entgegenzuwirken, die mit den unmenschlichen Belastungen des Hochleistungstrainings einhergehen, müsse

man den Körper mit Anabolika fördern.“, zu „Doping unter ärztlicher Kontrolle lässt Schäden durch eigenmächtige Überdosierung vermeiden“,⁶⁵ können nicht überzeugen. Allein schon deswegen, weil eine „Dopingfreigabe“ unüberschaubare gesundheitliche Auswirkungen zur Folge hätte, die auch durch eine ärztliche Kontrolle während der Einnahme nicht gehemmt werden können.⁶⁶ Stellt man dem aber gegenüber, dass andere Gefahren im Sport wie Unfälle beim Boxen, Kunstturnen oder Skirennen jährlich tote und verstümmelte Opfer fordern, sich aber Dopingtote oder Dopinggeschädigte an einer Hand abzählen lassen,⁶⁷ löst dies zunächst Bedenken aus. Ebenso steht dem das Argument entgegen, dass ein verletzter Spieler mithilfe von Eisspray einigermaßen schmerzfrei, möglicherweise aber gesundheitsgefährdend weiterspielt. Doping zwecks Leistungserhalts wird hier dennoch nicht angenommen.⁶⁸ Wieso sollte man aber erst auf eine Vielzahl von Todesfällen warten⁶⁹ und die Todesrate im Spitzensport derart ansteigen lassen, um erst danach Handlungsstrategien zu entwickeln? Zudem sind die Gesundheitsrisiken der jahrelangen Anwendung von Anabolika oder anderen verbotenen Substanzen deutlich höher, als mit einem verletzten Fuß das Spiel zu beenden.⁷⁰

Bezüglich einer medizinischen Indikation ist jedoch zu überlegen, ob vor der Erlaubnis einer Anwendung von Dopingmitteln und -methoden eine zweite Meinung eines anderen, unabhängigen Arztes sinnvoll ist. Somit kann

59 Vgl. *Treutlein* (Fn. 20), S. 81; *DJs* (Fn. 9), S. 27.

60 Deutsche Sportjugend (Fn. 9), S. 27; vgl. *Steinacker*, Dtsch Z Sportmed. 2016, 251 (252).

61 *Volkmer/Fabricius* (Fn. 2), Rn. 29; vgl. Zu Beweisschwierigkeiten siehe *Kornprobst* (Fn. 21), § 3 Rn. 18.

62 Vgl. Deutsche Sportjugend (Fn. 9), S. 73; *Volkmer/Fabricius* (Fn. 2), Vorb. zum AntiDopG Rn. 29.

63 *Hoven/Kubiciel* (Fn. 30), S. 42; zu Verteidigungsmuster siehe Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, 2020, S. 66.

64 Deutsche Sportjugend (Fn. 9), S. 28.

65 Deutsche Sportjugend (Fn. 9), S. 75.

66 Deutsche Sportjugend (Fn. 9), S. 29, 73, 75; NADA Austria, Warum ist Doping verboten?, [www.nada.at/de/praevention/dopipedia/marketshow-warum-ist-doping-verboten#:~:text=Das%20am%20h%C3%A4ufigsten%20genannte%20Argument,zum%20Tod%20mit%20sich%20bringen.](http://www.nada.at/de/praevention/dopipedia/marketshow-warum-ist-doping-verboten#:~:text=Das%20am%20h%C3%A4ufigsten%20genannte%20Argument,zum%20Tod%20mit%20sich%20bringen.,), zuletzt besucht am 12.9.2024; zur Gesundheitsschädigung unter keiner ärztlichen Kontrolle siehe *Müller-Platz/Boos/Müller* (Fn. 13), S. 19.

67 *Rihm* (Fn. 20), S. 33.

68 *Rihm* (Fn. 20), S. 34.

69 Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, 2020, S. 58 f.; zu namenhaften Todesfällen siehe *Treutlein* (Fn. 20), S. 80; NADA (Fn. 14), S. 30.

70 *Müller-Platz/Boos/Müller* (Fn. 13), S. 19; Deutsche Sportjugend (Fn. 9), S. 51 ff.; *Ulmer* (Fn. 9), S. 67.

eine unabhängigere und risikoverminderte Behandlung des Sportlers gewährleistet werden, um weiterhin die Integrität des Spitzensportes zu sichern. Dies würde außerdem einer fehlenden Regelung entgegenwirken, mit der das Erschleichen von Verschreibungen über ein Dopingmittel durch unrichtige oder unvollständige Angaben dem Arzt gegenüber strafbewehrt untersagt sein würde.⁷¹

2. Vorsatzerfordernis

Das Verbot des Selbstdopings erfordert außerdem gem. § 3 Abs. 1 S. 1 die Absicht des Sportlers, sich in einem „Wettbewerb des organisierten Sports“ einen Vorteil zu verschaffen.

§ 3 Abs. 3 enthält eine Legaldefinition für „Wettbewerb des organisierten Sports“, worunter „jede Sportveranstaltung, welche von einer internationalen sowie nationalen Sportorganisation oder in deren Auftrag oder mit deren Anerkennung organisiert wird und bei der Regeln einzuhalten sind, die von dieser Organisation verpflichtend verabschiedet wurden“, zu verstehen ist. Dadurch wird der Kreis der relevanten sportlichen Wettkämpfe beschränkt und der Freizeitbereich ausgeschlossen.⁷²

Bei der Formulierung der „Absicht“ ist jedoch Vorsicht geboten, denn dabei kann nach dem Wortlaut nur ein auf das „Zwischenziel gerichtetes Wollen (dolus directus 1. Grades)⁷³ im Sinne eines tatsächlichen Erstrebens gemeint sein“.⁷⁴ Es erscheint nach korrekter Sprachverwendung nicht angemessen zu sagen, dass jemand gewusst habe, welche Folgen sein Handeln hat. Aus diesem Grund habe er diese Folgen auch „erstrebt“. Die Nebenfolge muss nicht immer „beabsichtigt“

sein, denn Wissen allein begründet keine Absicht.⁷⁵ Der Wortlaut eröffnet damit weitreichende Umgehungsmöglichkeiten.⁷⁶ Diese Aussage wird im Evaluierungsbericht der Bundesregierung mit einem Beispielfall untermauert, in welchem das Verfahren nach § 153 StPO wegen geringer Schuld eingestellt wurde. Der Beschuldigte beteuerte den Kokainkonsum aus privaten Gründen, niemals aber zur Leistungssteigerung in Wettkämpfen begonnen zu haben und sich seit einiger Zeit in Therapie zu befinden. Problematisch erscheint dabei, dass eine illegale Substanz wie Kokain einerseits eine verbreitete Partydroge ist, andererseits psychisch sowie physisch einen leistungssteigernden Effekt unmittelbar vor dem Wettkampf erzielen kann.⁷⁷

Um einen eindeutigeren Nachweis der Vorteilsverschaffungsabsicht zu beweisen, erscheint eine Alternativformulierung notwendig, in welcher die Absicht sowie das Wissen berücksichtigt werden. Diese könnte wie folgt lauten: „Wer in der Absicht, sich in dem Wettbewerb einen Vorteil zu verschaffen, oder wer in dem Wissen um einen solchen Vorteil ...“).⁷⁸

II. Kronzeugenregelung

Inhalt der Kronzeugenregelung gem. § 4a ist eine Strafmilderung oder ein Absehen von einer Strafe, soweit ein Täter einer Dopingstraftat gemäß § 4 dazu beitragen kann, ein Dopingdelikt einer anderen Person, welches mit der eigenen Tat in Zusammenhang steht, aufzudecken oder ein Fremddoping zu verhindern.⁷⁹ Um keinen Anreiz zu schaffen sich durch vage Behauptungen „freikaufen“ zu können und der Informationsfluss aufgrund vom „Hörensagen“ ausgeschlossen werden soll, ist der Bezug zur eigenen Tat notwendig.⁸⁰ Der Gedanke einer „Aufklärungsprämie“

71 Volkmer/Fabricius (Fn. 2), Rn. 30.

72 Freund (Fn. 38), § 3 Rn. 38; BT-Drs. 18/4898, S. 28.

73 Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 6 f.

74 Freund (Fn. 38), § 3 Rn. 37; Brugger (Fn. 21), S. 307.

75 Freund (Fn. 38), § 3 Rn. 37.

76 Kornprobst (Fn. 21), § 3 Rn. 38.

77 Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, 2020, S. 27 f. .

78 Freund (Fn. 38), § 3 Rn. 37.

79 Kusche, KriPoZ 2021, 158 (158); Bott/Kubicieł, SpoPrax 2021, 50 (51).

80 BT-Drs. 19/28676, S. 13.

ist jedoch nicht neu. Schon 2015 merkte der Gesetzgeber an, dass § 46b StGB als eine Regelung zur Straffreiheit und -milderung, welche in § 49 I StGB näher definiert ist, für den Täter fungiert, welcher mit seinen Aussagen wesentlich zur Aufdeckung weiterer Taten beiträgt.⁸¹ Diese war jedoch nicht zielführend, da alleine 65% der Hinweise von der NADA und 25,2 % durch andere Verfahren stammten, nicht aber von den Tätern selbst.⁸²

Anders als bei § 46b I StGB umfasst die Kronzeugenregelung des AntiDopG nun unabhängig vom Maß der Freiheitsstrafe auch Verstöße gegen das Selbstdoping.⁸³ Ist diese Regelung die Lösung für die vorangestellten Probleme? Kann sie eine präventive Wirkung entfalten und einen ausreichenden Motivationsanreiz bieten, welcher zu einer höheren Aufklärungsrate der Straftaten beiträgt? Abgesehen von den Kritikern, die keinen Anlass für die Reform sehen,⁸⁴ ist der Zuspriech für eine Kronzeugenregelung mit Blick auf die bisherigen Hinweisgeber größtenteils positiv, um da anzusetzen, wo sich alles abspielt.⁸⁵ Bei den Athleten und ihrem engsten Umfeld.⁸⁶ Jedoch finden sich auch unter diesen Kritiker, die die Umsetzung für problematisch halten. Auf diese wird im Folgenden das Augenmerk gelegt.

Kritisiert wird insbesondere der nicht ausreichende Motivationsanreiz für diese Personengruppe.⁸⁷ Zwar lässt sich durch eine sportrechtliche Kronzeugenregelung des Art. 10.7 des WADA-Codes mit hohen Anforderungen die Sperre im Sport für Dopingtäter reduzieren,⁸⁸ faktisch ist es danach aber fast unmöglich, ihren Sport als angeblicher „Nestbeschmutzer“ weiter auszuüben.⁸⁹ Um diesem entgegenzuwirken, müsste es mehr Flexibilität in den Strafen von Teilnahmeverboten geben. Dazu sollte eine mögliche Aufhebung oder Herabsetzung einer Sperre sowie die Befreiung von Bußgeldern, vor dem Erlass der ersten Sanktion und bis dahin unter Ausschluss der Öffentlichkeit, in Betracht gezogen werden.⁹⁰ Problematisch in diesem Zusammenhang ist jedoch, dass Art und Ausmaß der Strafmilderung im Ermessen der Behörde liegt und es daher zu erheblichen Prognoseunsicherheiten für den Athleten kommen kann.⁹¹ Erst mit Zusicherung einer Vergünstigung wird dieser höchstwahrscheinlich eine Aussage zur Überführung der „Hintermänner“ (Ärzte, Trainer, Betreuer und sonstige Dritte) oder anderer dopenden Sportler tätigen,⁹² was aber nichts daran ändert, dass akzeptiert werden muss, dass vor der endgültigen Zusage von Vergünstigungen die Informationen geprüft werden müssen.⁹³

81 Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (192 f.); Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (50).

82 Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, 2020, S. 38 f.; Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (50).

83 Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (51); Ausnahme: § 4 Abs. 4 Nr. 2a AntiDopG.

84 Hoven/Kubiciel (Fn. 30), S. 80 ff.; Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, 2020, S. 53.

85 Vgl. Hoven/Kubiciel (Fn. 30), S. 62, 81f.; Beuckelmann/Heim, NJW-Spezial 2021, 346 (346); Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (194); Deutscher Olympischer Sportbund, Stellungnahme 2021, www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2021/Downloads/0301_Stellungnahme_DOSB_RefE_Antidoping.pdf?__blob=publicationFile&v=2,%20https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2021/Downloads/0301_Stellungnahme_DAV_RefE_Antidoping.pdf?__blob=publicationFile&v=2,%20https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2021/Downloads/0224_Stellungnahme_NADA_RefE_Antidoping.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt besucht am 16.11.2022.

86 Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (194).

87 Beuckelmann/Heim, NJW-Spezial 2021, 346 (346); Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (52 f.); Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme 27/2021, S. 4 f.

88 Bergner, Doping und die Verantwortung des Staates, 2008, S. 44; Kutsche, KriPoZ 2021, 158 (163); NADC21 (Fn. 15), S. 56 f.

89 Bergner (Fn. 88), S. 44; Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (53).

90 Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (196); Cherkeh, SpuRt 2019, 167 (168 f.).

91 Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme 27/2021, S. 5; Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (52).

92 Vgl. Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (192); Cherkeh, SpuRt 2019, 167 (168 f.).

93 Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (196).

Voraussetzung für eine vollständige Aufhebung oder Aussetzung der Sperre sollten jedoch einerseits extrem wertvolle Hinweise sein, andererseits müsse sichergestellt werden, dass die weitere Teilnahme an Wettkämpfen nicht unter Einfluss von Dopingmitteln und -methoden stattfindet.⁹⁴ Andernfalls wäre der Missbrauch dieses Entgegenkommens zu groß, auch wenn versucht wird, diesem mithilfe von erhöhten Strafandrohungen in §§ 145d, 164 StGB entgegenzuwirken.⁹⁵ Eine Überlegung wäre daher, die Sanktionsfreiheit bezüglich des Strafrechts, nicht aber im Verbandsverfahren zu gewähren, sodass eine Sperre oder Suspendierung weiterhin erfolgt. Auf die Aufhebung einer Sperre kommt es dem Sportler jedoch gerade an. Unter anderem im Hinblick auf den sonst drohenden Verlust von Sponsoren.⁹⁶ Als Lösungsansatz fordert der Athleten Deutschland e.V. ein Hinweisgeber-System,⁹⁷ durch welches jedoch automatisch die Strafbefreiung der Hinweisgeber entfiele. Wer aber „sägt anonym an einem Ast, auf dem zwar viele sitzen – er selbst aber auch“?⁹⁸

Sinnvoller erscheint die Anonymität des Hinweisgebers gegenüber der Öffentlichkeit, dem zuständigen Sportverband sowie der Staatsanwaltschaft, zumindest bis sich über die Herabsetzung oder der Aussetzung einer drohenden Sperre und sonstiger Konsequenzen abgestimmt wurde. Damit wird gewährleistet, dass der Hinweisgeber sensible Hinweise über andere Dopingfälle oder Netzwerke geschützt darlegen kann

und gleichzeitig bis auf weiteres vor den Urteilen der Öffentlichkeit geschützt ist.⁹⁹ Ein Sportler, der andere belastet, ist trotz alledem spätestens bei Enthüllung seiner Mitwirkung an der Aufdeckung gravierenden Repressalien ausgesetzt,¹⁰⁰ weshalb es diesen dann beispielsweise durch Zeugenschutzprogramme zu schützen gilt.¹⁰¹ Zudem wäre eine neutrale erste Anlaufstelle zur Beratung von Vor- und Nachteilen sowie zur Aufklärung über Konsequenzen einer Offenbarung von Dopingtaten unter Bewahrung der Anonymität, sinnvoll.¹⁰² Erstrebenswert wäre außerdem eine finanzielle Unterstützung des Hinweisgebers sowie zusätzliche finanzielle Anreize im Erfolgsfall,¹⁰³ um den Athleten finanziell auffangen zu können. Eine Überlegung in diesem Sinne ist, einen „Hinweisgeber-Fonds“ einzurichten, der von der NADA verwaltet wird.¹⁰⁴ Um Ermittlungsverfahren nicht weiter aus Opportunitätsgründen einstellen zu müssen, bedarf es ergänzend weiterer Schwerpunktstaatsanwaltschaften mit Expertise.¹⁰⁵

Der Anreiz, sich oder andere proaktiv zu belasten, bleibt bisher also aus¹⁰⁶ und sollte anhand anderer vorgestellter Kriterien zusätzlich geschaffen werden. Nur so lässt sich der gewünschte Erfolg zu mehr Aufklärung von Straftaten mithilfe der Kronzeugenregelung realisieren.

D. AUSBLICK

Doping ist verboten und das sollte es auch bleiben. Die aktuelle Regelung weist jedoch noch Schwächen und Lücken auf,

94 Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (196); Volkmer/Fabricius (Fn. 2), § 4a Rn. 4.

95 Volkmer/Fabricius (Fn. 2), § 4a Rn. 2.

96 Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (52).

97 Ausschussdrucksache 19 (5) 154 S. 4; Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (53).

98 Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (53).

99 Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (195 f.); Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (53); vgl. Cherkeh, SpuRt 2019, 167 (168).

100 Cherkeh, SpuRt 2019, 167 (168); Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (53); vgl. Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen, 2020, S. 54 f.

101 Vgl. Ausschussdrucksache 19(5)154, S. 4.

102 Vgl. Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (195); zu Ombudspersonen siehe Bernhard, CCZ 2014, 152 (152 ff.).

103 Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (195).

104 Hauptmann/Klarmann, SpuRt 2019, 190 (197).

105 Ausschussdrucksache 19(5)154 S. 2; Hoven/Kubiciel (Fn. 30), S. 128 ff.; Jahn, SpuRt 2021, 1 (1); Beukelmann/Heim, NJW-Spezial, 2021, 346 (346).

106 Bott/Kubiciel, SpoPrax 2021, 50 (53); Kusche, KriPoZ 2021, 158 (162).

weshalb eine ständige Weiterentwicklung und Nachbesserung weiterhin nötig sind. Gleichwohl wird man Manipulation und Betrug niemals völlig verhindern können. Es geht darum, an die Sportler und ihre Gesundheit zu appellieren und ihnen attraktive Angebote und Entgegenkommen anzubieten, um dieser Dopingszene entfliehen oder ihr widerstehen zu können. Darum sind die vorgestellten Motivationsanreize wichtig, um den Sportlern selbst die Möglichkeit zum Handeln zu geben.

Zudem funktioniert ein Zusammenleben ohne Regeln nicht. Es macht andererseits auch keinen Spaß, wenn ein Vergleich zwischen Mannschaften sowie Einzelpersonen nicht unter gleichen Bedingungen stattfindet. Dieser Spaß am Sport bleibt nur erhalten, wenn sich die Teilnehmer auch an die geltenden Regeln, inklusive des Dopingverbots, halten.

Will man jedoch eine Akzeptanz der Anti-Doping-Kampagne in der Bevölkerung erreichen, muss diese nicht erst im Spitzensport beginnen, sondern im Freizeitsport. Denn nicht selten haben Spitzensportler ihre Vorliebe für den Sport im Freizeitsport gefunden. In diesem ist Doping ein Massenphänomen, welches jedoch aufgrund des fehlenden Wettbewerbsbezugs des organisierten Sports nicht unter das AntiDopG fällt. Denn stehen die Fairness und Chancengleichheit sowie der Gesundheitsschutz der Sportler an erster Stelle, ist es nicht begreiflich, weshalb sich diese nur auf den Spitzensport beziehen sollen. Der Annahme, dass mit der Freigabe des Dopings eine bessere Chancengleichheit aufgrund einer selbstbestimmten Auswahl an Dopingmittel und -methoden sowie -dosis, gewährt wird, ist abschließend zu widersprechen. Einerseits ist der finanzielle Faktor dabei zu beachten, denn es kann nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Sportler das gleiche Budget für teure und qualitativ hochwertige Dopingmittel besitzt. Andererseits würde der Konkurrenzgedanke

mithilfe der Entwicklung noch nicht verwendeter Dopingmethoden für noch leistungssteigernde Fähigkeiten nie aufhören.

Zudem hätte eine Freigabe eine „Versuchskaninchen-Praxis“ zur Folge, in der gesunde Menschen nach bester Leistung und Aussehen streben, nicht aber nach Gesundheit. Dadurch wäre die Leistung nicht mehr aufgrund von eigenem Fleiß und Können zu bewerten, sondern nach der besten Dopingmethode.

Mit dieser Betrachtung komme ich zu dem Schluss, dass die Neuerungen des Anti-Doping-Gesetzes sinnvoll, aber noch ausbaufähig sind, um die Straftatenaufklärung voranzutreiben.

der Gesundheitsschutz der Sportler an erster Stelle, ist es nicht begreiflich, weshalb sich diese nur auf den Spitzensport beziehen sollen. Der Annahme, dass mit der Freigabe des Dopings eine bessere Chancengleichheit aufgrund einer selbstbestimmten Auswahl an Dopingmittel und -methoden sowie -dosis, gewährt wird,¹⁰⁷ ist abschließend zu widersprechen. Einerseits ist der finanzielle Faktor dabei zu beachten, denn es kann nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Sportler das gleiche Budget für teure und qualitativ hochwertige Dopingmittel besitzt.¹⁰⁸ Andererseits würde der Konkurrenzgedanke mithilfe der Entwicklung noch nicht verwendeter Dopingmethoden für noch leistungssteigernde Fähigkeiten nie aufhören.¹⁰⁹

Zudem hätte eine Freigabe eine „Versuchskaninchen-Praxis“ zur Folge, in der gesunde Menschen nach bester Leistung und Aussehen streben, nicht aber nach Gesundheit.¹¹⁰ Dadurch wäre die Leistung nicht mehr aufgrund von eigenem Fleiß und Können zu bewerten, sondern nach der besten Dopingmethode.

Mit dieser Betrachtung komme ich zu dem Schluss, dass die Neuerungen des

¹⁰⁷ Rihm (Fn. 20), S. 35.

¹⁰⁸ Vgl. zu finanziell schwächeren Sportlern Rihm (Fn. 20), S. 35.

¹⁰⁹ BT-Drs. 18/4898, S. 25; NADA (Fn. 14), S. 10.

¹¹⁰ NADA Austria, Warum ist Doping verboten?, www.nada.at/de/praevention/dopipedia/marketshow-warum-ist-doping-verboten#:~:text=Das%20am%20h%C3%A4ufigsten%20genannte%20Argument,zum%20Tod%20mit%20sich%20bringen., zuletzt besucht am 12.9.2024

Aufsatz:

Ist eine *actio libera in causa* i.V.m. §§ 212, 13 StGB in einer Fallkonstellation anzuwenden, bei der die Schuldunfähigkeit ihre Ursache in der vom Patienten abgesetzten medikamentösen Behandlung einer Psychose hat?

Hinweis: BGH, Urteil vom 22.11.2023 - 2 StR 152/23

Jasmin Wiemann, LL.B.*

Der Aufsatz basiert auf einer im Sommersemester 2024 bei Prof. Dr. René Börner vorgelegten Seminararbeit im SPB Wirtschafts-, Steuer- und Umweltstrafrecht (12 Punkte). Die Ausführungen wurden für die Zwecke wesentlich verkürzt.

A. EINLEITUNG

Die a.l.i.c. wird, aufgrund der doch recht geringen Anwendung, von manchen Seiten auch als Glasperlenspiel der Strafrechtsdogmatik bezeichnet.¹ Jedoch gibt es aus dem Blick geratene, aber durch neuere Rechtsprechung wieder in den aktuellen Fokus gelangte Konstellationen, welche die a.l.i.c. aus einer etwas anderen Perspektive beleuchten und somit interessant aufzuklärende Fragen mit sich bringen. Der Begriff a.l.i.c. bezeichnet eine in ihrer Ursache freie Handlung.² Klassische Fallkonstellationen einer a.l.i.c. sind etwa solche, in denen der Täter sich in einen Rauschzustand versetzt, sei es durch Alkohol oder andere Rauschmittel und daraufhin eine Straftat begeht.³ Das Problem an dieser Konstellation ist, dass eine Bestrafung nicht möglich ist, aufgrund einer Schuldunfähigkeit des Täters (etwa wegen Alkoholisierung) nach § 20 StGB.⁴ Diese Strafbarkeitslücke soll mithilfe der Rechtsfigur der a.l.i.c. geschlossen werden.⁵ Die Konstellation, wel-

che vorliegend diskutiert werden soll, ist eine etwas Andere und orientiert sich unter anderem an dem Urteil des BGH.⁶ In dem Urteil leidet der Beschuldigte unter einer Psychose, genauer gesagt unter einer paranoiden Schizophrenie mit Stimmenhören und stand unter medikamentöser Behandlung. Diese Medikamente setzt er jedoch eigenständig wieder ab, woraufhin die davor mittels Medikamenteneinnahme unter Kontrolle gehaltenen Symptome wieder aufflammen. Unter dem Eindruck dieser Stimmen begeht er einen Totschlag. Der zweite Strafsenat stellt in der rechtlichen Wertung die Frage in den Raum, ob dem Beschuldigten eine Garantenstellung für von ihm ausgehende Gefahren für Dritte zukommt und in welchem Umfang diese besteht.⁷ Als berücksichtigungsfähiges Vorverschulden könnte das Unterlassen der Medikamenteneinnahme und die dadurch verursachte Schuldunfähigkeit in Betracht kommen.⁸ Die sogenannten endogenen Psychosen (etwa

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam im 9. Fachsemester.

1 Kaspar, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2023, S. 135.

2 Schild, in: FS Triffterer, Aufl. 2021, S. 203.

3 Eisele/Heinrich, Strafrecht AT, Aufl. S. 155.

4 Gropp/Sinn, Strafrecht AT, S. 25.

5 Paeffgen, in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich/Saliger, Frank (Hrsg.), NK-StGB, 6. Aufl. 2023, vor § 323a Rn. 1.

6 BGH, NStZ-RR 2024, 72.

7 BGH, NStZ-RR 2024, 72.

8 BGH, NStZ-RR 2024, 72 (73).

Schizophrenie) sind rein statistisch gesehen, eher selten die Ursache für Straftaten. Problematisch ist jedoch, dass die kranken Personen ggf. unkalkulierbare Risiken bergen können, weil dadurch für objektive Betrachter scheinbar motivlose Taten infolge von Wahnvorstellungen möglich sind.⁹

B. HAUPTTEIL

I. Ausgangspunkt

1. Zusammenhang und Problematik zwischen a.l.i.c. und Psychose

In der vorliegenden Konstellation ist die betroffene Person psychotisch und nimmt Medikamente ein, welches einen Grad an Kontrolle über die auftretenden Symptome indizieren kann. Bei der darauffolgenden Absetzung der Medikation treten die Symptome wie etwa Halluzinationen oder Wahnvorstellungen erneut auf und die Person begeht in diesem Zustand eine Straftat.¹⁰ Hier nimmt die Person nicht Stoffe zu sich, damit sie sich in den schuldunfähigen Zustand versetzt, sondern nimmt welche ein, damit sie im schuldfähigen Zustand verbleibt. Durch die entsprechenden Medikamente haben die Erkrankten einen Grad an Kontrolle ihrer Symptome¹¹ und könnten somit nicht als vollumfänglich schuldunfähig gelten. Mithin wirft sich die Frage auf, ob eine Anwendbarkeit der a.l.i.c. nicht zumindest denkbar ist. Damit die a.l.i.c. überhaupt anwendbar ist, muss die Person somit anfangs überhaupt schuldfähig sein.¹² Wobei diskutierfähig sein dürfte, ob eine Person, die an einer Psychose leidet und entsprechende Medikamente zur Systemkontrolle einnimmt, überhaupt als schuldfähig gelten kann. Um dies

zu beantworten, muss erst dargestellt werden, was genau Schuldfähigkeit bzw. Schuldunfähigkeit ist und wie dies sich bei krankhaften seelischen Störungen bzw. bei Psychosen wie etwa einer Schizophrenie auswirkt.

2. Schuldfähigkeit bei Psychosen

Der naheliegende Schluss und die damals teilweise vertretene Ansicht, dass bereits die alleinige Feststellung einer endogenen Psychose stets Schuldunfähigkeit bedeutet, ist jedoch zu pauschal und nicht einschlägig.¹³ Diese Ansicht ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass Psychosen (insb. Schizophrenien) Mitte des vorherigen Jahrhunderts als eine äußerst schwerwiegende Erkrankung galt und somit sofort Schuldunfähigkeit angenommen wurde.¹⁴ Ein Argument, welches die Annahme dieser Ansicht widerlegt, ist etwa auch die Möglichkeit einer späteren Wiedereingliederung der Betroffenen in den Alltag nach Behandlung.¹⁵ Dies gilt jedoch nur, wenn das Delikt aus dem Leben des Menschen heraus normalpsychologisch nachvollziehbar ist.¹⁶ Auch bereits in mehreren vorangegangenen Urteilen des BGH zeigt sich eine klare Linie. Es wird weitgehend davon ausgegangen, dass die alleinige Diagnose einer Psychose für sich genommen noch nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernde gesicherten Beeinträchtigung bzw. Aufhebung der Schuldfähigkeit begründe.¹⁷ Nach weiteren zutreffenden Ansichten wird weitergehend differenziert, etwa danach, ob sich die Person im Tatzeitpunkt in einer Phase eines akuten psychotischen Schubes befunden hat.¹⁸ Ausschlaggebend sei der aktuelle Befund und Zustand bei Begehung der Tat und dessen konkrete Auswirkung auf die

⁹ Eschelbach, in: Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), BeckOK StGB, 60. Aufl. 2024, § 20 Rn. 17.

¹⁰ BGH, NStZ-RR 2024, 72.

¹¹ Sherlock, The Journal of Psychiatry & Law 1984, 483 (485); Slodov, Case Western Reserve Law Review 1989, 271 (301).

¹² Rönau, JuS 2010, 300, (301).

¹³ BGH, NStZ-RR 2008, 39; BGH, NStZ-RR 2012, 306 (307); BGH, NStZ-RR 2016, 239 (240); Eschelbach (Fn. 9), § 20 Rn. 18.; Blei, Strafrecht AT, 18. Aufl. 1983, S. 190; Schneider, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 1. Aufl. 1948, S. 27; Müller/Nedopil, Forensische Psychiatrie, 5. Aufl. 2017, S.148.

¹⁴ Müller/Nedopil, Forensische Psychiatrie, 5. Aufl. 2017, S.184.

¹⁵ Haddenbrock, Schuldfähigkeit, 1992, S. 270.

¹⁶ Müller/Nedopil Forensische Psychiatrie, 5. Aufl. 2017, S.128.

¹⁷ BGH, NStZ-RR 2008, 39; BGH, NStZ-RR 2012, 306.

¹⁸ BGH, BeckRS 2007, 10126, Rn. 5; BGH, NStZ-RR 2013, 145 (146).

Begehung der Tat.¹⁹ Bei solch einem akuten Schub wird jedoch meist von einer Schuldunfähigkeit ausgegangen.²⁰ Bei den eben genannten floriden bzw. akuten Phasen ist die Person ihren Wahnideen zumindest zeitweise ausgeliefert und Personen, welchen von imputativen Stimmen ihr Handeln vorgeschrieben wird, können nicht in der Lage sein, Recht und Unrecht zu unterscheiden. Hier kann nicht mehr sinnvoll zwischen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit unterschieden werden. In einer nicht floriden Phase könnte gegebenenfalls Steuerungsfähigkeit angenommen werden.²¹ Die floride schizophrene Psychose stellt zwar häufig ein Paradigma für Schuldunfähigkeit dar, dies muss aber individuell an die jeweilige variable Ausprägung angepasst werden.²²

3. Typische bei Psychosen miteinhergehende Probleme

Daraufhin stellt sich die Frage, inwieweit einer psychotischen Person vorgeworfen werden kann, dass sie die Medikamente abgesetzt hat und mithin damit rechnen musste bzw. vorsätzlich ihren schuldunfähigen Zustand herbeiführte und somit das Risiko einer Tatbegehung erheblich erhöhte. Dabei ist vorher aufzuzeigen, dass es bei psychotischen Personen Besonderheiten gibt, welche es zu berücksichtigen gilt.

Vor allem psychotische Personen weisen eine erhöhte Gewaltdelinquenz und mithin einer höheren Tötungsdelinquenz auf.²³ Damit ist diese Personengruppe bei kriminellen Handlungen auffällig überrepräsentiert.²⁴ Hinzu kommt, dass das Krankheitsbild der Psychose das typische Risiko mit sich birgt, die Medikamente selbstständig auszusetzen (sog. Medikamentenadhärenz).²⁵ Die a.l.i.c. zeichnet sich in den klassischen Fällen dadurch aus, dass die später schuldunfähige Person in der

Regel eine Wahl bzw. Kontrolle hat, ob sie sich in diesen Zustand versetzt. Psychotische Personen können eine solche Kontrolle durch entsprechende Medikation vorweisen. Jedoch ist bei psychotischen Personen der Aspekt der Kontrolle bei der Medikamenteneinnahme bereits schwierig zu beurteilen aufgrund der geringen Medikamentenadhärenz. Wenn etwa nach einer akuten Phase eine dauerhafte Medikamenteneinnahme erforderlich ist, nimmt die Adhärenz im Laufe der Zeit ab. Der Aspekt der fehlenden Krankheitseinsicht ist ein weiteres Kriterium, welches die Medikamentenadhärenz verschlechtert und zudem in einigen Urteilen als Grund genannt wurde, weshalb die Person nicht zu einer Strafe verurteilt wurde.²⁶ Bereits diese Besonderheiten einer Psychose erschweren die Eröffnung der Anwendbarkeit der a.l.i.c.

II. Voraussetzungen der Anwendbarkeit der a.l.i.c. bei Absetzung medikamentöser Behandlung einer Psychose

1. Berücksichtigungsfähiges Vorverschulden

Im vorliegenden Fall kann als berücksichtigungsfähiges Vorverschulden entweder an die Tötungshandlung selbst oder an das Unterlassen der Medikamenteneinnahme angeknüpft werden. Bei der a.l.i.c. diskutiert,²⁷ wird jedoch an das vorherige (noch schuldhaft begangene) Versetzen in den Rauschzustand bzw. in den schuldunfähigen Zustand angeknüpft.²⁸ Was bei klassischen a.l.i.c. Fallkonstellationen das Betrinken als aktives Tun ist, wäre vorliegend das Absetzen der Medikamente durch Unterlassen. Die Zurechnung eines Vorverschuldens kommt aber nur in Betracht, wenn das betreffende Verhalten sich nicht seinerseits als Ausdruck der Störung darstellt. Die unterlassene Medikamenteneinnahme kann

19 BGH, NJW 1991, 2975 (2976); BGH, NStZ 1997, 383; BGH, NStZ 1998, 296 (297); BGH, NStZ-RR 1998, 106; BGH, NStZ-RR 2008, 39; LK-StGB, Verrel, Thorsten/Linke, Alexander/Koranyi, Johannes, (Hrsg.) 13. Aufl. 2020, § 20 Rn. 43.

20 BGH, BeckRS 1995, 4413 Rn. 15; BGH, BeckRS 2003, 1888.

21 Müller/Nedopil (Fn. 14), S. 37, 185.

22 Müller/Nedopil (Fn. 14), S.184.

23 Kröber, Handbuch forensische Psychiatrie, Bd. 4, 2009, S. 321.

24 Fazel/Seewald, BJPsych, 2012, 364; Yee, Schizophrenia Research, 2020, 16.

25 Fenton, 1997, 637 (640).

26 Siehe BGH, NStZ-RR 2024, 72; Fenton (Fn. 25), 637 (640).

27 Vgl. B. I. 2.

28 Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2022, § 6 Rn. 11.

der Person aber erst zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie hinsichtlich der unterlassenen Handlung eine Garantenstellung innehatte und somit eine Pflicht zur Medikamenteneinnahme vorlag. Insbesondere auch, wenn die Person vorher erkennt, dass es zu einer gefährlichen Situation kommen könnte.²⁹ Damit die a.l.i.c. aber überhaupt anwendbar ist, muss zunächst Schuldfähigkeit zum Zeitpunkt der Medikamentenabsetzung gegeben sein.

2. Schuldfähigkeit zum Zeitpunkt der Medikamentenabsetzung

Insgesamt wird angenommen, dass auch eine psychotische Person als schuldfähig gelten kann. Wenn die Person sich nicht gerade in einer akuten Phase befindet, dann ist davon auszugehen, dass die eingenommen Medikamente ihr die Möglichkeit geben, sich wie ein Durchschnittsmensch zu verhalten. Wenn dies alles in einem Verfahren ausreichend belegt ist, kann eine Schuldfähigkeit somit angenommen werden.

3. Vorliegen des subjektiven Tatbestandes

Die nächste Voraussetzung für eine Anwendbarkeit der a.l.i.c. ist, dass der Täter bereits im Zustand der Schuldfähigkeit Vorsatz besaß. Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, § 15 StGB.³⁰ Bei genauerem Vergleich der klassischen Fallkonstellation der a.l.i.c. und der vorliegenden Konstellation, kristallisiert sich ein weiterer Unterschied heraus. Nämlich der Aspekt der Kausalität bzw. die Art und Länge des Kausalverlaufs.³¹ Wenn sich der Täter etwa betrinkt und daraufhin den Erfolg herbeiführt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen diesen beiden Handlungen gegeben. Bei der psychotischen Person, die ihre Medikamente absetzt, sind meist längere Zeiträume gegeben bis sich die Wirkungen der Handlung bzw. des Unterlassens zeigen. Auch in dem Urteil des BGH 22.11.2023 - 2 StR 152/23 hat der Täter Medikamente zunächst langsam

und später vollständig abgesetzt und erst nach einigen Monaten tatsächlich die Tat durchgeführt. Mithin ist der Zusammenhang und somit auch der Vorsatz zwischen der Herbeiführung des schuldunfähigen Zustandes und dem Taterfolg überhaupt schwerer nachzuvollziehen und nachzuweisen. Zudem ist bei sich in Behandlung befindenden Personen zu berücksichtigen, dass diese meist über ihre Situation aufgeklärt werden. Auch wenn es eine hohe Rückfallwahrscheinlichkeit bei psychotischen Personen gibt, muss berücksichtigt werden, dass es sicherlich vorkommt, dass sie sich trotz ihrer Krankheit ihrer Situation bewusst sind und somit auch in gewisser Weise abschätzen können, was sie ohne eine Medikamenteneinnahme bewirken könnten bzw. diese Erfahrungen bereits gemacht haben.³²

Wenn die Person einen gewissen Grad an Kontrolle mit sich bringt, kann an dieser Stelle angedacht bzw. auch in der Urteilsfindung berücksichtigt werden, ob der Täter bereits Vorstrafen hat und bereits schon durch vorherige Abbrüche von Therapieansätzen zu Straftaten geneigt hat.

4. Konstruktion einer Garantenstellung

In der vorliegenden Fallkonstellation wird die Schuldunfähigkeit durch eine Unterlassung einer Medikamenteneinnahme herbeigeführt. Nach § 13 I StGB entspricht ein Unterlassen nur dann der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch aktives Tun, wenn die unterlassende Person eine rechtliche Pflicht hat dafür einzustehen, dass der Erfolg nicht eintritt, er also Garant für die Erfolgsabwendung ist. Aufgrund des Vorliegens eines unechten Unterlassungsdelikts ist somit eine Garantenstellung erforderlich.³³ Vorliegend muss ermittelt werden, ob die psychotische Person dazu verpflichtet war, Schutzmaßnahmen zu ergreifen, also vorliegend weiterhin die Medikamente einzunehmen und diese nicht einfach abzusetzen. Auch der BGH hat in seiner Entscheidung vom 22.11.2023 - 2 StR 152/23, die Frage aufgeworfen, ob und in welchem Um-

29 BGH, NStZ 1995, 329 (330); BGH, NStZ-RR 2019, 297 (302).

30 Cornelius, in: (Fn. 9.), § 22 Rn. 26.

31 Paeffgen (Fn. 6), vor § 323a Rn. 31; Urwyler, ZStrR 1/2022, 1, (15).

32 Urwyler, ZStrR 1/2022, 1, (9).

33 Bosch, in: Eser; Albin (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 7.

fang einer an einer überdauernden Psychose erkrankten Person eine Garantenpflicht trifft, von ihm ausgehende Gefahren für Dritte abzuwenden.³⁴ Er hat diese Frage jedoch aufgrund Schuldunfähigkeit offengelassen. Wenn bei einer psychotischen Person hingegen die Schuldfähigkeit angenommen wird, welches durchaus der Fall sein kann,³⁵ dann führt dies bei unechten Unterlassungsdelikten zur Frage der Garantenstellung. Solch eine Garantenstellung gemäß § 13 I StGB kann sich aus unterschiedlichen Quellen ergeben. Nach der Funktionenlehre kann sich eine Garantenstellung aus der Zuständigkeit für die Sicherung von Gefahrenquellen, auch sog. Überwachungsgarant oder zum anderen für den Schutz eines Dritten, auch sog. Beschützergarant erwachsen.³⁶

a) Beschützergarant

Die psychotische Person könnte eine Pflicht zur Einnahme der Medikamente treffen, da dies verhindert, dass Rechtsgüter von anderen Personen mit besonderem Schutzanspruch beeinträchtigt werden. Etwa bei der Garantenstellung der Eltern, müssen diese ihre Kinder vor Gefahren schützen.³⁷ Auf psychotische Personen könnte sich diese Konstellation ebenfalls übertragen lassen. Etwa wenn ein Elternteil an einer Psychose leidet und es somit eine Gefahrenquelle für ihre Umgebung darstellt (insbesondere gegenüber dem Kind), könnte hier eine Garantenpflicht zur Medikamenteneinnahme gesehen werden. Da das Elternteil gegebenenfalls nur gegenüber dem Kind, also einer bestimmten Zielgruppe eine Garantenstellung innehat, bedeutet dies wiederum, dass diese Konstellation nicht auf die vorliegend Diskutierte übertragen werden kann.³⁸ Es muss nämlich eine generelle, vollumfängliche Garantenstellung gefunden werden, für den Fall, dass Rechtsgüter Dritter betroffen sind. Wenn Dritte betroffen sind, ist eine Garantenstel-

lung aus Beschützergarant für einen nur kleinen bestimmten Personenkreis nicht ausreichend. Diese beispielhafte Eltern-Kind Konstellation kann somit aufgrund der verschiedenen Adressaten der Garantenstellung nicht auf weitergehende Fälle übertragen werden. Mithin ist nicht darauf abzustellen, ob die psychotische Person eine umfassende Obhutspflicht für ein bestimmtes Rechtsgut zukommt, also ein Beschützergarant ist, sondern möglicherweise ein Überwachungsgarant mit Sicherungspflichten in Bezug auf bestimmte Gefahrenquellen ist.

b) Überwachungsgarant

aa) Verkehrssicherungspflicht

Wenn die erkrankte Person keine Garantenpflicht aus dem Lager der Beschützergaranten hat, könnte solch eine Pflicht in Form einer Überwachungsgarantenstellung einschlägig sein. Eine Garantenstellung aus Verkehrssicherungspflichten bezieht sich auf die von jedem Eigentümer und Besitzer die seinem Herrschaftsbereich unterstehenden beweglichen und unbeweglichen Sachen so zu überwachen und zu unterhalten, dass von ihnen keine naheliegenden Gefahren für andere Rechtsgüter ausgehen. Typischerweise sind dies aber Menschen, die Inhaber einer derartigen Sachherrschaft sind. Dies sind beispielsweise Grundstückseigentümer, Kfz-Halter, Betriebsinhaber. Eine Verkehrssicherungspflicht bezieht sich aber auf Sachen und kann daher nicht auf die eigene Person angewendet werden.³⁹ Eine Garantstellung aus einer Verkehrssicherungspflicht scheidet somit aus.

bb) Ingerenz

Eine zunächst scheinbar einschlägige Garantenpflicht aus dem Lager der Überwachungsgaranten, scheint die der Ingerenz zu sein. Eine Garantenstellung aus Ingerenz wird begründet durch jedes pflichtwidriges Vorver-

34 BGH, NStZ-RR 2024, 72 (73).

35 Vgl. B. I. 6.

36 Rengier, Strafrecht AT, 15. Aufl. 2023, § 50 Rn. 3.

37 Heinrich, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2022, Rn. 403; Freund, in Erb, Volker/ Schäfer, Jürgen (Hrsg.), MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 116.

38 Torry/Weiss, Journal of Psychiatry & Law, 219 (237).

39 Krey/Esser, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2022 § 36 Rn. 1169.

halten. Dies bedeutet eine tatsächliche Herbeiführung einer Gefahrenlage.⁴⁰ Es ist auch unproblematisch, dass das Vorverhalten im vorliegenden Fall ein Unterlassen darstellt, denn die Gefahr kann durch Tun oder Unterlassen herbeigeführt werden.⁴¹ Auf die Schuldhaftigkeit des Vorverhaltens kommt es nicht an.⁴² Das einzige Vorverhalten vor der Tötungshandlung, wäre das Unterlassen der Medikamenteneinnahme. Vorliegend fehlt es jedoch an einer Gefahr bzw. an der Gefährlichkeit des Vorverhaltens. Dies wird damit begründet, dass die Gefahr aufgrund der Schizophrenie (Symptome) unabhängig eines aktiven Tuns der erkrankten Person besteht.⁴³ Mithin lässt sich eine Garantenstellung zur Medikamenteneinnahme auch nicht anhand einer Überwachungsgarantenstellung aus Ingerenz begründen.

cc) Garantenstellung über von sich selbst ausgehenden Gefahren

Allgemein gilt, dass man in einem Bereich das Eingreifen anderer grundsätzlich als Einmischung in seine eigenen Angelegenheiten zurückweisen darf. Als Gegenstück dieser Befugnis hat die Person dafür aber rechtlich einzustehen, dass von diesem Bereich keine Gefahren für Dritte ausgehen. Die unmittelbarste Ausprägung dieser Art der Garantenstellung ist die Verantwortlichkeit für Gefahren, die von dem eigenen Körper ausgehen.⁴⁴ Es ist nicht ersichtlich, warum die vorliegende Konstellation nicht anerkannt werden soll, wenn die über die Zustandshaftung über Sachen diskutiert wird.⁴⁵

Diese Gruppe von Garantenstellung über den eigenen Körper wird auch als Urform der (besonderen) Gefahrenquellenverantwortlichkeit bezeichnet.⁴⁶ Damit eine solche Fi-

gur der Gefahrenquellenverantwortlichkeit für den Körper als Gefahrenquelle überhaupt konstruiert werden kann, muss es zuallererst eine sogenannte Sonderverantwortlichkeit für den eigenen Körper geben.⁴⁷

Äußerst vereinzelt wird die Betrachtungsweise des Menschen als Gefahrenquelle abgelehnt. Mit dem weniger starken Argument, dass verlangt werden kann, dass eine Person beispielhaft sich seines Messers oder seines Kraftfahrzeugs, aber nicht seiner Faust „entäußert“.⁴⁸ Es kann jedoch überzeugend als Erst-Rechtschluss angeführt werden, dass wenn eine Garantenstellung zur Verhinderung von Gefahren, die von anderen Personen ausgehen anerkannt ist, eine Pflicht für Gefahren begründet werden muss, die von der eigenen Person ausgehen.⁴⁹ Zudem ist dies nach meinem Standpunkt auch die alltägliche Aufgabe eines jeden Menschen. Die überwiegende Literatur wie auch Rechtsprechung nimmt das Bestehen einer solchen Sonderverantwortlichkeit für den eigenen Körper an. Der einflussreichste Kritiker dieser Ansicht ist *Jakobs*. Seine Begründung stützt sich die freiheitliche Gesellschaft. In einer Gesellschaft freier Eigentümer und Inhaber von Rechten bilden Personen auch über den eigenen Körper hinaus eigene Organisationskreise, deren Verwaltung ihnen allein unter Ausschluss aller anderen zukommt.⁵⁰ Dieser Freiheit entspricht die negative Pflicht dafür zu sorgen, dass von dem eigenen Organisationskreis keine Gefahren für andere Personen ausgehen. Mithin besteht nicht nur das Verbot, andere durch dessen Einsatz zu verletzen, sondern auch dessen Gebot, Verletzungen anderer durch den eigenen Körper zu verhindern.⁵¹ Zur besseren Veranschaulichung dieses Ansatzes, lässt sich die vorliegend diskutierte Gruppe der Psychose mit im Ansatzpunkt und

40 *Fischer*, in: *Fischer StGB*, 71. Aufl. 2024, § 13 Rn. 47; *Maurach*, *Strafrecht AT*, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 46 Rn. 87.

41 *Fischer* (Fn. 40) § 13 Rn. 48.

42 *Bosch* (Fn. 33), § 13 Rn. 38.

43 *Urwylers*, *ZStR* 1/2022, 1, (20).

44 *Herzberg*, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, S. 172; *Freund* (Fn. 38), § 13 Rn. 114.

45 *Urwylers*, *ZStR* 1/2022, 1, (21).

46 *Freund*, (Fn. 37), § 13 Rn. 114.

47 *Merkel*, in: *FS Herzberg*, 2008, S. 175; *Kuhlen*, 669 (676).

48 *Horn*, *JR* 1979, 289 (292).

49 *Urwylers*, *ZStR* 1/2022, 1 (21).

50 *Jakobs*, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1995, S. 21.

51 *Kuhlen*, in: *FS Puppe*, 2011, 669 (677); *Merkel* (Fn. 47), 193 (206).

Argumentation ähnlichen Fallgruppen vergleichen. Diese sind die der Epileptiker im Porzellanladen und den Schlafwandlern.⁵² Beide genannten Gruppen begehen Straftaten in einem ihnen zu dieser Zeit unkontrollierbaren Zeitpunkt. Ein interessanter Ansatzpunkt ist, anzunehmen, dass unwillkürliche Körpervorgänge meist auch unvermeidbar sind. Wenn sich nun beispielsweise ein Epileptiker in einen Porzellanladen begibt und dabei einen Anfall voraussieht, muss dieser dementsprechende Vorkehrungen treffen.⁵³ Zum Zeitpunkt des Anfalls kann zwar nichts mehr vermieden werden, aber es können im Vorfeld des Anfalls bestimmte Vorkehrungen getroffen werden bzw. mögliche anfallsauslösende Verhaltensweisen vermieden werden.⁵⁴ Er ist somit Garant für die von sich selbst ausgehenden Gefahren.⁵⁵ Insgesamt müssen die Anforderungen an die Verhinderung natürlich im Rahmen des Zumutbaren liegen. Wenn Schlafwandler Straftaten begehen, tun sie dies im Schlaf, also in einem ihnen nicht bewussten und nicht von seinem Willen getragenen Zustand. Es ist somit meist eine fehlende Steuerungsfähigkeit der Person anzunehmen.⁵⁶ Wenn die Person aber Kenntnis davon hat, dass sie im Schlaf wandelt, dann kann meines Erachtens durchaus angenommen werden, dass diese Person bestimmte Vorkehrungen treffen muss. Nun wird bei psychotischen Menschen durchaus angenommen, dass diese trotz ihrer Krankheit als schuldfähig gelten können⁵⁷ und auch dementsprechend Kontrolle über ihren eigenen Körper aufweisen können. Wenn dieser Gedanke genauso auf psychotische Personen übertragen wird, müssten diese genau genommen, wie die Epileptiker vor einer bald auftretenden Attacke den Porzellanladen verlassen müssen, mittels Medikamenteneinnahme das Auftreten ihrer Symptome verhindern.

Dies kann damit begründet werden, dass davon ausgegangen werden kann, dass jeder Mensch Hoheit und eine grundsätzliche Kontrolle über den eigenen Körper hat, auch für Handlungen verantwortlich ist in Zeitpunkten, in denen er Funktionen, Bewegungen und Auswirkungen nicht mehr unter Kontrolle hat. Auch andere Stimmen argumentieren ebenfalls für eine Annahme des menschlichen Körpers als Gefahrenquelle und der Verantwortlichkeit derer ausgehenden Gefahr. Die Person sei für die vom eigenen Körper ausgehenden Gefahren stets besonders verantwortlich.⁵⁸ Zudem sei nicht einzusehen, weshalb der Täter für seine eigene Harmlosigkeit weniger Garant sein soll als für diejenige eines anderen menschlichen oder tierischen oder mechanischen Werkzeugs.⁵⁹

Auch in einem weiteren ähnlich gelagerten Fall, in dem eine Person einen Hirnschrittmacher (Elektroden zur Hirnstimulierung) angeschaltet hat und daraufhin sich unbesiegt fühlte eine Straftat begangen hat, wird ebenfalls überzeugend eine Garantenstellung angenommen. Sie argumentiert, dass eine Person, welche Hoheit und grundsätzliche Kontrolle über seinen Körper hat, auch verantwortlich für die von ihm ausgehenden Gefahren ist. Denn ohne die bestimmten Vorkehrungen wird man zu einer schuldunfähigen Person und birgt demnach eine Gefahr für die Gesellschaft.⁶⁰ Es lässt sich sagen, dass weitestgehend überzeugend angenommen wird, dass es den Menschen selbst als Gefahrenquelle gibt und ihm ein Grad an Verantwortung zukommt, also dies eine Garantenstellung mit sich bringt. Die psychotische Person, stellt durch die Medikamentenabsetzung und der daraus resultierenden Folgen, eine Gefahrenquelle für Dritte dar und könnte damit die Verpflichtung haben, von sich selbst ausgehende Gefahren für Drit-

52 Rudolph/Stein in: Wolter, Jürgen/Hoyer, Andreas (Hrsg.), SK-StGB, 9. Aufl. 2015, § 13 Rn. 26.

53 Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2011, § 29 Rn. 31.

54 Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortungsbegriff, 1988, S. 56.

55 Herzberg, 1972, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, S. 181f.; siehe auch zu einem ähnlichen Fall: BGH, NJW 1995, 795.; Freund, Handbuch des Strafrechts, 2020, § 59 Rn. 31.

56 Heger, in: Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2023, § 20 Rn. 14.

57 Vgl. B. I. 6.

58 Freund, GA 2014, 137 (145 f.); Freund/Rostalksi, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2019, S. 225 f.; Freund, Handbuch Strafrecht, Bd. 5, 2020, § 46 Rn. 26.

59 Herzberg, in: FS Spandel, 1992, S.203 (220).

60 Beck, ZIS 2018, 204 (208).

te abzuwenden. Schlussendlich kann bei Unterlassungsdelikten eine Garantenstellung in bestimmten Grenzen anerkannt werden.

III. Folgen der Annahme einer Garantenstellung und weitere Voraussetzungen einer Unterlassungsstrafbarkeit

Insgesamt kristallisieren sich zwei Ansichten heraus. Einerseits wird angenommen, dass es unerheblich ist, dass der Täter den Ausbruch der akuten Phase einer Psychose herbeiführt, indem er trotz wahrgenommener eindeutiger Anzeichen es unterlässt, seine Einweisung in ein psychiatrisches Krankenhaus zu veranlassen. Die gegenteilige Auffassung hingegen würde auf eine strafbewehrte Pflicht, sich ärztlich behandeln zu lassen und körperliche Eingriffe zu dulden, hinauslaufen.⁶¹ Es kann wohl gesagt werden, dass wenn der Täter erkennt, dass die Gefahr einer Straftatbegehung besteht, das Ergreifen solcher Maßnahmen wohl auch erwartet werden würde.⁶² Insgesamt ist die Grenze der Haftung für Straftaten, die in schicksalhaft krankhaften Defektlagen begangen werden, dort zu ziehen, wo der Täter eine medizinische Behandlung in der vorhandenen oder möglichen Kenntnis der Folgen abbricht oder wo er die Tat ohne zusätzliche Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe vermeiden könnte.⁶³ Die Gedankenkette, ob die erkrankte Person nun verpflichtet bzw. es ihr vorwerfbar ist, dass sie sich nicht der verschiedenen Arten von Behandlungen unterzogen hat, weckt Assoziationen zu dem unzulässigen Konstrukt der Lebensführungsschuld. Der Gegenstand des Schuldvorwurfs ist jedoch immer die konkrete Tat (auch Einzeltatschuld). Die Schuld handelt nämlich nicht von einer sogenannten Lebensführungs- oder Charakterschuld in Form des Vorwurfs.⁶⁴

IV. Anwendbarkeit der a.l.i.c.

Es kommt in einer beträchtlichen Anzahl von Fällen vor, dass psychotische Personen unter-

anderem aufgrund mangelnder Einsichtsunfähigkeit, schuldunfähig sind und die Anwendbarkeit der a.l.i.c. bereits anfangs ausscheidet. Wenn jedoch die Schuldfähigkeit und die restlichen Voraussetzungen gegeben sind, muss die Person von sich ausgehende Gefahren abwenden. Solch eine allgemeine Pflicht ist dem Strafrecht jedoch fremd. Zudem würde sie den vom Strafrecht mit § 63 StGB verfolgten Zwecken zuwiderlaufen.⁶⁵ Konkret in der Entscheidung des BGH vom 22.11.2023 - 2 StR 152/23 hat die Person die Medikamente zeitweise abgesetzt und bemerkt, dass sie Mordgedanken entwickelt. Dies hat sie sogar jemandem mitgeteilt und auch realisiert, dass dies nicht „normal“ sein kann. Die Beurteilung des Gerichts, dass die Krankheit Ausdruck seiner psychischen Störung lässt trotz teilweise eigener Realisierung seiner eigenen Gefährlichkeit, Bedenken aufkommen, ob dies nicht eine Art Deckmantel für die kranke Person ist. Dennoch ist die Annahme, dass sich eine erkrankte Person (mit teilweise unkontrollierbaren Zuständen), unter einem Deckmantel für eine nicht Strafbarkeit versteckt, eher weit hergeholt. Wie der BGH in seiner Entscheidung zutreffend festgestellt hat, würde eine Anwendbarkeit der a.l.i.c. dazu führen, dass die §§ 20, 21 StGB außer Anwendung blieben. Somit würde es an einer rechtlichen Möglichkeit fehlen, den Täter in einem psychiatrischen Krankenhaus unterzubringen, obwohl eine psychiatrische Behandlung möglicherweise dringend erforderlich wäre. Dies läuft den durch § 63 StGB verfolgten vorrangigen Sicherheitszielen zuwider.⁶⁶ Es ist aber zu beachten, dass der § 63 StGB eine außerordentlich belastende Maßnahme darstellt und nur dann angeordnet werden kann, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder gefährdet werden oder schwe-

61 Verrell/Linke/Koranyi (Fn. 20), § 20 Rn. 209.

62 Beck, ZIS 2018, 204 (206).

63 Verrell/Linke/Koranyi (Fn. 20), § 20 Rn. 210.

64 Baumann, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 17 Rn. S. 32 ff.; Ebert, in: FS Kühl, 2014, S. 137; Heinrich, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2022, Rn. 528; Weber, Rechtswörterbuch, Lebensführungsschuld.

65 Verrell/Linke/Koranyi (Fn. 20), § 20 Rn. 209.

66 BGH, NStZ 1997, 335 (336); BGH, NStZ-RR 2024, 72 (73); Müller/Nedopil (Fn. 14), S.186.

rer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist.⁶⁷ Das Gericht kann diese auch anordnen, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Täter in diesem Zustand derartige erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.⁶⁸

Es zeigt sich, dass aufgrund der aufgezählten Probleme die Anwendung der a.l.i.c. in solchen Fällen eher eine Ausnahme darstellen wird. Meines Erachtens wäre die Anwendung dieser Figur bei einer Psychose etwa am ehesten dann denkbar, wenn der Person eindeutige Kontrolle nachgewiesen werden kann und/oder wenn eine Person als geheilt gilt und dann rückfällig wird und die Kenntnis davon hat, dass sie zu etwaigen Gewalttaten neigt. Für eine Anwendbarkeit könnte auch angedacht werden, dass die Grenzen und das Verständnis des § 20 StGB in solch einer Konstellation verengt werden, damit der Täter nicht allzu schnell in den Bereich der Schuldunfähigkeit bei der Medikamentenabsetzung fällt. Dies würde aber ganz klar dem Zweck des § 20 StGB und dem Strafrecht im Allgemeinen zuwiderlaufen. Wenn die a.l.i.c. keine Anwendung findet, könnte der § 63 StGB einschlägig sein, welcher jedoch wie aufgezeigt, strenge Voraussetzungen hat. Bei einem Totschlag wäre eine Bejahung des § 63 StGB aufgrund der Schwere des Delikts gegebenenfalls weniger schwer, dies bedarf jedoch immer einer Einzelfallentscheidung.

C. SCHLUSSBETRACHTUNG

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die a.l.i.c. in der hiesig aufgezeigten Fallkonstellationen angewendet werden kann, dies sich in der Praxis jedoch eher schwierig gestalten wird. Eine gegebene Anwendbarkeit der a.l.i.c. aufgrund einer durch Medikamentenabsetzung ausgelösten Psychose wäre nur in äußerst spezifischen Konstellationen einschlägig.⁶⁹

Im Zuge dieser Arbeit hat sich gezeigt, dass die Rechtsfigur der a.l.i.c. in einer solchen Konstellation zwar einer Prüfung standhält und selbst die vom BGH 22.11.2023 - 2 StR

152/23 in den Raum gestellte Garantenstellung konstruiert werden kann,⁷⁰ dies aber eher ein akademisches Problem darstellen dürfte. Das Absetzen von Medikamenten, welches erst die Begehung der Straftat verursacht, ist bei psychotischen Menschen ein für die Krankheit äußerst typisches Verhalten. Mithin wird in den meisten Fällen wohl davon auszugehen werden, dass das Absetzen der Ausdruck der psychischen Störung darstellt.

Diese spezielle Fallkonstellation kann eben nicht mit einer klassischen Fallkonstellation der a.l.i.c. verglichen werden. Auch wenn bei psychotischen Menschen eine Schuldfähigkeit grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, stellt sich dennoch die erheblich problematische Beweisfrage, inwiefern die Person die Tat bewusst erlebt hat und bereits im Vorfeld der strafrechtlich vorwerfbaren Handlung das Geschehen bewusst wahrnahm und steuern könnte, also Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit gegeben war. Vor allem, wenn die Person wie in der Entscheidung des BGH mitteilt, dass ihr Verhalten nicht dem eines durchschnittlichen Dritten entspricht. Mithin wäre bereits die Beweisfrage im Rahmen der Feststellung der Schuldfähigkeit bereits ein Kriterium, welches gegebenenfalls mittels in dubio pro reo äußerst schnell verneint werden könnte. Auch wenn die Anwendbarkeit der Rechtsfigur der a.l.i.c. in der Theorie nicht gänzlich ausgeschlossen ist, bringt dies jedoch ein anderweitig großes Problem mit sich. Wenn die Anwendung dieser Rechtsfigur tatsächlich in Betracht gezogen werden sollte, bedeutet dies eine Ablehnung der §§ 20, 21 StGB. Dies würde nach sich ziehen, dass § 63 StGB keine Anwendung finden könnte. In den meisten Fällen solch schwerwiegender Straftaten in denen psychotische Personen involviert sind, würde es wohl durchaus sinnvoller erscheinen, die Schuldunfähigkeit der Person anzunehmen, also die a.l.i.c. abzulehnen und somit den Weg freizumachen, für eine Unterbringung der Person in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB. Ob sich in der Rechtsprechung in Zukunft die Notwendigkeit erweist, die Fra-

67 BGH, BeckRS 2007, 10126.

68 Pollähne, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 63 Rn. 47.

69 Vgl. B. V.

70 BGH, NStZ-RR 2024, 72 (73)

ge der Anwendung der a.l.i.c. in solch einem Fall vollumfänglich zu klären, lässt nach umfangreicher Analyse zu Zweifeln übrig. Nach einem Blick auf die bisherige Rechtsprechung lässt sich nämlich feststellen, dass die Frage der Anwendbarkeit der a.l.i.c. durchaus in den Raum gestellt wird, diese aber zumeist offengelassen wird oder es mangels Schuldfähigkeit erst gar nicht zur Notwendigkeit der Klärung dieser Frage kommt, wie auch in der neuen Entscheidung des BGH vom 22.11.2023 - 2 StR 152/23.

*schwer -
punkt





Aufsatz:

Verlustrücktrag: Einfluss auf den Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr

Jost Zankel LL.B*

Dieser Artikel basiert auf einer im Wintersemester 2023 bei Prof. Dr. Carsten Meinert vorgelegten Seminararbeit im Schwerpunktbereich „Gesellschafts- und Steuerrecht“. Die Arbeit wurde mit der Note „gut“ bewertet (12 Punkte). Die Ausführungen wurden für die Zwecke des Artikels wesentlich verkürzt.

A. EINLEITUNG

Der Gesetzgeber gibt dem Steuerpflichtigen durch das System der Verlustberücksichtigung¹ eine Vielzahl von Möglichkeiten an die Hand, Verluste steuerlich geltend zu machen und so seine Steuerlast zu mindern. Neben dem in § 2 Abs. 3 EStG normierten Verlustausgleich, der die intraperiodische Verlustverrechnung betrifft, ist dabei der in § 10d EStG geregelte Verlustabzug von Relevanz, der die interperiodische Verlustberechnung betrifft.² Dem Steuerpflichtigen wird so ermöglicht, negative Einkünfte unter bestimmten Voraussetzungen nicht nur innerhalb eines Erhebungszeitraumes zu verrechnen, sondern seine Verluste über unterschiedliche Veranlagungszeiträume hinweg nach vorne oder hinten zu „schieben“. Diese Form der Steueroptimierung befindet sich in einem Spannungsfeld zwischen der Verwirklichung des objektiven Nettoprinzips³

und dem Prinzip der Abschnittsbesteuerung.⁴ Während nach dem objektiven Nettoprinzip die Steigerung an Leistungsfähigkeit innerhalb einer Totalperiode zu besteuern sein soll,⁵ unterteilt das Prinzip der Abschnittsbesteuerung den Totalgewinn⁶ des Steuerpflichtigen in mehrere Veranlagungszeiträume.⁷ Letzteres stellt genau wie das objektive Nettoprinzip ein materielles Prinzip dar.⁸ Das Prinzip der Abschnittsbesteuerung soll zur Rechtssicherheit beitragen: Anstatt eine sich ständig aktualisierende Steuerlast zu erzeugen,⁹ wird so ein grundsätzlich sicher zu zahlender Betrag für den jeweiligen Veranlagungszeitraum gewährleistet.

Mit der Kodifikation des interperiodischen Verlustabzuges wird eine größtmögliche Entfaltung beider Prinzipien gewährleistet. Dem objektiven Nettoprinzip wird Rechnung getra-

* Der Autor legte an der Universität Potsdam seinen Bachelor of Laws mit dem Schwerpunktbereich Steuer- und Gesellschaftsrecht (SPB 5) ab und studiert nun im Master Internationales und Europäisches Steuerrecht an der Maastricht University (LL.M.).

1 Vogel, in: Brandis, Peter/Heuermann, Bernd (Hrsg.), EStG, 172. Aufl. 2024, § 10d, Rn. 1; Ergenzinger, in: Lademann, Fritz et al., EStG, 281. Aufl. 2024, § 10d Rn. 6.

2 Ergenzinger (Fn. 1) § 10d Rn. 1; Vogel (Fn. 1), § 10d Rn. 1.

3 Seiler, DStR 2023, 369 (372 f.).

4 Vogel (Fn. 1), § 10d Rn. 21; vgl. Ergenzinger (Fn. 1), § 10d Rn. 44.

5 Vogel (Fn. 1), § 10d Rn. 21.

6 Vogel (Fn. 1), § 10d Rn. 21.

7 Handzik, in: Littmann, Eberhard/Bitz, Horst/Pust, Hartmut (Hrsg.), EStG, 174. Aufl. 2024, § 2 Rn. 362.

8 BFH, Beschl. v. 28.7.2004 – XI R 54/99, BStBl II 05, 262 (265); Vogel (Fn. 1), § 10d Rn. 21; Ergenzinger (Fn. 1), § 10d Rn. 47; a.A. Hey, in: Tipke, Klaus/Lang, Joachim (Hrsg.), Steuerrecht, 25. Aufl. 2024, Kap. 8 Rz. 44; Hey, DStR 2020, 2041 (2045).

9 Vogel (Fn. 1), § 10d Rn. 21.

gen, da sich die Verlustverrechnung nicht auf einen Veranlagungszeitraum beschränkt, wodurch der Zuwachs an Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen genauer erfasst wird. Das Prinzip der Abschnittsbesteuerung wird beachtet, indem zum einen der Verlustabzug genau bestimmten Voraussetzungen unterliegt, zum anderen der Verlustabzug jeweils einem Veranlagungszeitraum zugeordnet wird und sich so für diesen Veranlagungszeitraum der Zuwachs an Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen klar bestimmen lässt.¹⁰

Der interperiodische Verlustabzug und seine Auswirkungen auf den Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr sollen in seiner besonderen Form des Verlustrücktrags Schwerpunkt dieses Aufsatzes sein. Dafür werden zunächst die Grundlagen erarbeitet und der Begriff des Gesamtbetrags der Einkünfte erläutert (**B.**). Das Hauptaugenmerk liegt in der Analyse und Einordnung des Urteils des BFH vom Mai letzten Jahres.¹¹ Anschließend wird das Urteil im Hinblick auf die Argumentation hinsichtlich der Auswirkungen des Verlustrücktrags auf den Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr untersucht. Dabei werden mögliche Problemfelder aufgezeigt und Lösungsmöglichkeiten diskutiert (**C.**). Abschließend wird ein Fazit gezogen, das die wichtigsten Erkenntnisse zusammenfasst (**D.**).

B. GRUNDLAGEN

§ 10d EStG gehört zu den zentralen Vorschriften im System der Verlustberücksichtigung.¹² Dabei wird zwischen Verlustausgleich und Verlustabzug unterschieden. Der Verlustausgleich betrifft die intraperiodische Verlustverrechnung. Im Rahmen dieser werden die positiven

und negativen Einkünfte einer einzelnen Einkunftsart (der horizontale Verlustausgleich)¹³ als auch die positiven und negativen Einkünfte der verschiedenen Einkunftsarten (der vertikale Verlustausgleich)¹⁴ im Veranlagungszeitraum ausgeglichen.¹⁵ Dagegen wirkt der Verlustabzug dergestalt, dass interperiodisch, mithin über unterschiedliche Veranlagungszeiträume, nicht ausgeglichene Verluste verrechnet werden können.¹⁶ Der Verlustabzug lässt sich wiederum in zwei Richtungen tätigen: Die nicht ausgeglichenen negativen Einkünfte können in vorangegangene Veranlagungszeiträume zurückgetragen werden (Verlustrücktrag).¹⁷ Soweit dies nach den gesetzlichen Bestimmungen des § 10d Abs. 1 EStG nicht möglich ist, können die negativen Einkünfte folgende Veranlagungszeiträume vorgetragen werden (Verlustvortrag).¹⁸ Voraussetzung für die Anwendung des § 10d Abs. 1 S. 1 EStG ist das Bestehen negativer Einkünfte beim Steuerpflichtigen, die nicht bereits im Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr ausgeglichen wurden.¹⁹ Folglich kann der Verlustrücktrag nur getätigt werden, soweit die negativen Einkünfte nicht bereits im Rahmen der intraperiodischen Verlustverrechnung horizontal und vertikal ausgeglichen wurden.²⁰ Die intraperiodische Verlustverrechnung geht dem interperiodischen Verlustabzug mithin vor.²¹

C. AKTUELLE ENTWICKLUNGEN UND RECHTSPRECHUNG

Der BFH hatte im Mai dieses Jahres zu entscheiden, ob ein negativer Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr einen Kirchensteuererstattungsüberhang ausgleicht, obwohl die Verluste bereits in den vorangegangenen

¹⁰ Vgl. *Ergenzinger* (Fn. 1), § 10d Rn. 46 ff.

¹¹ BFH, Urt. v. 3.5.2023 – IX R 6/21 = DStR 2023, 1699.

¹² *Vogel* (Fn. 1), § 10d Rn. 1; *Ergenzinger* (Fn. 1), § 10d Rn. 6.

¹³ *Strohal*, Unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen bei Selbständigen, 5. Aufl. 2017, Teil IV Rn. 330.

¹⁴ *Strohal* (Fn. 13), Rn. 330.

¹⁵ *Ergenzinger* (Fn. 1), § 10d Rn. 6.

¹⁶ *Handzik* (Fn. 7), § 2 Rn. 152.

¹⁷ *Ergenzinger* (Fn. 1), § 10d Rn. 2.

¹⁸ *Ergenzinger* (Fn. 1), § 10d Rn. 270.

¹⁹ *Ergenzinger* (Fn. 1), § 10d Rn. 180 f.; *Vogel* (Fn. 1), § 10d Rn. 110.

²⁰ *Vogel* (Fn. 1), § 10d Rn. 117.

²¹ Vgl. *Ergenzinger* (Fn. 1), § 10d Rn. 1; *Vogel* (Fn. 1), § 10d Rn. 117.

Veranlagungszeitraum zurückgetragen wurden.²²

Der BFH vertrat die Ansicht, dass der Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr um den Betrag der zurückgetragenen Einkünfte zu erhöhen sei.²³ Zurückgetragene Einkünfte nach § 10d Abs. 1 EStG sollen nicht mehr dem Entstehungsjahr zugeordnet werden können und demnach auch nicht mehr die Grundlage für die Ermittlung des Einkommens für diesen Veranlagungszeitraum bilden. Leitlinien des Urteils und sich daraus ergebende Problematiken sollen hier dargestellt werden.

I. Rückrechnung des zurückgetragenen Verlustes

Der BFH stützt sich insbesondere auf die materiell-rechtliche Konzeption des § 10d Abs. 1 EStG, der die ursprünglich dem Entstehungsjahr zugeordneten Einkünfte dem Rücktragsjahr zuordnet und die deswegen dort berücksichtigt werden.²⁴ Diese Überlegung ist im Ergebnis überzeugend. Der BFH begründet dies insbesondere mit dem Normzweck des § 10d Abs. 1 EStG.²⁵ So bezwecke § 10d Abs. 1 EStG mittels der zwar vom Grundfall abweichenden, aber weiterhin eindeutigen zeitlichen Zuordnung der Einkünfte insbesondere, Doppel- und Mehrfachberücksichtigungen auszuschließen.²⁶ Auch der aus dem Wortlaut des § 10d Abs. 1 EStG getätigte Umkehrschluss überzeugt: Dass nur die „nicht ausgeglichenen“ negativen Einkünfte zurückgetragen werden können, muss wiederum bedeuten, dass die „ausgeglichenen“ negativen Einkünfte nicht für den Verlustrücktrag erheblich sein können, mithin „verbraucht“ sind.

Dass kein anderes Ergebnis als die bloße einmalige Berücksichtigung der zurückgetragenen Verluste im Rücktragsjahr tragfähig ist, ergibt sich jedoch schon aus Grundüberlegungen des Einkommensteuerrechts und nicht erst aus der materiell-rechtlichen Einordnung des

§ 10d Abs. 1 EStG. Rechnete man den auf das Rücktragsjahr zurückgetragenen Betrag nicht zurück, bliebe der negative Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr in derselben Höhe bestehen. Dieser wäre anschließend Grundlage für die Ermittlung des Einkommens im Entstehungsjahr. Diese Vorgehensweise führte im Ergebnis zu einer doppelten Berücksichtigung nur einmal entstandener negativer Einkünfte.

Dogmatischer Anknüpfungspunkt des Verlustrücktrags ist das objektive Nettoprinzip,²⁷ das wiederum auf dem Leistungsfähigkeitsprinzip fußt.²⁸ Eine doppelte Berücksichtigung nur einmal entstandener Verluste hebelte das objektive Nettoprinzip allerdings aus. Dies erkennt auch der BFH: § 10d Abs. 1 EStG ermögliche – wie schon dargestellt – eine eindeutige zeitliche Zuordnung der entstandenen Verluste in das Rücktragsjahr. Dies sei notwendig, um den relevanten Zuwachs an finanzieller Leistungsfähigkeit gleichmäßig und sachgerecht ermitteln zu können.²⁹

Die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen würde bei einer Doppelberücksichtigung allerdings in unzulässiger Weise gesenkt, da in einem Veranlagungszeitraum – dem Entstehungsjahr – Verluste berücksichtigt würden, die so nicht entstanden beziehungsweise bereits abgezogen sind: Die tatsächlich im Entstehungsjahr entstandenen Verluste sind bereits in vorangegangene Veranlagungszeiträume zurückgetragen worden. Dem objektiven Nettoprinzip ist wegen Berücksichtigung dieser Verluste zu diesem Zeitpunkt schon Rechnung getragen. Erfolgte nun eine „erneute“ Berücksichtigung der Verluste im Entstehungsjahr bzw. würde der nicht zurückgerechnete Gesamtbetrag der Einkünfte zur Grundlage der Einkommensermittlung im Entstehungsjahr, stünde dies den Überlegungen des objektiven Nettoprinzips entgegen, da sich die Leistungsfähigkeit des Steuerpflich-

22 BFH, Urt. v. 3.5.2023 – IX R 6/21 = DStR 2023, 1699 (1699).

23 BFH, Urt. v. 3.5.2023 – IX R 6/21 = DStR 2023, 1699 (1701).

24 BFH, Urt. v. 3.5.2023 – IX R 6/21 = DStR 2023, 1699 (1701).

25 BFH, Urt. v. 3.5.2023 – IX R 6/21 = DStR 2023, 1699 (1701).

26 BFH, Urt. v. 3.5.2023 – IX R 6/21 = DStR 2023, 1699 (1701).

27 Hey (Fn. 8), Kap. 6 Rn 62; jedenfalls aber umstritten, vgl. Birk, Dieter/Desens, Marc/Tappe, Henning (Hrsg.), Steuerrecht, 27. Aufl. 2024, Rn. 614.

28 Birk/Desens/Tappe (Fn. 27), Rn. 608 f.

29 BFH, Urt. v. 3.5.2023 – IX R 6/21 = DStR 2023, 1699 (1701).

tigen durch die doppelte Verlustberücksichtigung ohne tatsächlich bestehenden Verlustanfall senkte. Für eine weitere Berücksichtigung des zurückgetragenen Betrags besteht folglich im Entstehungsjahr kein Raum mehr. Logische Folge, um diese Erkenntnis in der Praxis umzusetzen, kann nur das Aufrechnen des in das Rücktragsjahr zurückgetragenen Betrags auf den Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr sein. § 10d Abs. 1 EStG baut insoweit auf diesem Grundgedanken auf, indem er die zu verrechnenden Verluste in das Rücktragsjahr verschiebt, dem Steuerpflichtigen aber gerade nicht die Möglichkeit gibt, seine einmal entstandenen Verluste zweimal zu verrechnen.

Das Ergebnis der Erhöhung des Gesamtbetrags der Einkünfte im Entstehungsjahr um den zurückgetragenen Betrag ist nicht zu beanstanden. Dies folgt zum einen aus der materiell-rechtlichen Einordnung des § 10d Abs. 1 EStG; insbesondere aber auch schon als logische Konsequenz der Berücksichtigung des objektiven Nettoprinzips: § 10d Abs. 1 EStG verdeutlicht diese Grundüberlegung des Einkommensteuerrechts, indem es den steuererheblichen Betrag zeitlich eindeutig zuordnet und eine lediglich einmalige Berücksichtigung zulässt.

II. Nachträgliche Erhöhung des Gesamtbetrags der Einkünfte im Entstehungsjahr?

Der Steuerpflichtige kann zwar – wenn dem Gesamtbetrag der Einkünfte nach Durchführung des Verlustrücktrages keine Beträge zugerechnet werden – der betrachteten rechtlichen Folge der „Rückrechnung“ des zurückgetragenen Verlustes gelassen gegenüberstehen. Sein höchster im Entstehungsjahr bestehender Gesamtbetrag der Einkünfte wird – und zwar in dem Fall, dass der gesamte Verlust des Entstehungsjahres zurückgetragen werden konnte – null Euro betragen. Es tritt mithin keine Steuerbelastung ein.

1. Betrachtung: Kirchensteuererstattungsüberhang nach § 10 Abs. 4b EStG

Anders könnten die Interessen des Steuerpflichtigen aber womöglich in solchen Fällen liegen, in denen dem Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr nach durchgeführtem Verlustrücktrag nachträglich Beträge zugerechnet werden. Dies kann bei sog. Erstattungsüberhängen der Fall sein. Sie entstehen, wenn innerhalb einer Gruppe von Sonderausgaben der im Veranlagungszeitraum erstattete Betrag höher ausfällt als die geleisteten Aufwendungen selbst.³⁰

Soweit ein solcher Erstattungsüberhang vorliegt, greift § 10 Abs. 4b S. 3 EStG. Demnach wird der Überhang dem Gesamtbetrag der Einkünfte hinzugerechnet. Dies ist in Zusammenhang mit einem bereits vollzogenen Verlustrücktrag von besonderer Bedeutung: Wie bereits dargestellt sorgt dieser dafür, dass der Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr um den zurückgetragenen Betrag erhöht wird. Betrachtung verdient deswegen die Frage, auf welcher Ebene des sich aus § 2 EStG ergebenden Berechnungsschemas der Erstattungsüberhang zu berücksichtigen ist. § 10 Abs. 4b S. 3 EStG spricht davon, dass der verbleibende Erstattungsüberhang dem „Gesamtbetrag der Einkünfte“ hinzugerechnet werde. Man könnte die Hinzurechnung des Erstattungsüberhangs folglich auf Ebene des § 2 Abs. 3 EStG verorten. Nach dem BFH lasse auch die Gesetzesbegründung diesen Schluss zu, nach der der Erstattungsüberhang bei der Ermittlung des Gesamtbetrages der Einkünfte hinzuzurechnen sei.³¹ Allerdings ergebe sich aus derselben Gesetzesbegründung ebenfalls, dass Kirchensteuererstattungsüberhänge nur noch im Jahr der Erstattung berücksichtigt werden sollen, damit die Steuerfestsetzungen der Vorjahre nicht wiederaufgerollt werden müssen.³² Aus diesem Grund sei der Hinzurechnungsbetrag im Berechnungsschema des § 2 EStG an der Stelle zu berücksichtigen, an der die Sonderausgaben zu berücksichtigen wären.³³ Davon ausgehend sei es zweckmäßig, den Kirchensteuererstattungsüberhang, der im

30 Fissenewert, in: Kirchhorf, Georg/Kulosa, Egmont/Ratschow, Eckart (Hrsg.), BeckOK EStG, 2024, § 10 Rn. 534.

31 BT-Drs. 17/5125, S. 37.

32 BT-Drs. 17/5125, S. 21.

33 BFH, Urt. v. 12.3.2019 – IX R 34/17, BStBl II 2019, 658, Tz. 16.

Erstattungsjahr nicht mit gleichartigen Zahlungen ausgeglichen werden konnte, wie eine negative Sonderausgabe zu behandeln und entsprechend zu verrechnen. Der Kirchensteuererstattungsüberhang sei folglich auf Ebene von § 2 Abs. 4 EStG zu verrechnen.³⁴

2. Konsequenzen und Lösungsmöglichkeiten mit besonderer Beachtung der Auswirkung des Verlustrücktrags im Entstehungsjahr

Diese Methode könnte sich insbesondere unter Beachtung des subjektiven Nettoprinzips als überzeugend erweisen.

Aus dem objektiven Nettoprinzip folgt die grundsätzliche Abziehbarkeit von Aufwendungen nur in der Erwerbssphäre.³⁵ Für den Abzug von privaten Aufwendungen besteht hingegen ein grundsätzliches Verbot.³⁶ Dieser Grundsatz wird in § 12 Abs. 1 EStG kodifiziert. § 2 Abs. 4 EStG normiert jedoch, dass private Aufwendungen, sofern es sich um Sonderausgaben oder außergewöhnliche Belastungen handelt, abziehbar sind und verwirklicht das subjektive Nettoprinzip.³⁷ Dieses folgt ebenfalls aus dem Leistungsfähigkeitsprinzip.³⁸ Verfassungsrechtliches „Dach“ dabei ist das aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG folgende Gebot der Steuerfreiheit des Existenzminimums, nach dem der Staat das Einkommen, das der Bürger zur Schaffung der Mindestvoraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins benötigt, steuerfrei zu stellen hat.³⁹ Es berücksichtigt beim Steuerpflichtigen unvermeidbare private Aufwendungen, die mithin das zur Verfügung stehende Einkommen zwangsläufig mildern.⁴⁰

Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen können nur in dem Veranlagungszeitraum abgezogen werden, in dem sie ent-

standen sind; ist dies nicht möglich, verfallen die nachrangigen Abzugspositionen. Auch ein Vor- oder Rücktrag ist nicht möglich. Dies ist auch grundsätzlich überzeugend: Sowohl Sonderausgaben als auch außergewöhnliche Belastungen sind darauf ausgerichtet, dem Steuerpflichtigen zu ermöglichen, aus seinem Einkommen einen aus seinen subjektiven Lebensumständen erwachsenden Aufwand vorrangig vor einer Steuerzahlung zu decken.⁴¹ Dieses Entlastungserfordernis besteht allerdings nicht, wenn das Einkommen des Steuerpflichtigen ohnehin nicht besteuert wird.⁴²

Bei Durchführung des Verlustrücktrags kommt es im Entstehungsjahr wie betrachtet zu einer Rückrechnung in der Höhe des zurückgetragenen Betrags auf den Gesamtbetrag der Einkünfte, der sich folglich auf bis zu null Euro erhöht. In einem solchen Fall können Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen vom Gesamtbetrag der Einkünfte nicht abgezogen werden und verfallen.

In Fällen, in denen schon kein besteuertbares Einkommen besteht, ist dies in keiner Weise anzugreifen. Denn die nachträglichen Abzugspositionen sehen keine positive Subvention des Steuerpflichtigen vor, sondern sollen vielmehr eine am Jahresprinzip auszurichtende Steuerentlastung sein.⁴³

Gänzlich anders können die rechtlichen Wertungen jedoch womöglich dann liegen, wenn aufgrund eines Kirchensteuererstattungsüberhangs das Einkommen⁴⁴ über die Grenze des Grundfreibetrags erhöht wird. In solchen Fällen kann im Ergebnis ein besteuertbares Einkommen bestehen, nämlich dann, wenn der Kirchensteuererstattungsüberhang den bestehenden Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr nach Rückrechnung aufgrund des Verlustrücktrags übersteigt.

Der durch die Rückrechnung des Verlustrück-

34 BFH, Urt. v. 12.3.2019 – IX R 34/17, BStBl II 2019, 658, Tz. 15 f.; *Vogel* (Fn. 1), § 10d Rn. 661.

35 *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 27), Rn. 624; zum objektiven Nettoprinzip s. schon unter B.III.

36 *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 27), Rn. 624.

37 *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 27), Rn. 626.

38 *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 27), Rn. 626.

39 BVerfGE 87, 153 (169); BVerfGE 99, 246 (260); *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 27), Rn. 626.

40 *Birk, Dieter/Desens, Marc/Tappe, Henning* (Hrsg.), Rn. 626.

41 BFH, Beschl. v. 14.3.2008 – IX B 247/07, Rn. 2, juris.

42 BFH, Beschl. v. 9.4.2010 – IX B 191/09, Rn. 2, juris.

43 BFH, Beschl. v. 9.4.2010 – IX B 191/09, Rn. 2, juris.

44 *Krüger*, in: *Weber-Grellet*, Heinrich (Hrsg.), Schmidt EStG, 43. Aufl. 2024, § 10 Rn. 170.

trags auf bis zu null Euro erhöhte Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr hätte zur Folge, dass zum einen nachrangige Abzugspositionen nicht geltend gemacht werden könnten, zum anderen aber durch den Kirchensteuererstattungsüberhang das Einkommen erhöht würde. Im Ergebnis würden so Fälle entstehen, in denen der Steuerpflichtige besteuert würde, ohne dass er seine nachrangigen Abzugspositionen hätte geltend machen können. Zusätzlich dazu kommt der Verfall der nachrangigen Abzugspositionen.

Dieses Ergebnis liefere jedoch den vom BFH selbst getroffenen⁴⁵ Grundüberlegungen zum subjektiven Nettoprinzip zuwider und ist folglich zu vermeiden: Die Verfassungsmäßigkeit des Verfalls von nachrangigen Abzugspositionen wurde insbesondere mit einem ohnehin nicht bestehenden zu steuernden Einkommen begründet.⁴⁶

Soweit tatsächlich kein steuerungsfähiges Einkommen besteht, ist dies mit Verweis auf das bereits Dargestellte zum subjektiven Nettoprinzip auch überzeugend. Hier besteht aber die Gefahr einer strukturell anderen Ausgangslage: Da im Fall der Erhöhung des Einkommens durch den Kirchensteuererstattungsüberhang grundsätzlich die Gefahr entstehen könnte, dass der Steuerpflichtige Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen nicht vom Gesamtbetrag der Einkünfte abziehen kann und sie folglich verfallen, obwohl parallel dazu ein steuerbares Einkommen entstehen könnte, widerspräche dieser Fall den Grundüberlegungen des BFH zum subjektiven Nettoprinzip.⁴⁷ Dies gilt umso mehr im Falle eines zurückzurechnenden Verlustrücktrags im Entstehungsjahr. Denn die Rückrechnung des Verlustrücktrags sorgt in jedem Fall für eine Erhöhung des Gesamtbetrags der Einkünfte im Entstehungsjahr bis hin zu einem Betrag von null Euro und im Ergebnis – bei anschließender Hinzurechnung eines Kirchen-

steuererstattungsüberhangs – daher auch für eine Erhöhung des zu steuernden Einkommens verglichen mit einer nicht bestehenden Verlustrücktragsrechnung.

Um das subjektive Nettoprinzip in derartigen Fällen hinreichend zu berücksichtigen, könnte dieses Spannungsfeld aufgelöst werden, indem der Kirchensteuererstattungsüberhang schon auf Ebene des § 2 Abs. 3 EStG berücksichtigt würde. § 10 Abs. 4b S. 3 EStG würde in diesem Fall allein zugunsten des subjektiven Nettoprinzips ausgelegt. In diesem Fall wäre gewährleistet, dass nachrangige Abzugspositionen abgezogen werden können. Diese Vorgehensweise liefere allerdings dem gesetzgeberischen Zweck der Steuervereinfachung⁴⁸ zuwider.⁴⁹ Um beide widerstreitenden Interessen in Einklang zu bringen, ist es sinnvoll, den Kirchensteuererstattungsüberhang erst auf Ebene des § 2 Abs. 4 EStG hinzuzurechnen. So kann der Absicht des Gesetzgebers Rechnung getragen werden. Dabei muss gleichzeitig darauf geachtet werden, dass diese Hinzurechnung auf Ebene des § 2 Abs. 4 EStG zwingend vor dem Abzug nachrangiger Abzugspositionen erfolgt. Dadurch, dass zunächst der Kirchensteuererstattungsüberhang hinzugerechnet wird, dies aber vor dem Abzug von Sonderausgaben und außergewöhnlichen Belastungen erfolgt, werden sowohl der Absicht des Gesetzgebers als auch dem subjektiven Nettoprinzip hinreichend Rechnung getragen.

Für diese Lösung spricht ebenfalls, dass § 2 Abs. 4 EStG die vorzunehmende Verrechnungsreihenfolge der Abzugspositionen kodifiziert.⁵⁰ Daraus folgt aber nicht, dass Sonderausgaben generell vor außergewöhnlichen Belastungen abgezogen werden.⁵¹ Vielmehr müssen die Abzugspositionen nach dem Prinzip der Meistbegünstigung in der für den Steuerpflichtigen günstigsten Weise verrechnet

45 BFH, Beschl. v. 9.4.2010 – IX B 191/09, Rn. 2, juris.

46 BFH, Beschl. v. 9.4.2010 – IX B 191/09, Rn. 2, juris.

47 Vgl. BFH, Beschl. v. 9.4.2010 – IX B 191/09, Rn. 2 f., juris.

48 BT-Drs. 17/5125, S. 21.

49 BFH, Urt. v. 12.3.2019 – IX R 34/17, BStBl. II 2019, 658, Tz. 16.

50 Kirchhof, in: Kirchhof, Paul/Söhn, Hartmut/Mellinghoff, Rudolf (Hrsg.), EStG, 344. Aufl. 2024, § 2 Rn. E 1.

51 Vogel (Fn. 1), § 10 Rn. 45; a.A. Musil, in: Herrmann, Carl/Heuer, Gerhard/Raupach, Arndt (Hrsg.) EStG, 324. Aufl. 2023 § 2 Rn. 808.

werden.⁵² Dies kann genauso nur für die Hinzurechnung des Kirchensteuererstattungsüberhangs gelten. Auch daraus kann nur folgen, dass dieser auf Ebene des § 2 Abs. 4 EStG vor dem Abzug der nachrangigen Abzugspositionen als „negative Sonderausgabe“ zu berücksichtigen ist.

D. FAZIT

Der Verlustrücktrag hat als Rechtsinstitut wegen seines direkten Senkungseffekts auf den Gesamtbetrag der Einkünfte für den Steuerpflichtigen große Bedeutung.

Der Verlustrücktrag erhöht den Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr um den Betrag, der in das Rücktragsjahr zurückgetragen wurde. Schlussfolgern lässt sich dies aus der materiell-rechtlichen Konzeption des § 10d Abs. 1 EStG, den Grundsätzen der periodengerechten Einkommensermittlung, dem Umkehrschluss aus § 10d Abs. 1 S. 1 EStG sowie aus dem objektiven Nettoprinzip.

Insbesondere das objektive Nettoprinzip ist dabei von Bedeutung. Der Zweck des objektiven Nettoprinzips würde allerdings unterlaufen, wenn ein einmal entstandener Verlust im Ergebnis zweimal berücksichtigt würde. Dieser Fall träte bei nicht vorgenommener Rückrechnung des zurückgetragenen Betrags auf, wenn die rücktragsfähigen Einkünfte zunächst im Rücktragsjahr und anschließend als (noch) bestehender negativer Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr berücksichtigt würden. Eine solche Vorgehensweise führte zu einer unzulässigen Senkung der Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen und ist daher mit dem objektiven Nettoprinzip nicht zu vereinbaren. Um das objektive Nettoprinzip in derartigen Fällen hinreichend zu berücksichtigen, muss die Rückrechnung des in das Rücktragsjahr zurückgetragenen Betrags sein. Der Einfluss des Verlustrücktrags auf den Gesamtbetrag der Einkünfte im Entstehungsjahr besteht folglich in dessen Erhöhung um exakt den zurückgetragenen Betrag.

⁵² Kirchhof, in: (Fn. 50), § 2 Rn. E 45.

*aus der
fakultät



Erfahrungsbericht

Der Deutsch-Französische LL.M./Master an der Universität Potsdam und der Université Paris Nanterre

Rasmus Ludwig (LL.B.) *

Die 1991 gegründete Universität Potsdam beherbergt in ihrer juristischen Fakultät seit 1994 den Deutsch-Französischen Studiengang der Rechtswissenschaft, welcher in Kooperation mit der Université Paris Nanterre ermöglicht wurde.

Am 25. Mai 2024 durften wir in Potsdam am wunderschönen Campus Griebnitzsee den 30. Geburtstag dieser universitären Verbindung feiern. Eine schöne Angelegenheit, um alte Bekannte und Freunde wiederzusehen und um Gleichgesinnte kennenzulernen. Hierfür gilt ein großes Dankeschön dem Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Sonnentag und insbesondere Frau Dobleb und Frau Rusczyk, welche diese Veranstaltung organisierten.

Doch was genau hat es mit diesem Doppel-Studiengang auf sich? Welche Möglichkeiten bietet er? Und was ist der Unterschied zwischen der Licence/dem Bachelor und dem Master? Diese Fragen möchte ich aus Sicht eines Potsdamer Studenten versuchen möglichst verständlich zu beantworten und vielleicht motiviert es ja auch den einen oder die andere den Deutsch-Französischen Weg einzuschlagen.

Den Studierenden ist es zunächst selbst überlassen, ob sie sich neben dem ordentlichen deutschen Jurastudiengang auch für den Deutsch-Französischen Studiengang bewerben möchten. Zwar ist dies der Normalfall, eine spätere Anmeldung ist jedoch keineswegs ausgeschlossen.

Einmal angenommen, erwarten die Studierenden, neben dem klassischen Jurastudium, vier Semester Vorlesungen im französischen Recht, welche von Gastdozenten in französischer Sprache gehalten werden.¹ Diese bestehen meistens aus ein bis zwei Wochen Intensivkurs und enden mit einer Klausur, auf welche sich die Studierenden circa eine Woche vorbereiten. Dies sollte nicht auf die leichte Schulter genommen werden, da die Studierenden trotz der kurzen Zeit auf ein vergleichbares Niveau mit französischen Studenten gebracht werden müssen und „nebenbei“ noch die deutschen Vorlesungen vor- und nachbereiten müssen.

Nach zwei Jahren Studium sollten im Idealfall die Zwischenprüfung sowie die französischen Klausuren bestanden sein. Darüber hinaus können die Studierenden in Potsdam einige weiterführende deutsche Vorlesungen besuchen, um noch in Potsdam die Klausuren „vorzuarbeiten“². Dies ermöglicht eine Minderung der Arbeitslast während des Aufenthalts in Frankreich an der Université Paris Nanterre.

Nach vier Semestern an der Universität Potsdam folgt dann endlich der Auslandsaufenthalt an der Partneruniversität Paris Nanterre.

Für deutsche Studierende kann der Wechsel vom deutschen Universitätssystem in das französische zunächst etwas überwältigend sein. Doch wie in den meisten Fällen handelt es sich um eine Gewohnheitsfrage. Zu den wichtigsten Unterschieden zählt zunächst die

* Der Autor, Rasmus Ludwig, ist Student an der Universität Potsdam sowie an der Université Paris Nanterre. 2023 schloss er seinen LLB bzw. seine Licence ab. Er befindet sich zurzeit im Masterstudium im Rahmen des deutsch-französischen Studiengangs.

1 Angeboten werden in der Regel eine Einführung in das französische Recht, französische Geschichte sowie das französische Verfassungs-, Verwaltungs-, Schuld-, Familien- sowie Sachenrecht.

2 Dies betrifft Englisch, Familienrecht, Sachenrecht, Arbeitsrecht sowie Handels- und Gesellschaftsrecht. Allerdings können nur 4 von 5 Klausuren angerechnet werden.

Länge der Semester, so gehen diese von September bis Dezember sowie von Januar bis April/Mai. Nachschreibeklausuren werden im Juni geschrieben. Dies kann dafür sorgen, dass deutsche Studierende sich im Gegensatz zum deutschen System etwas mehr gestresst fühlen. Weiterhin ist auch das Benotungssystem unterschiedlich, da nicht wie im deutschen System auf 18, sondern auf 20 Punkte benotet wird und die zu erreichende Mindestpunktzahl nicht bei 4, sondern bei 10 Punkten liegt. Übrigens bestehen die Klausuren nicht nur aus Fallbearbeitungen, sondern auch aus sog. *Dissertations*, welche etwa wie Aufsätze funktionieren, und aus Kommentaren zu Gerichtsentscheidungen oder zu Texten (*commentaire d'arrêt* oder *commentaire de texte*). Ein weiterer nicht ganz unwichtiger Unterschied ist die Anwesenheitspflicht während der *Travaux dirigés* (etwa wie AGs), welche von jeweiligen AG-Leiter kontrolliert werden und sogar in die Note einfließen kann.

An der Université Paris Nanterre können die Studierenden zu Beginn zwischen verschiedensten französischen Fächern wählen.³ Wichtig ist hierbei zu bedenken, dass die Wahl sowohl für das fünfte als auch für das sechste Semester getroffen wird. Auch in Frankreich werden begleitende Vorlesungen, diesmal auf deutsch, den Studierenden etwas mehr Arbeit abverlangen als den gewöhnlichen französischen Studierenden. Zudem müssen die Studierenden im dritten Studienjahr der Licence (die L3) ein Praktikum absolvieren, welches unter Umständen aber schon vor dem Auslandsaufenthalt absolviert werden kann.

Doch es lohnt sich, sich ins Zeug zu legen, denn die Studierenden beenden ihre drei ersten Studienjahre mit nicht nur einem, sondern gleich zwei Abschlüssen: der französischen *Licence en droit* und dem deutschen *Bachelor of Laws (LL.B.)*. Noch dazu können die Studierenden sich diese Leistung als Schwerpunkt anrechnen lassen, welcher 30% der Staatsexamensnote ausmacht.

Doch welche Wege eröffnet den Studierenden denn nun der erfolgreiche Abschluss?

Zunächst sollte klargestellt werden, dass diese drei Jahre in keiner Weise verpflichten, weiterhin ein (juristisches) Studium zu verfolgen. Jedem steht es frei, sich umzuorientieren und neue Wege einzuschlagen. Zu dieser Freiheit gehört genauso die Wahl des direkten Einstiegs in die Berufswelt.

Andererseits können die Studierenden auch „ganz klassisch“ in die studentische Heimat zurückkehren und an der Universität Potsdam mit allem, was dazugehört, das Jurastudium beenden. Wer einen LL.M. anvisiert, kann dies auch später in Angriff nehmen, beispielsweise nach dem 1. juristischen Staatsexamen.

Doch kommen wir zu der für uns spannendsten Möglichkeit: dem deutsch-französischen LL.M..

Studierende, welche die Licence an der Université Paris Nanterre absolvierten, können sich dazu entscheiden, ihre bilingualen Fähigkeiten noch etwas mehr auszureizen. Nach dem LL.B. und der Licence können sie nämlich auch einen LL.M. sowie einen französischen Master 2 erlangen. Genau wie der LL.B. kann diese Leistung im Staatsexamensstudium als Schwerpunkt angerechnet werden.

Zunächst ein kleiner Hinweis zum Organisatorischen: Studierende, welche sich dafür entscheiden, ein weiteres Jahr an der Université Paris Nanterre zu verbringen, müssen sich rechtzeitig über die Formalitäten informieren, um sich für den Deutsch-Französischen Masterstudiengang zu bewerben. Dies erfolgt noch während des zweiten Semesters der L3. Darüber hinaus dürfen sie sich im Falle der angenommenen Bewerbung, wie schon für die L3, auf ein Erasmus+-Stipendium und ein DFH-Stipendium bewerben und müssen sich, wie in Potsdam bei der Rückmeldung, erneut an der Université Paris Nanterre einschreiben

3 Die wählbaren Fächer bestehen aus den Fächern die allen französischen Studierenden im dritten Studienjahr angeboten werden. Zur Wahl stehen Vorlesungen in den Bereichen Völkerrecht, Menschenrechte, Internationales Privatrecht, Unternehmens- und Steuerrecht, Europarecht, Sozial- und Arbeitsrecht, Zivilprozessrecht, öffentliches Sachenrecht und Strafrecht.

(*Inscription administrative et pédagogique*). Hierbei gilt es, die Fristen im Auge zu behalten, vor allem während der langen vorlesungsfreien Zeit von circa Ende Mai bis Anfang September zwischen der L3 und dem M1, welche sich hervorragend für eventuelle Praktika eignet.

Der Masterstudiengang ist wie folgt aufgebaut. Er setzt sich aus zwei Jahren zusammen, dem M1 und dem M2 (aus französischer Sicht). Hierbei ist lediglich der M2, also das zweite Jahr, auch deutsches LL.M.-Studium.

Das erste Jahr wird in Frankreich verbracht und ähnelt vom Aufbau sehr der L3. Einmal angenommen und eingeschrieben, dürfen die Studierenden zu Beginn des Jahres ihre Fächer (für das ganze Jahr) wählen. Im Gegensatz zur L3 ist die Wahl allerdings etwas präziser, denn es kann sich für verschiedene rechtliche Gebiete entschieden werden. Dies sorgt für eine spätere „Mention“ des Abschlusses, was sich wie eine Art Ausrichtung erklären lässt.

Was genau steht zur Wahl? Nun, die Studierenden müssen aus jeweils einem französischen und einem deutschen Block ein Rechtsgebiet wählen.⁴ Die verschiedenen Rechtsgebiete im französischen Block sind Wirtschaftsrecht (*droit des affaires*), Menschenrechte (*droits de l'homme*) und Internationales und europäisches Recht (*droit international et européen*). Im deutschen Block kann nur zwischen Wirtschaftsrecht und Internationalem und europäischem Recht gewählt werden. Studierende haben also insgesamt sechs verschiedene Wege, die sie einschlagen können, wobei v.a. im ersten Semester des M1 viele französische Vorlesungen rechtsgebietsübergreifend sind. Einige Vorlesungen werden auch auf Englisch abgehalten.

Neben der Deutsch-Französischen Option können die Studierenden auch eine trilinguale Option wählen. In diesem Fall können sie ihren M2 an einer Universität, welche eine Kooperation mit der Université Paris Nanterre

eingegangen ist, verbringen. Die jeweils aktuellen Kooperationen können zur gegebenen Zeit auf der Website der Université Paris Nanterre eingesehen werden. Die Wahl müssen die Studierenden relativ früh treffen, circa im November des 1. Semesters des M1. Darüber hinaus müssen sich die Studierenden auf weitere Bewerbungsverfahren im Ausland vorbereiten.

Mit den Klausuren, TDs sowie Probeklausuren während des M1 verhält es sich wie schon in der L3. Ob die TDs wöchentliche Abgaben beinhalten oder andere Lehrmethoden anwenden, hängt immer von dem oder der „*chargé/e de TD*“ (AG-Leiter/in) ab. Die Probeklausuren werden meist um die Semesterferien geschrieben und die Klausuren circa ein bis zwei Wochen nach Vorlesungsende.

Im 2. Semester des M1 gehört auch ein einwöchiges Seminar zum Lehrplan. Während dieses Seminars werden rechtsvergleichende Arbeitsmethoden erlernt und angewendet, welche in der Erstellung einer Präsentation zu einem gewählten Thema münden. Die Präsentationen werden in Gruppen erarbeitet und gehalten. Dem Seminar gehen sieben Vorlesungen während des Semesters voran, in denen deutsche, französische, italienische sowie tschechische Professoren und Professorinnen ihre jeweiligen Themen vorstellen. Die Studierenden können im Anschluss ihre Präferenzen bezüglich der verschiedenen Themen angeben, bevor sie in Gruppen eingeteilt werden. Das Seminar findet meist Ende Mai statt, wenn die Klausurenphase bereits vorbei ist. Dieses Jahr fand das Seminar an der Universität Potsdam statt.

Kommen wir nun zum zweiten Masterjahr, dem M2.

Der M2, den ich selbst nächstes Semester entdecken werde, kann zunächst auf zwei verschiedene Arten angegangen werden. Einerseits können die Studierenden sich für einen „*M2 Professionnel*“ entscheiden, welcher ein

4 Université Paris Nanterre, https://droit-franco-allemand-paris-nanterre.com/?page_id=425, zuletzt besucht am 30.08.2024.

sechsmonatiges Praktikum beinhaltet, jedoch nicht zu einem LL.M. führt. Andererseits können die Studierenden einen „M2 Recherche“ absolvieren. Im Folgenden möchte ich mich auf diese zweite Alternative konzentrieren.

Wer sich für den „M2 Recherche“ entscheidet, muss während des zweiten Masterjahres für die französische Seite zwei Hausarbeiten (im französischen „Blogs“; circa sechs Seiten) schreiben und mehrere Berichte abgeben. Die Abgaben der Hausarbeiten werden für Januar sowie Mai des Studienjahres anberaumt. Auf deutscher Seite müssen die Studierenden drei Vorlesungen über die zwei Semester verteilt besuchen, wovon eine von Herrn Prof. Dr. Sonntag gehalten wird.

Darüber hinaus müssen die Studierenden eine Masterarbeit (im französischen „mémoire“) schreiben. Es kann frei gewählt werden, ob diese in deutscher oder in französischer Sprache verfasst wird. Allerdings wird eine verkürzte Version in der jeweils nicht gewählten Sprache verlangt. Die Masterarbeit sollte circa 60 Seiten und die Zusammenfassung circa 20 Seiten umfassen.

Zur Vorbereitung auf den M2 im Ausland (aus französischer Sicht) werden im Juni und Juli des M1-Jahres insgesamt zwei Wochen Methodikkurse an der Université Paris Nanterre organisiert. Diese werden zum einen von dem „Directeur de mémoire“, zum anderen vom „Directeur de Blog“ gehalten. Im Rahmen dieser Kurse werden den Studierenden die jeweils relevanten Formalitäten erklärt. Auf deutscher Seite müssen sich die Studierenden darum bemühen, einen Professoren oder eine Professorin davon zu überzeugen, ihre Arbeit zu begleiten. Die Wahl der Begleitperson hängt natürlich auch von der gewählten Thematik ab.

Die grobe Thematik der Masterarbeit sowie der Hausarbeiten wird gegen Ende des M1 gewählt. Die Studierenden können hierbei frei zwischen den folgenden sechs Rechtsgebieten wählen und müssen ihre Top-3 mit den Prioritäten angeben: Wirtschaftsrecht (*Vie économique*), Menschenrechte (*Personnes*), Prozessrecht (*Justice et procès*), Digitalrecht

(*numérique*), Umweltrecht (*Environnement*), Internationales Recht (*Droits internationaux*). Bei der Zuteilung der Themen werden u.a. die Rechtsgebiete, für welche die Studierenden sich während des M1 entschieden haben, berücksichtigt. Unter besonderer Begründung können die Studierenden beantragen, für die Hausarbeiten ein anderes Thema, als das für die Masterarbeit, zugeteilt zu bekommen.

Sind die Studierenden einmal durch das zweite Masterjahr gekommen, haben alle Hausarbeiten, Klausuren und Berichte sowie die Masterarbeit und ihre Zusammenfassung rechtzeitig abgegeben und bestanden, fehlt nur noch die Verteidigung und auf französischer Seite die „Soutenance“.

Nach gewissenhaft getaner Arbeit können die Studierenden sich hoffentlich stolz mit einem LL.M. in der einen Hand und einem M2 in der anderen präsentieren. Sie haben nun die Wahl, ob sie direkt in die Arbeitswelt eintauchen oder die deutsche oder französische Juristenausbildung beenden wollen.

Schlussendlich lässt sich sagen, dass diese zwei Jahre deutsch-französischen Masterstudiums, die die Studierenden hoffentlich erfolgreich hinter sich bringen, neben der Vertiefung der Kenntnisse in den jeweiligen Rechtssystemen auch eine unglaubliche menschliche Bereicherung sind. Doch so sehr gerade die deutsch-französische Freundschaft wichtig ist und aufrecht gehalten werden muss, sollte niemand davor zurückweichen, auch die trilinguale Alternative oder gar ganz andere internationale Kooperationsprogramme anzugehen. Denn was zählt, sind die Neugier und der Austausch.

Interview

(Ein)Blick in die Praxis: Interview mit Hannah Lewin^[1] über das Studium, einer Karriere mit Umwegen und der Zeit der Wiedervereinigung

Klaus Kohnen

Das Interview führte Klaus Kohnen, Chefredakteur von Anwaltsblatt und katzenkönig. Die Vermittlung und Idee des Formates stammen von Prof. Klaus Herrmann, Vorsitzender des Vereins der Freunde und Förderer der Juristischen Fakultät.

STUDIUM IN EINER ZEIT DES UMBRUCHS

Interviewer: Ja, auch eine Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts Cottbus hat mal angefangen als Studentin. Und können Sie sich noch erinnern, warum Sie sich für Jura entschieden haben?

Frau Lewin: Na, es ist ein wenig speziell biografisch oder zeitbiografisch begründet. Ich komme aus der DDR, ich bin in Sachsen großgeworden, und ich habe im Sommer 1990 mein Abitur gemacht, also genau zur Wendezeit. Das heißt in einer Zeit, als dann gar nichts mehr stimmte, alle vorgefassten Pläne obsolet waren. Und ich wusste nur das eine: Es stand schon immer fest, ich würde studieren. Ich wollte weg aus der sächsischen Kleinstadt, in der ich wohnte. Und ich habe wirklich noch nie vorher über Jura nachgedacht, sondern eines Tages die Zeitung aufgeschlagen. Da war dann eine Annonce der Uni, damals noch Hochschule für Recht und Verwaltung in Potsdam, die Jurastudenten suchte. Ich habe ganz spontan beschlossen: Dann studiere ich halt Jura. Habe mich beworben, da gab es noch richtig Vorstellungsgespräche, und bin dann auch angenommen worden. Das war im Prinzip meine

„Entscheidung“ Jura zu studieren. Es hat sich im Nachhinein dann eher als sehr passend und Glücksfall erwiesen. Aber es war keine anvisierte Entscheidung sozusagen.

Interviewer: Die Universität Potsdam ist eine sehr junge Universität, 1991 gegründet. Das heißt, Sie haben gerade angefangen zu studieren, als die Universität gegründet und aufgebaut wurde?

Frau Lewin: Ganz genau. Wir waren in dieser Gründungsphase der allererste Jahrgang.

Interviewer: Kann man also sagen, Sie haben unter besonderen Bedingungen studiert, wenn ja inwiefern?

Frau Lewin: Ja, es waren besondere Bedingungen. Wir waren, als wir angefangen haben, ca. 500 Studierende und die Ersten und zunächst Einzigen. Es gab keine Semester über uns, an denen wir uns orientieren konnten und eigentlich auch keine Möglichkeit zunächst, sich einen eigenen Vorlesungsplan zu erstellen, also zum Beispiel die Entscheidung zutreffen, eine Lehrveranstaltung erst im nächsten Semester zu besuchen. Am Anfang war noch vieles improvisiert, auch die Bibliothek war noch nicht so gut ausgestattet, weshalb viele von uns zum Lernen in die FU fuhren. Wenn ich mich

richtig erinnere, fielen die ersten Semesterferien weitgehend aus, weil wir das erste Semester noch einmal wiederholten, nachdem eine große Anzahl an Lehrenden – ich glaube, vor allem aus Nordrhein-Westfalen – zu uns gekommen waren, die mit dem neuen Recht¹ vertraut waren. Was ich als besonders und bereichernd empfunden habe, war der Umstand, dass viele der Studierenden, von denen der Großteil aus den damals neuen Bundesländern kam, schon etwas ältere Menschen waren, die zu DDR-Zeiten schon eine Berufsausbildung oder ein anderes Studium absolviert hatten und jetzt noch mal die Chance ergriffen, einen Neustart zu wagen. Einige hatten schon Familien und Kinder. Leute, wie ich, die unmittelbar vom Abitur kamen, waren gar nicht so viele. Die meisten brachten also schon eine Menge Lebenserfahrung und andere Lebensentwürfe mit, und das war sehr spannend. Wir waren eine sehr heterogene Studierendengruppe.

Interviewer: Wie war denn so der Austausch zwischen den Studierenden der unterschiedlichen Altersstufen? War das ein besonderes Gemeinschaftsgefühl vielleicht, weil man jetzt die DDR hinter sich gelassen hatte und tatsächlich in einem rechtsstaatlichen System lebte?

Frau Lewin: Ich glaube, viele von uns hatten das Gefühl, dass dieses Studium eine gute Möglichkeit ist, anzukommen in der neuen Zeit, indem wir uns mit dem Recht als Regelsystem dieser neuen Gesellschaft beschäftigen. Und egal, wie unsere Leben bis dahin verlaufen waren, jetzt waren wir alle an einem gleichen Punkt angekommen, an dem wir gleichsam in eine neue Zeit auf-

brachen. Und natürlich brachten wir unsere Ostbiografien mit, das schuf eine Vertrautheit, die – glaube ich – schon unterstützend wirkte in einer Zeit, in der plötzlich alles neu war. Mir ging es jedenfalls so.

Interviewer: Konnten Sie denn Mentalitätsunterschiede feststellen bei den Studierenden, die aus dem Osten kamen, und denen, die aus dem Westen zugekommen sind?

Frau Lewin: Ich glaube, wir waren alle sehr in diesem Flow der Wendezeit, in dieser Euphorie des Neuanfangs. Und das galt für alle, egal ob die Leute aus dem Osten oder dem Westen kamen. Unsere Lebensläufe begannen gerade erst richtig, da ist man offen, neugierig, und in der besonderen geographischen Situation von Berlin und Potsdam war es sicherlich auch leichter, einander zu begegnen und kennenzulernen. Dieses gemeinsame Erleben war eigentlich viel prägender als die Unterschiede, die es sicher gab, aber die gar nicht so wichtig waren. Für meine Eltern in ihrem sächsischen Dorf, wo der Westen sehr weit weg war, und deren ja schon ganz anders etablierte Biographien jäh unterbrochen wurden durch die Wende, war das etwas ganz anderes.

Interviewer: Spannende Zeiten, und haben sich dann im Laufe Ihres Studiums Lieblingsfächer herausgebildet?

Frau Lewin: Ja, das war ganz schnell das Strafrecht (lacht), anders als man vielleicht denken würde. Nach dem kleinen Schein Strafrecht, der damals noch eine Zwischenprüfung war, hat mich der Professor gefragt, ob ich als studentische Hilfskraft an seinen Lehrstuhl kommen würde, weil mir das Fach wohl sehr gelegen und sich das in den Klausuren niedergeschlagen hatte. Dieses Angebot nahm ich

¹ Redaktionsanmerkung: „Neues Recht“ meint hier das Recht der Bundesrepublik, welches ab der Wiedervereinigung in der ehemaligen DDR, somit auch Potsdam, galt.

wahr und dann blieb Strafrecht das ganze Studium hindurch tatsächlich mein absolutes Lieblingsfachgebiet. Hinzu kam, dass mir die Arbeit am Lehrstuhl - als studentische Hilfskraft, später wissenschaftliche Mitarbeiterin, ganz andere Einblicke ermöglichte. Am Anfang bin ich an das Studium noch sehr schulisch herangegangen, aber dann wurde es immer wissenschaftlicher, ich wechselte vom Lernen ins Denken und Verstehen. Mein Professor, es war *Professor Küpper* aus Köln, der jetzt leider schon verstorben ist, lehrte auch Rechtsphilosophie, das Fach mochte ich auch sehr, überhaupt die Grundlagenfächer.

KLARE LINIE NACH DEM EXAMEN?

Interviewer: Sie haben das erste Staatsexamen 1995 abgelegt und haben eine strafrechtliche Dissertation begonnen. Zu welchem Thema?

Frau Lewin: Das war ein Thema im Bereich der Aussagedelikte, es ging um den juristischen Wahrheitsbegriff im Vergleich von subjektiven und objektiven Theorien.

Interviewer: Und dann haben Sie sich aber entschlossen, die Dissertation ad acta zu legen?

Frau Lewin: Ja.

Interviewer: Sicherlich kein einfacher Entschluss. Und Sie haben erzählt, dass Strafrecht eigentlich Ihre Leidenschaft war. Wie kam es dazu?

Frau Lewin: Zwei Aspekte: Ich war 23 Jahre alt und mit meinem ersten Sohn schwanger, als ich mein Jurastudium beendete. Ich hatte noch keinen festen Plan, wie es beruflich weiter gehen sollte, es gab die vage Idee, Literatur zu studieren, um später vielleicht in einem Verlag zu arbeiten. Aber eine Uni-Laufbahn hätte ich mir damals auch vorstellen können, weshalb das Angebot meines Professors, bei ihm am Lehrstuhl zu

bleiben und zu promovieren, schon ein großes Geschenk war. Aber vielleicht auch ein bisschen zu verführerisch, manchmal denke ich, ich hätte mir mehr Zeit mit der Entscheidung lassen sollen. Und vor allem: mir ein eigenes Thema für die Promotion suchen, eines, das mich wirklich interessiert. Dass hier war nicht mein Thema, das war seins, und das war sicherlich keine gute Voraussetzung, um dranzubleiben.

Wichtiger war aber etwas anderes: Ich komme aus einem sozialistischen Elternhaus, so bin ich geprägt und aufgewachsen. Die Wende war damals eine unfassbare Zäsur für meine Familie, ein Schock, auch für mich. Gleichzeitig tat sich plötzlich eine große Freiheit für mich auf, nicht nur politisch, auch durch das Ende der Schule und das Verlassen meines Elternhauses. Und ich wollte an dieser spannenden Zeit teilhaben, wollte raus in diese Freiheit, weg vom sächsischen Dorf in die Berliner Großstadt, wollte studieren. Da war keine Zeit, um innezuhalten und diesen Schock, den die Wende bedeutet hatte, zu verarbeiten. Aber dann scheiterte kurz nach der Geburt meines Sohnes meine Ehe und in diese Krise zog meiner Psyche die Notbremse. Plötzlich konnte ich wahrnehmen, wieviel es zu verarbeiten, zu hinterfragen und zu klären gab. Ich hatte viel nachzuholen, und ich hatte mich selbst kennenzulernen. Und ich war auch erschöpft davon, glaube ich, das alles bisher verdrängt zu haben. Damals habe ich dann auch sehr in Frage gestellt, ob die Laufbahn einer Juristin für mich wirklich das Richtige sei, und ein bisschen ging mir die Perspektive verloren. Deshalb wollte ich weg von der Uni, und die Dissertation war dann praktisch der Kollateralschaden.

Es war nicht so, dass ich sofort entschieden hätte, sie nicht zu Ende zu schreiben. Aber in dem Moment, wenn man die Uni verlässt, was

ganz anderes macht, zumal allein-erziehend mit kleinem Kind, wird es schwer. Das bleibt ein unabgeschlossenes Kapitel in meinem Leben. Manchmal denke ich, es hätte schon zu mir gepasst, aber dann hätte ich lieber ein Thema, das mich dann auch wirklich interessiert, an das ich mit einer Neugier, mit einem Herausfinden-Wollen herangehe. Und das war dieses Thema eben nicht.

Interviewer: Ja, jetzt waren Sie alleinerziehend, haben die Universität verlassen und was kam dann?

Frau Lewin: Eine wirkliche Auszeit. Ein gutes Jahr war ich praktisch nicht beruflich tätig. Ich war ehrenamtlich in einem Off-Tanztheater in Potsdam tätig. Da habe ich mich um alles gekümmert, was nicht das Tanzen war, also die ganze Organisation, Künstler*innen-Betreuung usw. Das war eine schöne Zeit, das war etwas ganz anderes. Ich brauchte einfach Zeit, um Luft zu holen und mir klar zu werden, wie es weitergehen soll.

DER WEG ZUM VERWALTUNGSRECHT

Interviewer: Dann hatten Sie eine Auszeit von ungefähr einem Jahr. Und schloss sich dann die Tätigkeit an, also sind Sie dann zum Verwaltungsgericht als Richterin gekommen?

Frau Lewin: So schnell geht das nicht. (beide lachen)
Nein, ich habe dann erst mal in Berlin meine Referendarzeit angefangen von 1999 bis 2001. Das fiel mir trotz der längeren Pause nach dem ersten Staatsexamen überraschend leicht. Ich hatte so ein bisschen reingerochen ins Leben, und das hat mir geholfen, die Referendarzeit sehr entspannt, bewusst, aber auch – wie soll ich sagen – also mit einer guten Zielstrebigkeit zu absolvieren. Kein falscher Ehrgeiz, eher das gute Gefühl: Es geht doch weiter, das ist jetzt meine berufliche Laufbahn, ich

habe mich entschieden. Ich hatte noch kurz überlegt, ob ich Journalistin werden sollte, und hatte mich an der Henri-Nannen-Schule in Hamburg bewerben wollen. Dafür sollte man Schreibproben einreichen und eine war ein Kommentar zu einem juristischen Thema. Und während ich den verfasste, habe ich gemerkt, dass mich Jura doch enorm interessiert, dass es mir Spaß macht. Und die Referendarzeit hat das dann sehr bestätigt. In der ersten Station am Amtsgericht Mitte kam mir das erste Mal der Gedanke, dass der Richterberuf für mich passend sein könnte.

Interviewer: Also sind Sie zielstrebig durch das Referendariat gegangen?

Frau Lewin: Na ja, ich habe versucht herauszufinden, wohin mich das führt. Irgendwann fiel mir dann auf, dass ich mit dem Verwaltungsrecht gut zurechtkam. Es hat so viel Struktur und System, das passt zu mir. Nach meinem bisherigen Fokus auf das Strafrecht war das eigentlich ein überraschender Befund. Deshalb bin ich in der Wahlstation zum Obergerverwaltungsgericht (OVG) gegangen. Und das war dann die hohe Schule des Rechts. Da war ich bei Herrn *Monjé* am Senat und habe buchstäblich mit offenem Mund im Gerichtssaal gesessen und gedacht: Das ist es, was ich machen möchte. Ich erinnere mich an eine Verhandlung, ich glaube, es ging um Krankenhausfinanzierung, unzählig viele Leute im Gerichtssaal, und niemand stritt ums Rechthaben, alle versuchten das Richtige zu finden, eine richtige, gute Lösung zu finden, die Kuh vom Eis zu bekommen, wie man so sagt. Es war in dieser letzten Station, in der ich entschieden habe, Verwaltungsrichterin zu werden...wenn es das zweite Staatsexamen hergibt.

Interviewer: Ja, das zweite Staatsexamen hat es offenbar hergegeben (lacht).

Frau Lewin: Hat es hergegeben, genau (lacht), ja. Das ist wahr. Obwohl es zeitgleich zur Berlinale stattgefunden hatte, was ich schon empörend fand, aber ich war dann so abgelenkt von der Not, rechtzeitig zum nächsten Film zu kommen, dass ich gar nicht so nervös war, wie ich sonst immer in Prüfungssituationen bin. Und das hat sein Gutes getan. (lacht)

Interviewer: Dann sind Sie auch Filmjunkie?

Frau Lewin: Ja, durchaus. Von etwas muss man ja leben (lacht). Ja, und dann habe ich mich beworben in Berlin und Brandenburg. Berlin hatte damals gerade einen Einstellungstop, während Brandenburg den Vorteil bot, dass man sich speziell für die Verwaltungsgerichtsbarkeit bewerben konnte. Mein Vorstellungsgespräch, zu dem ich meinen kranken Sohn mitnehmen musste, weil ich keine andere Betreuung für ihn hatte, fand genau am 11. September 2001 statt...immer, wenn ich daran denke, berührt mich dieses zufällige Zusammentreffen von Privatem und Zeitgeschehen. Im Januar 2002 habe ich dann als Proberichterin am Verwaltungsgericht (VG) Potsdam angefangen.

DAS AMT UND DIE VERANTWORTUNG ALS RICHTERIN

Interviewer: Und können Sie sich noch an Ihre erste Zeit als Richterin erinnern? Waren Sie besonders nervös vor Ihren ersten Verhandlungen? Wovor hatten Sie besonderen Respekt?

Frau Lewin: Das war ein Hineinwachsen in den Beruf. Das Lernen ist mit den Staatsexamina nicht abgeschlossen, die Praxis stellt ganz neue Anforderungen. Am Anfang habe

ich Sitzungen immer sehr gründlich vorbereitet und schon viel schriftlich ausgearbeitet, um für alles gewappnet zu sein. Mit der Zeit lernt man, sich zu vertrauen, man lernt, auf Unvorhergesehenes zu reagieren und auszuhalten, auch mal einen Fehler zu machen. Und die Sprache wird präziser, konzentrierter. Im Verwaltungsrecht kommt hinzu, dass man sich in Rechtsgebiete einarbeiten muss, die im Studium praktisch nicht vorkommen. Das ist enorm viel Wissen, das man sich selbst aneignen muss. Das ist sehr fordernd, aber es hält auch das Denken in Bewegung.

Interviewer: Welche Sachgebiete sind bei der heutigen Tätigkeit Schwerpunktsachgebiete? Nicht unbedingt Ihrer eigenen Tätigkeit, sondern allgemein am Verwaltungsgericht?

Frau Lewin: Wir sind natürlich in starkem Maße mit Asylverfahren befasst. Ansonsten betrifft das Verwaltungsrecht alle Bereiche des Lebens, ist breit gestreut, da lassen sich kaum Schwerpunkte benennen. Eine der Kammern, die ich leite, bearbeitet zum Beispiel den ganzen sozialen Bereich, der in die Zuständigkeit des VG fällt - mein zweites großes Lieblingsgebiet - das Kinder- und Jugendhilferecht, auch Kita-Recht (in Brandenburg ein großes Thema) Wohngeld, BaföG etc.

Interviewer: Sie haben dann nochmal das Verwaltungsgericht verlassen?

Frau Lewin: Nach meiner Zeit als Proberichterin in Potsdam wurde ich in das VG nach Frankfurt (Oder) abgeordnet und habe von dort die Möglichkeit wahrgenommen zum GJPA zu wechseln, also das Gemeinsame Juristische Prüfungsamt der Länder Berlin und Brandenburg. Dort habe ich Klausuren im Öffentlichen Recht erstellt und war als Prüferin und Justiziarin des GJPA tätig.

Dann habe ich meinen zweiten Sohn bekommen, und 2011 habe ich am VG

Cottbus angefangen. Später wurde ich zum OVG abgeordnet, zur Erprobung neun Monate, und dann zur Vorsitzenden befördert. Und jetzt im letzten Jahr war ich dann für neuen Monate zu einem sogenannten Führungskräfte-Trainee am Ministerium. So ist praktisch meine Laufbahn bislang. Ich bin gut herumgekommen.

Interviewer: Worin unterscheidet sich denn die Tätigkeit als Vizepräsidentin von der als Richterin?

Frau Lewin: (lacht) Ich bin immer noch als Richterin tätig. Ich bin derzeit Vorsitzende von zwei Kammern, und die Vizepräsidentinnentätigkeit kam nun praktisch dazu. Dadurch bin ich jetzt auch in die Leitung des Gerichtes mit einbezogen, bin vor allem für den nichtrichterlichen Dienst zuständig, für Arbeitsschutz oder Gesundheitsmanagement. Das gibt mir die Möglichkeit, noch aktiver mitzugestalten, wie wir im Gericht zusammenarbeiten und miteinander umgehen. Ich bin viel mehr im Haus unterwegs, bin mehr im Gespräch, in Sitzungen, wo Dinge geklärt werden müssen. Ich bin Entscheiderin in der inneren Verwaltung unseres Hauses in meinem Zuständigkeitsbereich, das ist das Neue.

Interviewer: Wie schaut es denn mit dem Nachwuchs in der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus?

Frau Lewin: Schwierig wie überall. Ich bin auch in der Auswahlkommission für neue Proberichter*innen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Landes Brandenburg, und es ist schwierig. Man merkt, dass überall Leute gesucht werden und dass wir natürlich im öffentlichen Dienst nicht so viel bieten können, oder dass die Reize, die der öffentliche Dienst hat und die früher ja eigentlich so ein Privileg waren die Absicherung durch den quasi Beamtenstatus insbesondere, die ja auch Richter*innen haben, das ist nicht

mehr das, was junge Leute heute vom Hocker reißt. Die Entwicklungsmöglichkeiten, die Flexibilität, die Internationalität, die andere Berufe oder andere Tätigkeiten im juristischen Bereich bieten, die können wir leider nicht im gleichen Maße bieten. Da hinkt der öffentliche Dienst, die Justiz noch sehr hinterher. Es ist zwar inzwischen schon ein Bewusstsein gewachsen dafür, aber dennoch ist es nicht leicht, Nachwuchs, hochqualifizierten Nachwuchs, den wir ja auch brauchen, zu finden.

Interviewer: Könnte da vielleicht auch eine Rolle spielen, dass der Nachwuchs sich ein Rechtsgebiet nicht aussuchen kann und dort spezialisieren kann, dass er praktisch zugeteilt werden kann?

Frau Lewin: Das spielt sicher auch eine Rolle. Oft genug ist es Zufall, mit welcher Materie man befasst ist. In Brandenburg kommt noch die geographische Situation hinzu. Die meisten Bewerber*innen leben in Berlin oder würden gern zumindest berlinnah leben, weshalb das VG Potsdam als Arbeitsort hoch im Kurs steht. Ein Standort wie Cottbus hat es da schwer. Mittlerweile pendeln viele Kolleginnen und Kollegen – ich ja auch – das kostet Zeit und Kraft.

Interviewer: Hat sich denn in Sachen Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst, speziell in der Justiz, in den letzten Jahren was getan? Also elektronischer Rechtsverkehr, moderne Ausstattung, ...?

Frau Lewin: Ja, durchaus. Wir sind leider auch da nicht Vorreiter, aber zumindest versuchen wir nachzuziehen. Wie in allen Bereichen hat die Corona-Zeit auch ihr Gutes gehabt, was die Akzeptanz von Homeoffice betrifft zum Beispiel. Da hat sich enorm viel getan. Wir sind inzwischen ausgestattet mit Laptops und haben auch von zu Hause Zugriff auf die Systeme, sodass man

auch die Dezernatsarbeit von zu Hause machen kann. Und wir werden nächstes Frühjahr anfangen, bei uns die elektronische Akte einzuführen, was aber natürlich, ich denke gerade an unsere älteren Kolleg*innen, durchaus auch von vielen Vorbehalten und Schwierigkeiten in der Umstellung begleitet sein wird. Das wird eine enorme Herausforderung, aber gerade junge Nachwuchskräfte, die damit ja schon ganz anders aufgewachsen sind, werden davon profitieren.

WORTE AN DEN JURISTISCHEN NACHWUCHS

Interviewer: Ich bin sicher, junge Nachwuchsrichter*innen und Referendar*innen können von Ihnen eine Menge lernen. Haben Sie Tipps und gibt es auch Sachen, die Sie vom Nachwuchs mitnehmen und lernen?

Frau Lewin: Meine Erfahrung ist, dass es gut ist, sich einzulassen, offen zu sein, nicht zu festgelegt, sich nicht zu früh einzurichten auf einer bequemen Basis [...] Ich glaube, was das Recht bietet, und das sollte man ausschöpfen, ist gerade diese inhaltliche Vielfältigkeit, in der sich die Lebenswirklichkeit spiegelt. Das Gute am Richter*innenberuf ist zudem, dass man keine Karriere machen muss. Man ist im Eingangsamt als Richterin oder Richter schon am wesentlichen Kern der Arbeit, am Eigentlichen. Die Frage, ob man da bleiben möchte, oder ob man zum Beispiel in die zweite Instanz wechselt, sollte keine Frage des beruflichen Fortkommens sein, sondern wesentlich davon bestimmt sein, wo man seine Stärken und Talente am besten wirksam machen kann. Deshalb kann und sollte man sich die Hoheit und Freiheit nehmen, nicht falschen Karriereerwartungen nachzujagen, sondern eher zu schauen: Was passt, wo bin ich am besten, wo fühle ich mich am richtigen Platz?

Ich bin immer froh, wenn wir neue Richter*innen bekommen, weil die einfach den berühmten frischen Wind mitbringen. Auch finde ich immer wieder gut, wenn junge Menschen kommen, die Dinge noch mal infrage stellen, die noch mal fragen: Warum ist das so? Und natürlich, was ich eben schon gesagt habe, die Leichtigkeit (lacht) in der digitalen Welt, das ist was, wovon wir Älteren uns auf jeden Fall was abschauen sollten. Ebenso wie diese Art, die ich erlebe, mit einem guten Selbstbewusstsein zu sagen: Ich als Mensch bin mehr als meine Arbeit, ich habe andere Interessen, die sind genauso hochwertig, was überhaupt nicht heißt, dass ich meinen Beruf nicht ernst nehme, sondern einfach nur, dass ich als vollständiger Mensch durch mein Leben gehe und meine Entscheidung für mich treffen muss. Ich finde, das ist eine gute Haltung, weil ich glaube, das sind im Zweifel bessere Jurist*innen, die als vollständige Menschen ihren Beruf ausüben.

VERLEIHUNG DES WOLF-RÜDIGER-BUB-PREISES



Foto: Sandra Scholz

Am 26.06.2024 wurden zum 29. Mal die zehn besten Absolventinnen und Absolventen der juristischen Fakultät durch den, seit 1996 verliehenen, Wolf-Rüdiger-Bub-Preis geehrt. Der Verein der Freunde und Förderer der juristischen Fakultät ehrt somit herausragende wissenschaftliche und akademische Arbeit. „Der Wolf-Rüdiger-Bub-Preis hebt qualifizierte Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler hervor und fördert sie. Zugleich werden Jüngere für die Zukunft motiviert. Wir freuen uns daher, auch in diesem Jahr wieder die besten Absolventinnen und Absolventen zu ehren“ sagt die stellvertretende Vorsitzende *Prof. Dr. Susanne Hähnchen*.

Namensgeber und Stifter des Preises ist *Wolf-Rüdiger Bub*. Der, im November 2022 verstorbene, Rechtsanwalt war einst von 1993 bis 2008 Vorsitzender des Fördervereins, zehn weitere Jahre Schatzmeister und Honorarprofessor an der Universität Potsdam. Er gilt als einer der renommiertesten

Wirtschaftsanwälte und wurde 2001 mit dem Bundesverdienstkreuz am Bande geehrt für seinen ehrenamtlichen Einsatz für die Interessen der Immobilienverwalter auf Landes- und Bundesebene.

In diesem Jahr ehrte Dekan *Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt* u.a. die besten Studierenden *Eva Gampe* und *Lukas Ewert*, die ihre juristische Prüfung mit hervorragenden Ergebnissen absolviert haben.

Die ursprüngliche Bonnerin *Eva Gampe* ist für das Jurastudium nach Potsdam gezogen. Sie erreichte ihre hervorragenden Ergebnisse im Ersten Staatsexamen bemerkenswerterweise ohne den Besuch eines kommerziellen Repetitoriums. *Eva Gampe* bereitete sich mittels eines eigenen Lernplans in Kombination mit dem universitären Examensklausurenkurs vor.

Des Weiteren fand auch *Oskar Wernitz* als Jahrgangsbester des Deutsch-Französischen

Studiengangs Anerkennung.

Die Promovierenden **Dr. Jan Eiken, Dr. Chiara Streitböcker, Dr. Sylvia Fritz, Dr. Nolwen Anne Le Guennec, Dr. Lina Marie Schauer, Dr. Johannes Held** und **Dr. Tim Ludwig Wilhelm Nordemann** wurden abschließend für die besten Promotionen ausgezeichnet.

Dr. Sylvia Fritz ist in Passau geboren und studierte an der Humboldt Universität zu Berlin Rechtswissenschaft bevor sie für die Promotion an den Lehrstuhl von *Prof. Bickenbach* nach Potsdam kam. Während der Arbeit bei einer, auf öffentliches Wirtschaftsrecht spezialisierten, Kanzlei stieß sie auf die Bürgerinitiative „Deutsche Wohnen & Co enteignen“ und setzte sich mit deren Sozialisierungsplänen auf Grundlage von Art. 15 GG auseinander. Frau *Dr. Fritz* widmete ihrer Dissertation dem Art. 15 GG unter der Leitfrage „Artikel 15 Grundgesetz als sozialistische Utopie?“.

Die derzeitige Rechtsreferendarin am Kammergericht Berlin *Dr. Chiara Streitböcker* engagiert sich bei dem Netzwerk RAILS, welches als Plattform für Debatten und Forschungstrends in den Bereichen Robotik und KI dient. Sie widmete sich in ihrer Dissertation dem Thema „Preisalgorithmenkartelle – Das Zusammenwirken mittels Preisalgorithmen als Herausforderung des europäischen Kartellverbotes, Art. 101 Abs. 1 AEUV“

Dr. Nolwen Anne Le Guennec hat im Rahmen

des Deutsch-Französischen Studiengangs von 2014 bis 2023 an der Universität Potsdam und der Universität Paris Nanterre studiert und promoviert. Die in Mulhouse geborene Französin hat sich in ihrer Dissertation mit dem Schutz personenbezogener Daten im Kontext des autonomen Fahrens beschäftigt insbesondere mit einem Vergleich des französischen und des deutschen Rechts. Zusätzlich hat sie einen Algorithmus entwickelt, der den Datenschutz bei autonomen Fahrzeugen gewährleistet.

*Die *studere gratuliert allen Preisträger*innen herzlich und wünscht viel Erfolg für die juristische Zukunft!*

IMPRESSUM



Gruppenbild von der *studere Redaktion in Haus 1 am Campus Griebnitzsee, Bild von Laszlo Liebman

Fördermitglieder:

Frau Prof. Dr. Albrecht
Herr Prof. Dr. Bickenbach
Frau Cornelia Sophie Lange
Herr Prof. Dr. Steinberg
Herr Prof. Dr. Steinrötter
Herr Johannes Wendt
Frau Franziska Wilke

Werbe- und Förderpartner:

DOMBERT Rechtsanwälte PartGmbH
HSA Rechtsanwälte Hentschke & Partner Part mbB
katzenkönig - Das Magazin für alle Jurakrisen (Deutscher Anwaltverein)
Mittelalterliches Kriminalmuseum
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Schweitzer Fachinformationen oHG
Verein der Freunde und Förderer der Juristischen Fakultät der Universität
Potsdam

*studere – Rechtszeitschrift der Universität Potsdam e.V.

Campus Griebnitzsee
Raum K.002, Haus 3
August-Bebel-Straße 89
14482 Potsdam

Vorstand: Oskar Wernitz (Vorsitzender), Marieke Kramer (Stellvertre-
tende Vorsitzende), Hedwig Vogel (Finanzerin)

Redaktion: Jasmina Abdallah, Zeynep Eraslan, Paula Gilka, Theresa
Hemmerden, Melena Hermann, Malin Jostes, Jette Joswig, Tabata Kiala,
Nicolas Lindner, Hannah Mahadi, Victoria Miehe, Jannik Morgner, Katia
Prokaeva, Grace Stender, Timo Vonderau, Jasmin Wiemann.

Kontakt: studere@uni-potsdam.de

Umschlag und Layout: Laszlo Liebman, Klara Wernitz (Bachelorstu-
diengang Design: Produkt- und Kommunikationsdesign, HTW Dresden)

Druck: Druckhaus Sprtflieger, Berlin

ISSN: 1867-6170

*Wir danken allen unseren Partnern für ihre großzügige Unterstützu-
ng, ohne die diese Ausgabe nicht realisierbar gewesen wäre.*

[illegible]

So findest du uns:
Campus Griebnitzsee,
Haus 6, Foyer, „Glaskasten“
Mo.- Fr., 10:00 – 17:00 Uhr
Wir freuen uns auf dich!



Jede Menge Geschenke für dich



Kostenlose Webinare, Gutscheine, Jura-Magazine, E-Books & Co.

Du willst dein Jura-Studium erfolgreich absolvieren?

Wir sind an deiner Seite – vom 1. Semester bis zum Staatsexamen.

Kostenlose Webinare, Gutscheinhefte, Jura-Magazine, E-Books oder Newsletter – jede Menge Gratis-Downloads für dein erfolgreiches Jurastudium gibt's bei uns im Webshop. Hol Sie dir jetzt!

Einfach QR-Code scannen und los!

► www.schweitzer-online.de/info/Services-fuer-Studierende



@schweitzer.jurastudium

www.schweitzer-online.de

schweitzer
Fachinformationen

Wir machen das, was Euch interessiert.

— Praktikum • Mitarbeit • Referendariat

DOMBERT
RECHTSANWÄLTE

Potsdam • Düsseldorf
www.dombert.de

