

HERAUSGEBER

Marburg Law Review e.V.
p.Adr. Philipps-Universität Marburg
Fachbereich Rechtswissenschaften
Universitätsstraße 6
35037 Marburg

VORSTAND

Miriam Schmalz
Diana Haas
Youssef Hefny

REDAKTIONSMITGLIEDER

Rebecca Chudzinski
Sina Brauer
Neela Di Blasi
Diana Haas
Youssef Hefny
Johannes Henkel
Mira Holland-Moritz
Charlotte Ide
Dalia Kapell
Elisabeth Köppl
Marie-Therese Leipelt
Fabian von Minckwitz
Frederike Nünning
Marie Dorothée Schiffter
Miriam Schmalz
Amelie Schulte
Wiebke Wedler

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Prof. Dr. Norbert Bernsdorff
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Monika Böhm
Prof. Dr. Dr. Hauke Brettel
Prof. Dr. Johannes Buchheim, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund
Prof. Dr. Georgios Gounalakis
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gilbert Gornig
Prof. Dr. Tobias Helms
Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Detlef Horn
Prof. Dr. Alexander Koch
Prof. Dr. Florian Möslin, LL.M.
Prof. Dr. Sebastian Müller-Franken
Prof. Dr. Jens Puschke, LL.M.
Prof. Dr. Markus Roth
Prof. Dr. Christoph J. M. Safferling, LL.M.
Prof. Dr. Sven Simon
Prof. Dr. Wolfgang Voit
Prof. Dr. Edgar Weiler
Prof. Dr. Johannes Wertenbruch
Prof. Dr. Constantin Willems

KOOPERATIONSPARTNER

Marburger Juristische Gesellschaft e.V.
Legal Tech Lab Marburg e.V.

INHALTSVERZEICHNIS**GRUNDLAGEN**

- Klausur Rechtstheorie und juristische Methodenlehre**
Von Wiss. Mitarbeiter Lisa Beer und Professor Dr. Florian Möslin, LL.M. 1-6
- „Willige Vollstrecker oder standhafte Richter?“ – Die Arbeit von Zivilgerichten während der NS-Zeit**
Von Vorsitzender Richter am LG a.D. Dr. h.c. Georg D. Falk 7-19

ZIVILRECHT

- Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts auf den Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft**
Von Stud. iur. Laurenz Wagner 20-34
- Vorschussanspruch in der Leistungskette – Kann ein Hauptunternehmer vom Subunternehmer Vorschuss verlangen, obwohl der Anspruch des Bestellers nicht mehr durchsetzbar ist?**
Von Stud. iur. Paul David Leuthner 35-47
- Der Entwurf einer EU-Richtlinie über KI-Haftung (COM/2022/496 final) und ihre Bedeutung für Medizinprodukte und Medizinproduktehaftung**
Von Stud. iur. Oskar Orthen 48-61
- Die Regulierung von Dark Patterns in der EU**
Von Stud. iur. Philipp Drenjak 62-77

ÖFFENTLICHES RECHT

- Das Kopftuch der Rechtsreferendarin – Klausurfall für AnfängerInnen im Öffentlichen Recht**
Von Stud. iur. Ole Götz 78-82

STRAFRECHT

- „Tanken ohne zu zahlen“ – Klausurfall für AnfängerInnen im Strafrecht**
Von Professor Dr. Bernhard Kretschmer und Stud. Hilfskraft Robin Döhmman 83-89
- Der Tatbestand der einfachen Pornographie gem. § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB: Strafwürdiges Verhalten oder anachronistische Überkriminalisierung?**
Von Stud. iur. Olga Zaitceva 90-101

KURZBEITRÄGE

- Interview mit Professorin Dr. Dr. Frauke Meta Rostalski**
Von Redaktion der Marburg Law Review 102-103

IMPRESSUM

© **Marburg Law Review e.V.**

Marburg an der Lahn

gegründet im Jahr 2007

Erscheinungsort: Marburg an der Lahn

KONTAKT:

Marburg Law Review e.V.

p.Adr. Philipps-Universität Marburg

Fachbereich Rechtswissenschaften

Universitätsstraße 6

35037 Marburg

Marburg@law-review.de

Beitrag@law-review.de

ISSN (print) 1866-4415

ISSN (online) 2748-7628

SCHRIFTFÜHRUNG:

Miriam Schmalz

Diana Haas

Youssef Hefny

Sina Brauer

Neela Di Blasi

Dalia Kapell

URHEBER- UND VERLAGSRECHTE:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden.

MANUSKRIPTE:

Der Marburg Law Review e.V. haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto und ein entsprechender Rückumschlag beigelegt sind. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten

wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch den Marburg Law Review e.V. überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen; das Recht an der elektronischen Version verbleibt beim Verlag.

ERSCHEINUNGSWEISE:

Die Onlineausgabe der Marburg Law Review (MLR) erscheint ein- bis zweimal jährlich.

(URSPRÜNGLICHES) DESIGN:

realkonzept - visuelle Kommunikation und Mediengestaltung <http://www.realkonzept.de> und Marburg Law Review e.V.

SCHRIFTSATZ:

Redaktion der Marburg Law Review

BANKVERBINDUNG:

Kontoinhaber: Marburg Law Review e.V.

Kreditinstitut: Volksbank Mittelhessen eG

IBAN: DE43 5139 0000 0048 3601 06

Information: Als gemeinnütziger Verein sind wir zur Ausstellung einer Spendenbescheinigung berechtigt. Sprechen Sie uns gerne an.

VORWORT

Liebe Leser und Leserinnen der Marburg Law Review,

mit dieser Ausgabe der MLR schlagen wir ein neues Kapitel auf: Seit der letzten Veröffentlichung hat sich ein neuer Vorstand zusammengefunden, der mit viel Motivation, aber auch mit den üblichen Anlaufschwierigkeiten den Stab übernommen hat. Wie so oft in Zeiten des Übergangs kam es zu personellen Veränderungen und organisatorischen Herausforderungen, die nicht ohne Auswirkungen auf den Arbeitsprozess blieben. Umso mehr freut es uns, dass wir Ihnen nun die vorliegende Ausgabe präsentieren können.

Die thematische Vielfalt dieser Ausgabe reicht von grundlegenden rechtstheoretischen Fragen über historische Einblicke bis hin zu aktuellen Herausforderungen des europäischen und internationalen Rechts. So eröffnen wir mit einer klausurorientierten Auseinandersetzung mit der Rechtstheorie und juristischen Methodenlehre (*Beer/Möslein*). Ein besonders eindrücklicher Beitrag widmet sich anschließend der Rolle der Zivilgerichte in der NS-Zeit (*Falk*).

Im Zivilrecht beleuchten unsere Autoren praxisrelevante Probleme – etwa die Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf den Gesellschaftsvertrag (*Wagner*), Fragen des Vorschussanspruchs in Leistungsketten (*Leuthner*) sowie die Bedeutung des Entwurfs einer EU-Richtlinie zur KI-Haftung, insbesondere für den Bereich der Medizinprodukte (*Orthen*). Auch aktuelle Diskussionen rund um die Regulierung sogenannter Dark Patterns in der EU (*Dreznjak*) finden ihren Platz.

Das Öffentliche Recht ist vertreten durch einen klausurorientierten Beitrag zum Thema „Kopftuch der Rechtsreferendarin“ (*Götz/Böhm*). Im Strafrecht greifen wir sowohl klassische Fallkonstellationen wie das „Tanken ohne zu zahlen“ (*Kretschmer/Döhmman*) als auch aktuelle kriminalpolitische Diskussionen zur Reichweite des Pornographie-Tatbestandes (§ 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB) auf (*Zaitceva*).

Abgerundet wird die Ausgabe durch ein Interview mit Frau Professorin Dr. Dr. *Frauke Meta-Rostalski*, das spannende Einblicke in aktuelle rechtsphilosophische Fragen gewährt.

Unser herzlicher Dank gilt allen Autorinnen und Autoren, die mit ihrem Engagement und ihrer Expertise diese Ausgabe ermöglicht haben. Ebenso möchten wir uns bei den Mitgliedern der Universität bedanken, die uns durch Unterstützung und konstruktives Feedback stets begleitet haben.

Und nicht zuletzt danken wir Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, für Ihr Interesse an dieser Zeitung und ihrem Inhalt.

Wir wünschen Ihnen auch für diese Ausgabe eine anregende Lektüre!



Miriam Schmalz

Vorsitzende

Diana Haas

Stell. Vorsitzende

Youssef Hefny

Schatzmeister

Klausur Rechtstheorie und juristische Methodenlehre

Von Wiss. Mitarbeiterin **Lisa Beer** und Professor Dr. **Florian Möslein**, Marburg*

1. Vergleichen Sie Richter- und Gewohnheitsrecht: Was sind Gemeinsamkeiten, worin bestehen die Unterschiede? Erläutern Sie, ob es sich jeweils um Recht handelt.

Richterliche Entscheidungen werden getroffen, indem abstrakt-generelles Gesetzesrecht auf einen individuell-konkreten Einzelfall angewandt wird. Die Wirkung solcher Entscheidungen kann jedoch weit über den Einzelfall hinausreichen.¹ Gerichtsurteile können insbesondere helfen, Gesetzeslücken zu schließen und Unklarheiten im Gesetz zu beseitigen.² Klärende gerichtliche Interpretation von Gesetzesregeln ist insbesondere erforderlich, um eine Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie beispielsweise „Treu und Glauben“ i.S.d. § 242 BGB, zu ermöglichen. Richterrecht spielt aber nicht nur im Rahmen der Anwendung von Generalklauseln, sondern auch für die Auslegung konkreter Rechtsbegriffe, z.B. beim Begriff des „Sachmangels“, eine bedeutende Rolle.

Im Zusammenhang mit Richterrecht stellen sich einige Folgefragen. Diese betreffen insbesondere die Anwendung rechtsstaatlicher Grundsätze (z.B. Rückwirkung und Vertrauensschutz) und die Reichweite der Bindungswirkung. Beispielsweise muss gewährleistet sein, dass denjenigen, die auf die Rechtsprechung eines obersten Gerichts vertraut haben, geschützt werden, wenn sich diese Rechtsprechung aufgrund einer Entscheidung beispielsweise des EuGH künftig ändern wird. Im Interesse der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sollten Gerichte von Entscheidungen höherer Gerichte oder von eigenen Vorentscheidungen außerdem nur abweichen dürfen,

wenn dies aus zwingenden Gründen (z.B. bei einem rechtlichen Fehler) notwendig ist.

Gewohnheitsrecht entsteht demgegenüber durch dauerhafte tatsächliche Übung („Gewohnheit“) und Rechtsüberzeugung („Rechtsgeltungswille“).³ Es wird teilweise in staatliches Recht „transformiert“. Der Gesetzgeber hat beispielsweise die Grundsätze der „culpa in contrahendo“, die früher nur gewohnheits- und richterrechtlich anerkannt waren, in den §§ 311 Abs. 2, 3 BGB kodifiziert.⁴

Die h.M. lehnt eine Qualifizierung von Richterrecht als „Recht“ mit dem Argument der Gewaltenteilung ab.⁵ Allerdings besteht die Möglichkeit, dass die ständige Rechtsprechung Gewohnheitsrecht begründen kann, sofern die oben genannten Voraussetzungen vorliegen.⁶ Nach einer anderen Ansicht kann selbst einzelnen Entscheidungen Rechtsqualität zukommen, wenn sie als Grundsatzurteil eines obersten Gerichts erstmals über eine offene Rechtsfrage entscheiden.⁷ Als Argument führt diese Ansicht unter anderem an, dass solche Entscheidungen faktisch bindende Wirkung entfalten, beispielsweise auf die Instanzgerichte und die anwaltliche Beratung.⁸

Auch bei Gewohnheitsrecht handelt es sich nicht um geschriebenes Recht. Die h.M. ordnet Gewohnheitsrecht jedoch im Gegensatz zu Richterrecht als Rechtsquelle ein.⁹ Soweit sich Rechtsprechung zu Gewohnheitsrecht verfestigt, können jedoch auch richterliche Grundsatzentscheidungen den Status einer

* Lisa Beer ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht bei Herrn Professor Dr. Florian Möslein, LL.M. (London) an der Philipps Universität Marburg. Professor Dr. Florian Möslein ist Inhaber dieser Professur.

¹ Dies wird insbesondere bei der Lektüre von Gesetzeskommentaren deutlich, in denen beispielsweise bei der Bestimmung des objektiven Bedeutungsgehalts eines Tatbestandsmerkmals auf richterliche Entscheidungen Bezug genommen wird.

² Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 154.

³ Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl. 2025, S. 99; Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 152.

⁴ Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 152.

⁵ Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 155.

⁶ Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl. 2025, S. 99.

⁷ Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 157.

⁸ S. hierzu Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl. 2025, S. 101.

⁹ Hierzu Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 152.

Rechtsquelle erlangen.¹⁰ Insbesondere im transnationalen Bereich gewinnt Gewohnheitsrecht generell an Bedeutung.¹¹

2. Skizzieren Sie das Spannungsfeld, das zwischen der sog. „Einheit der Rechtsordnung“ und der „Relativität von Rechtsbegriffen“ besteht. Welche Rolle spielt dieses Spannungsverhältnis im Rahmen der Auslegung? Illustrieren Sie Ihre Überlegungen an einem Beispiel.

Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung gebietet, dass die staatliche Rechtsordnung insofern eine geschlossene Einheit bildet, als dass sie für jede aus der Lebenswirklichkeit an sie herangetragene Frage, soweit normiert, immer nur eine (eindeutige) Antwort enthalten darf.¹² Die Rechtsordnung soll in sich widerspruchsfrei und systematisch kohärent aufgebaut sein. Aus diesem Grund müssen Prinzipien und Begriffe auch einheitlich ausgelegt werden.¹³ Dies gilt insbesondere für Begriffe, die eine übergeordnete Position einnehmen. Vor dem Hintergrund der Vielzahl von Rechtsvorschriften und der daraus resultierenden Komplexität gestaltet sich eine einheitliche Begriffsverwendung und -auslegung allerdings als besonders schwierig.¹⁴

Unter Relativität von Rechtsbegriffen ist die Abhängigkeit der Begriffe vom Rechtsgebiet oder Gesetz, in dem diese verwendet werden, zu verstehen. Dieselben Begriffe können nach diesem Grundsatz je nach Kontext, in dem sie verwendet werden, einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt aufweisen. Eine unterschiedliche Interpretation von Begriffen kann erforderlich sein, um besonderen fachspezifischen Zwecken gerecht zu werden.

Ein Spannungsverhältnis besteht somit, weil die Einheit der Rechtsordnung eine kohärente, systematische Auslegung erfordert, während die Relativität von Rechtsbegriffen unter Umständen ein unterschiedliches, kontextabhängiges Verständnis von Begriffen verlangt. Zur Illustrierung dieses Spannungsverhältnisses dient der Eigentumsbegriff. Dieser findet sich beispielsweise in § 903 S. 1 BGB und Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Gem. § 903 S. 1 BGB kann der Eigentümer

einer Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG werden das Eigentum und das Erbrecht gewährleistet. Während der Eigentumsbegriff in § 903 S. 1 BGB nur Sachen erfasst,¹⁵ bezieht der Begriff in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG auch Forderungen mit ein.¹⁶

3. Was zeichnet Regeln, was Standards aus? Zeigen Sie jeweils an einem Beispiel, wie Kollisionen zwischen Regeln und wie Kollisionen zwischen Standards aufzulösen sind.

Tatbestandsmerkmale verschiedener gesetzlicher Vorschriften weisen in der Regel eine unterschiedliche begriffliche Dichte und einen unterschiedlichen Grad an Konkretisierung auf. Ein Vorzug konkret formulierter Regeln besteht darin, dass sie Rechtssicherheit versprechen und die Rechtsanwendung erleichtern. Sie schaffen Rechtsklarheit und garantieren hierdurch eine gewisse Vorhersehbarkeit.

Vager formulierte Standards hingegen bieten den Vorteil, im Vergleich zu Regeln anpassungsfähiger und entwicklungsöffener zu sein. Diese Eigenschaften können hilfreich sein, um Umgehungsgefahren zu reduzieren. Standards werden in der Regel durch „case law“, also durch richterliche Auslegung, konkretisiert.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, Tatbestandsmerkmale zu konkretisieren. Beispielsweise kann der Gesetzgeber Regelbeispiele einführen.¹⁷ Aber auch die Festlegung von Ausführungsregeln bzw. die Verwaltungspraxis spielt eine wichtige Rolle, soweit es darum geht, einzelne Tatbestandsmerkmale praktisch handhabbar zu machen. Schließlich leistet auch die Rechtsprechung einen erheblichen Beitrag zur Konkretisierung.

Als Beispiel für eine Regel dient § 1 StGB. Demnach kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Diese Regel bietet Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Eine Person braucht nicht zu fürchten, für ein Verhalten bestraft zu werden, sofern dieses Verhalten (noch) nicht von einem Straftatbestand erfasst wird.¹⁸

¹⁰ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 156.

¹¹ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 152.

¹² Huber/Voßkuhle/März, GG-Kommentar, Art. 31 Rn. 11.

¹³ Möllers, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, S. 174.

¹⁴ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 172.

¹⁵ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm.

¹⁶ Hierzu Schmidt, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Art. 14 GG Rn. 4.

¹⁷ So zum Beispiel in § 243 Abs. 1 S. 2 StGB.

¹⁸ Ausführlich zur Ratio der Norm MüKo-StGB/Schmitz, § 1 Rn. 8-10.

Als Standards bzw. Prinzipien sind hingegen Menschenrechte einzuordnen. Beispielsweise statuiert Art. 3 Abs. 1 GG sehr allgemein, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind.

Kommt es zu einer Kollision zwischen zwei Regeln, gibt es jeweils Vorrangregeln, die einer dieser beiden Regeln zur Anwendung verhelfen. So gebietet der Grundsatz „*lex superior derogat legi inferiori*“ den Vorrang von Regeln, die im Vergleich zu anderen Regeln, mit denen sie kollidieren, im Stufenbau der Rechtsordnung höherrangig sind.¹⁹ Aber auch für den Fall, dass sich zwei kollidierende Regeln auf derselben Stufe befinden, existieren Kollisionsnormen. So gehen beispielsweise speziellere Gesetze den allgemeineren Gesetzen vor („*lex specialis derogat legi generali*“), während neu eingeführte Vorschriften gegenüber „älteren“ Normen Vorrang haben („*lex posterior derogat legi priori*“).²⁰

Bei einer Kollision zwischen zwei Standards ist in der Regel eine Abwägung verschiedener Interessen erforderlich. In diese Abwägung fließen beide Standards ein, wenngleich in unterschiedlichem Maße. In welchem Maß ein Standard im Rahmen der Abwägung Berücksichtigung findet, richtet sich grundsätzlich nach der jeweiligen Interessenlage.

4. Skizzieren Sie die wichtigsten Regelungsinstrumente des Verbraucherschutzes, indem Sie vor allem deren Funktionsweise erläutern.

Das Verbraucherschutzrecht, das in den vergangenen Jahren insbesondere auf europäischer Ebene einen immensen Bedeutungszuwachs erfahren hat, zeichnet sich durch eine Vielzahl von Regelungsinstrumenten aus. Der Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus dienen unter anderem Informationspflichten, Widerrufsrechte, zwingende Inhaltsnormen und Inhaltskontrollen.

Das sog. Informationsmodell kann als Paradigma des (europäischen) Verbraucherschutzes bezeichnet werden. Aus ökonomischer Sicht wird dieses Mo-

dell damit begründet, dass es dem Abbau von Informationsasymmetrien dient.²¹ Werden Verbrauchern allerdings zu viele Informationen zur Verfügung gestellt, besteht die Gefahr eines sog. *information overload*. Ein *information overload* trägt nicht unbedingt zum Abbau, unter Umständen sogar eher zur Verstärkung von Informationsasymmetrien bei.

Als Beispiel für Informationspflichten dienen vorvertragliche Informationspflichten, die vor allem in der Verbraucherrechte-R²² und in der Verbraucher kredit-RL²³ enthalten sind. Die Vorgaben dieser Richtlinien wurden vom deutschen Gesetzgeber in nationales Recht umgesetzt. Verbraucher sollen in die Lage versetzt werden, eine bewusste und informierte Entscheidung über den Abschluss eines Vertrages treffen zu können. Die konkrete Ausgestaltung einer jeden einzelnen Informationspflicht entscheidet darüber, welche genauen Informationen dem Verbraucher in welcher Form zur Verfügung gestellt werden müssen und inwieweit einzelne Pflichten disponibel sind, also abbedungen werden können.

Neben Informationspflichten spielen auch Widerrufsrechte eine zentrale Rolle im Bereich des Verbraucherschutzes. Widerrufsrechte gewähren dem Verbraucher ein begrenztes Lösungsrecht vom Vertrag (sog. *cooling off period*) und schränken damit den Grundsatz *pacta sunt servanda* ein. Das Gesetz knüpft Widerrufsrechte an bestimmte Vertragstypen (z.B. Verbraucherkreditverträge) sowie an bestimmte Vertriebswege (z.B. Haustürgeschäfte und Fernabsatzverträge). Die Einführung von Widerrufsrechten wird damit begründet, dass besonders im Fernabsatz Informationsasymmetrien bestehen. Das Widerrufsrecht soll als Ausgleich dafür dienen, dass der Verbraucher im Versandhandel eine Ware nicht sehen und näher prüfen kann, bevor er einen Vertrag abschließt.²⁴ Bei Haustürgeschäften besteht die Gefahr, dass diese aufgrund eines Überraschungsmoments oder psychologischen Drucks abgeschlossen werden.²⁵

Widerrufsrechte sind gesetzlich derart ausgestaltet, dass Verbraucher über ihr Bestehen informiert werden

¹⁹ Möllers, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, S. 175 f.; ausführlich zum Stufenbau der Rechtsordnung *Lepsius*, Normenhierarchie und Stufenbau der Rechtsordnung, JuS 2018, 950.

²⁰ Siehe zu den verschiedenen Kollisionsregelungen auch *Barczak*, Normenkonkurrenz und Normenkollision, JuS 2015, 969.

²¹ Informationsasymmetrien können zu einem Marktversagen führen, siehe hierzu *Akerlof*, The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3 (1970), 488.

²² Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher.

²³ Richtlinie (EU) 2023/2225 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/48/EG.

²⁴ So Erwägungsgrund 37 der Verbraucherrechte-RL.

²⁵ So Erwägungsgrund 37 der Verbraucherrechte-RL.

müssen.²⁶ Unterbleibt eine ordnungsgemäße Belehrung durch den Unternehmer, kann sich die Widerrufsfrist verlängern.²⁷ Die Einhaltung der Widerrufsfrist ist aus Verbrauchersicht von maßgeblicher Bedeutung. Das Recht, sich vom Vertrag zu lösen, soll nur innerhalb eines begrenzten Zeitraums geltend gemacht werden können, um möglichst bald Klarheit über den rechtlichen Bestand der Verpflichtungen aus einem Vertragsverhältnis zu erreichen.²⁸

Als Rechtsfolge sieht das Gesetz die Wiederherstellung des *status quo ante* vor.²⁹ Widerrufsrechte gelten zwingend, können also nicht abbedungen werden.

Ein weiteres Regelungsinstrument des Verbraucherschutzes sind zwingende Inhaltsnormen. Diese werden vom Gesetzgeber zum Schutz der am Vertragsschluss beteiligten Personen vorgegeben. Ein wichtiges Beispiel stellen die Gewährleistungsregeln dar, die auf europäischer Ebene in größerem Umfang erstmals in der Verbrauchsgüterkauf-RL³⁰ statuiert wurden. Die Verbrauchsgüterkauf-RL wurde inzwischen von der Warenkauf-RL³¹ abgelöst, die wiederum durch die Digitale-Inhalte-RL³² ergänzt wurde. Zwingende Inhaltsnormen haben in der Regel einen halbzwingenden Charakter. Dies bedeutet, dass einzelne Regelungen nur zu Gunsten des Verbrauchers, nicht aber zu dessen Lasten abbedungen werden können. Ob und unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, kann dem Gesetz entnommen werden.³³

Zu den wichtigsten Regelungsinstrumenten des Verbraucherschutzes gehört schließlich die inhaltliche Kontrolle von Vertragsbedingungen. Hierdurch wird eine nachträgliche Überprüfung von Vertragsinhalten durch die Gerichte ermöglicht. Die Inhaltskontrolle stellt ein Minus zum zwingenden Recht dar. Sie

dient insbesondere dem Schutz des schwächeren Vertragspartners und soll einem Marktversagen entgegenwirken, das bei einem Konditionenwettbewerb droht.³⁴ Vor diesem Hintergrund lässt sich die Einführung der sog. Klausel-RL³⁵ erklären. Diese enthält ein Transparenzgebot, eine Generalklausel zur Missbräuchlichkeit und einen Richtlinienanhang mit einer nicht abschließenden Liste unzulässiger Klauseln. Bei einer näheren Auseinandersetzung mit Vorschriften, die eine Inhaltskontrolle vorsehen, stellen sich Fragen des Schutzbereichs, des Kontrollumfangs und des Kontrollmaßstabs. Insbesondere bezüglich des Kontrollumfangs ist zu beachten, dass Klauseln, die den Hauptgegenstand eines Vertrages oder das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zum Gegenstand haben, einer gerichtlichen Kontrolle grundsätzlich entzogen sind.³⁶

5. Fall³⁷:

Mit Vertrag vom 31.5.2019 verpflichtete sich Winzerin A, ihre Weintrauben bei B abzuliefern. Nach § 4 Nr. 1 des Vertrags soll die Bezahlung der Erzeugnisse unter Berücksichtigung der Qualität und der Marktlage in mehreren Raten nach besonderer Vereinbarung erfolgen. § 8 Nr. 3 des Vertrags hat folgenden Wortlaut: „Bei Streitigkeiten aus diesem Vertrag soll zunächst durch Verhandlungen zwischen den Parteien unter Einschaltung von Vorstand und Geschäftsführung der Erzeugergemeinschaft eine gütliche Einigung erzielt werden. Ist eine vergleichsweise Erledigung der Streitsache nicht möglich, steht jeder Vertragspartei der Rechtsweg offen“. A klagt auf Bezahlung der Traubenernten 2001, 2002 und 2003.

a) Prüfen Sie, ob ein wirksamer Vertrag zwischen A und B geschlossen worden ist, und erläutern

²⁶ Siehe z.B. § 356 III BGB bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.

²⁷ Ausführlicher MüKoBGB/Fritsche, § 355 Rn. 54, 55.

²⁸ MüKoBGB/Fritsche, § 355 Rn. 54, 55.

²⁹ Gegebenenfalls stellt sich die Frage, wie beispielsweise damit umzugehen ist, wenn eine im Fernabsatz erworbene Sache vor Ausübung des Widerrufsrechts beschädigt wurde oder Nutzungsersatz geltend gemacht wird.

³⁰ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

³¹ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertrags-

rechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG.

³² 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.

³³ Siehe z.B. § 476 BGB.

³⁴ Ausführlich zur rechtsökonomischen Begründung der AGB-Inhaltskontrolle MüKoBGB/Wurmnest, § 307 Rn. 44-46.

³⁵ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

³⁶ MüKoBGB/Wurmnest, § 307 Rn. 1.

³⁷ Dem Fall liegt eine Entscheidung des OLG Stuttgart zugrunde, siehe OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 202.

Sie, welche Lücke dieser Vertrag ggf. aufweist. Berücksichtigen Sie dabei die Regelungen der § 154 f. BGB.

A und B könnten einen wirksamen Werklieferungsvertrag i.S.d. § 651 S. 1 BGB a.F.³⁸ i.V.m. § 433 BGB geschlossen haben. Ein Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, namentlich Angebot und Annahme, zustande.

A und B haben am 31.5.2019 vereinbart, dass A verpflichtet sein soll, ihre Weintrauben bei B abzuliefern. Dem Zustandekommen eines Vertrags könnte jedoch entgegenstehen, dass A und B keinen konkreten Kaufpreis festgelegt haben. § 4 Nr. 1 des Vertrags sieht vielmehr vor, dass die Bezahlung der Erzeugnisse unter Berücksichtigung der Qualität und der Marktlage in mehreren Raten nach besonderer Vereinbarung erfolgen soll.

Fraglich ist, ob hier ein Dissens vorliegt.

Gem. § 154 Abs. 1 S. 1 BGB ist ein Vertrag im Zweifel nicht geschlossen, solange sich die Parteien nicht über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen im vorliegenden Fall nicht vor. Die Regelung ist, entsprechend ihrem Wortlaut, dann unanwendbar, wenn sich die Parteien *trotz* der noch offenen Punkte erkennbar vertraglich binden wollen und sich die bestehende Vertragslücke auffüllen lässt.³⁹ Aus der Regelung in § 4 Nr. 1 des Vertrages geht hervor, dass die Parteien eine vertragliche Bindung wollten, obwohl die Frage, welche konkrete Vergütung die Klägerin für die Lieferung der Trauben ernten erhalten soll, noch offen war. Die Parteien haben in Kenntnis dieser Regelung und der Tatsache, dass keine Einigung über das Entgelt erzielt worden ist, in beiderseitigem Einvernehmen mit der Durchführung des Vertrages begonnen.⁴⁰

Auch von einem versteckten Einigungsmangel i.S.d. § 155 BGB kann nicht ausgegangen werden. Dies folgt daraus, dass die objektive Bedeutung der Erklärungen beider Parteien, wie sie sich aus der Ver-

tragsformulierung ergibt, übereinstimmt.⁴¹ Die Parteien haben keinen regelungsbedürftigen Punkt vergessen oder übersehen. Sie haben auch keine äußerlich voneinander abweichenden Erklärungen abgegeben, die auch dem Sinn nach auseinandergehen, von denen die Parteien aber irrtümlich annehmen, dass sie sich decken.⁴²

Im Ergebnis haben A und B einen wirksamen Werklieferungsvertrag i.S.d. § 651 S. 1 a.F. i.V.m. § 433 BGB geschlossen.

b) Angenommen, es ist ein wirksamer Vertrag zustande gekommen: Wie lässt sich die bestehende Vertragslücke auffüllen? Diskutieren Sie die Instrumente der ergänzenden Vertragsauslegung und der Heranziehung dispositiven Rechts. Welches dieser beiden Instrumente kommt im vorliegenden Fall zur Anwendung?

Die ergänzende Vertragsauslegung zielt darauf ab, eine rechtsgeschäftliche Regelung nicht aus dem dispositiven Recht, sondern nach Kriterien zu vervollständigen, die sich entweder an der Interessenlage im konkreten Fall oder an Aspekten orientieren, die für Rechtsgeschäfte dieser Art typisch sind.⁴³ Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist das Vorhandensein einer Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit.⁴⁴ Es muss sich eine regelungsbedürftige Situation einstellen, die vom objektiven Regelungsinhalt des Vertrags nicht mehr umfasst wird.⁴⁵ Eine ergänzende Vertragsauslegung ist grundsätzlich aber auch dann möglich, wenn die Parteien von der fehlenden Regelung bewusst abgesehen haben, weil sie übereinstimmend davon ausgegangen sind, sich später noch zu einigen, eine Einigung jedoch tatsächlich nicht erzielt werden kann.⁴⁶

Kann eine vorhandene Regelungslücke in sinnvoller Weise unter Heranziehung dispositiven Rechts geschlossen werden, kommt eine ergänzende Vertragsauslegung grundsätzlich nicht in Betracht.⁴⁷ Dies gilt nur dann nicht, wenn die Heranziehung dispositiven

³⁸ Die Regelung entspricht der heutigen Fassung des § 650 Abs. 1 S. 1 BGB.

³⁹ So auch OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 202.

⁴⁰ So auch OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 202 (203).

⁴¹ So auch OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 202 (203).

⁴² Siehe zur Dissens-Thematik auch Petersen, Der Dissens beim Vertragsschluss, JURA 2009, 419; ausführlich zum Vertragsschluss Fritzsche, Der Abschluss von Verträgen,

§§ 145 ff. BGB, JA 2006, 674 (die Dissens-Thematik wird unter dem Gliederungspunkt „E.“ behandelt).

⁴³ MüKoBGB/Busche, § 157 Rn. 26.

⁴⁴ MüKoBGB/Besche, § 157 Rn. 38.

⁴⁵ MüKoBGB/Busche, § 157 Rn. 40.

⁴⁶ BeckOK-BGB/Wendtland, § 157 Rn. 37.

⁴⁷ BeckOK-BGB/Wendtland, § 157 Rn. 38; MüKoBGB/Busche, § 157 Rn. 45.

Rechts dem Willen der Vertragsparteien widerspricht.⁴⁸

Im vorliegenden Fall haben die Parteien die Frage der Vergütung bewusst offengelassen. Sie haben in § 4 Nr. 1 des Vertrages lediglich vereinbart, dass die Bezahlung der Erzeugnisse unter Berücksichtigung der Qualität und der Marktlage erfolgen soll. Diese Formulierung lässt nicht zwingend darauf schließen, dass sich die Parteien einer Heranziehung dispositiven Rechts vollständig verschließen. Sofern eine dispositive Regelung also zu einem Ergebnis führt, welches dem Erfordernis der Berücksichtigung der Qualität und der Marktlage gerecht wird, dürfte diese Regelung zur Klärung der Frage, welche Vergütung geschuldet sein soll, herangezogen werden können.

c) Für den Fall, dass Vertragsparteien die Höhe des Entgelts nicht regeln, sieht das geltende Recht sowohl in §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB als auch in §§ 315 ff. BGB dispositive Vorschriften vor. Begründen Sie, welche Vorschriften hier zur Anwendung kommen können, und erläutern Sie, welche Folgen dies für den vorliegenden Sachverhalt hat.

§ 612 Abs. 2 BGB hält eine Regelung für den Fall bereit, dass sich die Parteien beim Abschluss eines Dienstvertrages nicht über die Höhe der Vergütung geeinigt haben. Die Vorschrift sieht vor, dass bei Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist. § 632 Abs. 2 BGB statuiert eine entsprechende Regelung für den Abschluss von Werkverträgen.

Die Regelungen der §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB sind im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da der Vertrag zwischen A und B als Werklieferungsvertrag i.S.d. § 651 S. 1 a.F. i.V.m. § 433 BGB, auf den die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden, zu qualifizieren ist. Eine analoge Anwendung der Vorschriften scheidet aus, weil der Gesetzgeber von der Aufnahme einer vergleichbaren Vorschrift im Kaufrecht abgesehen hat.

Es müssen also die Regelungen in §§ 315 ff. BGB herangezogen werden. Diese Regelungen gelten nicht nur für bestimmte, sondern grundsätzlich für alle Vertragstypen.⁴⁹

§ 317 Abs. 1 BGB findet keine Anwendung, weil die Parteien die Bestimmung der Vergütung nicht einem Dritten überlassen haben. Der Bestimmung der Vergütung könnte allerdings die Regelung in § 315 Abs. 1, 3 S. 1 BGB dienen. § 315 Abs. 1 BGB sieht vor, dass für den Fall, dass die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden soll, im Zweifel anzunehmen ist, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Entspricht die getroffene Bestimmung nicht der Billigkeit, ist sie gem. § 315 Abs. 3 S. 1 BGB für den anderen Teil unverbindlich. Gem. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB kann die Bestimmung durch Urteil getroffen werden, wenn sie unbillig oder verzögert wird.

Mit dem Begriff der Billigkeit soll Austauschgerechtigkeit im Einzelfall erreicht werden.⁵⁰ Dies erfordert, dass die Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände miteinander abgewogen werden.⁵¹ Eine Vergütung ist in der Regel dann als billig i.S.d. § 315 BGB anzusehen, wenn sie im Rahmen des Marktüblichen liegt und dem entspricht, was regelmäßig als Preis für eine vergleichbare Leistung verlangt wird.⁵²

Im vorliegenden Fall soll die Bezahlung der Erzeugnisse gem. § 4 Nr. 1 des Vertrages, der zwischen A und B geschlossen wurde, unter Berücksichtigung der Qualität und der Marktlage erfolgen. Diese Formulierung dürfte mit dem Begriff der Billigkeit i.S.d. § 315 BGB im Einklang stehen. Aus diesem Grund kann die dispositive Regelung in § 315 BGB zum Füllen der bestehenden Vertragslücke herangezogen werden.

⁴⁸ BGH NJW-RR 1990, 817.

⁴⁹ OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 202 (203).

⁵⁰ OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 202 (204).

⁵¹ OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 202 (204).

⁵² OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 202 (204); MüKoBGB/Würdinger, § 315 Rn. 39.

„Willige Vollstrecker oder standhafte Richter?“ - Die Arbeit von Zivilgerichten während der NS-Zeit -

Von Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D. Dr. h.c. **Georg D. Falk**, Marburg*

Ein williger Vollstrecker

Es war im Jahr 1926 an der Philipps-Universität promovierter Marburger Richter, der am Abend des 20. April 1943 die schriftlichen Gründe für ein Urteil verfasste, das das Sondergericht Kassel am Mittag desselben Tages verkündet hatte. Der Tag war nicht zufällig gewählt, es war der Tag von Hitlers Geburtstag. Das Sondergericht verurteilte den 29-jährigen Diplom-Ingenieur *Werner Holländer* (1914-1944) nach einer nur dreistündigen Verhandlung wegen „Rassenschande“ zum Tode.¹

Holländer war ungarischer Staatsangehöriger, aber in Köln geboren und in Deutschland außerhalb des Elternhauses aufgewachsen. Mit sechs Jahren war er 1920 wie schon seine Eltern evangelisch getauft worden. Erst 1941 erfuhr er von seinen in Südamerika lebenden Eltern, dass die Familie „jüdischer Abstammung“ war. Er selbst lebte an der Technischen Hochschule in Darmstadt ein normales studentisches Leben wie viele andere auch.



Abbildung 1 - *Werner Holländer (links) mit Freundin und Freund (1937)*²

Er liebte Autos, Motorräder und den Sport. Vor allem: Er war ein Mann, der die Frauen liebte.

Im Mai 1942 wird ihm die Denunziation einer von ihm geschwängerten Frau zum Verhängnis. Die Geheime Staatspolizei (Gestapo) ermittelt, dass er zwischen 1936 und 1942 zu zwei deutschen nicht-jüdischen Frauen Beziehungen unterhalten hatte, mit drei anderen hatte er geschlafen. Das war alles. Aber jüdischen Männern war außerehelicher Geschlechtsverkehr mit deutschen Nichtjüdinnen seit 1935 durch das sog. Blutschutzgesetz³ verboten. Die Todesstrafe hatten indes selbst die fanatischen Verfasser des auf dem Reichsparteitag in Nürnberg 1935 beschlossenen Blutschutzgesetzes nicht vorgesehen. Die Höchststrafe: 10 Jahre Zuchthaus. Die zur Verhängung der Todesstrafe entschlossenen Richter des Sondergerichts fanden einen perversen Ausweg.

Die Richter definierten *Werner Holländer* als „gefährlichen Gewohnheitsverbrecher“ im Sinne von § 20a RStGB. Unter solchen Gewohnheitsverbrechern verstand man nach herkömmlicher Dogmatik bis dahin Berufskriminelle, die ihren Lebensunterhalt durch die Begehung von Straftaten bestritten, Diebe, Einbrecher, Räuber, Betrüger, Erpresser.

War der ansonsten völlig unbescholtene *Werner Holländer* ein Berufskrimineller? Wegen seines Liebeslebens? Dazu schweigt das Urteil. § 20a RStGB ermöglichte aber als Höchststrafe auch „nur“ 15 Jahre Zuchthaus. Mit der Anwendung dieser Norm für Berufsverbrecher war aber eine Hintertür aufgestoßen, um über den Umweg einer weiteren Strafrechtsnorm der Nationalsozialisten zu der gewünschten Todesstrafe zu kommen. Danach verfiel der „gefährliche Gewohnheitsverbrecher der Todesstrafe, wenn der Schutz der Volksgemeinschaft oder das Bedürfnis nach gerechter Sühne die Todesstrafe erfordern“.⁴

Das „Bedürfnis nach gerechter Sühne“ wegen verbotenen Geschlechtsverkehrs – diese Herausforderung lösten die Richter mit dieser vom Berichterstatler des

* Der Verfasser war bis Ende 2014 Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Frankfurt am Main und bis 2024 Mitglied des Hessischen Staatsgerichtshofes. Er ist seit dem Wintersemester 2003/2004 Lehrbeauftragter am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg.

¹ Friedrich, Freispruch für die Nazi-Justiz - Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948, Reinbek 1983, S. 302 - 305.

² Quelle: Privat.

³ Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, RGBl. 1935 I, S. 1146 f.

⁴ § 1 Gesetz zur Änderung des RStGB vom 04.09.1941, RGBl. 1941 I, S. 549.

dreiköpfigen Sondergerichts Dr. *Edmund Kessler* entworfenen Begründung:

„Dass der Angeklagte, der in Deutschland Gastrecht genoss, trotz der Kriegszeiten [...] die Stirn hatte, derartige Verbrechen zu begehen, lässt die Taten gesundem deutschem Volksempfinden todeswürdig erscheinen. Es ist nach deutschem Rechtsempfinden ein Gebot gerechter Sühne, dass der Angeklagte, der während eines Krieges Deutschlands mit den Anhängern des Weltjudentums die deutsche Rassenhre in den Schmutz zu treten wagte, vernichtet wird.“⁵

Richter, die solche Urteile gefällt haben, erscheinen uns heute als „willige Vollstrecker“ eines Unrechtssystems. Denn strafrechtliche Terrorurteile aus jenen 12 Jahren prägen unser Bild vom „furchtbaren Juristen“. Dadurch entsteht aber die Gefahr, dass erschreckende Urteile von damals als unter besonderen historischen Bedingungen entstandene Phänomene aus unserer Welt herausgerückt oder als lediglich individuelles Versagen einzelner Juristen relativiert werden. Auf diese Weise schafft man eine Distanz zur Rechtsanwendung heute.

Standhafte Zivilrichter?

Was die Ziviljustiz angeht, stellte nach 1945 niemand die Frage, ob auch die Zivilrichter im NS-Staat „willige Vollstrecker“ waren. Im Gegenteil: Bis in die 1980er Jahre begegnete man der unkritischen Darstellung, jedenfalls im Zivilrecht seien die Richter standhaft geblieben.

Die zivilrechtliche Rechtstheorie des NS-Staates verlangte orientiert an der alles überwölbenden rassistischen Idee der „Volksgemeinschaft“ die Neuinterpretation unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln und eine Umdeutung von Rechtsgrundbegriffen; sie forderte die Aufgabe des Gleichheitssatzes und als neue Rechtsquelle trat die Orientierung am Willen des Führers hinzu.⁶

Die mit dieser Rechtstheorie verbundenen Erwartungen richteten sich an eine Richterschaft, die ihre berufliche Sozialisation in der Republik von Weimar oder noch im Kaiserreich erhalten hatte. Das war in großen Teilen keine Richterschaft, die sich durch ein republikanisches Justizverständnis auszeichnete. Auch aus diesem Grund hatte sich schon kurze Zeit

nach der Machtergreifung die große Mehrzahl der Richter freiwillig mit dem neuen Staat arrangiert.



Abbildung 2 – Richter bei der Feier aus Anlass der Anlegung der NS-Hoheitszeichen 1936 im Kriminalgericht Berlin-Moabit⁷

Allerdings spielten die Forderungen der NS-Rechtstheorie – wie unsere Auswertung der zivilrechtlichen Entscheidungen des OLG Frankfurt am Main in der NS-Zeit ergeben hat⁸ – auf den ersten Blick in den meisten Fällen erstaunlicherweise keine Rolle. Von den rund 2.700 überlieferten Entscheidungen verblieben im Ergebnis etwa 10 % (also etwa 270 Fälle), in denen sich die gesellschaftlichen, politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen des NS-Staats widerspiegeln – entweder im Entscheidungsgegenstand oder im Sachvortrag der Prozessparteien oder in der Prozessführung des Gerichts oder in dessen Argumentation.

Für die Bewertung des richterlichen Handelns in diesen Fällen wesentlich sind Feststellungen dazu, wie die Ziviljustiz Entscheidungsspielräume nutzte. Dabei dürfen die Maßstäbe für die Beurteilung richterlichen Berufshandelns im NS-Staat nicht „außerhistorisch“ sein. Offener Widerstand war Richtern jedenfalls auf Dauer nicht möglich. Dennoch blieben Spielräume. Ob und wie sie diese nutzten, hing von der Person des Rechtsanwenders ab.

Insoweit muss man sich zunächst ganz grundsätzlich klarmachen: Jura ist eine hermeneutische Wissenschaft. Deshalb steht auch das Arbeitsergebnis von richterlicher Tätigkeit – damals wie heute – nicht von vorneherein fest; es ist aus dem Lebenssachverhalt in der Regel nicht ‚objektiv‘ ablesbar, sondern muss immer durch juristische Arbeit, durch Finden

⁵ Friedrich (Fn. 1), S. 305.

⁶ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Aufl. Tübingen 2012, S. 121 ff.

⁷ Ausstellungskatalog des BMJ *Im Namen des deutschen Volkes*, S. 81, 225-Jahr-Feier OLG Celle, Bildrechte beim OLG

⁸ Falk u.a., Willige Vollstrecker oder standhafte Richter – Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main in Zivilsachen von 1933 bis 1945, Marburg 2020.

einschlägiger Normvoraussetzungen und daran anknüpfende Argumentation ermittelt werden. In diesem Prozess haben subjektive Einstellungen, Haltungen und Überzeugungen des Rechtsanwenders Bedeutung. Am Ende gibt es meist nicht nur ein einziges, dogmatisch begründbares Ergebnis. Der Richter entscheidet dann nach persönlicher subjektiver Überzeugung. D.h.: Recht oder Unrecht hängt auch vom Entscheider ab. Das war damals so, und das ist heute so.

Entscheidungsspielräume

Dass den Richtern auch im NS-Staat Spielräume verblieben, wird schon durch die banale Tatsache offensichtlich, dass Gerichte erster und zweiter Instanz zu gegensätzlichen Ergebnissen kommen konnten.

Ein Beispiel:⁹ Dr. Karl Josef Reicher (1878-1944) war in der *Weimarer Republik* einer der führenden Gastroenterologen. Er war u.a. mit einer populärwissenschaftlichen Veröffentlichung einem breiten Publikum bekannt geworden.

1933 wurde er Opfer rassistischer Ausschreitungen und in „Schutzhaft“ genommen. In dieser prekären Situation konfrontierte ihn seine Ehefrau mit dem Wunsch nach Auflösung ihrer 1922 geschlossenen Ehe. Mit einem durch arglistige Täuschung hervorgerufenen „Irrtum über den Rassenunterschied“ begründete sie ihre Eheanfechtungsklage.



Abbildung 3 - Reicher, *Die Korpulenz* (1931)¹⁰

Die Möglichkeit einer Eheanfechtung¹¹ gab es schon immer, aber ein derartiger „Irrtum“ war vor 1933 nicht nur nicht anerkannt, sondern ihn hatte es bis dahin nicht einmal als vereinzelte Rechtsmeinung gegeben.

Die Ehefrau argumentierte jetzt im Sommer 1933 aber so: Erst durch die Verhaftung habe sie von der „jüdischen Abstammung“ ihres Ehemannes erfahren. Sie stamme aus einer „in allen Gliedern arischen Familie“ und „hätte Herkunft, Erziehung und Elternhaus verleugnen müssen, wenn sie einen Juden geheiratet hätte“. Tatsächlich hatte *Karl Reicher* schon 15 Jahre vor der Eheschließung 1907 im Alter von 29 Jahren die jüdische Kultusgemeinde verlassen und war in die evangelische Kirche eingetreten. Für ihn war, wie er auch im Prozess betonte, die Zugehörigkeit zum Judentum immer nur eine Frage des religiösen Bekenntnisses. Unterschiedliche Rassen hatte erst der NS-Staat 11 Jahre nach seiner Eheschließung eingeführt.

Landgericht und Oberlandesgericht in Frankfurt am Main kamen zu gegensätzlichen Urteilen. Die Richter der ersten Instanz wiesen die Klage ab, die Richter zweiter Instanz verhalfen dagegen der offen rassistisch argumentierenden Berufung der Ehefrau zum Erfolg, noch bevor das Reichsgericht (RG) einige Monate später erstmals einen „Irrtum über den Rassenunterschied“ als Anfechtungsgrund anerkannte.

Aber selbst, wenn jetzt ein solcher Irrtum als rechtserheblich angesehen wurde, bedeutete das ja nicht, dass eine Eheanfechtungsklage Erfolg haben musste. Die Frage blieb doch: Hatte der Mann seine Frau vor der Eheschließung 1922 tatsächlich getäuscht? War dies in arglistiger Weise geschehen? Und: War ein entsprechender Irrtum denn wirklich kausal für die Eheschließung?

An dieser Stelle kann man ein zentrales Steuerungsinstrument für richterliche Arbeitsergebnisse damals wie heute erkennen: Die richterliche Tatsachenfeststellung steuert das Ergebnis. Den dadurch gegebenen Entscheidungsspielraum nutzten Landgericht und Oberlandesgericht unterschiedlich. Die Argumentation der Richter der ersten Instanz war durchaus nicht fernliegend: Der Ehemann habe nur seine frühere religiöse Beziehung zum Judentum verschwiegen, aber nicht arglistig über seine „rassenmäßige Herkunft“ täuschen wollen, zumal Rassenunterschiede

⁹ Falk u.a. (Fn. 8), S. 621 ff.

¹⁰ Archiv Harro Jenss

¹¹ § 1334 Abs. 1 S.1 BGB a.F.: „Eine Ehe kann von dem Ehegatten angefochten werden, der zur Eingehung der Ehe

durch arglistige Täuschung über solche Umstände bestimmt worden ist, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde.“

nach der Weimarer Reichsverfassung seinerzeit gar nicht anerkannt gewesen seien.

Begründung und Ergebnis könnte man auf den ersten Blick verstehen als ein zumindest unangepasstes, vielleicht sogar mutiges Urteil eines NS-Gegners. Das wäre allerdings eine Fehlinterpretation. Denn an dem Urteil wirkten jedenfalls zwei besonders engagierte NS-Juristen mit, die nach 1945 wegen ihrer NS-Belastung keine Wiederaufnahme in der hessischen Justiz fanden. Vorsitzender der Zivilkammer war ein Richter, der gleichzeitig als Vorsitzender des Frankfurter Sondergerichts strafrechtliche Unrechtsurteile verantwortete.¹²

Es blieb auch nicht bei diesem Urteil des Landgerichts. Die Klägerin legte Berufung ein und die Richter der zweiten Instanz gingen auf die Zweifel des Landgerichts an einem „Irrtum“ der Ehefrau und dessen Kausalität für die Eheschließung nicht einmal ansatzweise ein. Ganz im Sinne der NS-Ideologie betonten sie, dass der Beklagte in die evangelische Kirche aufgenommen worden sei, habe an seiner Zugehörigkeit zum Judentum im „fremdrassigen Sinne“ nichts geändert. Und die Klägerin hätte – so nahmen die Richter ohne ein einziges überzeugendes Argument an – die Ehe nicht geschlossen, wenn sie die Wahrheit gekannt hätte. Wohlgemerkt im Jahr 1922, als die breite Mehrheit der Deutschen gewiss nicht in rassistischen Kategorien dachte.

Die Richter des Oberlandesgerichts nutzten die ihnen offenstehenden Spielräume für eine sachgerechte Entscheidung nicht, sondern orientierten sich an der Systemideologie und schufen so ein Unrechtsurteil. Vorsitzender des Senats war *Walter Moehrs* (1886-1978), ein politisch verfolgter Richter, der vom Amt des Präsidenten des Oberlandesgerichts Königsberg zwangsweise zum Senatspräsidenten in Frankfurt degradiert worden war.¹³

Unauffällig-neutrale Entscheidungen

Insgesamt überwogen bei den wegen ihres Systembezugs näher ausgewerteten rund 270 Urteilen zahlenmäßig deutlich „unauffällig-neutrale“ Entscheidungen. Diese kennzeichnet, dass Richter juristische Ergebnisse produziert haben – richtige und falsche, aber alle bezogen auf den Untersuchungsgegenstand unauffällig. Die Bewertungsalternative „Willige Vollstrecker oder standhafte Richter“ stellt sich in diesen Verfahren

grundsätzlich nicht. Dennoch können auch solche Urteile erschreckende Dokumente der Zeit sein.

Bei den beiden folgenden Urteilen hatten sich die für die Falllösung entscheidenden Normen nach 1933 nicht geändert. Aber die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen waren im NS-Staat andere als in der Demokratie von Weimar.

Ein erstes Beispiel, das die Zeitumstände drastisch abbildet:¹⁴

Die Opernsängerin *Frieda Winhold* (1913-1943) galt im NS-Staat als halbjüdischer „Mischling“, denn nach ihrer Geburt im Jahr 1913 hatte ihre damals unverheiratete 20-jährige Mutter den jüdischen Kaufmann *Max Grünebaum* als Erzeuger angegeben. Unter Eid hatte sie versichert, dass sie in der Empfängniszeit nur mit ihm Verkehr gehabt hatte. Die nächsten 20 Jahre spielte das für die heranwachsende Frieda keine Rolle. Ihre Mutter hatte inzwischen den Mann ihres Lebens gefunden, einen wohlhabenden Frankfurter, der ihr auch seinen Familiennamen gab und in den folgenden 11 Jahren ein privilegiertes Leben ermöglichte; sie erhielt Klavierunterricht, besuchte ein Pensionat in der Schweiz und ließ sich danach an einem renommierten Konservatorium zur Sängerin ausbilden.



Abbildung 4 - Frieda Winhold¹⁵

Ausgerechnet bei ihrem ersten Engagement in Regensburg wurde der 23-Jährigen die längst vergessene eidliche Erklärung ihrer Mutter, sie habe Ende des

¹² Falk, Entnazifizierung und Kontinuität, Der Wiederaufbau der hessischen Justiz am Beispiel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main, Marburg 2017, S. 41, 114

¹³ Ebd. S. 196-200.

¹⁴ Falk u.a. (Fn. 8), S. 664 ff.

¹⁵ HHStAW 460, 2709.

Jahres 1912 nur mit *Max Grünebaum* Geschlechtsverkehr gehabt, zum Verhängnis. Als „Jüdin“ diffamiert, endete ihr Engagement als Opernsängerin schon Ende 1936. Kurz zuvor war sie noch in der Figur des Eros, einer der Hauptrollen in der Oper „Orpheus und Eurydike“, aufgetreten. Jetzt drohte ihr ein generelles Auftrittsverbot. Angesichts der in den Folgejahren immer schwierigeren Lebensumstände wollte Frau *Winhold* gerichtlich festgestellt haben, dass nicht *Max Grünebaum*, sondern ein ‚arischer‘ Schlosser aus Frankfurt ihr wirklicher Vater war; den benannte ihre Mutter – 25 Jahre nach Friedas Geburt – plötzlich als weiteren Geschlechtspartner.

Die Klage blieb auch im Berufungsverfahren beim Oberlandesgericht erfolglos; das ist nachvollziehbar, weil sich der notwendige Beweis der Vaterschaft auch mit den eingeholten Gutachten nicht führen ließ, auch weil der potenzielle jüdische Erzeuger infolge seiner Deportation nicht in das Gutachten einbezogen werden konnte.

Also: Ein juristisch unauffälliges Urteil, das dennoch ein bedrückendes Dokument der Zeit darstellt. Vier Wochen nach dem Urteil nahm sich *Frieda Winhold* das Leben.

Ein zweites Beispiel, das in gewisser Weise die Verbindung zwischen dem Damals und der Gegenwart herstellt, weil es zeigt, was mit der heute von Rechtsextremisten wieder erhobenen rassistischen Forderung nach „Remigration“ verbunden sein kann.

Ende Oktober 1938, wenige Tage vor der Pogromnacht, begann die sogenannte „Polen-Aktion“. Sie bezeichnet die vom NS-Staat kurzfristig durchgeführte Verhaftung und Zwangsausweisung von mindestens 17.000 im Deutschen Reich lebenden, aus Polen eingewanderten Juden ohne deutschen Pass. Sie wurden verhaftet, per Bahn zwangsweise an die polnische Grenze verbracht und dort im Niemandsland ausgesetzt.

Von dieser „Remigration“ betroffen war auch der Frankfurter Kaufmann *David Kelsen*, der mit seiner Familie nach dem Ersten Weltkrieg aus dem ostpolnischen Galizien nach Frankfurt gekommen war und hier nur ein paar Schritte von den Gerichtsgebäuden entfernt seit fast 20 Jahren ein florierendes Textilgeschäft betrieb.¹⁶ Jetzt nutzte sein Vermieter die Deportation aus, um sich Waren aus dem Laden anzueignen;

der Polizei spiegelte er vor, bei Ausschreitungen in der Pogromnacht sei das Geschäft geplündert worden. Mehr noch: Ein halbes Jahr später im Frühjahr 1939 erhob er Klage gegen seinen deportierten Mieter auf Ersatz eines im Winter aufgetretenen Frostschadens und Zahlung der infolge der Deportation ausgebliebenen Ladenmiete.

Die Familie *Kelsen* lebte zu dieser Zeit im galizischen Lemberg. Von der Klage ihres Vermieters, der ihrem Frankfurter Anwalt zugestellt worden war, hatten sie erfahren. Aber vergeblich hatte der nur noch als Konsulent zugelassene Dr. *Julius* *Grünebaum* (1878-1945)¹⁷ seinen Mandanten *David Kelsen* angeschrieben und um nähere Instruktionen und Informationen gebeten.

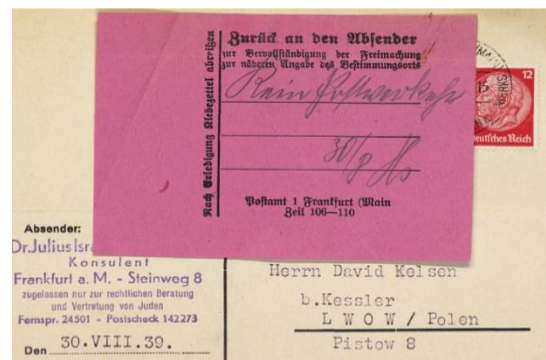


Abbildung 5 - Rückpost¹⁸

Diese zurückgesandte Anwaltspost macht es plastisch deutlich: Den deportierten Mandanten hatte die Nachricht wegen des kurz vor Beginn des Krieges eingestellten Postverkehrs mit Polen nicht mehr erreicht. Mangels näherer Information hatte der Anwalt auf die Klage nicht erwidern können und war deshalb auch nicht vor Gericht aufgetreten.

Das Prozessrecht regelt damals wie heute in § 331 ZPO das sich dann anschließende gerichtliche Verfahren.¹⁹ Die Subsumtion ist einfach. Rückständige Miete muss bezahlt werden. Das Gericht erließ daher als Folge der Säumnis *lege artis* ein Versäumnisurteil und verurteilte die nicht erschienene Partei zur Zahlung der Klageforderung.

Diese beiden vorgestellten Urteile machen es plastisch deutlich: Auch bei ‚richtiger‘ Rechtsanwendung gab es angesichts der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen keine Inseln NS-freier Normalität. Es gab

¹⁶ Falk u.a. (Fn. 8), S. 883 ff.

¹⁷ Zu Grünebaum siehe Falk u.a. (Fn. 8), S. 69 f.

¹⁸ HHStAW 474/4, 526

¹⁹ § 331 ZPO: (1) Beantragt der Kläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen

Beklagten das Versäumnisurteil, so ist das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. [...]

(2) Soweit es den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrag zu erkennen; [...].

andere Fälle, die schon auf der Normebene eine deutlich politischere Dimension aufwiesen. Hier macht es bereits im Ausgangspunkt einen Unterschied, ob überkommene Gesetze, also schon im Kaiserreich oder in Weimar geltendes Recht, angewandt wurde, oder ob es um die Anwendung und Interpretation des im NS-Staat gesetzten neuen Rechts ging. Dann stand hinter der Sache sozusagen der Staat und dann war die Konsequenz häufig ein offensichtliches Unrechtsurteil.

Aber nicht jedes neue Gesetz war Unrecht und nicht jede auf der Grundlage eines NS-Gesetzes verkündete Entscheidung war ein Unrechtsurteil. Dies verdeutlicht eindrucksvoll das im Jahr 1938 geschaffene neue Ehegesetz.²⁰ Das implementierte zwar in zentralen Aspekten NS-Ideologie. Gleichwohl konnte es von Richtern als Grundlage für eine Rechtsprechung genutzt werden, die weniger an der Einlösung ideologischer Forderungen des NS-Staats, sondern mehr an Werten eines tradierten bürgerlich-konservativen Eheverständnisses orientiert war.

Ein Beispiel:²¹ Der Scheidungswunsch eines Ehemannes hatte 1941 in zweiter Instanz Erfolg; seine Frau hatte ihn wegen staatsfeindlicher Äußerungen und des verbotenen Abhörens ausländischer Sender angezeigt. In späteren Jahren hatte ein solcher Vorwurf bei manchem Sondergericht ein Todesurteil zur Folge. Dagegen war es in unserem Fall für den im Scheidungsprozess zuständigen Zivilsenat ohne Bedeutung, dass sich die Vorwürfe der Ehefrau sogar bestätigt hatten. Wesentlicher als die staatsfeindlichen Äußerungen des Mannes und sein Feindsenderhören war für die Richter die Denunziation der Frau. Darin sahen sie eine schwere Eheverfehlung, die den Scheidungswunsch des Mannes rechtfertigte. Das bürgerlich-konservative richterliche Vorverständnis der Richter wirkte sich hier offensichtlich stärker aus als ihre Bindung an den NS-Staat. Berichterstatter des Senats bei diesem Urteil war ein Richter, der nach 1945 als belastet entlassen wurde.

Unrechtsurteile

Andere Gesetze des NS-Staats ließen den Richtern kaum Handlungsspielräume. Kein Zweifel am Unrechtscharakter besteht bei Entscheidungen, bei denen Richter in den Vollzug des vom NS-Staat geschaffenen normativen Unrechts eingebunden waren.

Das gilt beispielsweise für Entscheidungen, die im Zusammenhang stehen mit der Anwendung des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamten-tums“ (BBG)²². Mit diesem Gesetz wurden jüdische oder politisch missliebige Beamte und Beamtinnen aus dem Dienst gezwungen.²³ Mit Entscheidungen auf dieser Grundlage vollzogen die Richter unmittelbar NS-Unrecht.

Aber es gab Richter, die das normative Unrecht noch ausweiteten. So leitete ein Senat über den Wortlaut dieses Gesetzes hinaus eine Einschränkung der Rechtsweggarantie der Weimarer Reichsverfassung her, die für Beamtensachen im NS-Staat anerkanntermaßen fort galt.²⁴ Das betraf einen Oberstadtsekretär bei der Stadt Frankfurt. *Karl Blum* wurde wegen seiner Mitgliedschaft in der SPD und seiner Tätigkeit als Gewerkschafter im August 1933 wegen „politischer Unzuverlässigkeit“ in den Ruhestand versetzt. Die Gewährung eines Ruhegeldes lehnte die Stadt ab. Die Voraussetzung einer 10-jährigen Dienstzeit sei nicht erfüllt. Denn die Zeit von 1920 bis 1927 bei der vor ihrer Eingemeindung nach Frankfurt selbstständigen Stadt Höchst könne nicht angerechnet werden. *Blum* klagte nicht gegen seine Entlassung, denn eine solche Klage war durch § 7 des Gesetzes ausgeschlossen. Er klagte aber auf die Gewährung eines Ruhegeldes, das ihm nach 10-jähriger Dienstzeit zustehen sollte.²⁵ Er sei, so machte er geltend, schon 1920 aufgrund des Magistratsbeschlusses der Stadt Höchst als Dauerangestellter oder Beamter zu behandeln. Tatsächlich sei zwar 1920 wegen der politischen Wirren nach dem Ersten Weltkrieg – Höchst war damals französisch besetzt – die nach dem Preußischen Kommunalbeamten-gesetz²⁶ vorgeschriebene Aushändigung der

²⁰ Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet, RGBl. 1938 I, S. 807 ff.

²¹ Falk u.a. (Fn. 8), S. 543 f.

²² RGBl. 1933 I, S. 175 ff.

²³ § 3 BBG: (1) Beamte, die nicht arischer Abstammung sind, sind in den Ruhestand [...] zu versetzen; [...]

(2) Abs. 1 gilt nicht für Beamte, die bereits seit dem 1. August 1914 Beamte gewesen sind oder die im Weltkrieg an der Front für das Deutsche Reich oder für seine Verbündeten gekämpft haben oder deren Vater oder Söhne im Weltkrieg gefallen sind. [...]

§ 4 BBG: Beamte, die nach ihrer bisherigen politischen Betätigung nicht die Gewähr dafür bieten, dass sie jederzeit rückhaltlos für den nationalen Staat eintreten, können aus dem Dienst entlassen werden. [...]

²⁴ Falk u.a. (Fn. 8), S. 181 ff.

²⁵ § 8 Satz 1 BBG: Den nach §§ 3, 4 in den Ruhestand versetzten oder entlassenen Beamten wird ein Ruhegeld nicht gewährt, wenn sie nicht mindestens eine zehnjährige Dienstzeit vollendet haben [...]

²⁶ KBG v. 30.07.1899, Preuß. Gesetzessammlung, S. 141.

Anstellungsurkunde unterblieben. Entscheidend seien jedoch der zu jener Zeit schriftlich unstreitig dokumentierte Wille zur Aushändigung der Urkunde und die tatsächliche Wahrnehmung der ihm zugewiesenen Stelle.

Zumindest stehe ihm – so die alternativ ausdrücklich benannte Anspruchsgrundlage – ein Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung zu. Denn der damals zuständige Beamte in Höchst habe den Anstellungsbeschluss irrtümlich fehlerhaft in den Etatakten abgelegt, statt ihm die Urkunde auszuhändigen.

Das Landgericht wies die Klage aus beamtenrechtlichen Gründen ab. Auf die Berufung des Klägers kam das Oberlandesgericht zu dem erstaunlichen Ergebnis, dass schon der Rechtsweg ausgeschlossen sei. Davon war in § 8 BBG allerdings keine Rede. Der Ausschluss des Rechtswegs in § 7 BBG gelte – so das Oberlandesgericht – nicht nur für die Entlassungsentscheidung selbst, sondern auch für die Ablehnung eines Ruhegehalts. Denn „nach dem Sieg der nationalen Erhebung“ müssten die Maßnahmen nach diesem Gesetz notwendig aus politischen Gründen getroffen werden und seien daher der Entscheidung der Verwaltungsbehörde vorbehalten. Damit aber nicht genug: Auch eine Amtshaftung lehnte das Oberlandesgericht ab. Denn wenn der Rechtsweg bezüglich des Ruhegehalts ausgeschlossen sei, dann könne auch eine Amtshaftungsklage nicht zulässig sein.

Mit dieser Einschränkung der bisherigen Rechtsweggarantie weiteten die Richter den Unrechtsgehalt des BBG also noch weiter aus und erstreckten es zudem noch auf das Amtshaftungsrecht. Es ist einer der Fälle, in denen sich die Richter nicht auf einen „Vollzug“ des normativen Unrechts beschränkten, sondern in denen – entsprechend einer Formulierung von *Michael Stolleis* – Richter „das Gesetz „überholten oder ihm vorauseilten“.

Die zwei folgenden Beispiele für Unrechtsurteile fallen in die Kategorie Unrecht durch „Willkür“. Hier geht es nicht um den Vollzug von gesetzlichem Unrecht, sondern die Gerichte schufen selbst auf herkömmlichen gesetzlichen Grundlagen Unrecht. Unter solchen Willkürurteilen sind Entscheidungen zu verstehen, die rechtlich völlig unvertretbar sind.²⁷

Ausgangspunkt war in einer Stadt im Westerwald der Streit über die Rückzahlung einer

Maklerprovision.²⁸ 1927 hatte die Geschäftsfrau *Paula Fröhlich* einen Mieter für ihr Kaufhaus gesucht. Der jüdische Makler *Karl Grünebaum* vermittelte einen 10-jährigen Mietvertrag. Dafür erhielt er 1.000 Reichsmark (RM) Provision. Etwa drei Jahre später 1930/31 konnte der Mieter wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten den Mietvertrag nicht mehr erfüllen. *Paula Fröhlich* war überzeugt, dass der Makler 1927 bei Abschluss des Mietvertrages die perspektivisch mangelnde Zahlungsfähigkeit des Mieters schon gekannt haben musste. Sie zeigte den Makler deshalb wegen Betruges an. Das Ermittlungsverfahren wurde von der Staatsanwaltschaft eingestellt und die Anzeigenerstatlerin „auf den Zivilrechtsweg verwiesen.“ Also rechtsstaatliche Normalität von Weimar.

Aber wiederum drei Jahre später, als die Nazis an die Macht gekommen waren, beschritt Frau *Fröhlich* einen anderen Weg. Sie teilte dem Makler mit, sie habe „die Sache an die NSDAP²⁹ übergeben“. Tatsächlich erschien Anfang August 1933 bei dem Makler ein SA-Sturm³⁰ und verlangte die Zahlung von jetzt 1.500 RM. Aus Angst unterschrieb der Makler einen Schuldschein über eine entsprechende Zahlung, aber in monatlichen Raten.

Paula Fröhlich war damit nicht zufrieden; sie wollte keine Raten und sie wollte mehr. Sie schrieb, sie werde „mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln gegen *Grünebaum* vorgehen“ und habe „deshalb die Sache der SS³¹ ... übergeben“. Kurze Zeit später verschleppten SS-Männer den Makler in ihr Vereinsheim. Dort verlangte der Truppführer ultimativ die Zahlung jetzt sogar von 2.500 RM an Frau *Fröhlich* und weiterer 200 RM als Spesen an die SS. Andernfalls werde der Makler in das – in Rheinhessen damals berüchtigte – Konzentrationslager Osthofen gebracht. Der Makler zahlte das Geld mittels eines Schecks.

Aber der Makler – und das ist durchaus nicht untypisch für viele jüdische deutsche Bürger insbesondere zu Beginn des NS-Staates – vertraute auf das Gesetz. Er focht das Scheckgeschäft – so wie das heute auch möglich ist – wegen Drohung an und verlangte die Rückzahlung der Schecksumme. Als die Dame nicht zahlte, trat er den Anspruch an einen Verwandten ab. Er selbst wollte wohl am für den Fall zuständigen Landgericht in Limburg nicht als Kläger auftreten.

²⁷ Zum Willkürbegriff in der heutigen verfassungsrichterlichen Terminologie vgl. bspw. HessStGH, Beschl. v. 08.11.2000 - P.St. 1449, BeckRS 2008, 36990, Ls.

²⁸ *Falk u.a.* (Fn. 8), S. 381 ff.

²⁹ Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei (NSDAP).

³⁰ Sturmabteilung (SA); paramilitärische Kampforganisation der NSDAP.

³¹ Schutzstaffel (SS); diente im NS-Staat als Herrschafts- und Unterdrückungsinstrument.

Der Verwandte erhob Ende 1933 Klage mit der Begründung, Frau *Fröhlich* hafte auf Schadensersatz wegen Anstiftung zur Erpressung oder zur Nötigung. Das Landgericht wies die Klage ab. Eine Teilnahme von Frau *Fröhlich* an einer Erpressung oder an einer Nötigung sei nicht erwiesen; denn sie habe an die Berechtigung ihrer Forderung geglaubt. Auch die Berufung zum Oberlandesgericht hatte 1936 keinen Erfolg. Der 1. Zivilsenat verneinte nach Beweisaufnahme eine unerlaubte Handlung der Beklagten mit ähnlicher Begründung: Es sei nicht bewiesen, „dass sie bei ihrem Vorgehen das Bewusstsein hatte, rechtswidrig zu handeln.“ Denn sie habe doch gemeint, der Makler schulde ihr die Rückzahlung der Provision. Diese Argumentation ist allerdings nicht tragfähig. Damals wie heute ist die Rechtslage hinsichtlich der in Betracht kommenden deliktischen Anspruchsgrundlagen an sich klar: Glaubt der Täter einer Erpressung irrig, auf die erstrebte Leistung einen Anspruch zu haben, so nimmt er einen Umstand an, der den erpressten Vorteil zu einem rechtmäßigen machen würde. Ein solcher Täter handelt also – auch heute – möglicherweise in einem Tatbestandsirrtum.³² Das führt zivilrechtlich aber nur zu einer Ablehnung einer deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. dem Tatbestand einer Anstiftung zu einer räuberischen Erpressung.

Das Oberlandesgericht ‚übersah‘ einen juristisch ganz entscheidenden Umstand: Nämlich die offenkundig gegebene Anstiftung jedenfalls zu einer Nötigung, also zu einem gewaltsamen Eintreiben der Forderung. Die Übertragung der Angelegenheit an die SS machte doch nur Sinn, wenn Frau *Fröhlich* sich davon drastischere Mittel zur Eintreibung des Geldes versprach. Und so hatte sie sich ja selbst ausgedrückt, als sie die Eintreibung „mit allen Mitteln“ ankündigte.

Im Urteil ist die Argumentation der Richter des Oberlandesgerichts so hanebüchen, dass deutlich wird: Eine Haftung nach den ja weiter geltenden klassischen Normen des Deliktsrechts sollte um jeden Preis verhindert werden.

Letztlich schützte das Urteil das Vorgehen der SA- und SS-Schlägertrupps, also Vollstreckung einer angeblichen Forderung im Wege der Selbsthilfe unter

Missachtung des auch im damaligen System für die Zwangsvollstreckung geltenden staatlichen Gewaltmonopols. Wichtiger noch: Von solchen obergerichtlichen Entscheidungen ging eine weitergehende Botschaft aus, nämlich: Die Justiz billigte eine derartige Form gesetzloser Durchsetzung vermeintlicher Forderungen.

Für manchen Richter mag ein solches Urteil in der Eigenwahrnehmung vielleicht ‚nur‘ die ausweglose Unterwerfung unter die Macht des Faktischen sein; an dieser Entscheidung hier wirkte aber jedenfalls auch ein Richter mit, für den ein von einem seinerzeitigen Zivilrichter formuliertes Selbstverständnis kennzeichnend war.³³

Ein weiteres Beispiel für ein Willkürurteil:³⁴

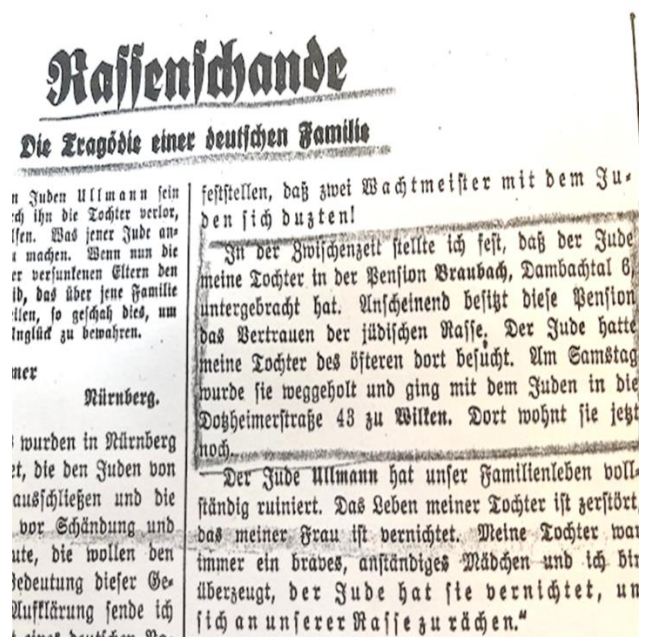


Abbildung 6 - Der Stürmer (Nr. 43, Oktober 1935)³⁵

Im Oktober 1935 erschien in dem antisemitischen NS-Wochenblatt „Der Stürmer“ ein hetzerischer Artikel. Die Überschrift lautete: „Rassenschande! Die Tragödie einer deutschen Familie.“ Es wurde geschildert, wie es einem jüdischen Mann gelungen sei, ein 24-jähriges „arisches Mädchen“ aus einer Pension in

³² BGHSt 48, 322(328); *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 253 Rn. 22; *Wittig* in: BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, 62. Edition Stand: 01.08.2024, § 253 Rn. 16.

³³ „Der deutsche Richter ist immer unpolitisch gewesen. Das schließt aber nicht aus, dass er sich der machtvollen Freiheitsbewegung aus überzeugtem Herzen anschließt. [...] Es ist selbstverständlich, dass er den Staat, dessen

Gesetze er anwendet, so wie er jeweils besteht, ohne Einschränkung anerkennt.“ Zitiert nach *Rüping*, Zur Praxis der Strafjustiz im „Dritten Reich“, S. 182, in *Dreier/Sellert* (Hg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“, Frankfurt a. M. 1989.

³⁴ *Falk u.a.* (Fn. 8), S. 486 ff.

³⁵ HHStAW 467, 675, Hülle Bl. 12.

Wiesbaden „wegzuholen“. Diese Pension besitze anscheinend das Vertrauen der jüdischen Rasse.

Mit ihrer Klage verlangte die Pensionsinhaberin den Abdruck einer „Berichtigung“ dieser Behauptung und darüber hinaus die Zahlung von Schadensersatz, weil Gäste aufgrund des Artikels ihrer Pension ferngeblieben seien. Das Landgericht Wiesbaden gab der Klage weitgehend statt. Zu diesem sachlich angemessenen Ergebnis gelangte die Kammer aber erst, nachdem sie geradezu unterwürfig zunächst die Bedeutung des „Stürmer“ im „Rassenkampf“ gewürdigt hatte. Natürlich fragt man sich, ob die Richter damit vielleicht ein im Ergebnis unangepasstes Urteil für den NS-Staat hinnehmbar machen wollte. Das muss offenbleiben, zumal es letztlich auch nicht bei dem Urteil blieb.

Denn gegen dieses Urteil legte der verurteilte Schriftleiter des „Stürmer“ Berufung ein. Der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts gab ihm Recht und wies die Klage der Pensionswirtin in vollem Umfang ab. Die Richter nutzten dabei eine auch heute noch geltende nur geringfügig veränderte Norm. Aus fachlich-nüchterner Perspektive geradezu grotesk subsumierte der Senat den Sachverhalt unter die Norm des § 193 StGB;³⁶ es fehle an einer Widerrechtlichkeit der Veröffentlichung, da der Schriftleiter in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt habe. Ein Urteil, das der betroffenen Pensionsinhaberin den ihr zukommenden zivilrechtlichen Schutz verwehrte und stattdessen hetzerisch-unwahre Zuspitzungen des „Stürmer“ schützte. Welche Bedeutung der Entscheidung wohl auch deshalb beigemessen wurde, ergibt sich daraus, dass das Urteil für wert befunden wurde, in der Juristischen Wochenschrift des Jahres 1937 veröffentlicht zu werden.³⁷

An dem folgenden letzten Beispiel eines Willkürurteils aus dem Jahr 1938 wird besonders deutlich, wie damals auch die Rechtsdogmatik im Sinne des Unrechts instrumentalisiert wurde. Der zuständige Zivilsenat verneinte mit einer geradezu abwegigen Argumentation die Entstehung einer Darlehensforderung

einer deutschen Jüdin gegen die Erben ihres Lebensgefährten.³⁸

Alice Biow, die Bürovorsteherin eines prominenten Frankfurter Rechtsanwalts, überlebte den Holocaust nicht. Sie wurde am 11. Juni 1942 mit ihrer Schwester *Hedwig* aus Frankfurt nach Sobibor verschleppt und dort am 2. Juli ermordet. Frau *Biow* unterhielt seit 1923 eine eheähnliche Beziehung zu einem Zahnarzt. 1935 nach Inkrafttreten des Blutschutzgesetzes wurde das Paar denunziert. Der Zahnarzt kam erst frei, als Frau *Biow* eidlich bekundete, nach Inkrafttreten des Gesetzes habe zwischen ihnen kein Geschlechtsverkehr mehr stattgefunden. Wenig später erfolgte anonym eine erneute Denunziation; als der Zahnarzt deshalb zur Gestapo vorgeladen wurde, nahm er sich das Leben. Jetzt verklagte Frau *Biow* die Erben des Zahnarztes auf Rückzahlung ihm gewährter Darlehen. Die Erben verweigerten die Zahlung und beriefen sich auf eine Nichtigkeit der Darlehensverträge wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB.

Solchen Generalklauseln wie § 138 BGB kam – wie der „Kronjurist“ der NS-Rechtsideologie *Carl Schmitt* (1888-1985) ausdrücklich deutlich gemacht hatte – eine besondere Bedeutung zu.³⁹ Aber was bedeutete das für den konkreten Darlehensvertrag? Bekanntermaßen kann ein Darlehensvertrag (heute § 488 BGB, seinerzeit § 607 BGB) nach seinem objektiven Inhalt keinen Sittenverstoß darstellen. Eine Nichtigkeit nach § 138 BGB kommt nur dann in Betracht, wenn der grundsätzlich erlaubte Geschäftsinhalt mit einem unsittlichen Beweggrund und Zweck derart eng verbunden ist, dass sich der Vertrag nach seinem Gesamtcharakter als sittenwidrig darstellt. Davon – so das Oberlandesgericht in seiner auch für damalige Verhältnisse abwegigen Begründung – sei jedenfalls für den Zeitraum auszugehen, in dem die Klägerin und ihr Lebensgefährte eine auf Dauer angelegte außereheliche sexuelle Beziehung unterhalten hatten. Zur Begründung der Sittenwidrigkeit in der Zeit nach 1935, in der ein Geschlechtsverkehr nicht nachgewiesen war, bemühten die Richter dann die nationalsozialistische

³⁶ § 193 StGB a.F.: Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, desgleichen Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von Seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

³⁷ JW 1937, 1201.

³⁸ Falk u.a. (Fn. 8), S. 683 ff.

³⁹ „Es ändert sich in der Tat das gesamte Recht, ohne dass ein einziges »positives« Gesetz geändert zu werden brauchte. Ich bin deshalb der Überzeugung, dass sich in diesen Generalklauseln eine neue juristische Denkweise durchsetzen kann. Doch dürfen sie dann nicht als bloßes Korrektiv des bisherigen Positivismus, sondern müssen als das spezifische Mittel eines neuen rechtswissenschaftlichen Denktypus gehandhabt werden.“ In: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S. 59.

Weltanschauung. Sie bewerteten das bloße Aufrechterhalten einer engen Beziehung zwischen einer Jüdin und einem ‚Arier‘ als Widerspruch zur „in der nationalsozialistischen Weltanschauung begründeten Sitteauffassung des Deutschen Volkes“. Schon damit sei zwischen dem unsittlichen Verhältnis und der Geldhingabe eine derart enge Beziehung geschaffen, dass auch das Darlehen als sittenwidrig angesehen werden müsse. Eine gewiss abenteuerliche Argumentation.

In einer dritten Unrechtskategorie geht es nicht um normatives Unrecht oder Willkür, sondern der Unrechtscharakter ergibt sich trotz des richtigen oder vertretbaren Ergebnisses aus der Art der Begründung. Für die Einordnung als Unrecht ist hier entscheidend, ob mit solchen Urteilen – sozusagen in vorausseilendem Gehorsam gegenüber ideologischen Forderungen – eine Veränderung von rechtlichen Anwendungsstandards verbunden war, oder wenn mit der Entscheidung NS-Rechtsideologie verstärkt und popularisiert wurde, gerade unter dem Aspekt der Orientierung als Leitentscheidung des Oberlandesgerichts für nachgeordnete Gerichte. Eine Entscheidung aus dem Frühjahr 1934 soll das erläutern.⁴⁰

Es ging um die Pfändbarkeit eines neuen Radiogerätetyps, auf der Berliner Funkausstellung 1933 von *Adolf Hitler* und Propagandaminister *Josef Goebbels* als Volksempfänger vorgestellt. Bis dahin war ein Radio sehr teuer gewesen und galt deshalb als Luxus; ein solcher Luxusgegenstand war deshalb natürlich pfändbar. Was als nicht pfändbarer Bedarfsgegenstand des täglichen Lebens, also als das soziale Existenzminimum, angesehen wird, das ändert sich bekanntermaßen kontinuierlich entsprechend der gesellschaftlichen Entwicklung. Dennoch ist die Vorschrift des § 811 ZPO, die diesen Grundsatz regelt, seit 1877 bis heute nahezu unverändert geblieben.⁴¹ Es bedurfte also angesichts veränderter gesellschaftlicher Verhältnisse

seit dieser Zeit immer wieder einer rechtsfortbildenden Auslegung der Norm. Die Nichtpfändbarkeit hätte sich daher im Jahre 1934 im Ergebnis ganz ohne ideologische Zusätze klassisch damit begründen lassen, dass ein Radiogerät, erst recht der vergleichsweise preiswerte Volksempfänger, anders als im Kaiserreich kein Luxus war, sondern als Bedarfsgegenstand zum sozialen Existenzminimum gehörte. So argumentierte auch der 4. Zivilsenat, der mit seinem den NS-Staat ablehnenden Vorsitzenden vielfach für mutige, zumindest juristisch seriöse Entscheidungen stand. Aber die Richter fügten dieser gut vertretbaren Begründung⁴² überflüssigerweise ausdrücklich politische Argumente hinzu. Sie wiesen zum einen auf die Funktion des Rundfunks als Mittel zur Schulung „im Sinne des nationalsozialistischen Gedankengutes [und] zur Schaffung des neuen deutschen Menschen“ hin und fügten noch hinzu: „Um die Erziehung der Volksgemeinschaft zu sichern, ist die Reichsregierung auch bestrebt gewesen, die Verbreitung des Rundfunks nach Kräften zu fördern (Volksempfänger). Dadurch ist der Rundfunk über einen Vermittler persönlicher Vergnügungen zu einem überragenden Propaganda- und Kampfmittel zur Einheit von Volk und Staat hinausgewachsen, ohne dass die heutige Staatsführung nicht mehr zu denken ist.“⁴³

Zu welchen Konsequenzen nachgeordnete Gerichte dadurch veranlasst wurden, zeigt ein Beschluss eines damals zum Frankfurter OLG-Bezirk gehörenden Amtsgerichts. Der Amtsrichter nahm wörtlich Bezug auf diesen Beschluss des Oberlandesgerichts. Jetzt lag der Fall nur insoweit anders, dass der Schuldner, bei dem das Radio gepfändet werden sollte, ein jüdischer deutscher Kaufmann war. Und jetzt war ein Radiogerät plötzlich wieder pfändbar.⁴⁴

⁴⁰ Falk u.a. (Fn. 8), S. 896 ff.

⁴¹ § 811 ZPO 1933: Folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen:

1. die Kleidungsstücke, die Wäsche, die Betten, das Haus- und Küchengerät, insbesondere die Heiz- und Kochöfen, soweit diese Gegenstände für den Bedarf des Schuldners oder zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes unentbehrlich sind. [...]

10. die Bücher, welche zum Gebrauche des Schuldners und seiner Familie in der Kirche oder Schule oder einer sonstigen Unterrichtsanstalt oder bei der häuslichen Andacht bestimmt sind.

⁴² „Wenn früher ein Fahrrad als Luxus, eine Chaiselongue oder eine Badeeinrichtung als durchaus entbehrlich

angesehen wurden, so gelten heute diese Sachen als Bedarfsgegenstände grundsätzlich als unpfändbar. Von dieser Entwicklung aus gesehen ist ein Radioapparat nicht mehr als Luxus oder entbehrlicher Gegenstand [...] anzusehen.“

⁴³ OLG Frankfurt, Beschl. v. 16.03.1934, JW 1934, 572.

⁴⁴ „Der Rundfunk ist [...] zu einem überragenden Propaganda- und Kampfmittel zur Einheit von Volk und Staat hinausgewachsen, ohne dass die heutige Staatsführung nicht mehr zu denken ist. Diese Gedanken kann man aber hier einer Entscheidung nicht zu Grunde legen, denn der Schuldner ist Jude und somit nicht Teil der Volksgemeinschaft, so dass eine Unentbehrlichkeit eines Rundfunkgerätes unter den angeführten Gesichtspunkten nicht infrage kommen kann.“

An diesem Beschluss⁴⁵ kann man erkennen, wie das traditionelle Zivilrecht mit der Orientierung am Begriff der Volksgemeinschaft aufgelöst wurde. Ohne Änderung der Norm des § 811 ZPO hatte der Staat und Gesellschaft durchdringende Rassismus unmittelbar Unrechtsentscheidungen zur Folge.

Entsprechende ideologische Rechtfertigungsmuster entwickelte auch die Rechtswissenschaft. Dafür steht auch der große Zivilrechtslehrer *Karl Larenz* (1903-1993), der nach 1945 Generationen von Juristinnen und Juristen Zivilrecht beigebracht hat. Im NS-Staat war er einer der führenden NS-Rechtsideologen, die das klassische Zivilrecht umzudeuten versuchten.⁴⁶

Mutige Urteile

Das Gegenstück zu den als Unrecht qualifizierten Entscheidungen bildet eine überraschenderweise zahlenmäßig etwa gleich große Gruppe von Entscheidungen, die sich als mutig würdigen lassen. Eine Einordnung als ‚mutig‘ verlangt mehr als eine lediglich korrekte Tatsachenfeststellung und richtige Rechtsanwendung.

Mut war verlangt, wenn auf einer Seite des Rechtsstreits – unmittelbar oder mittelbar – ‚der‘ Staat, die NSDAP oder eine ihre Organisationen stand, oder wenn rassistisch Verfolgte oder politisch Diskriminierte um ihr Recht kämpften.

Manchmal täuscht der erste Eindruck. Ein Beispiel aus dem Eherecht:⁴⁷ Eine Ehefrau hatte ihren jüdischen Ehemann rassistisch beleidigt. Der sah darin eine schwere Eheverfehlung und klagte im Jahr 1934 auf Scheidung. Die Richter gaben ihm im Grundsatz recht. Die Ehefrau habe seit 1920 mit diesem Mann zusammengelebt und gewusst, dass er Jude sei. Mehr als 12 Jahre habe sie ein intimes Verhältnis aufrechterhalten und ihn dann geheiratet. Wenn sie ihn jetzt wegen seiner „Rassezugehörigkeit“ beschimpfe, so zeige sich darin eine besonders gemeine Gesinnung, die nicht durch die geänderten Anschauungen über die jüdische Rasse entschuldigt werden könnten. Das

klingt mutig. Aber im Ergebnis wies der Senat die Klage des Mannes doch ab; angesichts der psychopathischen Persönlichkeitsstörung der Frau könne nur von einer leichten Eheverfehlung ausgegangen werden, die den Scheidungswunsch des Mannes nicht tragen könne.

Aber auch wirklich mutige Entscheidungen dürfen nicht undifferenziert als singuläre Arbeitsergebnisse heldenhaft-widerständiger Richter überhöht werden. Von Ausnahmen abgesehen war in den meisten dieser Fälle für den Richter mit einem solchen Berufshandeln objektiv kein existenzielles Risiko verbunden. Dennoch war aus der subjektiven Perspektive der Richter sicher Mut nötig, bspw. wenn der seinerzeit auch international bekannte jüdische Rechtsanwalt Dr. *Alfred Rosenthal* (1875-1955), in der *Weimarer Republik* gerühmt als „Papst des deutschen Wettbewerbsrechts“,⁴⁸ 1937 aus dem Exil in Holland eine Honorarforderung mit Erfolg einklagte oder vielleicht sogar noch mehr bei der im Folgejahr erfolgreichen Schadensersatzklage einer Witwe gegen die Stadt Idstein, deren Bürgermeister die „Anprangerung“ ihres Ehemannes durch die SS mit tödlichem Ausgang nicht unterbunden hatte.⁴⁹

Derartige Rechtsprechungsergebnisse kritisierten die NS-Rechtsideologen als Ergebnis „abstrakt-normativistischen Denkens“.⁵⁰

In der Tat: Als Instrument der Rechtsanwendung nutzen die Richter bei derart mutigen Entscheidungen regelmäßig die klassische juristische Methodenlehre und die bis 1933 grundsätzlich anerkannte zivilrechtliche Dogmatik, auf die sie sich häufig unter Bezugnahme auf einschlägige frühere RG-Entscheidungen auch ausdrücklich beriefen, etwa bei der Einhaltung rechtsstaatlicher Standards im Prozessrecht oder beim Festhalten an vertraglichen Bindungen im Vertrags- und Wirtschaftsrecht oder bei der Absage an die von der NS-Rechtstheorie verlangten „Auflockerung“ überkommener prozessrechtlicher Regeln.

Eine mutige Entscheidung ist auch das folgende Urteil aus dem Jahr 1935 – das war ein vor Ort in

⁴⁵ Im Wortlaut wiedergegeben bei *Falk u.a.* (Fn. 8), S. 901 f.

⁴⁶ Berühmt sind die folgenden Sätze in einer Monographie von Larenz aus dem Jahr 1935, die den Weg in den rassistischen Abgrund öffneten: „Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. [...] Unter Rechtsfähigkeit darf somit überhaupt nicht mehr die Fähigkeit verstanden werden, subjektive Rechte zu haben, sondern nur die Fähigkeit, in bestimmten Rechtsstellungen zu stehen. [...] Nur darf man nicht glauben, dass damit noch ein Rest des alten ‚Privatrechtes‘ übrig bliebe,

denn auch dieser dem einzelnen noch überlassene Kreis von Angelegenheiten muss von der Gemeinschaft her gesehen werden, die ihn jederzeit beschränken oder anders gestalten kann.“ Aus: *Rechtsperson und subjektives Recht*, 1935, S. 241, 244, 258.

⁴⁷ *Falk u.a.* (Fn. 8), S. 520 ff.

⁴⁸ Zu Rosenthal siehe *Falk u.a.* (Fn. 8), S. 112 ff.

⁴⁹ *Falk u.a.* (Fn. 8), S. 297 ff.

⁵⁰ *Wolfgang Siebert*, später Mitherausgeber des bekannten BGB-Kommentars Soergel-Siebert.

Frankfurt hochpolitischer Fall.⁵¹ 1932 hatte eine städtische Wohnungsbaugesellschaft (die „GeWoBau“) dem Erwerbslosen *Ernst Mulansky* eine Siedlerstelle in einer neu zu errichtenden vorstädtischen Siedlung vertraglich zugesichert. Gegenleistung jedes Siedlers war eine größere Anzahl von geleisteten Arbeitsstunden. Die hatte *Mulansky* erbracht. Problematisch war jetzt aber sein früheres politisches Engagement. Er war bis zu ihrem Verbot 1933 Mitglied der SPD und des „Reichsbanners Schwarz-Rot-Gold“⁵², außerdem war er der Sohn eines prominenten gleichnamigen Gewerkschaftsführers.

Die inzwischen gleichgeschaltete GeWoBau verweigerte ihm nun – unterstützt durch die NSDAP und die Frankfurter Stadtverwaltung – die Zuweisung einer Siedlerstelle. Wegen seiner politischen Vergangenheit sei er in der Gemeinschaft der Siedler „ungeeignet“. Das wurde unter Beweis gestellt unter Bezugnahme auf das Zeugnis von maßgeblichen NS-Funktionären.

Eine entsprechende Beweisaufnahme, also eine Vernehmung dieser NS-Aktivistin, lehnten die Richter aber ausdrücklich ab. Der Begriff der „Ungeeignetheit“ sei – so zivilprozessual auch heute noch ganz zutreffend⁵³ – ein Rechtsbegriff, der allein vom Gericht auszufüllen sei. Zeugen könnten dazu nichts beitragen.

Im Siedlungsvertrag waren nun Beispiele für „Ungeeignetheit“ aufgeführt. Daran anknüpfend legten die Richter den Siedlungsvertrag aus unter Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien, also klassische Methodik. Es ist beeindruckend, in welcher unmissverständlicher Weise sich der Senat mit dem Sachvortrag der Wohnungsbaugesellschaft auseinandersetzte, mit welcher Souveränität die Richter die Vernehmung der NS-Funktionäre ablehnten und ebenso die klare Begründung, weshalb der Kläger nicht „ungeeignet“ sei. *Ernst Mulansky* bekam sein Siedlungshaus.

Unrechtsjustiz?

Wie bewertet man nun diese Ziviljustiz?

Das Gesamtergebnis hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck. Von den eingangs erwähnten rund 270 Entscheidungen, die einen NS-Bezug aufwiesen, fielen über 200 in die Kategorie „unauffällig-neutral“.

Nur in etwa 2 % der überlieferten Entscheidungen kam es tatsächlich zum Schwur. Das bedeutet zugleich: Die Zahl „mutiger“ Urteile und die etwa gleich große Gruppe von Unrechtsurteilen ist überschaubar. In der großen Mehrheit der Entscheidungen überwiegt eine ‚Normalität‘ im ‚Unnormalen‘. Im Prinzip präsentierte sich die Ziviljustiz im NS-Staat, wie man sie auch vor 1933 kannte. Aber auch das war für den NS-Staat wichtig. Gerade im Ehescheidungsrecht, das in der damaligen Zeit den größten Teil aller Urteile ausmacht, wird Bedeutung und Wichtigkeit einer Rechtsprechung deutlich, die sich mit den alltäglichen Existenzproblemen der Menschen beschäftigt, und dabei auch nicht-ideologiegeprägte Erwartungen erfüllt. Auch eine solche Rechtsprechung trug letztlich zur Wirkungsmacht des Nationalsozialismus bei. Denn viele Rechtsuchende erlebten den vertrauten Normenstaat. Auch damit stabilisierte die Justiz die NS-Herrschaft.⁵⁴

Deshalb muss man sich davor hüten, das statistische Überwiegen unauffälliger Urteile zur Relativierung der Bewertung der Spruchpraxis der Zivilgerichte zu nutzen – im Sinne eines „Es war doch alles nicht so schlimm“. Nicht allein die Anzahl inakzeptabler Entscheidungen ist von Bedeutung. Zivilrechtskultur lebt auch von symbolischen Entscheidungen. Hinzu kommt: Trotz einer überragenden Mehrheit unproblematischer Urteile erwies sich die Ziviljustiz letztlich machtlos, wenn es galt, rassistischer Verfolgung entgegenzutreten.

Und wir heute?

Was lehren uns die Ergebnisse im Hinblick auf juristische Berufsethik? Gerade die mutigen Urteile zeigen: Defensiver Widerstand mit Hilfe der erlernten Methode war möglich. Allerdings: Nicht jeder, der in einem Fall eine mutige Entscheidung traf, war immer ein standhafter Richter. Ebenso gilt umgekehrt: Nicht jeder Richter, der an einem Unrechtsurteil beteiligt war, war notwendig immer ein williger Vollstrecker.

Es bleibt eine für uns als Rechtsanwender heute zentrale Erkenntnis, die auf der Grundlage von § 5a DRiG in der Ausbildung junger Juristinnen und

⁵¹ Falk u.a. (Fn. 8), S. 96 ff.

⁵² Das Reichsbanner war ein politischer Wehrverband zum Schutz der Weimarer Republik.

⁵³ Huber/Rößl in: Musielak/Voit, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 373 Rn. 2 f.

⁵⁴ So schon *Fraenkel*, Der Doppelstaat, Köln 1974; im Original: *The Dual State. A Contribution to the Theory of*

Dictatorship. Transl. from the German by E. A. Shils, in collaboration with Edith Lowenstein and Klaus Knorr, Oxford University Press, New York [u. a.] 1941.

Ebenso *Schröder*, „...aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben!“ Die Urteile des OLG Celle aus dem Dritten Reich, Baden-Baden 1988, S. 287.

Juristen an Universitäten und im Referendariat deutlich vermittelt werden sollte:

Wenn sich gesellschaftliche Verhältnisse grundlegend ändern, wenn Rassismus zur Staatsräson wird, können wir den Rechtsstaat mit unserem zivilrechtlichen Normenprogramm nur noch sehr begrenzt verteidigen. In einem vom Systemunrecht geprägten Staat können klassische Rechtsnormen die ihnen ursprünglich zugedachte Funktion, Recht zu bewahren oder herzustellen, nur erfüllen, solange nicht die politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse das juristische Entscheidungsprogramm überlagern. Gerade aus diesem Grund bedarf es des politischen Engagements für den demokratischen Rechtsstaat.

Das gilt immer und überall, aber umso mehr dort, wo Parteien an Wahlen teilnehmen, die die Würde des Menschen als obersten und zentralen Wert der Verfassung nicht anerkennen, sondern sich einer ethnisch definierten „Volksgemeinschaft“ verschreiben mit dem Ziel einer „Remigration“ all dessen, was nicht zu dieser Volksgemeinschaft gehören soll. Zu den größten gesellschaftlichen Gefahren für Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gehört die „Normalisierung“ solcher die Grundwerte unserer Verfassung in Frage stellenden Einstellungen. Deshalb ist es so wichtig, sich dagegen zur Wehr zu setzen. Nur so können wir sichern, dass unser juristisches Entscheidungsprogramm nicht missbrauchsanfällig wird. Juristinnen und Juristen sind dabei ebenso wichtig wie die rechtsstaatlichen Strukturen selbst, auf die sich unsere demokratische Gesellschaft gründet. Sie gilt es, unter allen Umständen zu erhalten.

Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf den Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft

Von Stud. iur. **Laurenz Wagner**, Marburg*

A. Einleitung

Die Gesellschafter von Personengesellschaften sind durch den Gesellschaftsvertrag im Vergleich zu zahlreichen klassischen zivilrechtlichen Verträgen besonders eng als Vertragspartner verbunden. Das Personengesellschaftsrecht hat – abgesehen von wenigen Ausnahmen zu Regelungen zur Auflösung der Gesellschaft und Ausschließung eines Gesellschafters (§§ 725 ff., 729 ff. BGB für die GbR) – keine besonderen gesetzlichen Regelungen zum Umgang mit Störungen von Leistungen, die mit dem Gesellschaftsvertrag begründet werden. Dies führt zwangsläufig zu der grundsätzlichen Frage, ob und inwieweit die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts über Leistungsstörungen auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung finden. Insbesondere die Anwendung der §§ 320 ff. BGB und die hierbei virulente Frage, ob der Gesellschaftsvertrag nun ein gegenseitiger Vertrag ist oder eben nicht, ist bis zuletzt Stoff für eine Vielzahl von Diskussionen in der Wissenschaft.¹ Dass durch das Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz (MoPeG) dieser Streit nun obsolet bzw. durch den Gesetzgeber entschieden wurde, ist womöglich eine voreilige Annahme. Die Beantwortung dieser Frage könnte auch weiterhin zu vielen konträren Diskussionen führen.

Weiterhin ist das Leistungsstörungenrecht des BGB (insbesondere §§ 275 ff. BGB) für typische Verträge konzipiert, in denen eine Leistungshandlung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen ist. Der Gesellschaftsvertrag hingegen, insbesondere bei Personengesellschaften wie der GbR, OHG oder KG, ist typischerweise ein dauerhafter, auf Zusammenarbeit angelegter Vertrag, der sich nicht auf eine einzelne Leistung beschränkt. Dabei sind die Leistungen häufig nicht von vornherein fixiert. Wie lässt sich das Leistungsstörungenrecht auf diese komplexe und langfristige Vertragsform anwenden, ohne die grundlegende Struktur des Gesellschaftsrechts zu gefährden?

Bei der Betrachtung dieser Problematik soll weniger auf die speziellen Ausprägungen der jeweiligen

Rechtsform eingegangen werden. Vielmehr ist die Betrachtung von Grundsätzen des Personengesellschaftsrecht im Vordergrund der Analyse.

B. Hauptteil

Im Hauptteil der Arbeit wird zunächst geprüft, was der Gesellschaftsvertrag genau regelt und welche Rechtsnatur er hat (I). Weiterhin werden die Grundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts dargestellt und es wird aufgezeigt, welche Leistungen im Gesellschaftsvertrag gestört sein können (II). Zuletzt erfolgt dann eine Erörterung, welche einzelnen allgemeinen Leistungsstörungenrechte in welcher Form auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung finden können (III).

I. Gesellschaftsvertrag

Am Anfang der Überlegungen zu Leistungsstörungen bei Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften ist die Frage zu klären, was ein Gesellschaftsvertrag bezweckt, welche Funktion er im Personengesellschaftsrecht innehat und wie dessen Rechtsnatur zu beurteilen ist.

1. Sinn und Zweck des Gesellschaftsvertrags

Um den Sinn und Zweck des Gesellschaftsvertrags nachvollziehen zu können, ist es von besonderer Bedeutung, kurz aufzuzeigen, was Personengesellschaften sind und welche Besonderheiten diese aufweisen gegenüber anderen Gesellschaftsformen. Für das Spannungsverhältnis zum Leistungsstörungenrecht kann dies wichtige Aufschlüsse auch für spätere Überlegungen bieten.

Der Oberbegriff Gesellschaft lässt sich wie folgt aufteilen: Die Gesellschaft im weiteren Sinne ist jeder rechtsgeschäftliche Zusammenschluss von zwei oder mehreren Personen zur Förderung eines vereinbarten gemeinsamen Zwecks.² Das engere

* Der Verfasser ist Student an der Philipps-Universität Marburg. Die Seminararbeit wurde im Seminar zum Unternehmensrecht bei Prof. Dr. Johannes Wertenbruch und RA Prof. Dr. Thomas Mueller-Thuns im Wintersemester 2024/25 verfasst.

¹ MüKoBGB/Schäfer, § 709 Rn. 19; mwN siehe MüKoBGB/Schäfer, § 705 Rn. 167 ff.

² Vgl. MüKoBGB/Schäfer, vor § 705 Rn. 1; Soergel/Hadding/Kießling, § 705 Rn. 1; Erman/Westermann, § 705 Rn. 1; Henssler/Strohn/Servatius, § 705 Rn. 2.

Begriffsverständnis greift das zusätzliche Merkmal auf, dass es auf die einzelnen Gesellschafter als vertraglich verbundene und in der Regel auch gesamthänderisch beteiligte, nicht beliebig auswechselbare Mitglieder ankommt. Im Mittelpunkt dieses Verständnisses sind eben diese einzelnen Gesellschafter, die diese Gesellschaftsformen im Wesentlichen prägen.³ Unter dieses engere Verständnis sind die Personengesellschaften (im Wesentlichen GbR, OHG, KG, Partnerschaft) zu fassen, deren Wesen grundsätzlich höchstpersönlicher Struktur ist und von den Mitgesellschaftern geprägt ist. Die §§ 705 ff. BGB bilden für die restlichen Personengesellschaften einen bürgerlich-rechtlichen Unterbau, sodass im Wege der Verweisungsnorm § 105 Abs. 3 HGB (für die OHG; § 161 Abs. 2 HGB für die KG; § 1 Abs. 4 PartGG für Partnerschaft) jene Vorschriften subsidiär Anwendung finden.⁴ Dass die Vorschriften zur GbR den bürgerlich-rechtlichen Unterbau bilden, wurde durch die Einführung des MoPeG nochmals verstärkt. In § 705 Abs. 2 BGB wird die rechtsfähige Gesellschaft definiert, was zugleich bedeutet, dass diese Vorschrift die Geltung der §§ 705 ff. BGB für jede Personengesellschaft voraussetzt.⁵

Für die Errichtung einer jeden Personengesellschaft ist eine notwendige Voraussetzung der Vertragsabschluss eines Gesellschaftsvertrages iSv § 705 Abs. 1 BGB.⁶ Dieser muss die Pflicht begründen, einen gemeinsamen Zweck in der vereinbarten Weise zu fördern.⁷ Dieser gemeinsame Zweck ist das wirtschaftliche oder ideelle Ziel, das durch das Zusammenwirken der Gesellschafter erreicht werden soll. Dieser Zweck muss eben auch aufgrund des zugrundeliegenden Vertrages verfolgt werden und muss allen Vertragsschließenden gemein sein. Dabei ist jener gemeinsame Zweck von der Absicht einen Gewinn durch die Gesellschaft erzielen zu wollen zu unterscheiden.⁸ Der Gesellschaftsvertrag ist danach der Grundstein einer Personengesellschaft und begründet die Grundlage für die vertraglichen Förderpflichten der Gesellschafter.

2. Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrags

Um die Anwendung von Leistungsstörungsrechten beurteilen zu können, ist die Rechtsnatur des zugrundeliegenden Vertrags – der Gesellschaftsvertrag – für das weitere Vorgehen ein Aspekt von großer Relevanz. Die Rechtsnatur kann nämlich maßgeblich für die Beurteilung sein, welche allgemeinen Leistungsstörungsrechte Anwendung finden.

Schon aus der Stellung des § 705 Abs. 1 BGB – der den Gesellschaftsvertrag als solchen für alle Personengesellschaften zentral regelt – im Abschnitt 8 „Einzelne Schuldverhältnisse“ des zweiten Buches des BGB ergibt sich, dass der Gesetzgeber den Gesellschaftsvertrag als einen Schuldvertrag ansieht.⁹ Dies wurde noch einmal verdeutlicht durch den Gesetzgeber, als dieser auch im Zuge des MoPeG eine Verschiebung der Regelungen zu der GbR außerhalb des zweiten Buches des BGB „Recht der Schuldverhältnisse“ oder in das HGB nicht vorgenommen hat.¹⁰ Diese Annahme wird weiterhin durch die in § 705 Abs. 1 BGB enthaltene Formulierung „durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags“ verdeutlicht.¹¹ Somit ist der Gesellschaftsvertrag nach der Systematik des BGB ein Schuldvertrag der Gesellschafter untereinander. Dieser Schuldvertrag bildet das Innenverhältnis der Personengesellschaft und ist – wie bereits oben erläutert – nicht nur für die GbR, sondern subsidiär auch für die anderen Personengesellschaften in §§ 705 ff. BGB geregelt.¹² Dieses schuldrechtliche Element des Vertrags begründet auch insbesondere die gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner.¹³

Bei der rechtsfähigen GbR – anders bei der reinen Innengesellschaft iSd § 705 Abs. 2 BGB – wird dieses schuldvertragliche Element des Gesellschaftsvertrags ergänzt durch ein organisationsrechtliches Element.¹⁴ Dieser Teil des Gesellschaftsvertrags, den man auch

³ MüKoBGB/Schäfer, vor § 705 Rn. 2.

⁴ Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 1 Rn. 4.

⁵ So Martens, AcP 221, 68, 85 f.

⁶ So auch Begründung RegE, BT-Drs. 19/27635, 125, als auch der Wortlaut des § 705 Abs. 1 BGB: „errichtet“; darüber hinaus auch MüKoBGB/Schäfer, § 705 Rn. 2; Henssler/Strohn/Servatius, § 705 Rn. 13; MHdB GesR I/Möhrle, § 5 Rn. 1; HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 16; Erman/Lieder, § 705 Rn. 4.

⁷ Erman/Lieder, § 705 Rn. 3.

⁸ Erman/Lieder, § 705 Rn. 79 f., 83.

⁹ So auch in der Begründung RegE, BT-Drs. 19/27635 S. 125; Martens, AcP 221, 68, 76 ff; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 103.

¹⁰ Vgl. dazu Wertenbruch, GmbHR 2021, 1 Rn. 3.

¹¹ Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 103; vgl. dazu auch Wertenbruch, ZPG 2023, 1 (2).

¹² Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 2 Rn. 46.

¹³ Wertenbruch, ZPG 2023, 1 (2).

¹⁴ Wertenbruch, ZPG 2023, 1 (2); MHdB GesR I/Möhrle, § 5 Rn. 31; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 104; Henssler/Strohn/Henssler HGB, § 105 Rn. 80; MüKoBGB/Schäfer, § 705 Rn. 161 f.

als Organisationsvertrag¹⁵ bezeichnen kann, kommt insbesondere dadurch zustande, dass nicht nur obligatorische Beziehungen zwischen den einzelnen Gesellschaftern begründet werden, sondern dass der Gesellschaftsvertrag die Grundlage für die rechtsfähige Personengesellschaft als Handlungsorganisation der Beteiligten und eigenständiges Rechtssubjekt legt.¹⁶ Dieser organisiert dadurch das Zusammenwirken von mehreren Personen.¹⁷ Die Einordnung des Gesellschaftsvertrags als Organisationsvertrag ist für die spätere Frage der Anwendbarkeit von Leistungsstörungen von Bedeutung, da bereits hier zu erkennen ist, dass der Gesellschaftsvertrag kein gewöhnlicher Schuldvertrag sein soll und die für diesen entwickelten Grundsätze nicht ohne weiteres gelten.¹⁸ Insgesamt ergibt sich daraus eine Doppelnatur des Gesellschaftsvertrags in Form eines Schuldvertrags und eines gemeinschaftsbegründenden personenrechtlichen Vertrags.¹⁹

Darüber hinaus könnte der Gesellschaftsvertrag auch als ein Dauerschuldverhältnis angesehen werden, denn der Gesellschaftsvertrag begründet nicht bestimmte Leistungspflichten zu einem festen Zeitpunkt, etwa bei Vertragsabschluss, sondern bestimmt vielmehr, dass die festgelegten Leistungen über einen noch nicht definierten Zeitraum geleistet werden sollen. Diese dauernde Pflichtenspannung führt dazu, dass der Gesellschaftsvertrag ohne weitere Schwierigkeiten auch als Dauerschuldverhältnis eingeordnet werden kann,²⁰ was für die spätere Betrachtung der Anwendung der einzelnen Leistungsstörungenrechte – insbesondere einer möglichen Anwendung der Regelungen zu der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen gem. § 314 BGB – noch Bedeutung erlangen kann. Diese Einordnung als Dauerschuldverhältnis wird zusätzlich durch das systematische Argument verdeutlicht, dass der in § 314 BGB festgehaltene Rechtsgrundsatz, wonach jedes Dauerschuldverhältnis ein außerordentliches Kündigungsrecht beinhalten muss, im Personengesellschaftsrecht in § 725 Abs. 2 BGB besonders geregelt ist.²¹

II. Grundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts

Aus der gesetzlichen Systematik ergibt sich, dass neben den spezialgesetzlichen Regelungen zur GbR (§§ 705-740c BGB) auch die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts auf Gesellschaftsverträge anwendbar sind. Jedenfalls insoweit, als dass die Besonderheiten der Personengesellschaften nicht einer Anwendung entgegenstehen.

1. Begriff und Systematik des allgemeinen Leistungsstörungenrechts

Für die Frage der Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf Gesellschaftsverträge bedarf es der Darstellung, was Leistungsstörungen sind. „Leistungsstörung“ ist kein Gesetzesbegriff, sondern eine auf *Heinrich Stoll*²² zurückgehende Sammelbezeichnung. Danach sind Leistungsstörungen Hindernisse, die bei der Begründung oder Abwicklung eines Schuldverhältnisses auftreten und die dazu führen, dass die Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbracht wird.²³ Der Gesetzgeber knüpft weniger an den Begriff der Leistungsstörung an, sondern vielmehr primär an den Begriff der Pflichtverletzung.²⁴ Bei den Leistungsstörungen wird zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Leistungsstörungenrecht unterschieden. Das allgemeine gilt für alle Schuldverhältnisse, das besondere für die jeweiligen besonderen Vertragstypen, bspw. Kaufverträge oder Werkverträge.

Im Rahmen der allgemeinen Leistungsstörungen muss grundsätzlich zwischen Nichterfüllung und Schlechterfüllung unterschieden werden. Die in diesem Zusammenhang relevanten Unterbegriffe der Unmöglichkeit und des Verzugs sind in diesem Kontext lediglich als ergänzende und spezifizierende Tatbestände zu verstehen. Die Unmöglichkeit stellt in ihren verschiedenen Erscheinungsformen eine mögliche Ursache für die Leistungsstörungen der Nicht- und Schlechterfüllung dar, ohne jedoch als eigenständige

¹⁵ HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 179.

¹⁶ Wertenbruch, ZPG 2023, 1 (2); HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 179.

¹⁷ Westermann/Wertenbruch/Tröger, § 4 Rn. 102.

¹⁸ Martens, AcP 221, 68, 78 f.

¹⁹ Wertenbruch, ZPG 2023, 1 (2); MHdB GesR I/Möhrle, § 5 Rn. 31.

²⁰ BGHZ 49, 364 (365) = NJW 1968, 1378; HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 180; Grüneberg/Grüneberg, § 314 Rn. 2; Grüneberg/Retzlaff, § 705 Rn. 17.

²¹ Fleischer, NZG 2021, 949 (955); Stodolkowitz, NZG 2011, 1327.

²² Heinrich Stoll, Lehre von den Leistungsstörungen, 1936.

²³ Grüneberg/Grüneberg, Vorb v § 275 Rn. 1.

²⁴ Erman/Ulber, Vor § 275 Rn. 4; PWW/Kramme, Vor §§ 275 ff. Rn. 1.

Kategorie der Leistungsstörung zu gelten. Der Verzug wiederum stellt einen Sonderfall der Nichterfüllung dar, der jedoch nur dann relevant wird, wenn zusätzlich bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. In diesem Fall knüpft das Leistungsstörungenrecht spezifische Rechtsfolgen an das Vorliegen des Verzugs.²⁵

Das Leistungsstörungenrecht bezieht sich im ersten Abschnitt „Inhalt der Schuldverhältnisse“ (§§ 275 – 288 BGB) zunächst auf Leistungsstörungen, die für alle Schuldverhältnisse gelten. Die für Verträge – und damit selbstverständlich auch für Gesellschaftsverträge – geltenden Normen stehen im dritten Abschnitt „Schuldverhältnisse aus Verträgen“. Die §§ 313, 314 BGB enthalten dabei besondere Vorschriften für Dauerschuldverhältnisse und in den §§ 320 – 326 BGB sind besondere Regelungen für gegenseitige Verträge enthalten.

2. Leistungsstörungen im Gesellschaftsvertrag

Inwiefern können Leistungsstörungen im Gesellschaftsvertrag auftreten? Damit eine Leistung gestört sein kann, müssen zuvor Leistungen im Gesellschaftsvertrag vereinbart worden sein. Dies führt zunächst zur Frage: Was sind „Leistungen“ iSd Schuldrechts? Die Leistung ist auf der Grundlage des § 362 BGB zu definieren. Insofern wäre sie die Herbeiführung des Leistungserfolgs, d.h. die Verwirklichung des Gläubigerinteresses durch die Leistungshandlung.²⁶ Jedoch ist gerade mit Hinblick auf die vielen verschiedenen Vertragsarten der Begriff der Leistung wesentlich weiter zu fassen. Denn sowohl die Handlungen zur Herbeiführung des Erfolgs als auch der bloße Eintritt des Erfolgs kann vom Leistungsbegriff erfasst sein. Hiernach ist folgende Definition am treffendsten: Unter Leistung ist jedes Verhalten zu verstehen, zu dem sich Personen im Rahmen des rechtlich Möglichen verpflichten können bzw. im konkreten Fall verpflichtet haben.²⁷ Diese Frage der Definition des Leistungsbegriffs wird später insbesondere relevant, wenn die

Problematik erörtert werden muss, welche Leistungen sich eigentlich beim Gesellschaftsvertrag gegenüberstehen.

Weiterhin ist zu beurteilen, welche Leistungsstörungen in Bezug auf welche verschiedenen Leistungspflichten auftreten können. Grundsätzlich sind diese Leistungen jene mitgliedschaftlichen Pflichten, die aufgrund eines Gesellschaftsvertrages vereinbart werden. Diese können aufgrund der Vertragsfreiheit ausgesprochen vielfältig sein.²⁸ Die Pflicht aller Gesellschafter ist es, den gemeinsamen Zweck in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Die Einigung über diesen gemeinsamen Zweck ist nach § 705 Abs. 1 BGB notwendiger Inhalt eines jeden Gesellschaftsvertrags.²⁹

Zentral dabei ist die in § 709 Abs. 1 BGB geregelte Beitragspflicht der Gesellschafter. Ein Beitrag iSd Gesellschaftsrechts kann grundsätzlich jede Leistung eines Gesellschafters sein, die den Gesellschaftszweck fördert.³⁰ Dabei ist zwischen den Beitragspflichten im engeren und im weiteren Sinne aufzuteilen.³¹ Beiträge im engeren Sinne sind Einlagen. Dies sind nur solche Leistungen, die in das Gesellschaftsvermögen übergehen und damit zur Eigenkapitalbildung bzw. zur Haftungsmasse der Gesellschaft beitragen.³² Davon zu unterscheiden sind Beiträge im weiteren Sinne, deren Inhalt keinen Vermögenswert hat.³³

Bei den Beiträgen mit Vermögenswert, also jene im engeren Sinne, unterscheidet man im Wesentlichen drei Arten der Beitragsleistung. Das sind zum einen bei Sachen die Einbringung zu Eigentum (quoad dominum), dann dieser nahekommenden Art der Einbringung dem Wert nach (quoad sortem) und zuletzt die reine Gebrauchsüberlassung (quoad usum).³⁴

Insbesondere jene drei Arten können verschiedentlich Gegenstand von Leistungsstörungen sein, sodass sich gerade bei diesen die Frage der Anwendbarkeit der allgemeinen Leistungsstörungenrechte stellt.

²⁵ Grüneberg/Grüneberg, Vorb v § 275 Rn. 2; Erman/Ulber, Vor § 275 Rn. 4a.

²⁶ PWW/Pfeiffer, § 362 Rn. 6 ff.; MüKoBGB/Fetzer, § 362 Rn. 2; Erman/Buck-Heeb, § 362 Rn. 1a f.

²⁷ So vor allem Szalai, Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen, 2012, S. 192 f.; Grüneberg/Grüneberg, § 362 Rn. 2; MüKoBGB/Fetzer, § 362 Rn. 2 f.

²⁸ MHdB GesR I/Möhrle, § 5 Rn. 35.

²⁹ Siehe oben unter B. I.; vgl. dazu auch HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 17 f; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 113.

³⁰ Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 20 Rn. 376; Grüneberg/Retzlaff, § 709 Rn. 1.

³¹ HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 264.

³² Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 20 Rn. 376; Grüneberg/Retzlaff, § 709 Rn. 1.

³³ Szalai, Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen, S. 208 f.

³⁴ Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 20 Rn. 380 ff.; HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 265 ff.

Darüber hinaus können aber auch andere Tätigkeiten wie zum Beispiel das Übernehmen der Geschäftsführung von einer Leistungsstörung betroffen sein. Auch dessen Rechtsfolgen bei Verhinderung dieser Tätigkeit, zum Beispiel durch Unmöglichwerden gem. § 275 Abs. 1 BGB, sind im Folgenden näher zu beleuchten.

III. Anwendbarkeit der allgemeinen Leistungsstörungenrechte

Unter den vielen allgemeinen Leistungsstörungenrechten sollen hier nur diejenigen angesprochen werden, die problematische Einzelfälle aufweisen und sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung noch nicht eindeutig geklärt sind. Aufgrund der Unklarheit, ob der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, soll das Augenmerk dabei insbesondere auf die Anwendbarkeit und die Rechtsfolgen der §§ 320 ff. BGB liegen. Zusätzlich wird auch die Anwendung der Vorschriften zur Unmöglichkeit gem. § 275 BGB auf den Gesellschaftsvertrag in der Literatur diskutiert. Weitere Leistungsstörungenrechte, wie zum Beispiel die Störung der Geschäftsgrundlage aus §§ 313 f. BGB und der Schadensersatz wegen Pflichtverletzungen §§ 280 ff. BGB sollen nur am Rande thematisiert werden.

1. Anwendbarkeit des § 275 BGB

Jederzeit besteht die Möglichkeit, dass die Erfüllung einer Beitragsverpflichtung einem Gesellschafter unmöglich ist oder wird (anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit). In diesem Kontext stellt sich die Problematik, ob hier auf die allgemeinen Regelungen aus dem allgemeinen Schuldrecht, also die §§ 275, 280 f., 283 – 285 BGB zurückgegriffen werden kann.

In der Literatur wird breit vertreten, dass § 275 BGB auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung finden solle.³⁵ Dies ist in der Sache auch richtig, denn aus teleologischer Sicht wäre eine Nichtanwendung dieser Vorschrift gleichbedeutend mit einer Regelungslücke.

Fraglich sind hier insbesondere die Rechtsfolgen einer solchen Anwendung des § 275 BGB. Wenn ein Gesellschafter die aus dem Gesellschaftsvertrag sich

ergebende Beitragspflicht nicht leisten kann, so ist er gem. § 275 BGB von seiner Leistungspflicht grundsätzlich befreit. Wie geht man aber mit den restlichen Gesellschaftern um, die jeweils ihren Teil geleistet haben? Dabei sind die Interessen der beiden Parteien, also sowohl des säumigen Gesellschafters als auch der anderen Gesellschafter, näher zu beleuchten.

Diese werden besonders deutlich, wenn man sich zunächst als Vergleich die allgemeine Interessenlage bei einem anderen Schuldvertrag, wie der des Kaufes einer Speziessache, vor Augen führt. Wenn nun die Sache nach § 275 BGB untergeht, verbietet sich für den Verkäufer eine Ersatzpflicht. Im Gesellschaftsvertrag besteht allerdings eine andere Interessenlage. Dort werden die Beiträge vor allem wegen eines „höheren Zwecks“ und zwar der gemeinsamen Zweckförderung der Gesellschaft geleistet und nicht unbedingt wegen der einzelnen Leistung selbst.³⁶ Wenn man beispielsweise die versprochene Beitragspflicht zur Einbringung eines Lkw in die Gesellschaft annehmen würde, dann kann oftmals davon ausgegangen werden, dass es der Gesellschaft nicht um genau diesen Lkw geht, sondern dass vielmehr „nur“ das Transportmittel als solches entscheidend ist. Dies könnte der Gesellschafter auch durch Einbringung von Kapital im gleichen Wert erreichen, damit sich die Gesellschaft diesen Lkw kaufen kann.³⁷

Dies bedeutet natürlich, dass die vertragliche Leistungspflicht des einbringungspflichtigen Gesellschafters erheblich erweitert wird. Dieser möchte eben nicht bei zufälligen Leistungshindernissen zur Geldeinlage oder einer Ersatzbeschaffung verpflichtet sein. Es würde dem normalen Vertragsrisiko widersprechen, wenn der Gesellschafter in einem so gelagerten Fall, keine weiteren vertragliche Konsequenzen befürchten müsse.

Die Lösung für diese Problematik ist folgende: Zunächst gilt selbstverständlich das im Vertrag Festgehaltene.³⁸ Wenn Entsprechendes nicht gesondert festgehalten wurde, dann ist im Wege der Auslegung des Gesellschaftsvertrages zu ermitteln, ob der Gesellschafter statt der Leistung zum Beispiel eine Einlage

³⁵ MüKoBGB/Schäfer, § 709 Rn. 21; HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 190; Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 20 Rn. 394; so auch schon Hüttemann, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 155 ff.

³⁶ Vgl. dazu die Ausführungen zu der Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrages in Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 102.

³⁷ Hüttemann, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 158 f.; Erman/Lieder, § 709 Rn. 12.

³⁸ Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 20 Rn. 394b.

in Geld zu erbringen hat.³⁹ Wenn es allerdings der Gesellschaft exakt auf jene konkrete Sacheinlage (im oben genannten Beispiel der Lkw) ankommt, dann liegt regelmäßig ein wichtiger Grund iSv § 727 BGB bei der GbR (bzw. §§ 132 Abs. 2, Abs. 3, 139 HGB bei der OHG, welcher nach § 161 Abs. 2 auch bei der KG anwendbar ist) vor. Darauf weist der Gesetzgeber explizit in § 727 S. 2 BGB (bzw. §§ 132 Abs. 2 S. 2, 139 Abs. 1 S. 2 HGB) auch als Beispiel für einen wichtigen Grund hin. Durch jene Regulationsmechanismen hat das Personengesellschaftsrecht eigene Möglichkeiten um auf eine Befreiung der Beitragsverpflichtung ebenso sensibel zu reagieren wie auf Haftungsfälle.⁴⁰ Darüber hinaus kann der Gesellschafter, sofern dieser von seiner Leistung frei wird, aus Gründen der Treuepflicht gehalten sein, eine Herabsetzung des Gewinnanteils hinzunehmen.⁴¹

In der Literatur wird die Rechtsfolge unterschiedlich beurteilt, wenn der Gesellschafter die Unmöglichkeit der Leistungserbringung zu vertreten hat. Eine Ansicht wendet die Regelungen entweder der anfänglichen Unmöglichkeit iSv § 311a Abs. 2 BGB oder der nachträglichen Unmöglichkeit iSv §§ 280, 283 BGB wegen einer Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht an.⁴² *Wertenbruch* vertritt hingegen die Auffassung, dass die §§ 283, 311a Abs. 2 BGB aufgrund des Vorrangs der Kündigungs- und Ausschlussvorschriften keine Anwendung finden sollen.⁴³

Die letztere Ansicht ist insofern folgerichtig, als dass anderenfalls die besonderen Leistungsstörungenrechte des Gesellschaftsrechts ausgehebelt werden und dies dem Sinn und Zweck dieser Regelungen widersprechen würde.

Eine weitere Problematik ergibt sich aus Folgendem: Gegenstand der Unmöglichkeit können nicht nur Einlagen als solche sein, sondern vielmehr kann auch die Geschäftsführertätigkeit davon betroffen sein. Dann besteht zum einen die Möglichkeit die Gewinnbeteiligung des Gesellschafters herunterzusetzen, zum anderen die Geschäftsführungstätigkeit der anderen Gesellschafter fortan besonders zu vergüten. Wenn die

Zweckförderung des Gesellschafters im Wesentlichen auf der Geschäftsführungstätigkeit des einzelnen Gesellschafters beruht, kann auch in der Unmöglichkeit der Leistung ein wichtiger Grund bestehen und somit existiert eine Kündigungsmöglichkeit für den betreffenden Gesellschafter als auch für die restlichen Gesellschafter.⁴⁴

2. Anwendbarkeit der §§ 320 ff.

Um der Frage der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB auf den Gesellschaftsvertrag nachzugehen, ist es zunächst wichtig herauszuarbeiten, was das wesentliche Charakteristikum – der gegenseitige Vertrag – dieser Regelungen bedeutet und welchen Sinn und Zweck die 320 ff. BGB innerhalb des BGB verfolgen.

a) Gegenseitiger Vertrag

Den §§ 320 – 326 BGB liegt Folgendes zu Grunde: Die Überschrift des 2. Titels im 3. Abschnitt des BGB verweist bereits darauf: Sie setzen einen „gegenseitigen Vertrag“ voraus. Um den Gesellschaftsvertrag als solchen einordnen zu können, muss zunächst geklärt werden, ob dieser „gegenseitige Vertrag“ auch den Gesellschaftsvertrag umfassen kann.

Unstrittig ist, dass der Gesellschaftsvertrag sich zunächst dem System der Schuldverträge zuordnen lässt.⁴⁵ Bei den Schuldverträgen unterscheidet man grundsätzlich zwischen einseitig verpflichtenden Verträgen, unvollkommen zweiseitigen Verträgen und vollkommen zweiseitigen Verträgen. Letztere werden auch gegenseitige Verträge genannt.⁴⁶ Diese Einteilung der schuldrechtlichen Verträge nach der Art der Verknüpfung der vertragstypischen Leistungspflichten entsprach bereits im 19. Jahrhundert einer weit verbreiteten Ansicht. Nun sollte nicht mehr, wie zuvor, der Entstehungsgrund, sondern vielmehr der Inhalt des Vertrages entscheidend für die Abgrenzung der Art des Schuldvertrags sein.⁴⁷

Einseitig verpflichtende Verträge (bspw. Bürgschaft oder Schenkung) begründen nur für eine Partei

³⁹ MHdB GesR I/v. *Falkenhausen/H. C. Schneider*, § 90 Rn. 74; MHdB GesR I/Möhrle, § 5 Rn. 33; MüKoBGB/Schäfer, § 709 Rn. 21.

⁴⁰ K. Schmidt, GesR, § 20 III 5 a), S. 586 f.

⁴¹ Erman/Lieder, § 709 Rn. 21.

⁴² MHdB GesR I/v. *Falkenhausen/H. C. Schneider*, § 90 Rn. 76; MüKoBGB/Schäfer, § 709 Rn. 21; so auch *Stephan Szalai*, Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen, 2013, S. 252 f; K. Schmidt, GesR, § 20 III 3 a), S. 582 f.

⁴³ Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 20 Rn. 394; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 217.

⁴⁴ Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 20 Rn. 394c.

⁴⁵ Siehe oben unter B. I.

⁴⁶ Grüneberg/Grüneberg, Einf v § 320 Rn. 4 ff.

⁴⁷ MüKoBGB/Emmerich, vor § 320 Rn. 1 ff.; so auch *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 35 ff.

Leistungspflichten, setzen aber – wie jeder Vertrag – Angebot und Annahme voraus.⁴⁸

Bei unvollkommen zweiseitigen Verträgen trifft eine Partei die den Vertragstypus bestimmende Leistungspflicht. Unter Umständen kann auch der andere Teil zu einer Leistung verpflichtet sein (bspw. Leihe, Auftrag und die unentgeltliche Verwahrung).⁴⁹ Diese Verträge werden als „unvollkommen“ bezeichnet, weil die beiden Leistungspflichten sich nicht gegenüberstehen und nicht miteinander verknüpft sind. So ist die Rückgabe der Leihsache beispielsweise nur möglich, wenn sie zuvor ausgehändigt wurde. Die eine Leistungspflicht steht so gesehen über der anderen.

Schließlich wird dann noch in den vollkommen zweiseitigen Vertrag unterteilt, den sog. gegenseitigen Vertrag. Für eben jenen Typus des Schuldvertrags gelten die gesonderten Regelungen der §§ 320 ff. BGB.

Doch wann liegt nun genau ein gegenseitiger Vertrag vor? Dieser ist dann gegenseitig, wenn beiderseitige Verpflichtungen existieren, die in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinanderstehen. Jeder Vertragspartner verpflichtet sich, seine Leistung zu erbringen, um im Gegenzug die Leistung des anderen zu erhalten.⁵⁰ Diese gegenseitigen oder synallagmatischen Verträge weisen – wie bereits in der gemeinrechtlichen Lehre im 19. Jahrhundert festgestellt worden ist⁵¹ – die Besonderheit auf, dass jeder Teil Gläubiger und Schuldner zugleich ist.⁵² Diese Bewertung des gegenseitigen Vertrags hat sich bis heute gehalten,⁵³ sodass als wesentliches Merkmal festzuhalten ist, dass jede Partei die Leistung nur zu dem Zwecke übernimmt, um von der anderen Partei eine bestimmte Gegenleistung zu erhalten (do ut des).⁵⁴

In der Regel sind gegenseitige Verträge auf den Austausch der beidseitigen Leistungen gerichtet. Auf den ersten Blick könnte man annehmen, dass ein gegenseitiger Vertrag immer auch auf den Austausch von Leistungen gerichtet ist, wie dies auch verbreitet in der Literatur angenommen wird.⁵⁵ Dies ist aber nur bedingt korrekt, denn der Austauschvertrag und der gegenseitige Vertrag sind nur zum Teil

deckungsgleich. Eben jene Unterscheidung – zwischen Austauschvertrag und gegenseitigen Vertrag – erlangt an späterer Stelle für die Einordnung des Gesellschaftsvertrags als gegenseitigen Vertrag noch eine zentrale Rolle.

b) Ratio legis der §§ 320 ff. BGB

Um im weiteren Vorgehen die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB auf den Gesellschaftsvertrag beurteilen zu können und unter anderem auch die Frage der Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrags beantworten zu können, ist es wichtig zu verdeutlichen, warum es überhaupt eines besonderen Leistungsstörungenrechts für die gegenseitigen Verträge bedarf und der Gesetzgeber die sonstigen Regelungen für Rechtsgeschäfte als nicht ausreichend empfand.

Beim einseitigen Vertrag entwickelt sich das Schicksal der Verpflichtungen grundsätzlich unabhängig voneinander, weshalb es über die §§ 275 ff. BGB hinaus keiner weiteren Regelungen bedarf. Wiederum gehört beim gegenseitigen Vertrag die beiderseitige Verpflichtung zum Wesen des Schuldvertrags, woraus sich hier das Problem ergibt, welche Regelungen für den Vollzug der beiderseitigen Leistungspflichten gelten und wie das Risiko der Nichterfüllung zwischen den Parteien zu verteilen ist.⁵⁶ Um diesem Prinzip besser auf den Grund gehen zu können, sollte zunächst der Regelungsgehalt der §§ 320 – 326 BGB, namentlich die Einrede des nichterfüllten Vertrages gem. § 320 BGB, der Unsicherheitseinrede des § 321 BGB, dem Rücktrittsrecht gem. §§ 323, 324, § 326 Abs. 5 BGB und der Verknüpfung des Fortbestands der gegenseitigen Pflichten gem. § 326 I BGB, näher beleuchtet werden.

Dabei sind zwei Hauptfunktionen der Synallagma-regelungen zu erkennen. Zunächst kommt das do-ut-des-Prinzip besonders in den §§ 320 und 326 BGB zum Ausdruck. Dabei wird vor allem das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung deutlich, welches die Parteien bei Vertragsschluss festgelegt haben. § 320

⁴⁸ Vgl. dazu Grüneberg/Grüneberg, Einf v § 320 Rn. 4; Erman/Ulber, Vor § 320 Rn. 8.

⁴⁹ Vgl. dazu Grüneberg/Grüneberg, Einf v § 320 Rn. 4a; PWV/Stürner, Vor §§ 320 ff. Rn. 4; Erman/Ulber, Vor § 320 Rn. 9.

⁵⁰ Weber Rechtswörterbuch/Andrea Schmidt, Gegenseitiger Vertrag; Erman/Ulber, Vor § 320 Rn. 10 ff.; MüKoBGB/Emmerich, vor § 320 Rn. 23 f.

⁵¹ Savigny, Obligationenrecht II, S. 12; Dernburg, Pandektenrecht II, § 19.

⁵² Hüttemann, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 35 ff.

⁵³ MüKoBGB/Emmerich, vor § 320 Rn. 1; Grüneberg/Grüneberg, Einf v § 320 Rn. 5; BeckOGK/Rüfner BGB, § 320 Rn. 5 ff.

⁵⁴ MüKoBGB/Emmerich, vor § 320 Rn. 3.

⁵⁵ MvN MüKoBGB/Emmerich, vor § 320 Rn. 5.

⁵⁶ So grundlegend Hüttemann, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 63 f.

BGB verfolgt den doppelten Zweck, dass der Gläubiger, der am Vertrag festhalten will, sowohl den Anspruch auf die Gegenleistung sichern als auch Druck auf den Schuldner ausüben will, um ihn zu vertragsgemäßer Leistung anzuhalten.⁵⁷ § 326 Abs. 1 BGB legt fest, wenn die Leistung ganz oder teilweise unmöglich wird, dass die Leistungspflicht des Gläubigers sich um den entsprechend dem im Vertrag festgelegten Verhältnis reduziert. Diese Verknüpfung der Ansprüche hat zur Folge, dass die §§ 320 ff. BGB den Ausgleich nicht im Vermögen des Gläubigers herstellen, sondern bereits im Vertrag selbst.⁵⁸

Die andere Hauptfunktion, die die §§ 323, 324 BGB widerspiegeln, ist die Möglichkeit des Gläubigers – wenn er nicht mehr mit der Vertragstreue des Vertragspartners zu rechnen braucht – nicht mehr leisten zu müssen. Der Gläubiger muss insbesondere nicht mehr versuchen, um seine eigene Leistung (gerichtlich) zu kämpfen. Damit heben jene die *Maxime pacta sunt servanda* auf, obwohl noch eine Erfüllungsmöglichkeit besteht.⁵⁹

Die §§ 320 ff. BGB regeln somit gesondert, wie das Risiko der Nichterfüllung zwischen den Parteien zu verteilen ist und sichern das Prinzip, dass Leistung und Gegenleistung voneinander wechselseitig abhängig sind. Dieses Prinzip spiegelt sich sodann inhaltlich in den soeben beschriebenen Regelungen in dieser Form wider.

c) Anwendbarkeit auf den Gesellschaftsvertrag

Nun ist zu untersuchen, inwiefern auf den Gesellschaftsvertrag die Regelungen des gegenseitigen Vertrags anzuwenden sind und in welcher Hinsicht der Sinn und Zweck – insbesondere mit Blick auf die soeben festgestellten Hauptfunktionen – der §§ 320 ff. BGB mit den Besonderheiten des Gesellschaftsrecht in Einklang steht und ob womöglich diese Überlegungen einer Anwendung der §§ 320 ff. BGB entgegenstehen können.

aa) Gesellschaftsvertrag als gegenseitiger Vertrag?

(1) Welche Leistung ist die gegenseitige?

Um sich dieser Frage zu nähern, ist es noch einmal wichtig, sich zu verdeutlichen, welche Leistungen hier

überhaupt gegenüberstehen können. Dabei kann man insgesamt auf drei Konstellationen abstellen: Zweckförderung gegen Gewinnbeteiligung, Zweckförderung gegen Mitgliedschaft und Zweckförderung gegen Zweckförderung der anderen Gesellschafter.

Die Einstufung der Gewinnbeteiligung als Gegenleistung ist deshalb fraglich, weil diese noch gar nicht sicher ist. Gegen die Mitgliedschaft als Gegenleistung erscheint schon problematisch, ob die Mitgliedschaft als solche unter den Begriff Leistung zu fassen ist.⁶⁰

Dabei wirft sich die Problematik auf, welche Auslegung als grundlegend angenommen wird, welche Leistungen der eine Gesellschafter eingeht, um die andere Leistung zu erhalten. Aus welcher Sicht sollte also diese Problematik beurteilt werden? Geht es um die Sicht des einzelnen Gesellschafters oder sollte aus einer objektiven Sichtweise beurteilt werden, was die konkrete Gegenleistung ist? Leistet der Gesellschafter seinen Beitrag, weil er den gemeinsamen Zweck fördern möchte oder weil er konkret jene Beitragsleistung des anderen Gesellschafters erwartet oder womöglich, weil er zum Beispiel am Gewinn der Gesellschaft beteiligt sein möchte?

Insgesamt lässt sich wohl festhalten, dass jedenfalls nicht allein der subjektive Charakter entscheidend sein darf, sondern vielmehr auch das objektiv Vereinbarte entscheidend ist. Gerade auch um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden und die Vertragsfreiheit zu schützen, sollte immer noch das objektiv Vereinbarte der zentrale Anknüpfungspunkt sein, um festzulegen, welche Leistung als Gegenleistung zu erkennen ist. Im Ergebnis ist durch Auslegung zu ermitteln, welchen Willen die Parteien innehaben.⁶¹ Im Normalfall ist dabei davon auszugehen, dass die Errichtung der Gesellschaft als Förderung eines gemeinsamen Zwecks der zentrale Punkt ist. Denn dieser wird vertraglich festgehalten und kann somit auf das objektiv Vereinbarte zurückgeführt werden.⁶²

Ein kritischer Aspekt an der Annahme, dass die Gewinnbeteiligung – bzw. allgemeiner gesagt die Beteiligung am Ergebnis der Gesellschaft – die Gegenleistung sei, ist, dass der Anspruch auf Gewinnbeteiligung zeitlich erst nach dem Anspruch auf Beitragsleistung fällig wird. Somit entsteht eine Gegenseitigkeit der Ansprüche nicht – wie im Fall der Beitragsleistungen – direkt mit Vertragsschluss, sondern erst zeitlich

⁵⁷ BGH, Urteil vom 26.10.2017 - VIII ZR 211/15, Rn. 23; so auch MüKoBGB/Emmerich, § 320 Rn. 1; BeckOGK/Rüfner BGB, § 320 Rn. 2 f.

⁵⁸ So insgesamt auch nachzulesen bei Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, 2013, S. 300 ff.

⁵⁹ Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, 2013, S. 302.

⁶⁰ Dazu vertiefend auch Szalai, Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen, 2012, S. 189 f.

⁶¹ Grüneberg/Grüneberg, § Einf v § 320 Rn. 17.

⁶² Siehe auch dazu weiter oben bereits unter B. I. 1.

versetzt.⁶³ Außerdem mag zwar häufig auch eine Gewinnbeteiligung Ziel der Mitwirkung der Gesellschaft gewesen sein, aber diese ist, wie bereits weiter oben festgestellt,⁶⁴ meistens nicht der gemeinsame Zweck zur Errichtung einer Personengesellschaft. Der Gewinn ist eben nicht etwa die Gegenleistung der Gesellschaft für die Beiträge der Gesellschafter, sondern Ausdruck erfolgreicher Förderungstätigkeit aller Gesellschafter. Die Gesellschaft gewährt die Gewinnbeteiligung nicht, um die Beiträge zu erlangen.⁶⁵ Zuletzt ist gegen eine Gewinnbeteiligung als mögliche Gegenleistung anzuführen, dass der Anspruch auf unmittelbare Auszahlung des Gewinnanteils ein Sozialanspruch gegen die Gesellschaft ist, sodass insoweit schon das Synallagma zwischen den einzelnen Gesellschaftern fehlt.⁶⁶

Ob die bloße Mitgliedschaft als Gegenleistung tauglich ist, ist insofern fraglich, als dass dann die Mitgliedschaft überhaupt eine Leistung darstellen müsste. Eine Mitgliedschaft als solche kann nicht geleistet werden, was insbesondere bei Zweipersonengesellschaften deutlich wird. Die Mitgliedschaft entsteht erst durch Vertragsschluss. Um es kurz zu sagen: Die vertragliche Förderpflicht soll dem Zweck der Personenvereinigung dienen und kann daher nicht die Gegenleistung für die Mitgliedschaft sein.⁶⁷

Somit bleibt nur, wenn eine Gegenseitigkeit bestehen sollte, die Zweckförderung als Gegenstand der Leistung und Gegenleistung der Gesellschafter. Dies erscheint insofern auch sinnvoll, als dass die Zweckförderung das zentrale Charakteristikum des Gesellschaftsvertrags ist und mittels dieser Zweckförderung auch unter anderem die Beitragspflichten der Gesellschafter darunter zu fassen sein können.

Um die seit jeher umstrittene Frage der Gegenseitigkeit von Gesellschaftsverträgen beantworten zu können, ist es sinnvoll einen Überblick der historischen Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur darzulegen.

(2) Rechtsprechung

Das Reichsgericht hat zunächst den Gesellschaftsvertrag in ständiger Rechtsprechung als gegenseitigen Vertrag eingeordnet und dementsprechend die §§ 320 – 327 BGB aF durchweg angewendet.⁶⁸ Der BGH hat eine Stellungnahme zu der Frage nach dem gegenseitigen Charakter des Gesellschaftsvertrags bis zuletzt stets vermieden.⁶⁹

(3) Schrifttum

Einige Autoren bejahen die Einordnung des Gesellschaftsvertrags als gegenseitigen Vertrag⁷⁰ oder gehen jedenfalls von einem gegenseitigen Vertrag im weiteren Sinne aus.⁷¹

Ein Vertreter, der sich für den Gegenseitigkeitscharakter der Gesellschaftsverträge ausspricht, ist zum Beispiel *Hüttemann*.⁷² Dieser begründet vor allem die Gegenseitigkeit damit, dass bereits aus den BGB-Motiven deutlich wird, der Gesetzgeber habe bewusst keine Sonderregelungen für die Gesellschaft normiert, weil die Regelungen der §§ 320 ff. BGB ausreichend seien.⁷³ In den BGB-Motiven wurde nämlich über die Rechtsfolgen einer Unmöglichkeit von Beitragsleistungen diskutiert und auch über das Einfügen einer Regelung nachgedacht, die die Gewinnbeteiligung reduzieren solle. Allerdings wurde sich schließlich dagegen ausgesprochen, da die allgemeinen Regelungen der §§ 320 ff. BGB ausreichen würden.⁷⁴ Daraus leitet *Hüttemann* ab, dass der Gesetzgeber von einer grundsätzlichen Anwendung auf den Gesellschaftsvertrag ausgehe und die Einzelheiten der Wissenschaft und Praxis zu überlassen sei.⁷⁵

Demnach kommt *Hüttemann* im Ergebnis zu dem Schluss, dass die Frage der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB nicht maßgebend auf der Ebene der Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrags geklärt werden

⁶³ *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 142.

⁶⁴ Siehe weiter oben unter B. I.

⁶⁵ MwN *MüKoBGB/Schäfer*, § 705 Rn. 164; *Ermann/Lieder*, § 705 Rn. 101.

⁶⁶ *Ebenroth/Boujong/Wertenbruch*, § 105 Rn. 102.

⁶⁷ *Szalai*, Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen, 2012, S. 189 f.

⁶⁸ RGZ 76, 276 (279); 78, 303 (305); 100, 1 (3); 147, 340 (342); siehe auch HKK-BGB/*Lepsius*, §§ 705-740, Rn. 77 f.

⁶⁹ Vgl. BGH BB 1954, 92; NJW 1983, 1188 (1189); WM 1959, 53 (54 f.); siehe auch *Wertenbruch*, NZG 2001, 306 f.

⁷⁰ *Henssler/Strohn/Henssler*, § 105 Rn. 84 f.; HGB Kommentar *Staub/Schäfer*, § 105 Rn. 185 ff.; *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, 5 ff.; *Wilhelmi*, FS Grunewald, S. 1338 f.

⁷¹ *A. Hueck*, OHG, § 6 II 3, 53.

⁷² *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 37 ff., 48 ff.

⁷³ *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 48 ff, zusammenfassend S. 56 f.

⁷⁴ *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 48 ff.

⁷⁵ *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 56 f.

kann, sondern dass vielmehr jeder Einzelne der verschiedenen Rechtsbehelfe der gegenseitigen Verträge gem. §§ 320 ff. BGB isoliert untersucht werden müsse, ob diese auf den Gesellschaftsvertrag nach dem Sinn und Zweck anwendbar sind.⁷⁶ Man kann auch sagen, dass Hüttemann für ein weites Verständnis der gegenseitigen Verträge plädiert und die Frage der Anwendung vorzugsweise auf der Ebene der konkreten Anwendung im Einzelfall bzgl. des jeweiligen Vertragstypus klären möchte.⁷⁷

Eine andere Perspektive weist auch *Karsten Schmidt*⁷⁸ auf. Zwar sei der Gesellschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag iSd §§ 320 ff. BGB, jedoch sei dies der falsche Problemzugang.⁷⁹ Nach seiner Differenzierungsmethode sei es vielmehr sinnvoll, jenen Vertrag systematisch in zwei verschiedene Komponenten aufzuteilen und jene Teile bei der Frage der Gegenseitigkeit einzeln zu betrachten. Dabei sei das gestörte Beitragsverhältnis von dem Organisationsverhältnis im Ganzen zu unterscheiden. Er übersehe nicht, dass die beiden Rechtsbeziehungen auf dem einen umfassenden Rechtsverhältnis, dem Gesellschaftsvertrag, zurückgehe. Jene Unterscheidung würde aber angemessen berücksichtigen, dass jeder Teil jeweils andere Rechtsfolgen bei Leistungsstörungen nach sich ziehen könne.⁸⁰ Danach solle sich die Beitragspflicht nach den heutigen §§ 275 ff. BGB richten und für das Organisationsverhältnis sollen die §§ 323 ff. BGB nicht anwendbar sein.⁸¹

Die neuere Literatur⁸² in einer früheren Entscheidung hingegen lehnt überwiegend die Einordnung als gegenseitigen Vertrag grundsätzlich ab. Danach sei der Gesellschaftsvertrag zwar grundsätzlich ein wechselseitiger Vertrag, allerdings würde nicht das typische synallagmatische Verhältnis wie bei Kauf oder Miete bestehen. Die Mitglieder der Gesellschaft erbringen ihre Beiträge nicht als Gegenleistung für die Beiträge der anderen Mitgesellschafter, sondern vielmehr zu einem gemeinsamen Zweck. Somit würden

die Beiträge der Gesellschafter in keinem Abhängigkeitsverhältnis zueinanderstehen.⁸³

Noch eindeutiger sind die Meinungen im Schrifttum geworden, als das MoPeG zum 1.1.2024 in Kraft getreten ist und den Wortlaut des § 705 Abs. 1 BGB nF insofern verändert hat, als dass das Wort „gegenseitig“ gestrichen wurde. Dies versteht unter anderem *Wertenbruch* als Zeichen des Gesetzgebers, dass der Gesellschaftsvertrag sich schon begrifflich von dem des gegenseitigen Vertrags entfernt habe.⁸⁴ Auch wenn der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung betont, dass die Klärung der Streitfrage der Gegenseitigkeit und damit der Frage der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB der Rechtsprechung und der allgemeinen Lehre vorbehalten sein soll,⁸⁵ lasse sich trotz dieser Formulierung aber nicht abstreiten, dass der Gesetzgeber durch die Streichung des Wortes zumindest eine Tendenz zu der Beantwortung der Streitfrage durchklingen lässt.⁸⁶ Der Gesellschaftsvertrag sei nun als mehrseitiger Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck einzuordnen.⁸⁷

(4) Stellungnahme

Die Vorschriften über gegenseitige Verträge, die auf der synallagmatischen Verknüpfung von vertraglichen Leistungen beruhen, sind nicht ohne Weiteres auf die aus dem Gesellschaftsvertrag resultierenden Beitragspflichten übertragbar. Schon die Einordnung als Organisationsvertrag lässt erkennen, dass auch der Gesetzgeber jenen Vertrag nicht als klassischen Schuldvertrag ansieht.⁸⁸ Darüber hinaus unterscheidet sich der Gesellschaftsvertrag in seiner Struktur grundlegend von den klassischen gegenseitigen Verträgen, da er primär durch die Verpflichtung zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks geprägt ist, was durch den neuen Wortlaut des § 705 Abs. 1 BGB im Rahmen des MoPeG noch deutlicher zum Ausdruck kommt. Auch wenn *Hüttemann* den gegenseitigen Charakter des

⁷⁶ *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 50 f., S. 57, S. 61 f.

⁷⁷ Zusammenfassend siehe *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, S. 485 f.

⁷⁸ *K. Schmidt*, GesR, § 20 III, S. 578 ff.

⁷⁹ Vgl. *K. Schmidt*, GesR, § 20 III 2 a), S. 578 f.

⁸⁰ *K. Schmidt*, GesR, § 20 III 1 a), b), S. 578 ff.; so auch dargestellt von *Szalai*, Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen, 2012, S. 177 f.; *MüKoBGB/Schäfer*, § 705 Rn. 168.

⁸¹ Vgl. *K. Schmidt*, GesR, § 20 III 3, S. 582 ff.; *Szalai*, Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen, 2012, S. 178.

⁸² Vgl. *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (3 ff.); *Ebenroth/Boujong/Wertenbruch*, § 105 Rn. 100 ff.; *Röhrich/v. Westphalen/Haas HGB/Haas*, § 105 Rn. 74; *MHdb GesR II/v. Falkenhausen/H.C. Schneider*, § 18 Rn. 54 f.; *HGB Kommentar Staub/Schäfer*, § 105 Rn. 185 f.

⁸³ *MHdb GesR II/v. Falkenhausen/H.C. Schneider*, § 18 Rn. 54 f.; *Ebenroth/Boujong/Wertenbruch*, § 105 Rn. 100 ff.

⁸⁴ So *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (3 f.).

⁸⁵ Begründung RegE, BT-Drs. 19/27635, S. 125.

⁸⁶ *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (4 f.).

⁸⁷ *Ebenroth/Boujong/Wertenbruch*, § 105 Rn. 102, *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (4 f.).

⁸⁸ Siehe dazu weiter oben die Ausführungen unter B. I. 2.

Gesellschaftsvertrages mit den Motiven des BGB begründet, spricht nach der Neufassung des Gesellschaftsrechts durch das MoPeG nicht einmal mehr der Wortlaut des § 705 Abs. 1 BGB für diese Auffassung.

Insbesondere kann nicht die Annahme vertreten werden, dass die Gesellschafter ihre Beitrags- und Förderpflichten auf Grundlage der entsprechenden Leistungen ihrer Mitgesellschafter übernehmen. Ein solches Gegenseitigkeitsverhältnis, wie es für den Austausch von Leistungen (sog. Austauschverträge) im Rahmen eines synallagmatischen Vertrags typisch ist, existiert im Gesellschaftsverhältnis nicht, da hier keine unmittelbare Gegenleistung für die Beitragsleistungen der Gesellschafter zu erwarten ist. Ein Gesellschafter bringt seine Leistung in Form von Kapital, Arbeitskraft oder Know-how ein, nicht primär, um im Gegenzug eine individuelle Gegenleistung von den anderen Gesellschaftern zu erhalten, sondern um das gemeinsame wirtschaftliche Ziel der Gesellschaft zu fördern. Die Leistungen erfolgen parallel gegenüber der Gesellschaft bzw. der Gesamtheit der Gesellschafter und sind auf den gemeinsamen Zweck gerichtet. Der gemeinschaftliche Nutzen der Gesellschaft steht im Vordergrund, und der einzelne Beitrag des Gesellschafters ist lediglich ein Teil des Gesamtkonzepts.

Daher ist eine unmittelbare Anwendung der §§ 320 bis 326 BGB im Grundsatz ausgeschlossen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die allgemeinen Vorschriften und ihre Wertungen unbeachtet bleiben, was sich insbesondere in der Möglichkeit zeigt, einzelne Regelungen im Einzelfall anzuwenden.

Auch wenn *Hüttemann* und *K. Schmidt* die Komponente der Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrags nicht als den zentralen Anknüpfungspunkt für die Frage der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB ansehen, so ist dessen Bedeutung dennoch kaum zu unterschätzen. Die Frage der Gegenseitigkeit eines Vertrags muss aufgrund der dogmatischen Sicherheit der zentrale Anknüpfungspunkt sein, um eine Anwendung der §§ 320 ff. BGB anzunehmen. Es darf nur im Wege einer Analogie zu einer Anwendung kommen, dessen Grenzen allerdings auch wesentlich höher liegen. Andererseits würde dieses Rechtsinstrument umgangen werden. Nichtsdestoweniger ist jedenfalls der Ansatz von *Hüttemann* und *K. Schmidt* aufzunehmen. Es

sollte neben der Frage der Gegenseitigkeit trotzdem die Problematik der konkreten Anwendbarkeit der einzelnen Rechtsbehelfe der §§ 320 ff. BGB thematisiert werden.

d) Einzelne Regelungen

Eng mit der Frage der Gegenseitigkeit sind – trotz der hier vertretenen Auffassung, dass der Gesellschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag iSd §§ 320 ff. BGB ist – die einzelnen Rechtsfolgen der Regelungen zu den gegenseitigen Verträgen verbunden. Dabei soll im Folgenden für jene Vorschriften im Einzelnen untersucht werden, in welcher Form sie bei der Erbringung der Beiträge ihrem Rechtsgedanken nach herangezogen werden können und ob womöglich bei einer Nichtanwendung eine Regelungslücke entsteht.

aa) §§ 320, 322 BGB

Wenn andere Gesellschafter ihre Leistung nicht erbracht haben, stellt sich für den leistungsfähigen und leistungsbereiten Gesellschafter die Frage, ob ihm ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht – hier jedenfalls in analoger Anwendung der §§ 320, 322 BGB. Beim Gesellschaftsvertrag als Vertrag *sui generis* muss gesondert geprüft werden, ob jene Vorschrift im Einzelfall passt.⁸⁹

Der BGH hält zwar die Frage der Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrags offen, anders hingegen beurteilt er die Anwendbarkeit der §§ 320, 322 BGB. Diese lehnt er ab.⁹⁰

Auch im Schrifttum besteht insofern Einigkeit, als dass der Gesellschafter die Leistung in einer mehrgliedrigen Gesellschaft nicht deshalb verweigern kann, weil die anderen Gesellschafter noch nicht geleistet haben.⁹¹ Der einzelne Beitrag des Gesellschafters wird – wie weiter oben schon beschrieben – nicht wegen der Beitragsleistungen der anderen Gesellschafter geleistet, sondern vielmehr um den gemeinsamen, übergeordneten Zweck zu fördern.⁹²

Diese Ansichten sind nur folgerichtig, denn die Anwendung dieser Vorschriften könnte Grundzüge der Personengesellschaft, namentlich die gesellschaftsrechtliche Solidarität und die gemeinsame Verantwortung, untergraben, da ein Gesellschafter seine

⁸⁹ So dem Grunde nach schon Staudinger/Habermeier, § 706 aF Rn. 24.

⁹⁰ BGH BB 1954, 92; WM 1959, 53 (54f); NJW 1983, 1188 (1189); weiterhin so auch OLG München 28.7.2000 – 23 U 4359/99, NZG 2000, 1124; siehe auch Entscheidungsbearbeitung *Wertenbruch*, NZG 2001, 306 (306 f.).

⁹¹ MHdb GesR I/v. Falkenhausen/H. C. Schneider, § 90 Rn. 70; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 217; so auch schon *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, 87ff.

⁹² MüKoBGB/Schäfer, § 705 Rn. 170 f.

Leistung aus rein eigennützigen Motiven zurückhalten könnte, ohne den gemeinsamen Zweck der Gesellschaft zu berücksichtigen. Hier muss jede individuelle Leistung jedes Gesellschafters im Gesamtzusammenhang der Gesellschaft betrachtet werden.

Doch wie kann sich jetzt der Gesellschafter, der ordnungsgemäß geleistet hat, eben gegen jene Lage wehren? Dabei greifen verschiedene Vertreter aus dem Schrifttum darauf zurück, dass sich der Gesellschafter einredeweise auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufen kann.⁹³ Bei gravierenden Fällen soll dieser sich gar auf § 242 BGB berufen können.⁹⁴

Die Beantwortung der Frage, ob §§ 320, 322 BGB anwendbar sein soll, gestaltet sich anders bei Personengesellschaften, die nur aus zwei Gesellschaftern besteht. Danach soll nach herrschender Auffassung⁹⁵ der einen Mitgesellschafter in Anspruch nehmende Beitragsschuldner, der seinen Beitrag selbst noch nicht erbracht hat, die Verurteilung des säumigen Mitgesellschafter auf Leistung nur gleichzeitig mit der Erbringung des eigenen Beitrags an die Gesellschaft verlangen können.⁹⁶

Dahinter verbirgt sich folgender logischer und richtiger Gedanke: Bei Personengesellschaften mit zwei Gesellschaftern ist die schuldrechtliche Komponente des Gesellschaftsvertrags sehr ähnlich zu einem klassischen synallagmatischen Austauschverhältnis. Die wechselseitige Abhängigkeit der Gesellschafter begründet insofern eine starke Leistungs- und Gegenleistungsbeziehung. Die Beitragsleistungen der beiden Gesellschafter sind also so weitgehend miteinander verknüpft, dass keine Bedenken bei einer Anwendung der §§ 320, 322 BGB in diesem Fall bestehen.⁹⁷

bb) § 321 BGB

Nach § 321 BGB kann derjenige, der aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung verweigern, sofern nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung aufgrund der mangelnden Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet ist.⁹⁸ Insofern ist diese Vorschrift eine nach Voraussetzung und Wirkung eng beschränkte Ausprägung der *clausula rebus sic stantibus* (Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 Abs. 1 BGB).⁹⁹ Fraglich ist hier sodann, ob diese Regelung auch ohne das Vorliegen eines synallagmatischen Verhältnisses Anwendung finden sollte. Die breite herrschende Meinung wendet § 321 BGB nicht an.¹⁰⁰ Dies ist auch folgerichtig, denn die weiteren Rechtsinstitute des Gesellschaftsrechts, §§ 725 Abs. 2, 727 S. 2 BGB oder andernfalls das weitere Leistungsverweigerungsrecht gem. § 273 BGB, decken die Bedürftigkeit nach Rechtsbehelfen in einer solchen Situation ab und sind insofern ausreichend.

cc) §§ 323, 324, 326 Abs. 5 BGB

Fraglich ist, ob durch die Nichtanwendung der Rücktrittsvorschriften aus §§ 323, 324 und 326 Abs. 5 BGB Regelungslücken entstehen oder sogar das Recht des Gesellschafters unbillig eingeschränkt wird.

Nach ständiger Rechtsprechung sind diese Vorschriften jedenfalls auf eine in Vollzug gesetzte Gesellschaft nicht anwendbar.¹⁰¹ Dabei verdrängen danach die Regelungen des Gesellschaftsrechts über die Kündigung aus wichtigem Grund und die Auflösungsklage aus wichtigem Grund das allgemeine Leistungsstörungsrecht.¹⁰²

Der Grund für den Vorrang des besonderen Leistungsstörungsrechts ist, dass seit langem schon

⁹³ Staudinger/Habermeier, § 706 aF Rn. 24; HGB Kommentar Staub/Schäfer HGB, § 105 Rn. 148; MHdb GesR I/v. Falkenhausen/H. C. Schneider, § 90 Rn. 70.

⁹⁴ BGH 6.2.1958 – II ZR 210/56, BGHZ 26, 330 (335) = NJW 1958, 668; HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 148.

⁹⁵ MüKoBGB/Emmerich § 320 Rn 26; Heymann/Emmerich, § 105 a.F. Rn 7; MüKoBGB/Schäfer, § 705 Rn 171; so auch A. Hueck, OHG, § 6 II 3b.

⁹⁶ MHdb GesR I/Gummert, § 23 Rn. 53.

⁹⁷ HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 189.

⁹⁸ MHdb GesR I/Gummert, § 23 Rn. 54.

⁹⁹ Grüneberg/Grüneberg, § 321 Rn. 1.

¹⁰⁰ MüKoBGB/Schäfer, § 705 Rn. 171; Soergel/Hadding/Kießling, § 705 Rn. 45; Erman/Westermann, § 705 Rn.

44; Staudinger/Habermeier, 2003, § 706 aF Rn. 24; BeckOGK/Geibel § 705, Rn. 78; Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 20 Rn. 391a; für Eingreifen des § 321 im Falle einer Vermögensverschlechterung bei allen Mitgesellschaftern aber noch A. Hueck, OHG, § 6 II 3c; differenzierend Hüttemann, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, 128 ff.

¹⁰¹ RG v. 11.2.1913 – II 416/12, RGZ 81, 303 (304 ff.); RG v. 16.1.1917 – II 345/16, RGZ 89, 333 (335); RG v. 6.2.1917 – II 403/16, RGZ 89, 398 (400); RG v. 20.10.1934 – I 264/33, RGZ 145, 274 (283); BGH v. 16.2.1967 – II ZR 171/65, WM 1967, 419 (420); Mü NZG 2000, 1124; Besprechung dazu Wertenbruch, NZG 2001, 306 ff.

¹⁰² Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 20 Rn. 391; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 217 ff.

allgemein anerkannt ist,¹⁰³ dass Personengesellschaften jedenfalls nach Vollzug der Gesellschaft nur sehr mühsam über die Rücktrittsregelungen der §§ 346 ff. BGB rückabgewickelt werden können. Zusätzlich ist zu beachten, dass durch eine Anwendung der §§ 346 ff. BGB die Regelungen des Gesellschaftsrechts, insbesondere die Voraussetzung eines wichtigen Grundes, unterlaufen werden würden. Eine Leistungsstörung begründet nämlich nicht per se einen wichtigen Grund iSd der Vorschriften des Gesellschaftsrechts.

Somit würde durch eine Nichtanwendung der §§ 323, 324, 326 Abs. 5 BGB keine Regelungslücke entstehen und durch die spezifischen Rechtsinstitute des Gesellschaftsrechts ist dieser Problematik genügend Rechnung getragen. Bei der Anwendung dieser speziellen Rechtsinstitute können dann im Einzelfall auch die Besonderheiten der §§ 323 ff. BGB berücksichtigt werden.¹⁰⁴

dd) § 326 Abs. 1 BGB

Zuletzt ist die Frage zu beantworten bzgl. der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB, ob die Leistungspflicht der Mitgesellschafter bei zufälligem Untergang der Leistungsverpflichtung nach § 326 Abs. 1 BGB entfällt. Alternativ könnte zum Beispiel die durch den Untergang unerfüllbar gewordene Leistung in anderer Weise, insbesondere in Geld, zu leisten sein. § 326 Abs. 1 BGB ist nach der oben getroffenen Feststellung, dass der Gesellschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag ist, grundsätzlich nicht direkt anwendbar. Grundsätzlich wird der Gesellschafter, dessen Leistung unmöglich geworden ist, von seiner Leistungspflicht gem. § 275 Abs. 1 BGB frei.¹⁰⁵ Allerdings ist gerade aufgrund der Vielzahl der verschiedenen Parteien in mehrgliedrigen Gesellschaften die Rechtsfolge des § 326 Abs. 1 BGB hier schon nicht passend. Dabei zu beachten ist auch der Dauerschuldcharakter des Gesellschaftsvertrags, sodass Kündigung und andere Institute spezieller zu scheinen sein.¹⁰⁶ Daraus lässt sich schließen, dass die Regelungen zur Kündigung aus den §§ 705 ff. BGB besser geeignet sind, um dieses

Problem zu lösen.¹⁰⁷ Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass die jeweiligen Vorschriften das Unmöglichwerden einer Leistungsverpflichtung im Einzelfall als einen wichtigen Grund im Sinne eines Kündigungsgrundes des Gesellschaftsrechts ansehen. Somit schließt sich eine Anwendung der §§ 326 Abs. 1 BGB aus den eben dargestellten Gründen aus.

3. Anwendbarkeit der §§ 280 Abs. 2, 286, 288 BGB

Sofern ein Gesellschafter, trotz der Möglichkeit dazu, die Leistung nicht erbringt, stellt sich die Frage, inwieweit hieraus Schadensersatzansprüche entstehen können. Für die BGB-Gesellschaft existieren keine speziellen Regelungen für den Fall, dass ein Gesellschafter mit der Einbringung seiner Beiträge in Verzug gerät. Hingegen enthält das HGB für die OHG und die KG in § 119 Abs. 2 Satz 1 eine ausdrückliche Regelung, die den Fall betrifft, dass ein Gesellschafter seine vereinbarte Bareinlage nicht rechtzeitig leistet. In diesem Fall verdrängt diese Vorschrift die allgemeinen Bestimmungen zum Verzug. Des Weiteren sind die §§ 280 Abs. 2, 286 und 288 BGB nicht durch spezielle Vorschriften des Gesellschaftsrechts ausgeschlossen.¹⁰⁸ Dieser Anspruch berührt nicht die mitgliedschaftliche Hauptforderung aus dem Gesellschaftsvertrag und somit auch nicht den Bestand der Gesellschaft.¹⁰⁹

4. Anwendbarkeit der Vorschriften zu Schlechterfüllung

In Fällen, in denen der von einem Gesellschafter zu erbringende Beitrag mit einem Rechts- oder Sachmangel behaftet ist, ist zunächst zwischen den verschiedenen Arten von Mängeln zu differenzieren. Ein Rechtsmangel, der dazu führt, dass eine Sache oder ein Recht nicht wirksam auf die Gesellschaft übertragen werden kann, führt von vornherein zu einer Nichterfüllung der vertraglichen Leistungspflicht. In solchen Fällen richten sich die Rechtsfolgen nach den Vorschriften über die Unmöglichkeit (§§ 275 ff. BGB). Ebenso sind

¹⁰³ Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 20 Rn. 391; MüKoBGB/Schäfer, § 705 Rn. 165 f.

¹⁰⁴ MüKoBGB/Schäfer, § 705 Rn. 166; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 229.

¹⁰⁵ Siehe weiter oben unter B. III. 1.

¹⁰⁶ Szalai, Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen, 2013, S. 222 f.

¹⁰⁷ MüKoBGB/Schäfer, § 709 Rn. 20; MHdB GesR I/v. Falkenhausen/H.C. Schneider, § 90 Rn. 74 ff.; aA bzgl. §

323 Abs. 1 BGB aF (entspricht der ratio legis des heutigen § 326 Abs. 1 BGB) Hüttemann, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 226 ff.

¹⁰⁸ Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, § 20 Rn. 393; HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 190; MHdB GesR I/Gummert, § 23 Rn. 55; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 218.

¹⁰⁹ Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 218.

Konstellationen zu berücksichtigen, in denen ein Sachmangel vorliegt, der den mit der Einbringung der Sache verfolgten Zweck vereitelt.¹¹⁰

Handelt es sich um eine mangelhafte Sacheinlage, also um einen Fall der Schlechterfüllung, kommen grundsätzlich die Regelungen der §§ 275 ff. und §§ 280 ff. BGB zur Anwendung. Der Gesellschafter haftet in diesem Fall verschuldensabhängig. Er muss die Vermutung der Haftung gemäß den Bestimmungen zur Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB widerlegen.¹¹¹ Ob die Gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zur Leistung, zum Beispiel von Diensten oder von Werkleistungen, ordnungsgemäß ist, richtet sich ferner grundsätzlich nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht.

Ungeachtet dessen kann gegen den Gesellschafter – auch wenn er die Mängel nicht zu vertreten hat – eine Vertragsanpassung verlangt werden. Ferner ist es denkbar, dass im Falle einer Unzumutbarkeit der unveränderten Fortsetzung der Gesellschaft eine Kündigung oder ein Ausschluss des betreffenden Gesellschafters in Erwägung gezogen werden.¹¹²

Eine weitere Besonderheit ist zu beachten, wenn der Gesellschafter verpflichtet ist, die Beitragspflicht in Form von Dienstleistungen zu erbringen. Wenn dem Gesellschafter die Erbringung der Dienstleistung unmöglich wird, muss der Gesellschaftsvertrag daraufhin geprüft werden, ob der Gesellschafter verpflichtet ist, der Gesellschaft die Mittel zur Verfügung zu stellen, die für die anderweitige Beschaffung der von ihm versprochenen Dienstleistung notwendig sind. Auch hier kann wieder – aber nur im Ausnahmefall – der Ausschluss des Gesellschafters nach § 727 BGB oder die Auflösung der Gesellschaft nach § 729 Abs. 2 BGB in Betracht kommen.¹¹³ Bei Schlechterfüllung muss der Gesellschafter Schadensersatz nach §§ 276, 280 ff. BGB leisten.

Auch wenn diese Arbeit, von der Anwendung von allgemeinen Leistungsstörungenrechten handelt, ist die Frage, ob die besonderen Leistungsstörungenrechte – etwa die kaufrechtlichen Leistungsstörungenrechte – anzuwenden sind, zumindest an dieser Stelle in aller

Kürze darzulegen. Grundsätzlich spricht gegen die Anwendung der Gewährleistungsregeln, dass der Gesellschaftsvertrag nicht als gegenseitiger Vertrag im klassischen Sinne zu betrachten ist, wie etwa der Kauf-, Miet- oder Werkvertrag. Gleichwohl hat der Bundesgerichtshof in Einzelfällen die Gewährleistungsbestimmungen, die für den jeweiligen Vertragstyp maßgeblich sind, für anwendbar erklärt, sofern sie mit den spezifischen Anforderungen und dem Wesen der Einbringung einer Sacheinlage vereinbar sind.¹¹⁴ Dies wurde im Schrifttum weitestgehend so bestätigt.¹¹⁵

5. Anwendbarkeit des § 313 BGB

Prinzipiell ist § 313 BGB auf alle Schuldverträge anwendbar,¹¹⁶ mithin auch auf den Gesellschaftsvertrag, sofern sich nicht deren Eigenheiten und die für diesen geltenden besonderen Vorschriften entgegenstehen.¹¹⁷ Beim Gesellschaftsvertrag lässt sich allerdings festhalten, dass die speziellen Regelungen zur Kündigung/Auflösung der Gesellschaft gem. §§ 723 ff. BGB und §§ 729 ff. BGB vorrangig anwendbar sind und diese insofern im Verhältnis zu § 313 *leges speciales* sind.¹¹⁸

Eine abweichende Situation tritt ein, wenn nicht die Auflösung der Gesellschaft oder die Kündigung eines Gesellschafters angestrebt wird, sondern vielmehr eine Anpassung des Gesellschaftsvertrags. Vielmehr besteht eine Koexistenz der beiden Vorschriften, da der § 313 BGB hier nicht durch die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen ausgeschlossen wird. In solchen Fällen konkurriert der § 313 BGB mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, die unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls eine Vertragsanpassung rechtfertigen kann. Beide Anspruchsgrundlagen – der Anspruch nach § 313 BGB und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht – können parallel nebeneinander zur Anwendung kommen, ohne dass eine von ihnen die andere verdrängt.¹¹⁹

¹¹⁰ MHdb GesR I/Gummert, § 23 Rn. 56.

¹¹¹ Gesellschaft bürgerlichen Rechts Spezialkommentar/Heidel, § 705 Rn. 233.

¹¹² MüKoBGB/Schäfer § 709 Rn. 21; HGB Kommentar Staub/Schäfer, § 105 Rn. 193; MHdb GesR I/Gummert, § 23 Rn. 56 f.

¹¹³ MHdb GesR I/Gummert, § 23 Rn. 61.

¹¹⁴ MwN MHdb GesR I/Gummert, § 23 Rn. 56.

¹¹⁵ MwN Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 230 ff; Wilhelmi, FS Grunewald, S. 1341.

¹¹⁶ Grüneberg/Grüneberg, § 313 Rn. 7; PWW/Stürner, § 313 Rn. 3; MüKoBGB/Finkenauer, § 313 Rn. 47.

¹¹⁷ BeckOGK/Geibel BGB, § 705 Rn. 123; Erman/Böttcher, § 313 Rn. 69b.

¹¹⁸ BeckOGK/Geibel BGB, § 705 Rn. 123 f.; Erman/Böttcher, § 313 Rn. 69b.

¹¹⁹ BeckOGK/Geibel BGB, § 705 Rn. 124.

C. Fazit

Bei der Untersuchung zu der Anwendung von allgemeinen Leistungsstörungenrechten bei Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften zeichnet sich ein breites Bild ab.

1. Auf unmöglich gewordene Leistungspflichten aus dem Gesellschaftsvertrag ist § 275 BGB grundsätzlich anwendbar. Bei den Rechtsfolgen sind die Besonderheiten des Gesellschaftsrecht zu beachten. So kann eine Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergeben, dass anstatt des versprochenen Beitrags die Einlage in Geld geleistet werden muss.

2. Der Gesellschaftsvertrag ist kein gegenseitiger Vertrag. Dieser ist grundsätzlich als Schuldvertrag einzuordnen. Aber schon wegen der Einordnung als Organisationsvertrag ist ersichtlich, dass dieser ein Schuldvertrag ist, der nicht mit anderen Schuldverträgen zu vergleichen ist. Weder stehen die Beitragsleistungen untereinander, noch im Verhältnis zu den Rechten des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, im Synallagma. Vielmehr dienen sie primär und zentral einem übergeordneten Zweck, dem gemeinsamen Zweck, zur Gründung einer Gesellschaft. Dass der Gesellschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag ist, wurde durch das MoPeG durch Veränderung des Wortlauts des § 705 Abs. 1 BGB jedenfalls indirekt bestätigt. Vielmehr ist der Gesellschaftsvertrag ein mehrseitiger Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck.

3. Von der Frage der Einordnung des Gesellschaftsvertrags als gegenseitigen Vertrag iSd §§ 320 ff. BGB ist die Frage gesondert zu beantworten, ob die Nichtanwendung der konkreten Regelungen der §§ 320 ff. BGB Regelungslücken entstehen lässt. Außer bei Zweipersonengesellschaften – dort soll jedenfalls § 320 BGB Anwendung finden – sind diese Regelungen, teilweise durch besondere gesellschaftsrechtliche Regelungen aufgefangen, nicht anwendbar. Insgesamt wäre es systemwidrig jene besonderen Regelungen für gegenseitige Verträge auf einen Gesellschaftsvertrag anzuwenden.

4. Weitere allgemeine Leistungsstörungenrechte, wie die Verzugsvorschriften oder die Vorschriften zur Störung der Geschäftsgrundlage sind grundsätzlich auf den Gesellschaftsvertrag anwendbar. § 313 BGB wird insofern allerdings häufig von den Vorschriften zur Auflösung der Gesellschaft und Kündigung der Gesellschafter verdrängt.

Vorschussanspruch in der Leistungskette – Kann ein Hauptunternehmer vom Subunternehmer Vorschuss verlangen, obwohl der Anspruch des Bestellers nicht mehr durchsetzbar ist?

Von Stud. iur. Paul David Leuthner, Marburg*

A. Einführung

Bei Bauprojekten lässt sich regelmäßig folgender Ablauf beobachten: Ein Besteller schließt mit einem Hauptunternehmer einen Vertrag über die Erbringung einer Bauleistung. Da dieser nicht in der Lage ist, die gesamte Bauleistung eigenständig zu erbringen, schließt er seinerseits Einzelverträge mit einem oder mehreren Subunternehmern ab.¹ Damit entsteht eine werkvertragliche Leistungskette. Als Grundlage für die erfolgreiche Abwicklung von Bauprojekten sind die Rechtsbeziehungen zwischen Haupt- und Subunternehmern daher von besonderer Relevanz.

Bei auftretenden Mängeln in der Ausführung von Bauleistungen stellt sich die Frage, wie mit diesen Mängeln in der Leistungskette zwischen Besteller, Hauptunternehmer und Subunternehmer zu verfahren ist. Der im Werkvertragsrecht eine zentrale Rolle einnehmende Vorschussanspruch² des Bestellers gegen den Hauptunternehmer nach §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB wirft Probleme in der Leistungskette auf, insbesondere wenn der Hauptunternehmer seinerseits den Subunternehmer in Regress nimmt.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit diesem Vorschussanspruch in der werkvertraglichen Leistungskette. Ausgangspunkt dafür ist ein Urteil des VII. Zivilsenats des BGH vom 9. November 2023,³ welches die Ersatzpflicht eines Subunternehmers für geleistete Vorschüsse und Schadensersatzansprüche des Hauptunternehmers an den Besteller behandelt. Nicht zu entscheiden vom BGH war dabei die Frage, ob ein Hauptunternehmer vom Subunternehmer einen Vorschuss erlangen kann, obwohl der Anspruch des Bestellers gegen den Subunternehmer nicht mehr durchsetzbar ist.

In der vorliegenden Arbeit wird dieser Frage unter besonderer Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und des Grundsatzes der Vorteilsausgleichung nachgegangen.

Abschließend werden die Konsequenzen des gefundenen Ergebnisses für die Baupraxis sowie mögliche Lösungsansätze aufgezeigt.

B. Beauftragung eines Subunternehmers und rechtliche Beziehung der Parteien untereinander

I. Beauftragung eines Subunternehmers durch den Hauptunternehmer

Wie dargelegt ist die Beauftragung eines Subunternehmers in der Bauwirtschaft gängige Praxis. Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Hauptunternehmer überhaupt dazu berechtigt ist, nach Abschluss eines Werkvertrages gemäß § 631 BGB mit dem Besteller einen Subunternehmer mit der Ausführung (einzelner) Arbeiten zu beauftragen. Darüber hinaus ist zu klären, wie sich die rechtliche Beziehung der Parteien untereinander darstellt.

Grundsätzlich ist die Leistungspflicht des Unternehmers – von Ausnahmefällen wie zum Beispiel der Herstellung eines Kunstwerks beispielsweise abgesehen – nicht höchstpersönlicher Natur, und dennoch hat der Unternehmer die Werkleistung grundsätzlich selbst zu erbringen.⁴

In § 4 VIII 8 Nr. 1 VOB/B ist für den VOB-Vertrag ausdrücklich festgelegt, dass die Leistung grundsätzlich im eigenen Betrieb des Auftragnehmers auszuführen ist. Eine Übertragung an einen Subunternehmer ist lediglich mit Zustimmung des Auftraggebers zulässig. Eine Ausnahme gilt, sofern der Betrieb des Auftraggebers für die Ausführung der Arbeit nicht geeignet ist. Bei der VOB/B handelt es sich nicht um ein Gesetz, sondern (nur) um ein Vertragsmuster in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen, sodass sie nur dann Vertragsbestandteil wird, wenn sie im Sinne von § 305 II BGB rechtswirksam in den Vertrag einbezogen ist.⁵

Ob sich diese Vorschrift auf den BGB-Werkvertrag übertragen lässt und eine Zustimmung dort auch

* Der Verfasser ist Student an der Philipps-Universität Marburg. Die Seminararbeit wurde im Privaten Baurecht bei Prof. Dr. Wolfgang Voit im Wintersemester 2024/25 geschrieben.

¹ Sonntag/Rütten, Privates Baurecht, § 1, Rn. 50; Fuchs, JR 2015, S. 139 (143); Hager/Maultzsch, in: FS Werner, S. 393.

² Halfmeier, BauR 2022, S. 830.

³ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894.

⁴ BeckOGK/Merkle, § 631, Rn. 406, Stand: 01.10.2024.

⁵ Schoofs, in: Leinemann VOB/B, § 1, Rn. 19; Bolz, in: Bolz/Jurgleit VOB/B A., Rn. 6.

konkludent erfolgen kann⁶ oder ob diese Vorschrift nicht verallgemeinerungsfähig ist,⁷ kann dahinstehen, da in jedem Fall eine Übertragung an einen Subunternehmer möglich ist.

Die Hauptpflicht des Werkunternehmers besteht gemäß § 631 I BGB in der Herstellung des Werks mit den geschuldeten Eigenschaften. Im Gegensatz zum Dienstvertragsrecht (§§ 611 ff. BGB), bei welchem die Leistungserbringung im Vordergrund steht, steht beim Werkvertrag der zu erreichende Erfolg im Vordergrund. Sofern keine besonderen Vereinbarungen getroffen wurden oder sich aus der Auslegung ergibt, dass die persönliche Leistungserbringung von ausschlaggebender Bedeutung ist, kann der Unternehmer daher zur Erreichung des Erfolges im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (Teil-) Leistungen auch an einen anderen Unternehmer – den Subunternehmer – vergeben.⁸ Dieser kann dann seinerseits ebenfalls Subunternehmer beauftragen.⁹

II. Rechtliche Beziehungen bei Beauftragung eines Subunternehmers

Im Falle eines Vertragsschlusses von Haupt- und Subunternehmer bleibt der Hauptunternehmer alleiniger Vertragspartner des Bestellers.¹⁰ Beide Vertragsverhältnisse sind streng voneinander zu trennen (sog. Relativität der Schuldverhältnisse).¹¹

Ein vertraglicher Anspruch des Bestellers gegen den Subunternehmer kann folglich lediglich auf Grundlage einer Abtretung der Ansprüche des Hauptunternehmers gegen den Subunternehmer an den Besteller gegeben sein, oder wenn der Vertrag zwischen Haupt- und Subunternehmer ausnahmsweise ein Vertrag zugunsten des Bestellers ist oder Schutzwirkung zu seinen Gunsten entfaltet.¹² Ob ein echter Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB vorliegt, ist durch Vertragsauslegung, §§ 133, 157, 242 BGB, zu ermitteln.¹³

Beauftragt der Hauptunternehmer zur Erfüllung seiner Pflichten einen Subunternehmer, ist dieser im Verhältnis zum Auftraggeber Erfüllungshelfer des Hauptunternehmers. Für ein etwaiges Verschulden des Subunternehmers haftet der Hauptunternehmer dann nach § 278 BGB.¹⁴

III. Mängelansprüche im Werkvertragsrecht

Die Mängelansprüche bilden ein zentrales Element im Werkvertragsrecht und schützen den Besteller, wenn eine mangelhafte Leistung erbracht wird. Liegt beim Werk ein Sach- oder Rechtsmangel im Sinne des § 633 BGB bei Gefahrübergang vor, so richten sich die Rechte des Bestellers nach § 634 BGB. Danach kann er gemäß § 634 Nr. 1 nach § 635 BGB Nacherfüllung verlangen, gemäß § 634 Nr. 2 BGB nach § 637 BGB den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Kosten verlangen oder gemäß § 634 Nr. 3 BGB nach den §§ 636, 323 und § 326 V BGB vom Vertrag zurücktreten (§ 346 I BGB). Darüber hinaus besteht nach § 634 Nr. 3 auch die Möglichkeit, nach § 638 BGB die Vergütung mindern. Außerdem kann der Besteller gemäß § 634 Nr. 4 BGB nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311a BGB Schadensersatz verlangen oder nach § 284 BGB Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Trotz der Verantwortlichkeit des Subunternehmers für den Mangel kann der Besteller diese Mängelrechte gegenüber dem Hauptunternehmer geltend machen. Dieser ist sein Vertragspartner und für das Verschulden des Subunternehmers haftet der Hauptunternehmer nach § 278 BGB.¹⁵

Nachfolgend soll insbesondere auf den Anspruch auf Vorschusszahlung gemäß § 637 III BGB und sein Verhältnis zum Schadensersatzanspruch eingegangen werden.

Der Anspruch auf Vorschusszahlung wird in § 634 BGB nicht ausdrücklich erwähnt. Vielmehr ergibt er sich aus dem in Bezug genommenen § 637 BGB, was auf eine gewisse Sonderstellung des

⁶ So BeckOGK/Merkle, § 631, Rn. 406.1 f., Stand: 01.10.2024.

⁷ BeckOK/Voit, § 631, Rn. 85, 72. Edition, Stand: 01.02.2024.

⁸ Schwenker/Rodemann, in: Erman BGB, § 631, Rn. 29 ff.; BeckOK/Voit, § 631, Rn. 61, 72. Edition, Stand: 01.02.2024; Grüneberg/Retzlaff, § 631, Rn. 13.

⁹ Grüneberg/Retzlaff, § 631, Rn. 13.

¹⁰ MüKo/Busche, § 631, Rn. 37; BeckOK/Voit, § 631, Rn. 85, 72. Edition, Stand: 01.02.2024; Wertenbruch, ZGS 2003, S. 53 (57).

¹¹ Grüneberg/Retzlaff, § 631, Rn. 13; Fuchs, JR 2015, S. 135 (143).

¹² Nubbemeyer, BauR 2004, S. 864; Jauernig/Mansel, vor § 631, Rn. 20; Manteufel, in: Werner/Pastor, Bauprozess, Kapitel 10, Rn. 2239.

¹³ Manteufel, in: Werner/Pastor, Bauprozess, Kapitel 10, Rn. 2239.

¹⁴ BeckOGK/Merkle, § 631, Rn. 407.1, Stand: 01.10.2024.; BeckOK/Voit, § 636, Rn. 51, 72. Edition, Stand: 01.02.2024; Schwenker/Rodemann, in: Erman BGB, § 631, Rn. 30a; Grüneberg/Retzlaff, § 631, Rn. 13.

¹⁵ Siehe oben, B. II.

Vorschussanspruchs hindeuten könnte. Ebenso wie die dort genannten Rechte setzt er allerdings einen Mangel und weitere bestimmte Voraussetzungen voraus. Aus diesem Grund handelt es sich bei dem Anspruch auf Vorschusszahlung um ein Mängelrecht des Bestellers.¹⁶

Darauf, wie sich die Verurteilung des Hauptunternehmers auf Zahlung des Vorschusses in der Leistungskette auswirkt, wird im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem Urteil des BGH vom 09.11.2023¹⁷ eingegangen.

C. Vorschussanspruch im Werkvertragsrecht

I. Sinn und Zweck des Vorschussanspruchs

Sinn und Zweck des Vorschussanspruchs ist es, die Interessen des Bestellers zu wahren. Ihm sollen die mit der Mangelbeseitigung verbundenen Risiken und Nachteile abgenommen werden.¹⁸

Konkret bedeutet dies, dass er nach Erschöpfung der für das Werk vorgesehenen Gelder nicht verpflichtet sein soll, zunächst auf eigene Kosten und unter Verwendung eigener oder noch zu beschaffender Mittel die Mangelbeseitigung durchzuführen und das Insolvenzrisiko des Unternehmers während der Zeit der Mangelbeseitigung zu tragen. Diese Kosten hat im Ergebnis nämlich ohnehin der Unternehmer zu tragen, § 637 I BGB.¹⁹ Durch Zahlung des Vorschusses wird dem Auftraggeber die Möglichkeit gewährt, die Mängelbeseitigung auch ohne eigene Mittel zu betreiben.²⁰ Darüber hinaus ist die Einstandspflicht des Unternehmers schon vor Mangelbeseitigung geklärt.²¹

II. Voraussetzungen des Vorschussanspruchs

1. Allgemeine Voraussetzungen

Nach seinem Wortlaut und seiner Stellung bezieht sich der Anspruch aus § 637 III BGB auf den Aufwendungsersatzanspruch nach § 637 I BGB. Aus diesem

Grund müssen für die Geltendmachung des Vorschussanspruchs die Voraussetzungen des Selbstvornahmerechts aus § 637 I BGB gegeben sein.²²

Dieses Selbstvornahmerecht aus § 637 I BGB setzt zunächst einen Werkmangel im Sinne des § 633 BGB – also ein Abweichen des tatsächlichen Zustandes des Werks vom Leistungssoll – grundsätzlich bei Gefahrübergang, also im Zeitpunkt der Abnahme nach § 640 BGB, voraus.²³

Zudem ergibt sich aus § 637 I letzter Halbsatz BGB, dass der Besteller vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels überhaupt verlangen können musste. Der Anspruch besteht daher nicht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung berechtigterweise verweigert.²⁴ Das ist zum Beispiel der Fall, wenn die Nacherfüllung nach § 275 I BGB unmöglich ist, dem Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 II und III BGB zusteht, er die Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu Recht nach § 635 III BGB verweigert oder ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB oder das allgemeine Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB zusteht. Darüber hinaus verweigert der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht, wenn dem Besteller der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 640 II BGB wegen vorbehaltloser Abnahme nicht zusteht. Des Weiteren verweigert der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht, wenn er diese nicht vornehmen kann, weil der Besteller seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkommt, der Nacherfüllungsanspruch durch Ausübung eines Gestaltungsrechts des Bestellers untergegangen ist oder er Schadensersatz statt der Leistung verlangt, vergleiche § 281 IV BGB, beziehungsweise der Besteller zurückgetreten ist oder wegen dieses Mangels gemindert hat.²⁵ Der Anspruch des Bestellers auf

¹⁶ *Halfmeier*, BauR 2022, S. 830 (831).

¹⁷ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 ff.

¹⁸ *Staudinger/Peters*, § 634, Rn. 86 ff.; *Halfmeier*, BauR 2022, S. 830 (831).

¹⁹ BGH, VII ZR 108/08 = NJW 2010, S. 1192, Tz. 12; *Staudinger/Peters*, § 634, Rn. 86 ff.; *Halfmeier*, BauR 2022, S. 830 (831).

²⁰ BGH, VII ZR 108/08 = NJW 2010, S. 1192, Tz. 12; *Moufang/Koos*, in: *Messerschmidt/Voit*, *Privates Baurecht*, § 637, Rn. 31.

²¹ *Staudinger/Peters*, § 634, Rn. 86.

²² *Soergel/Buchwitz*, § 637, Rn. 21; *Leupertz/Haftmeier*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 637, Rn. 9;

Schwenker/Rodemann, in: *Erman BGB* § 637, Rn. 11; *Halfmeier*, BauR 2022, S. 830 (831).

²³ *Grüneberg/Retzlaff*, § 633, Rn. 3; *Soergel/Buchwitz*, § 637, Rn. 21; *Leupertz/Halfmeier*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 637, Rn. 2; *Moufang/Koos*, in: *Messerschmidt/Voit*, *Privates Baurecht*, § 637, Rn. 3.

²⁴ *Krause-Allenstein*, in: *Kniffka/Jurgleit*, *BauvertragsR*, § 637, Rn. 11; *Moufang/Koos*, in: *Messerschmidt/Voit*, *Privates Baurecht*, § 637, Rn. 7; *MüKo/Busche*, § 637, Rn. 3.

²⁵ *Krause-Allenstein*, in: *Kniffka/Jurgleit*, *BauvertragsR*, § 637, Rn. 11; *Moufang/Koos*, in: *Messerschmidt/Voit*, *Privates Baurecht*, § 637, Rn. 8 f.; *Staudinger/Peters*, § 634, Rn. 78 ff.

Mängelbeseitigung darf zudem nicht einredebehaftet, insbesondere also nicht verjährt sein.²⁶

Schließlich erlischt der Nachbesserungsanspruch des Bestellers nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB und damit der Ersatzvornahmeanspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 BGB nebst dem Anspruch auf Kostenvorschuss auch dann, wenn er von den in § 634 BGB aufgeführten Mängelrechten den mangelbedingten Schadensersatzanspruch geltend macht.²⁷ In diesem Fall ist auch ein Wechsel vom mangelbedingten, auf Zahlung der für die Beseitigung der Mängel anfallenden Kosten gerichteten Schadensersatzanspruch zurück auf den Kostenvorschussanspruch nicht möglich, wohl aber umgekehrt.²⁸

Als letzte Voraussetzung für das Bestehen eines Selbstvornahmerechts nach § 637 I BGB muss der Besteller dem Unternehmer die Gelegenheit gegeben haben, den Mangel durch Nacherfüllung zu beseitigen. Er muss dem Unternehmer daher grundsätzlich erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben.²⁹ Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann der Besteller dann weiterhin Nacherfüllung verlangen oder die anderen werkvertraglichen Gewährleistungsrechte und somit sein Recht aus § 637 BGB geltend machen.³⁰

Ein nach Ablauf der Frist unterbreitetes Angebot des Unternehmers zur Mängelbeseitigung kann er ablehnen und die Selbstvornahme durchführen.³¹ Ausnahmsweise kann eine Fristsetzung jedoch entbehrlich sein, § 637 II BGB.

2. Besondere Voraussetzungen

Neben dem Vorliegen der oben dargelegten Voraussetzungen für das Selbstvornahmerecht aus § 637 I BGB ist als besondere Voraussetzung für das Bestehen eines Vorschussanspruchs nach § 637 III BGB

erforderlich, dass der Besteller auch tatsächlich gewillt und in der Lage ist, den Mangel innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu beseitigen.³² Dieser Wille ist zu unterstellen, da das Vorschussverlangen mittelbar eine solche Behauptung enthält.³³ Ist der Besteller jedoch tatsächlich unentschlossen bezüglich der Beseitigung des Mangels, besteht der Anspruch auf Vorschusszahlung nicht und der Besteller trägt für die Zeit der Unentschlossenheit das Insolvenzrisiko des Unternehmers.³⁴

Neben dem Willen, den Mangel innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu beseitigen, war es nach altem Recht erforderlich, dass sich der Besteller die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Mittel nicht anders beschaffen kann, wie etwa durch Einbehaltung des ausstehenden Werklohns oder im Wege der Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch.³⁵ Zwar erscheint es zweifelhaft, an diesem Kriterium festzuhalten, da der Gesetzgeber den früher aus § 242 BGB entwickelten Vorschussanspruch nunmehr in § 637 III BGB geregelt hat und dort nicht auf andere Befriedigungsmöglichkeiten verwiesen wird.³⁶ Allerdings ist der Sinn und Zweck des Vorschussanspruchs weiterhin nicht einschlägig, da der Besteller nicht auf eigene Mittel zurückgreifen und diese gegebenenfalls erst beschaffen muss. Diese stehen ihm vielmehr bereits zur Verfügung, sodass die bereits vor der Schuldrechtsreform geltende Auffassung weiterhin Geltung beansprucht.³⁷

Einzig im Falle einer vom Unternehmer gestellten Mängelsicherheit ist das Kriterium, dass sich der Besteller die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten nicht anders beschaffen kann, nicht anzuwenden. Gegen die Anwendung spricht in diesem Fall, dass die Sicherheit in der Regel auch weitere Ansprüche innerhalb des Sicherungszeitraums sichern soll.

²⁶ BGH, VII ZR 50/82 = NJW 1984, S. 1676 (1678); Staudinger/Peters, § 634, Rn. 78.

²⁷ OLG Düsseldorf, 21 U 180/15 = BeckRS 2016, 126943, Rn. 35; Grüneberg/Retzlaff, § 634, Rn. 8.

²⁸ OLG Düsseldorf, 21 U 180/15 = BeckRS 2016, 126943, Rn. 35.

²⁹ Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, § 637, Rn. 11; Krause-Allenstein, in: Kniffka/Jurgleit, *ibrOK BauVertrR*, § 637, Rn. 65.

³⁰ Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, § 637, Rn. 11.

³¹ BGH, VII ZR 338/01 = NJW 2003, S. 1526.

³² BGH, VII ZR 167/83 = NJW 1984, S. 2456 (2457); Krause-Allenstein, in: Kniffka/Jurgleit, *BauvertragsR*, § 637, Rn. 64; Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, § 637, Rn. 33; Knychalla, *IBR* 2001, S. 608.

³³ BGH, VII ZR 19-98 = NJW-RR 1999, S. 813; Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, § 637, Rn. 33; Manteufel, *VOB Teil B*, 6. Teil, Rn. 412.

³⁴ Halfmeier, *BauR* 2022, S. 830 (831).

³⁵ Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, § 637, Rn. 34; Leupertz/Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 637, Rn. 10; Halfmeier, *BauR* 2022, S. 830 (831 f.).

³⁶ Leupertz/Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 637, Rn. 10;

³⁷ Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, § 637, Rn. 34; Krause-Allenstein, in: Kniffka/Jurgleit, *ibrOK BauVertrR*, § 637, Rn. 66; Grüneberg/Retzlaff, § 637, Rn. 8; aA Staudinger/Peters, § 634, Rn. 89; Rütten/Raab, in: Dauner-Lieb/Langen, § 637, Rn. 28.

Diesem Sicherungsinteresse des Bestellers würde es zuwiderlaufen, wenn er die Sicherheit vor Ablauf des Sicherungszeitraums durch Inanspruchnahme (teilweise) reduziert.³⁸

Liegen sowohl die Voraussetzungen des Selbstvornahmerechts aus § 637 I BGB vor als auch die besonderen Voraussetzungen des Vorschussanspruchs, so hat der Besteller einen Anspruch auf Vorschusszahlung.

Dieser Vorschussanspruch verjährt nach § 634a BGB.³⁹

III. Auswirkungen auf die Leistungskette bei Vorliegen der Voraussetzungen

Das Bestehen eines Vorschussanspruchs des Bestellers gegen den Hauptunternehmer wirkt sich auf die Leistungskette insoweit aus, als dass der Hauptunternehmer von seinem Subunternehmer einen Aufwendungsanschuss verlangen kann, auch wenn er den Mangel selbst nicht beseitigen will, sondern vom Besteller auf Aufwendungsanschuss oder Kostenerstattung in Anspruch genommen wird.⁴⁰ Im Ergebnis muss der Subunternehmer die Kosten zur Beseitigung seiner mangelhaften Leistung seinem eigenen Vertragspartner und damit dem Hauptunternehmer vorschießen. Dies ergibt sich daraus, dass auch der Hauptunternehmer nicht verpflichtet sein soll, seine eigenen Mittel zur Mängelbeseitigung einzusetzen.⁴¹

IV. Höhe des Vorschusses

Die Höhe des Vorschusses entspricht den prognostizierten Aufwendungen zur Mängelbeseitigung.⁴² Von diesen Kosten sind diejenigen Mehrkosten abzuziehen, um die das Werk bei ordnungsgemäßer

Ausführung von vornherein teurer gewesen wäre („Sowiesokosten“).⁴³ Sofern sich der Besteller an den Kosten für die Mängelbeseitigung durch den Unternehmer zu beteiligen hat, führen diese zu einer Kürzung des Aufwendungsersatzanspruchs nach § 637 I BGB und damit zur Kürzung des Vorschussanspruchs.⁴⁴

Die voraussichtlichen Kosten lassen sich regelmäßig durch Gutachten oder eingeholte Angebote ermitteln.⁴⁵ Allerdings ist der Besteller nicht dazu verpflichtet, sich Kostenvoranschläge oder Privatgutachten einzuholen. Er darf selbst nach seinem Kenntnisstand die erforderlichen Kosten schätzen und für den Fall, dass der Unternehmer die Kosten bestreitet, muss er ein Sachverständigengutachten als Beweismittel anbieten.⁴⁶ Für die Erforderlichkeit ist auf den Aufwand und die damit verbundenen Kosten abzustellen, die der Besteller im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung aufwenden konnte und musste.⁴⁷ Dann ist es Sache des Gerichts, den vorschusspflichtigen Aufwand zu klären. Es kann den wahrscheinlichsten Betrag bei ausreichender Tatsachengrundlage nach § 287 ZPO schätzen.⁴⁸ Schätzungsgrundlage ist grundsätzlich der Mangel.⁴⁹

Ab dem Zeitpunkt des Vorschussverlangens ist dieser Anspruch gemäß §§ 288, 291 BGB zu verzinsen.⁵⁰

V. Zweckgebundenheit und Abrechnung

Wird der Vorschuss gezahlt, so ist dieser zweckgebunden. Der Besteller darf den gezahlten Betrag nur

³⁸ OLG Hamm, 17 U 83/94 = NJW-RR 1996, S. 1046; BeckOK/Voit, § 637, Rn. 13, 72. Edition, Stand: 01.02.2024; Halfmeier, BauR 2022, S. 830 (832); Grüneberg/Retzlaff, § 637, Rn. 8.

³⁹ Leupertz/Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 637, Rn. 9; Krause-Allenstein, in: Kniffka/Jurgleit, BauvertragsR, § 637, Rn. 75; Staudinger/Peters, § 634, Rn. 92; BeckOK/Voit, § 637, Rn. 15, 72. Edition, Stand: 01.02.2024.

⁴⁰ BGH, VII ZR 150/89 = NJW 1990, S. 1475; BeckOGK/Rast, § 637, Rn. 193, Stand: 01.10.2024.

⁴¹ BGH, VII ZR 150/89 = NJW 1990, S. 1475; BeckOGK/Rast, § 637, Rn. 193, Stand: 01.10.2024.

⁴² Soergel/Buchwitz, § 637, Rn. 21; BeckOK/Voit, § 637, Rn. 12, 72. Edition, Stand: 01.02.2024; Halfmeier, BauR 2022, S. 830 (833).

⁴³ OLG Karlsruhe, 14 W 83-97 = NJW-RR 1999, S. 4440; OLG Stuttgart, 3 U 160/09 = BeckRS 2010, 13000.

⁴⁴ BeckOK/Voit, § 637, Rn. 11, 72. Edition, Stand: 01.02.2024;

⁴⁵ Leupertz/Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 637, Rn. 11; Rodemann, NZBau 2022, S. 713.

⁴⁶ BGH, VII ZR 407/01 = NZBau 2003, S. 501; BGH, VII ZR 339/02 = NJW-RR 2004, S. 1023; BGH, V ZR 201/09 = BeckRS 2010, S. 16186, Rn. 8; Krause-Allenstein, in: Kniffka/Jurgleit, ibROK BauVertrR, § 637, Rn. 69.

⁴⁷ Jurgleit, in: Kniffka/Koeble/Jurgleit/Sacher, Kompendium BauR, § 637, Rn. 214; Grüneberg/Retzlaff, § 637, Rn. 6; Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Bau-recht, § 637, Rn. 17.

⁴⁸ Rütten/Raab, in: Dauner-Lieb/Langen, § 637, Rn. 29; Leupertz/Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 637, Rn. 11; Grüneberg/Retzlaff, § 637, Rn. 9; Krause-Allenstein, in: Kniffka/Jurgleit, ibROK BauVertrR, § 637, Rn. 68; Mantefel, VOB Teil B, 6. Teil, Rn. 414.

⁴⁹ Krause-Allenstein, in: Kniffka/Jurgleit, BauvertragsR, § 637, Rn. 68.

⁵⁰ BeckOK/Voit, § 637, Rn. 14, 72. Edition, Stand: 01.02.2024.

zur Nachbesserung verwenden.⁵¹ Außerdem hat der Unternehmer einen Anspruch auf Auskunft und Rechenschaftslegung analog §§ 666, 259 BGB, das heißt, der Besteller muss gegenüber dem Unternehmer seine Aufwendungen für die Mängelbeseitigung nachweisen und über den erhaltenen Kostenvorschuss eine Abrechnung erteilen.⁵² In dieser Abrechnung findet die Verzinsung des Vorschussverlangens keine Berücksichtigung.⁵³

Fällig wird der Abrechnungsanspruch mit Abschluss der Arbeiten.⁵⁴

Der Besteller muss den Mangel allerdings gar nicht mehr beseitigen und in der Folge auch keine Abrechnung erteilen, wenn ihm ein Schadensersatzanspruch zusteht und er diesen Anspruch mit dem Anspruch auf Rückzahlung des Vorschusses verrechnet.⁵⁵

Analog § 667 BGB hat der Besteller dem Unternehmer den für die Mängelbeseitigung nicht in Anspruch genommenen Betrag zurückzuerstatten. Fällig wird dieser Erstattungsanspruch des Unternehmers, sobald der Auftraggeber über die ihm entstandenen Kosten Rechnung gelegt hat oder legen kann. Er unterliegt der Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB.⁵⁶

Demgegenüber kann aber auch weiterer Vorschuss vom Unternehmer nachgefordert werden, wenn der bereits gezahlte Vorschuss an den Besteller nicht zur Mängelbeseitigung ausreicht.⁵⁷

VI. Rückforderungsanspruch bei Nichtvornahme der Nachbesserung

Nimmt der Besteller die Nachbesserung innerhalb einer – im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermittelnden – angemessenen Frist erst gar nicht vor und kann er daher auch erst gar keine Abrechnung durchführen, so kann der Unternehmer die Zahlung des Vorschusses zurückverlangen.

Dieser vertragsähnliche Anspruch verjährt nach §§ 195, 199 BGB, wobei sich der Beginn der Verjährung

danach richtet, wann der Unternehmer von der Aufgabe der Mängelbeseitigungsabsicht oder den Gründen für die Verzögerung weiß.⁵⁸

VII. Verhältnis zum Schadensersatz

Während der Anspruch auf Vorschusszahlung den Besteller in die Lage versetzen soll, die Mängelbeseitigung ohne eigene finanzielle Mittel voranzutreiben,⁵⁹ soll der Schadensersatzanspruch des Bestellers nach § 634 Nr. 4 BGB sämtliche Nachteile ausgleichen, die dem Besteller durch die mangelhafte Werkleistung entstehen.

Aus diesem Grund ist der Schadensersatzanspruch an erhöhte Voraussetzungen geknüpft und der Unternehmer muss im Gegensatz zu den in § 634 Nr. 1 bis 3 BGB genannten Mängelrechten eine Form des Vertretenmüssens treffen.⁶⁰

Ein Anspruch auf Naturalrestitution besteht nicht. Abweichend von § 249 I BGB, der auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands gerichtet ist, ist der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auf vollständigen Ausgleich in Geld gerichtet und nicht auf Herstellung des Werks im geschuldeten Zustand, da dies eine Nacherfüllung wäre und der Anspruch auf Nacherfüllung mit Verlangen des Schadensersatzes endet, § 281 IV BGB.⁶¹

Der Besteller ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Unternehmer ordnungsgemäß geleistet hätte. Erstattungsfähig sind danach der mangelbedingte Schaden, der etwaige Mängelbeseitigungskosten einschließlich der Nebenkosten umfasst, soweit die Nacherfüllungspflicht reicht, sowie ein etwa verbleibender Minderwert.⁶² Inhaltlich entspricht der Schadensersatzanspruch damit dem Anspruch auf Selbstvornahmekosten aus § 637 BGB, geht aber noch darüber hinaus, da er die adäquat kausal mit der Mängelbeseitigung verbundenen Folgekosten umfasst.⁶³

⁵¹ Leupertz/Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 637, Rn. 9; Staudinger/Peters, § 634, Rn. 87; Grüneberg/Retzlaff, § 637, Rn. 10.

⁵² BGH, VII ZR 108/08 = NJW 2010, S. 1192 (1193), Rn. 13; Staudinger/Peters, § 634, Rn. 94; Grüneberg/Retzlaff, § 637, Rn. 10; Halfmeier, BauR 2022, S. 830 (834).

⁵³ BeckOK/Voit, § 637, Rn. 14, 72. Edition, Stand: 01.02.2024.

⁵⁴ Staudinger/Peters, § 634, Rn. 94.

⁵⁵ BeckOK/Voit, § 637, Rn. 16, 72. Edition, Stand: 01.02.2024.

⁵⁶ Staudinger/Peters, § 634, Rn. 94; BeckOK/Voit, § 637, Rn. 16, 72. Edition, Stand: 01.02.2024; Halfmeier, BauR 2022, S. 830 (834).

⁵⁷ Grüneberg/Retzlaff, § 637, Rn. 10; Halfmeier, BauR 2022, S. 830 (833).

⁵⁸ BGH, VII ZR 108/08 = NJW 2010, S. 1192 (1194), Rn. 21; Staudinger/Peters, § 634, Rn. 96; Voit, LMK 2010, 299805.

⁵⁹ Siehe unter C. I.

⁶⁰ Soergel/Buchwitz, § 634, Rn. 46.

⁶¹ Soergel/Buchwitz, § 634, Rn. 61 f.; BeckOK/Voit, § 636, Rn. 52, 72. Edition, Stand: 01.02.2024.

⁶² Leupertz/Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 634, Rn. 19.

⁶³ Soergel/Buchwitz, § 634, Rn. 67.

Die frühere Rechtsprechung des BGH erlaubte dem Besteller eine fiktive Berechnung des Schadens. Unabhängig davon, ob der Besteller tatsächlich den Mangel beseitigt hat oder nicht, konnte die Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) grundsätzlich nach der Höhe der erforderlichen – fiktiven – Mangelbeseitigungskosten erfolgen. Begründet wurde dies damit, dass der Besteller bereits durch das mangelhafte Werk als solches einen gegenwärtigen Schaden in seinem Vermögen hat.⁶⁴

Diese Rechtsprechung zum Ersatz fiktiver Mängelbeseitigungskosten wurde allerdings durch eine Entscheidung des VII. Zivilsenats im Februar 2018 aufgegeben.⁶⁵ Sie gilt für ab dem 01.01.2002 geschlossene Verträge.⁶⁶ Der Umfang des Schadensersatzes muss nun mehr daran ausgerichtet werden, welche Dispositionen zur Mängelbeseitigung tatsächlich getroffen werden. Aus Gründen der Gefahr einer Überkompensation als Ausdruck des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots kann der Besteller seit dieser neuen Rechtsprechung des BGH vor der Mängelbeseitigung nur den konkreten Minderwert beziehungsweise den für die Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag nur unter den Voraussetzungen des § 637 III BGB als zweckgebundenen Vorschuss verlangen.⁶⁷ Eine fiktive Schadensberechnung ist seitdem im Werkvertragsrecht nicht mehr möglich. Anwendung findet diese neue Rechtsprechung auch in der werkvertraglichen Leistungskette.⁶⁸

D. Vorschuss in der Leistungskette

Diese Rechtsprechungsänderung wirft insbesondere in der Leistungskette Folgeprobleme auf, mit denen sich der VII. Zivilsenat im oben genannten Fall⁶⁹ auseinandersetzen musste.

I. Sachverhalt

Kurz zusammengefasst ging es in dem zu entscheidenden Sachverhalt darum, dass die C-GmbH als Besteller mit dem Kläger – dem Hauptunternehmer K – einen Werkvertrag über verschiedene Gewerke an neun Wohngebäuden, insbesondere eine

Dachaufstockung und Maßnahmen zur energetischen Sanierung, schloss. K beauftragte alsdann den B als Subunternehmer mit der Ausführung von Sanitärarbeiten. Diese von B ausgeführten Sanitärarbeiten erwiesen sich als mangelhaft, woraufhin die C-GmbH gegen den K ein Urteil erwirkte, mit dem der K rechtskräftig zur Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 39.108,68 € sowie auf Schadensersatz für bereits durchgeführte Mängelbeseitigungsarbeiten in Höhe von 8.086,65 € verurteilt wurde. Diesen Vorschuss und den Kostenersatz zahlte der K an die C-GmbH und verlangt nun von Subunternehmer B den Ersatz des gezahlten Betrages in Höhe von 47.190,33 €.

II. Probleme des Falles

Der BGH hatte nun zu klären, welche Ansprüche der Hauptunternehmer in der werkvertraglichen Leistungskette gegen den für den Mangel verantwortlichen Subunternehmer hat, wenn der Hauptunternehmer zur Zahlung an den Besteller verurteilt wurde und an diesen auch gezahlt hat.

Anspruchsgrundlage für die Zahlung des kleinen Schadensersatzes statt der Leistung ist §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 Alt. 2 BGB. Dabei lagen im Fall die Voraussetzungen des Anspruchs – wirksamer Werkvertrag nach § 631 BGB, Mangel im Sinne des § 633 II 1 BGB im Zeitpunkt der Abnahme nach § 640 BGB und somit eine Pflichtverletzung sowie ein nach § 280 I 2 BGB vermutetes Vertretenmüssen – unproblematisch vor. Zur nach § 281 I BGB grundsätzlich erforderlichen erfolglos abgelaufenen Frist macht der Sachverhalt des BGH zwar keine Angaben, ist aufgrund des gefundenen Ergebnisses jedoch zu unterstellen.

Wie dargelegt (siehe oben, V.) erweisen sich Vorschusszahlungen nach der Beseitigung der Mängel entweder als zu hoch oder als zu niedrig und weisen insofern ein prognostisches Element auf, so dass ein zentrales zu klärendes Problem war, ob der Ersatz von Vorschusszahlungen eine fiktive und damit unzulässige Schadensberechnung darstellt.

Zudem hatte sich der BGH mit den Auswirkungen etwaiger Rückzahlungsansprüche des Hauptunternehmers gegen den Besteller für nicht benötigte

⁶⁴ BGH, VII ZR 97/85 = NJW 1987, S. 645 (646); Soergel/Buchwitz, § 634, Rn. 71; Leupertz/Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 634, Rn. 20.

⁶⁵ BGH, VII ZR 46/17 = NJW 2018, S. 1463.

⁶⁶ BGH, VII ZR 6/19 = NJW-RR 2020, S. 269.

⁶⁷ BGH, VII ZR 46/17 = NJW 2018, S. 1463 (1465 f.), Rn. 34 ff.; Soergel/Buchwitz, § 634, Rn. 71 f.;

Leupertz/Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 634, Rn. 20; Manteufel, in: Werner/Pastor, Bauprozess, Kapitel 9, Rn. 2178.

⁶⁸ BGH, VII ARZ 1/20 = NJW 2021, S. 53 (59), Rn. 48 ff.; BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 (895), Rn. 17.

⁶⁹ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894; vgl. Omlor, JuS 2024, S. 461.

Vorschussanteile auf den Inhalt des Regressanspruchs zu befassen.⁷⁰

1. Ersatz von Vorschusszahlungen als fiktive Schadensberechnung?

Einen an den Besteller geleisteten Vorschuss kann der Hauptunternehmer gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit §§ 280 I, III, 281 BGB gegen seinen Subunternehmer als Schaden liquidieren.⁷¹

Zunächst liegt der Schaden des Hauptunternehmers darin, seinerseits Mängelansprüchen des Bestellers aufgrund mangelhafter Werkleistung des Subunternehmers ausgesetzt zu sein.⁷²

Der Hauptunternehmer hat, sofern der Besteller zur Mängelbeseitigung Kostenvorschuss verlangt, ein Wahlrecht zwischen einem Vorschussanspruch gegen seinen Subunternehmer aus §§ 634 Nr. 2, 637 III BGB und einem Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4 in Verbindung mit §§ 280 I, III, 281 BGB.⁷³ Im Wege des Schadensersatzes kann er von seinem Subunternehmer die Freistellung von den Mängelansprüchen und damit des Vorschussanspruchs des Bestellers verlangen.⁷⁴

Mit der Zahlung des Vorschusses an den Besteller wandelt sich dieser auf Freistellung gerichtete Schadensersatzanspruch in einen Zahlungsanspruch gegen den Unternehmer um. Dieser Haftungsschaden ist kein Anspruch auf Zahlung fiktiver Mängelbeseitigungskosten. Es handelt sich um eine tatsächlich eingetretene Vermögenseinbuße, wenn der Hauptunternehmer Vorschuss leisten muss und diesen Anspruch erfüllt.⁷⁵

Neben den Kosten der bereits durchgeführten Mängelbeseitigungsarbeiten in Höhe von 8.086,65 € stellte im entschiedenen Fall damit auch der bereits an den Besteller gezahlte Kostenvorschuss in Höhe von 47.190,33 € eine taugliche Schadensposition des Hauptunternehmers dar.

2. Auswirkung etwaiger Rückzahlungsansprüche auf den Inhalt des Regressanspruchs

Da im Zeitpunkt der Zahlung des Vorschusses noch nicht feststeht, ob der gezahlte Vorschuss

tatsächlich vollständig zur Mängelbeseitigung aufgebraucht wurde oder ein nicht benötigter Teil an den Hauptunternehmer zurückzuzahlen ist, hat der Hauptunternehmer einen künftigen Anspruch auf Abrechnung und Rückzahlung des nicht gezahlten Vorschussbetrages. Die Vermögenseinbuße des Hauptunternehmers ist damit nicht endgültig.⁷⁶

Der Hauptunternehmer wäre bereichert, wenn er den gezahlten Vorschuss vollständig vom Subunternehmer erstattet bekommt und noch eine Rückzahlung vom Besteller bekommt. Da er aufgrund des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots nicht besser stehen darf, als er ohne das schädigende Ereignis stünde, steht dieser mögliche Rückzahlungsanspruch des Hauptunternehmers gegen den Besteller einer unbedingten Geltendmachung des Schadens beim Subunternehmer entgegen. Er ist nach dem Zweck des Ersatzanspruchs im Wege der auf Treu und Glauben gemäß § 242 BGB beruhenden Grundsätze der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen.⁷⁷

a) Vorteilsausgleichung

Während die Vorteilsausgleichung bei gleichartigen Ansprüchen dazu führt, dass das Gericht von Amts wegen den in Geld zu leistenden Schadensersatz verringert, wird ein auf Geld gerichteter Schadensersatz bei mangelnder Gleichartigkeit dadurch begrenzt, dass der betreffende Geldbetrag nur Zug um Zug gegen Herausgabe des betreffenden Vorteils geschuldet ist.⁷⁸ Da es sich in dem entschiedenen Fall um Ansprüche auf Abrechnung sowie Rückzahlung handelt und somit um Vorteile, die nicht in Geld bestehen, besteht der Schadensersatzanspruch des Hauptunternehmers gegen den Subunternehmer nur Zug um Zug gegen Herausgabe dieses Vorteils. Daher kann der Subunternehmer im Wege eines Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 BGB durchsetzen, dass der Hauptunternehmer ihm den dem Besteller gegenüber bestehenden potentiellen Rückzahlungsanspruch analog § 255 BGB abtritt.⁷⁹

⁷⁰ Vgl. *Omlor*, JuS 2024, S. 461.

⁷¹ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 (895), Rn. 18; BeckOGK/*Seichter*, § 636, Rn. 455, Stand: 01.10.2024.

⁷² BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 (895), Rn. 20 f.

⁷³ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 (895), Rn. 19.

⁷⁴ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 (895), Rn. 21; *Manteufel*, in: Werner/Pastor, Bauprozess, Kapitel 9, Rn. 2197.

⁷⁵ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 (895), Rn. 21 f.

⁷⁶ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894, (896), Rn. 28 f; siehe oben unter V.

⁷⁷ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894, (896), Rn. 25 ff.

⁷⁸ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894, (896), Rn. 26.

⁷⁹ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894, (896), Rn. 26.

b) Konsequenzen der Vorteilsausgleichung in der werkvertraglichen Leistungskette

Entscheidend dafür, ob und inwieweit eine Vorteilsausgleichung in der werkvertraglichen Leistungskette stattzufinden hat, ist, ob der Besteller dem Hauptunternehmer bereits eine Abrechnung erteilt hat und insoweit schon feststeht, ob ein Rückzahlungsanspruch besteht oder nicht.⁸⁰

aa) Variante 1 – Besteller hat Hauptunternehmer keine Abrechnung erteilt

Sofern der Besteller dem Hauptunternehmer wie im zu entscheidenden Fall noch keine Abrechnung erteilt hat, besteht der Vorteil des Hauptunternehmers darin, dass er bei Fälligkeit Abrechnung und Rückzahlung eines etwaig nicht verbrauchten Geldbetrages verlangen kann. In dieser Variante kann der Subunternehmer dann im Wege des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 BGB durchsetzen, dass er Schadensersatz an den Hauptunternehmer analog § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung der aus der Vorschusszahlung folgenden Ansprüche des Hauptunternehmers gegen den Besteller auf Abrechnung sowie ggf. Rückzahlung zu leisten hat.⁸¹

bb) Variante 2 – Abrechnung ergibt, dass der Vorschussanspruch verbraucht wurde

Demgegenüber hat keine Vorteilsausgleichung stattzufinden, wenn der Besteller dem Hauptunternehmer bereits eine inhaltlich zutreffende Abrechnung erteilt hat und diese ergibt, dass der Vorschussbetrag vollständig zur Mängelbeseitigung verbraucht wurde.⁸² In diesem Fall ist das schadensrechtliche Bereicherungsverbot dann gerade nicht verletzt.

cc) Variante 3 – Abrechnung ergibt, dass der Vorschussanspruch nicht verbraucht wurde

Wurde bereits eine Abrechnung gestellt und ergibt diese, dass der Vorschuss nicht (vollständig) verbraucht wurde und wurde eine Rückzahlung an den Unternehmer noch nicht geleistet, liegt der Vorteil des Hauptunternehmers darin, dass er gegen den Besteller einen Anspruch auf Rückzahlung hat. Der Subunternehmer kann dem ihn auf Schadensersatz statt der Leistung in Anspruch nehmenden Hauptunternehmer

dann das in Variante 1 bezeichnete Zurückbehaltungsrecht geltend machen.⁸³

dd) Variante 4 – Besteller hat nach erfolgter Abrechnung den Vorschussbetrag an den Hauptunternehmer (teilweise) zurückgezahlt

In der letzten Variante hat der Besteller nach erfolgter Abrechnung den Vorschussbetrag bereits an den Hauptunternehmer (teilweise) zurückgezahlt. Der zurückgezahlte Betrag stellt dann einen gleichartigen Vorteil dar, welcher von Amts wegen berücksichtigt wird und zu einer Minderung des Anspruchs des Hauptunternehmers gegen den Subunternehmer auf Schadensersatz statt der Leistung führt.⁸⁴

3. Fazit

Das Urteil VII ZR 92/20 klärt wesentliche Folgeprobleme in der werkvertraglichen Leistungskette, die sich aus der Rechtsprechungsänderung bezüglich der fiktiven Schadensberechnung aus 2018 ergeben. Geklärt werden die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen der Hauptunternehmer gegen den für einen Mangel verantwortlichen Subunternehmer Schadensersatzansprüche geltend machen kann, wenn er selbst zur Zahlung an den Besteller verurteilt wurde und diesen Anspruch erfüllt hat.

Nicht geklärt in dem Urteil ist demgegenüber die Frage, ob der Hauptunternehmer vom Subunternehmer auch dann Vorschuss verlangen kann, wenn der Anspruch des Bestellers gegen den Hauptunternehmer nicht mehr durchsetzbar ist, beispielsweise weil bereits Verjährung eingetreten ist.

E. Auswirkung der mangelnden Durchsetzbarkeit der Bestelleransprüche auf den Vorschussanspruch in der Leistungskette

Daher stellt sich die Frage, wie sich die fehlende Durchsetzbarkeit des Anspruchs des Bestellers gegen den Hauptunternehmer auf die Glieder in der Vertragskette auswirkt. Dabei rücken sowohl die Vorteilsausgleichung als auch das Rechtsinstitut von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB in den Fokus.

⁸⁰ Vgl. BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 (896 f.), Rn. 30.

⁸¹ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894, (897), Rn. 31.

⁸² BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 (897), Rn. 32.

⁸³ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 (897), Rn. 33.

⁸⁴ BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 (897), Rn. 34.

1. Vorteilsausgleichung im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs

Für Ansprüche, die sich aus einer mangelhaften Leistung des Subunternehmers ergeben, galt nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich Folgendes: Kann der Bauherr in der Leistungskette, insbesondere aufgrund der Verjährung, keine Ansprüche mehr gegen den Hauptunternehmer durchsetzen, ist dieser wegfallende Nachteil einer Inanspruchnahme nach Treu und Glauben und dem Rechtsgedanken der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen. Zwecks Minderung des Schadens war der Hauptunternehmer verpflichtet, die Einrede der Verjährung zu erheben. Der Hauptunternehmer kann dann seinerseits auch nicht gegen den mangelverantwortlichen Subunternehmer vorgehen. Dann steht nämlich fest, dass ihm keine wirtschaftlichen Nachteile durch den Mangel entstehen, sodass ihm bei einer Zuerkennung des Anspruchs ihn bereichernde Vorteile zugutekommen würden.⁸⁵

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt machte ein Subunternehmer gegen seinen Lieferanten Schadensersatzansprüche geltend. Sowohl die Mängelhaftungsansprüche seines Auftraggebers (des Hauptunternehmers) als auch die des Auftraggebers des Hauptunternehmers waren jedoch bereits verjährt.

2. Vorteilsausgleichung im Rahmen eines Vorschussanspruchs

Geht es um einen Vorschussanspruch, so ist das Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung ebenfalls anzuwenden. Zwar wurde es aus § 242 BGB für das Schadensersatzrecht entwickelt und dient dort der Vermeidung der Überkompensation des Geschädigten, jedoch erstreckt sich der Anwendungsbereich unter anderem auch auf den werkvertraglichen Kostenvorschussanspruch.⁸⁶ Aufgrund der Zweckgerichtetheit des gezahlten Vorschusses entschied der BGH, dass dieser Anspruch trotz Verjährung der Bestelleransprüche gegen den Hauptunternehmer gegenüber

dem Subunternehmer möglich ist. Es ist nämlich sichergestellt, dass sich der Hauptunternehmer nicht auf Kosten des Subunternehmers bereichert. Vom

Subunternehmer kann er daher auch dann einen Vorschuss für die Mängelbeseitigung verlangen, wenn der Besteller gegenüber dem Hauptunternehmer eine Nachbesserung nicht mehr durchsetzen kann, solange die Herstellung eines mangelfreien Werks beim Hauptunternehmer möglich ist.⁸⁷

Mit dieser Rechtsprechung machte der BGH schon vor seiner Rechtsprechungsänderung im Jahr 2018 eine Ausnahme von der Ersatzfähigkeit fiktiver Mängelbeseitigungskosten.⁸⁸ Diese fiktiven Mängelbeseitigungskosten können seit 2018, wie oben beschrieben,⁸⁹ aber ohnehin nicht mehr beim kleinen Schadensersatz berechnet werden, sodass diese Rechtsprechung überholt ist und eine Vorteilsausgleichung nun gar nicht erst vorzunehmen ist.⁹⁰ Vielmehr ist seitdem der Umfang des Schadensersatzes an den tatsächlichen Dispositionen des Bestellers zur Mängelbeseitigung auszurichten. Die tatsächlich aufgewandten, erforderlichen Kosten erhält er nur, wenn er den Mangel beseitigen lässt, und der Kostenvorschussanspruch nach § 637 III BGB besteht nur, wenn er den Mangel noch beseitigen lassen will.⁹¹

3. Vorschussforderung als unzulässige Rechtsausübung im Sinne des § 242 BGB?

Eine Kernfrage bleibt, ob ein Hauptunternehmer verpflichtet ist, bestehende Einreden – zum Beispiel die der Verjährung – gegenüber dem Besteller zu erheben, um den Subunternehmer vor einer Vorschusszahlung zu schützen. Eine solche Verpflichtung könnte sich aus § 242 BGB ergeben. Es könnte andernfalls eine unzulässige Rechtsausübung seitens des Hauptunternehmers darstellen, wenn er trotz fehlender Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Bestellers Vorschuss vom Subunternehmer verlangt. Die Rechtsausübung ist unzulässig, wenn sie als solche zu missbilligen ist, etwa weil die ausübende Partei nicht schutzwürdige Interessen verfolgt oder die Gegenseite

⁸⁵ BGHZ 173, 83 Tz 15 ff.; Krause-Allenstein, in: Kniffka/Jurgleit, BauvertragsR, § 634, Rn. 99; Grüneberg/Grüneberg, vor § 249, Rn. 79; Luckey, in: Prütting/Wegen/Weinreich, § 249, Rn. 93; Hager/Maultzsch, in: FS Werner, S. 393 (398); Berger, BauR 2013, S. 325 (331); Weingart, BauR 2017, S. 6.

⁸⁶ BGH, NJW 1984, S. 1676; MüKo/Oetker, § 249, Rn. 278; Metzger, JZ 2008, S. 498 (501); Berger, BauR 2013, S. 325 (340); Weingart, BauR 2017, S. 6; Groß, in: FS Korbion, S. 124.

⁸⁷ BGH, VII ZR 75/11 = NJW 2013, S. 3297 (3299), Rn. 23 a.E.; BeckOGK/Rast, § 637, Rn. 195, Stand: 01.10.2024.

⁸⁸ Vgl. Manteufel, in: Werner/Pastor, Bauprozess, Kapitel 9, Rn. 2178; Manteufel, in: VOB Teil B, 6. Kapitel, Rn. 456.

⁸⁹ Siehe unter C. VII.

⁹⁰ Vgl. BeckOGK/Seichter, § 634, Rn. 418, Stand: 01.10.2024.

⁹¹ Manteufel, in: Werner/Pastor, Bauprozess, Kapitel 9, Rn. 2179.

besonders schutzwürdig ist (Fall der *exceptio doli praesentis* im engeren Sinn).⁹² Maßgeblich sind neben einer Abwägung der objektiven Interessen auch die Gesinnung und Absichten des Ausübenden.⁹³

a) Hauptgründe der missbilligten Rechtsausübung

Diese Missbilligung der Rechtsausübung lässt sich im Wesentlichen auf drei Hauptgründe zurückführen. Sie ist anzunehmen, wenn sie der Art oder den Begleitumständen nach ungebührlich ist (1.), wenn es an einem schutzwürdigen Interesse des Ausübenden fehlt, so dass die Rechtsausübung allein der Benachteiligung des Betroffenen dient (2.) oder wenn sie anderweitige Pflichten verletzt (3.).⁹⁴

aa) Berechtigtes schutzwürdiges Interesse, die Einrede nicht zu erheben, insbes. „good will“ des Hauptunternehmers

Der Hauptunternehmer wird regelmäßig ein berechtigtes geschäftliches Interesse daran haben, bestehende Einreden gegenüber seinem Besteller nicht zu erheben, sodass die Rechtsausübung nicht der Benachteiligung des Subunternehmers dient. Dieses Interesse kann insbesondere bestehen, wenn der Ruf („good will“) des Hauptunternehmers in Rede steht, wenn er verantwortlich für einen Mangel ist, obwohl die eigentliche Leistungserbringung tatsächlich durch einen Subunternehmer erfolgt. Außerdem kann er daran interessiert sein, mit dem Gläubiger weitere Projekte durchzuführen, und daher gewillt sein, bestehende Einreden nicht zu erheben, um die Geschäftsbeziehung mit seinem Abnehmer nicht zu gefährden.⁹⁵ Insbesondere bei bewahrter Geschäftsbeziehung und daraus nahezu zwangsläufig folgender Erfüllungsbereitschaft darf ein Gläubiger damit rechnen, dass sich der Hauptunternehmer nicht auf die Einrede der Verjährung beruft. Daher darf die eigenständige Stellung des Hauptunternehmers als Schuldner des Bauherrn nicht mit Rücksicht auf die Belange des mangelverantwortlichen Dritten unterlaufen werden.⁹⁶ Bezogen auf die Einrede der Verjährung ist neben

Arglisthaftungsfällen auch § 215 BGB zu beachten. Danach kann der Bauherr gegebenenfalls auch nach Eintritt der Verjährung noch Mängelrechte geltend machen.⁹⁷

bb) Verletzung anderweitiger Pflichten

Durch die Forderung einer Vorschusszahlung trotz Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Bestellers kommt jedoch eine Verletzung von Pflichten des Hauptunternehmers gegenüber dem Subunternehmer in Betracht. Neben den Hauptleistungspflichten aus § 631 I BGB, wonach der Hauptunternehmer zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist, ergeben sich Nebenpflichten aus § 241 II BGB. Danach besteht eine Pflicht zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils.⁹⁸ Auch Vermögensinteressen des anderen Teils sind von Schutzpflichten erfasst.⁹⁹ Hier hat der Subunternehmer in der Leistungskette ein Interesse daran, keinen Vorschuss leisten zu müssen, wenn der Anspruch des Bestellers nicht mehr durchsetzbar ist.

Für die Bestimmung der Schutzpflichten ist aber auf den Einzelfall abzustellen und der Umfang hängt neben dem Vertragszweck und der Verkehrssitte auch von den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs ab.¹⁰⁰ Im Fall einer Leistungskette ist einziger Vertragspartner des Subunternehmers der Hauptunternehmer und er hat seine Pflicht zur Herstellung des versprochenen Werks nur mangelhaft erfüllt. Es würde dem redlichen Geschäftsverkehr zuwiderlaufen, wenn es dem Hauptunternehmer trotz bestehender eigener Interessen¹⁰¹ versagt wäre, den Subunternehmer auf Vorschuss in Anspruch zu nehmen und er bestehende Einreden gegenüber dem Besteller erheben müsste, damit der Subunternehmer nicht zahlen muss, obwohl dieser den Mangel verursacht hat. Eine Schutzpflicht ist daher abzulehnen.

⁹² Vgl. MüKo/Schubert, § 242, Rn. 262; Krebs, in Dauner-Lieb/Langen, § 242, Rn. 64; HK-BGB/Schulze, § 242, Rn. 21.

⁹³ MüKo/Schubert, § 242, Rn. 262; Jauernig/Mansel, vor § 242, Rn. 37; Krebs, in Dauner-Lieb/Langen, § 242, Rn. 64.

⁹⁴ MüKo/Schubert, § 242, Rn. 263; Jauernig/Mansel, vor § 242, Rn. 37 f.

⁹⁵ Hager/Maultzsch, in: FS Werner, S. 393 (398); Aengenvoort, BauR 2008, S. 16 (23); Metzger, JZ 2008, S. 498 (501); Berger, BauR 2013, S. 325 (332).

⁹⁶ Wissemann Fuchs-Wissemann, VersR 1997, S. 427.

⁹⁷ Fuchs, JR 2015, S. 139 (144).

⁹⁸ HK-BGB/Schulze, § 241, Rn. 5; MüKo/Bachmann, § 241, Rn. 55.

⁹⁹ HK-BGB/Schulze, § 241, Rn. 5; MüKo/Bachmann, § 241, Rn. 168.

¹⁰⁰ Grüneberg/Grüneberg, § 241, Rn. 7; BeckOK/Sutschet, § 241, Rn. 44, 72. Edition, Stand: 01.11.2024.

¹⁰¹ Siehe oben, E. III. a. aa.

cc) Keine Inanspruchnahme bei Rechtsverhältnis mit besonderer Treueprägung

Schließlich kann es dem Hauptunternehmer verwehrt sein, den Subunternehmer trotz fehlender Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Bestellers auf Zahlung von Vorschuss in Anspruch zu nehmen, wenn das Rechtsverhältnis zwischen Haupt- und Subunternehmer durch eine besondere Vertrauensbeziehung oder soziale Abhängigkeit geprägt ist.¹⁰² Mag diese zwar im Einzelfall ausnahmsweise vorliegen, so wird man jedoch regelmäßig davon ausgehen können, dass eine solch enge Beziehung zwischen Haupt- und Subunternehmer nicht besteht und daher nicht der Grundsatz sein kann. Insbesondere handelt es sich nicht um eine Bauarbeitsgemeinschaft, die regelmäßig eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, §§ 705 ff. BGB, ist.¹⁰³ Daher besteht keine besondere Treuepflicht des Hauptunternehmers, die einer Inanspruchnahme des Subunternehmers entgegensteht.

dd) Zwischenergebnis

Der Hauptunternehmer hat ein berechtigtes Interesse an der Vorschusszahlung und die Inanspruchnahme des Subunternehmers dient im Regelfall nicht dessen Schädigung. Dem Interesse des Hauptunternehmers steht lediglich das Interesse des Subunternehmers gegenüber, keinen Vorschuss zu zahlen, obwohl er für den Mangel verantwortlich ist. Daher ist er auch nicht schutzwürdig. Zudem bestehen keine Pflichten, die einer Inanspruchnahme entgegenstehen. Damit ist keine der Fallgruppen einschlägig, sodass das Vorschussverlangen des Hauptunternehmers gegenüber dem Subunternehmer keine unzulässige Rechtsausübung darstellt, nur weil der Anspruch des Bestellers nicht mehr durchsetzbar ist.

b) Übereinstimmung des Ergebnisses mit weiteren Erwägungen

aa) Relativität des Schuldverhältnisses

Allein mit der grundsätzlich geltenden Relativität des Schuldverhältnisses lässt sich dieses Ergebnis nicht untermauern.

Danach entfalten Verträge Rechtswirkungen nur zwischen den jeweiligen Vertragsparteien. Der Rechtsfriede soll lediglich zwischen den Parteien des jeweiligen Schuldverhältnisses hergestellt werden.¹⁰⁴ Da der Subunternehmer kein Vertragspartner des Bestellers ist, stünde die Relativität des Schuldverhältnisses einer Verpflichtung des Hauptunternehmers, bestehende Einreden zu erheben, entgegen.

Jedoch ist die Relativität nicht absolut, sondern ihrerseits relativ, da namentlich der Haftungsschaden im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs per Definition von einem fremden Schuldverhältnis abhängig ist.¹⁰⁵ Die strikte Trennung der Vertragsverhältnisse erscheint daher zu schematisch.¹⁰⁶

bb) Ökonomische Erwägungen

Allerdings erscheint es auch aus ökonomischer Sicht nicht interessengerecht, den Vorschussanspruch des Hauptunternehmers gegen den Subunternehmer zu verneinen.

Optimale Anreize, seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen, erhält der Subunternehmer nur, wenn sein Vertragsbruch effektiv sanktioniert wird. Bezogen auf die Einrede der Verjährung entstünden ineffiziente Anreize, dass er seine Leistungspflichten in der Hoffnung verschleppt, dass auf einer späteren Stufe der Vertragskette Verjährung eintritt.¹⁰⁷

cc) Rechtspolitische Erwägungen

Aus rechtspolitischer Sicht wäre es im Endeffekt eine Bevorzugung des vertragsbrüchigen Subunternehmers gegenüber dem vertragstreuen Besteller, wenn man einen Vorschussanspruch verneint. Der Subunternehmer würde unangemessen entlastet werden.

dd) Dogmatik: Einrede/Einwendung

Im Unterschied zu rechtsvernichtenden Einwendungen führen Einreden wie die der Verjährung gerade nicht zum Erlöschen des Anspruchs und werden nicht von Amts wegen berücksichtigt.¹⁰⁸ Bestehende Einreden, die lediglich der Durchsetzbarkeit eines Anspruchs entgegenstehen, hat der Gesetzgeber mit gutem Grund als solche ausgestaltet, deren Geltendmachung im Interesse des Schuldners liegt.¹⁰⁹ Er kann die

¹⁰² Vgl. MüKo/Schubert, § 242, Rn. 235.

¹⁰³ Vgl. MüKo/Busche, § 631, Rn. 36; Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, § 631, Rn. 18.

¹⁰⁴ Metzger, JZ 2008, S. 498 (502).

¹⁰⁵ Berger, BauR 2013, S. 333.

¹⁰⁶ Vgl. Metzger, JZ 2008, S. 498 (502).

¹⁰⁷ Hager/Maultzsch, in: FS Werner, S. 393 (407); Aengenvoort, BauR 2008, S. 16 (23); Metzger, JZ 2008, S. 498 (504).

¹⁰⁸ Köhler, BGB AT, § 18, Rn. 10 f.; Bitter/Röder, BGB AT, § 3, Rn. 19 f.

¹⁰⁹ Peters, JR 2008, S. 177 (178).

Einrede erheben, muss es aber nicht.¹¹⁰ Ein Zwang des Hauptunternehmers zur Erhebung bestehender Einreden widerspräche damit der gesetzgeberischen Intention. Er wäre allenfalls denkbar bei einer besonderen Treuepflicht, die wie dargelegt nur im Ausnahmefall besteht und daher im Grundsatz abzulehnen ist. Mit einem Zwang zur Erhebung einer bestehenden Einrede würde daher die Freiheit des Hauptunternehmers, einredebehaftete Forderungen zu erfüllen, ohne einen triftigen Grund unterlaufen.¹¹¹

4. Ergebnis

Im Ergebnis darf die Entwicklung des Verhältnisses zwischen Besteller und Hauptunternehmer dem Subunternehmer keine Vorteile verschaffen.

Der Hauptunternehmer ist auch dann zur Geltendmachung von Vorschussansprüchen gegen den Subunternehmer berechtigt, wenn der Anspruch des Bestellers gegen ihn auf Grund von bestehenden Einreden nicht mehr durchsetzbar ist.

Die vom BGH¹¹² angestellten Erwägungen hinsichtlich der Auswirkungen etwaiger Rückzahlungsansprüche des Hauptunternehmers gegen den Besteller (siehe dazu D. II. 2.) sind dann auch anzuwenden. Im Wege des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 BGB kann der Subunternehmer daher durchsetzen, dass ihm der Hauptunternehmer den dem Besteller gegenüber bestehenden potentiellen Rückzahlungsanspruch analog § 255 BGB abtritt.

5. Fazit

Wie aus der vorliegenden Untersuchung hervorgeht, ist es dogmatisch stimmig und interessengerecht, den Vorschussanspruch des Hauptunternehmers gegen den Subunternehmer nicht mit der Argumentation zu verneinen, dass Ansprüche des Bestellers gegen den Hauptunternehmer ohnehin nicht mehr durchsetzbar sind.

Ein wesentlicher Punkt dieser Überlegung ist, dass für den Hauptunternehmer keine Verpflichtung besteht, Einreden gegenüber dem Besteller zu erheben. Dadurch würden seine legitimen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt. Zudem würde die Notwendigkeit, den Subunternehmer für seine mangelhafte Leistung zur Verantwortung zu ziehen, unterlaufen und die Effizienz der Leistungspflichten gefährdet. Damit ist die Verpflichtung zur Vorschusszahlung auch wirtschaftlich zweckmäßig. Schlussendlich würde die

Versagung des Vorschussanspruchs eine unzulässige Bevorzugung des vertragsbrüchigen Subunternehmers darstellen.

Das Gleichgewicht zwischen den Interessen des Hauptunternehmers auf der einen Seite und des Subunternehmers auf der anderen Seite bleibt gewahrt. Dabei wird aufgrund der Zweckgerichtetheit des Vorschusses und der Verpflichtung zur Abrechnung der Hauptunternehmer nicht unangemessen bereichert und der Subunternehmer hat weiterhin Anreize, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen.

6. Ausblick

Aus der Arbeit ergeben sich klare Implikationen für die Baupraxis sowie die juristische Diskussion. Praktisch bedeutet das gefundene Ergebnis, dass dem Subunternehmer keine Vorteile aus der mangelnden Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Bestellers erwachsen. Dadurch wird dem Subunternehmer zukünftig der Anreiz gegeben, eine mangelfreie Leistung zu erbringen und nicht auf die mangelnde Durchsetzbarkeit der Bestelleransprüche – insbesondere aufgrund von eingetretener Verjährung – zu spekulieren.

Dabei könnte es sinnvoll sein, eine ausdrückliche Regelung im BGB zur Geltendmachung des Vorschusses in der Leistungskette trotz fehlender Durchsetzbarkeit zu schaffen, um so bestehende Unsicherheiten und Konflikte in der Praxis zu minimieren. Präzisiert werden könnte die Dogmatik zukünftig aber auch mit weiteren Entscheidungen des BGH, die sich mit den Auswirkungen der mangelnden Durchsetzbarkeit der Bestelleransprüche auf die Leistungskette befassen. Damit würde das Vertrauen in die Regressmöglichkeiten gestärkt und die Kostenrisiken für den Hauptunternehmer reduziert.

So lange dies nicht gegeben ist, bedeutet das Ergebnis für die Praxis, dass die Unternehmen gehalten sind, derartige Konstellationen bereits vorab vertraglich zu regeln, um so Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen.

¹¹⁰ Köhler, BGB AT, § 18, Rn. 11; Bitter/Röder, BGB AT, § 3, Rn. 22.

¹¹¹ So auch Fuchs-Wissemann, VersR 1997, S. 427 (429).

¹¹² BGH, VII ZR 92/20 = NJW 2024, S. 894 (896), Rn. 26.

Der Entwurf einer EU-Richtlinie über KI-Haftung (COM/2022/496 final) und ihre Bedeutung für Medizinprodukte und Medizinproduktehaftung

Von Stud. iur. Oskar Orthen, Marburg*

A. Einleitung

Die rasante Entwicklung von künstlicher Intelligenz und ihr stetig wachsender Anwendungsbereich sind eine Schlüsseltechnologie des 21. Jahrhunderts.¹

Mit ihrem Einsatz sind große Chancen, aber auch erhebliche Risiken verbunden. Als Teil ihrer digitalen Strategie möchte die EU künstliche Intelligenz (kurz: KI) regulieren, innovative Technologien fördern und zugleich Risiken sowie Probleme ausräumen.²

Eine repräsentative Umfrage aus dem Jahr 2020 hat zum Vorschein gebracht, dass die Haftung bei KI-Produkten das größte externe Hindernis für Unternehmen darstellt, welche die Nutzung von KI planen.³ Um Haftungsmodalitäten zu verbessern, hat die EU-Kommission am 28.09.2022 den Vorschlag für eine Richtlinie zur Anpassung der Vorschriften über die außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz⁴ vorgestellt.

Diese Arbeit setzt sich kritisch mit dem Vorschlag der KI-Haftung RL auseinander und beleuchtet ihre Bedeutung für Medizinprodukte und deren Haftung. Dabei werden damit einhergehende Rechtsprobleme dargestellt und Lösungsansätze aufgezeigt. Es wird unterstellt, dass der Entwurf der KI-Haftung RL in seiner aktuellen Fassung wirksam wird.

B. KI als Medizinprodukt

Im Gesundheitssektor spielt KI eine immer wichtiger werdende Rolle und ihr Anwendungsbereich ist,

gerade bei Medizinprodukten, nahezu grenzenlos.⁵ Unter KI-Medizinprodukten versteht man solche Medizinprodukte, die ein oder mehrere KI-System(e) integrieren.⁶ Maßgeblicher Treiber ist dabei die effizientere Patientenversorgung.⁷ So erkennt ein KI-System Alzheimererkrankungen durchschnittlich sechs Jahre früher als vergleichbare menschliche Diagnostikmethoden.⁸ Weitere Anwendungsbeispiele sind: KI für Roboter assistierte Chirurgie⁹, KI-Monitoringsysteme zur Prävention¹⁰, bildgebende Diagnostik von Tumoren¹¹, Verkürzung der Entwicklungszeit von Arzneimitteln, verbesserte Notfallversorgung und Gesundheitsapps¹², um nur einen kleinen Überblick über die Vielseitigkeit der Anwendungsmöglichkeiten zu schaffen. Ziel ist dabei, eine durch Innovation geschaffene effizientere und hochwertigere Patientenversorgung und damit verbunden die Verbesserung des allgemeinen Gesundheitslevels der Gesellschaft zu erreichen.¹³

Die Autonomie von KI-Medizinprodukten führt jedoch zu neuen Problemen in der Beweiserbringung, da autonomes Handeln bislang nur von Lebewesen bekannt war.¹⁴

C. Aktuelle Rechtslage bei Auskunftsansprüchen und Beweislast

Dargestellt werden im Folgenden ausschließlich die für die KI-Haftung RL und KI-Medizinprodukte relevanten Aspekte zur Beweisbarkeit und

* Der *Verfasser* ist Student der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg und verfasste die Seminararbeit im Rahmen des Seminars zum Unternehmensrecht bei Prof. Dr. Michael Kling und Dr. Jens Rinze LL.M.

¹ Deutscher Bundestag, Drucksache: 20/8414, 19.09.2023, S. 1.

² Stellungnahme: Europäisches Parlament, KI-Gesetz: erste Regulierungen der künstlichen Intelligenz, 20230601ST093804, 19.06.2024, S. 1-2.

³ Ipsos 2020, Abschlussbericht: Umfrage unter europäischen Unternehmen zum Einsatz von KI-gestützten Technologien, S. 58.

⁴ Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM/2022/496 final; (im Folgenden kurz: KI-Haftung RL).

⁵ Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (6).

⁶ Nolte/Schreitmüller, MPR 2024 20 (21).

⁷ Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (6).

⁸ BVMed, MPR 2021 176 (176).

⁹ Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (8).

¹⁰ Roegels, Die Haftung beim Einsatz intelligenter Medizinprodukte, S. 17.

¹¹ Linardatos, CR 2022 367 (368).

¹² Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (6).

¹³ Katzenmeier, MPR 2019 259 (259ff.).

¹⁴ Haftenberger, Die Produkthaftung bei künstlich intelligenten Medizinprodukten, S. 59.

gerichtlichen Durchsetzbarkeit eines deliktischen Anspruches zum aktuellen Zeitpunkt (ohne Wirkung der KI-Haftung RL).

Anders als das Arzneimittelgesetz (§§ 84,84a) kennt das Medizinproduktegesetz weder Haftungs- noch Auskunftsansprüche.¹⁵ Insoweit sind also die allgemeinen Vorschriften des BGB anzuwenden. Ein Auskunftsanspruch könnte sich aus § 242 BGB ergeben¹⁶, würde dann aber wohl nur Auskünfte über die Schadenshöhe betreffen und eben nicht Informationen über die Haftungsbegründung.¹⁷ Auch eine analoge Anwendung des § 84a AMG, der sich ausdrücklich nur auf Arzneimittel bezieht, ist abzulehnen.¹⁸

Eine Haftung des Herstellers (und auch des Anwenders) ist dabei gemäß § 823 I und II BGB möglich.¹⁹ Von § 823 BGB nicht aber vom Produkthaftungsgesetz umfasst sind dabei: Schäden im Fall der Überschreitung der Haftungshöchstgrenze²⁰ oder Unterschreitung der Selbstbeteiligung sowie Weiterfresser-Schäden²¹. Auch nach dem Inverkehrbringen des Medizinproduktes treffen den Hersteller nach § 823 I BGB Verkehrssicherungspflichten, sogenannte Produktbeobachtungspflichten.²² In solchen Situationen ist der durch das Medizinprodukt Geschädigte auf die § 823 I und II BGB begrenzt.

Die Rechtsprechung hat im Rahmen der Produzentenhaftung (also auch Hersteller von Medizinprodukten) Beweiserleichterungen vorgenommen²³, zum einen die Beweislastumkehrungen im Bereich des Verschuldens bei Fabrikations-²⁴, Konstruktions-²⁵ und Instruktionsfehlern²⁶ sowie beim Verletzen von Befundungspflichten²⁷. Zum anderen kann im

Bereich der Kausalität der Anscheinsbeweis dem Geschädigten helfen, den Kausalzusammenhang nachzuweisen.²⁸ Dafür muss ein typischer Geschehensablauf vorliegen, der bei allgemeinen Erfahrungswerten auf eine bestimmte Ursache/Folge hinweist.²⁹ Dies muss der Kläger beweisen³⁰, der Beklagte kann sich entlasten, indem er alternative Abläufe vorbringt.³¹ Im sogenannten Kontaktlinsenfall gelang es dem Kläger den Nachweis zu führen, dass das Tragen weicher Kontaktlinsen bei ihm ursächlich zu einer Hornhautentzündung geführt hat.³²

Ein Indiz für den Anscheinsbeweis ist das Missachten von technischen Normen.³³ Im Bereich von KI-Medizinprodukten existieren aufgrund der Neuheit solcher Produkte weder technische Normen noch typische Erfahrungswerte, weshalb ein Anscheinsbeweis in diesem Bereich schwer zu führen ist.³⁴ Ein KI-System ist komplex, was zu unüberwindbaren Beweishürden führen kann, vor allem im Bereich der Diagnostik.³⁵ Zusätzliche Probleme im Rahmen des Kausalitätsnachweises in Bezug auf KI-Medizinprodukte sind: fehlerhafte Programmierung, fehlerhaftes Software Update, Cyber-Angriff, Funktionsstörung der Hardware, Dazwischentreten Dritter (zum Beispiel durch fehlerhafte Bedienung durch den Arzt), fehlerhafte Entscheidung der KI.³⁶ Dies sind nur einige Beispiele einer unübersichtlichen Anzahl an potenziellen Ursachen. Die introvertierten Entscheidungsvorgänge von KI sind nach aktuellem Stand nicht nachvollziehbar.³⁷ Aufgrund der fehlenden Einsichtsmöglichkeiten wird die Beweisbarkeit von Verletzungshandlung und Kausalzusammenhang nur schwer gelingen, was zur

¹⁵ Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, Rn. 2104; Anhalt/Dieners/Heil/Mayer-Sandrock, *Medizinprodukterecht*, §23, Rn. 123.

¹⁶ Anhalt/Dieners/Heil/Mayer-Sandrock, *Medizinprodukterecht*, §23, Rn. 127.

¹⁷ Anhalt/Dieners/Heil/Mayer-Sandrock, *Medizinprodukterecht*, §23, Rn. 127.

¹⁸ Dieners/Reese/Molle, *Handbuch Pharmarecht*, §13, Rn. 51.

¹⁹ Anhalt/Dieners/Heil/Mayer-Sandrock, *Medizinprodukterecht*, §23, Rn. 10.

²⁰ Haftenberger, *Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte*, S.299.

²¹ Haftenberger, *Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte*, S.289.

²² Anhalt/Dieners/Heil/Mayer-Sandrock, *Medizinprodukterecht*, §23, Rn. 58.

²³ Anhalt/Dieners/Heil/Mayer-Sandrock, *Medizinprodukterecht*, §23, Rn. 158.

²⁴ BGH NJW 1969 269 (275) – Hühnerpestfall.

²⁵ BGH NJW 1977 379 (380) – Schwimmerschalterfall.

²⁶ BGH NJW 1992 560 (562) – Kinderteefall; Beachte: Einschränkung durch BGH NJW 1981 1603 (1605f.) – Derosalfall.

²⁷ BGH NJW-RR 1993 (988) – Limonadenflaschenfall.

²⁸ Foerste/Graf von Westphalen, §30 Rn. 12; BGH NJW 1969 269 (274) – Hühnerpestfall.

²⁹ BGH VersR 1983 (375) – Muschelfall.

³⁰ Musielak/Voit/Foerste, *Kommentar ZPO*, §286, Rn. 32.

³¹ Musielak/Voit/Foerste, *Kommentar ZPO*, §286, Rn. 32.

³² OLG Brandenburg GesR 2007 181 (184f.) – Kontaktlinsenfall.

³³ Roegels, *Die Haftung bei Einsatz intelligenter Medizinprodukte*, S. 107.

³⁴ Roegels, *Die Haftung bei Einsatz intelligenter Medizinprodukte*, S. 107.

³⁵ Haftenberger, *Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte*, S.301.

³⁶ Roegels, *Die Haftung bei Einsatz intelligenter Medizinprodukte*, S. 98.

³⁷ Droste, *MPR* 2018 109 (113).

Folge hätte, dass der Geschädigte den Anspruch gerichtlich nicht durchsetzen kann.³⁸ Die Beweisschwierigkeiten bei KI-Medizinprodukten sind aufgrund der Neuartigkeit der Technologie durchaus verständlich.³⁹

D. Entwurf der KI-Haftung Richtlinie

Im Folgenden wird die Zielsetzung und Entstehung der Richtlinie, ihr Regelungsgehalt sowie ihr Verhältnis zu anderen EU-Rechtsakten und die Umsetzungsmöglichkeiten ins nationale Recht beleuchtet.

I. Entstehung und Zielsetzung

Die EU hat bereits im Jahr 2018 ihr Engagement im Bereich der KI-Regulierung erhöht.⁴⁰ Im April 2019 veröffentlichte die „High Level Expert Group“ ein Papier zu vertrauenswürdiger Künstlicher Intelligenz.⁴¹ Darauf folgte das Weißbuch der EU zur künstlichen Intelligenz, welches als Grundstein für ein Maßnahmenpaket der EU gilt und das Vertrauen in KI steigern soll, um so die Akzeptanz in der Gesellschaft zu erhöhen.⁴² Zur Bewältigung von Haftungsproblemen schlägt die Kommission eine „geeignete EU-Initiative“ vor.⁴³ In einer Entschließung des Europäischen Parlaments forderte dieses die Kommission auf, von ihrem Initiativrecht Gebrauch zu machen.⁴⁴ Daraus resultierte der Entwurf zur KI-Haftung RL.

Anlass der KI-Haftung RL ist die Erkenntnis, dass aktuelle nationale Haftungs Vorschriften für die Begründung von Haftungsansprüchen, welche aus Schäden von KI gestützten Produkten und Dienstleistungen resultieren, ungeeignet sind.⁴⁵ Der Geschädigte

müsste im Rahmen der außervertraglichen Haftung den Nachweis erbringen, dass eine pflichtwidrige Handlung oder ein Unterlassen vorliegt und diese(s) für die Schadensverursachung ursächlich war.⁴⁶

Die Besonderheiten von KI, vor allem Autonomie⁴⁷, Komplexität und Undurchsichtigkeit (sog. „Blackbox Effekt“⁴⁸), verkomplizieren die Nachweisbarkeit für den Geschädigten massiv und führen im Zweifel zu einer Undurchsetzbarkeit eines Haftungsanspruches.⁴⁹ Die KI-Haftung RL soll federführend die Beweisschwierigkeiten abmildern und rechtssicherheitsstärkend wirken.⁵⁰

Eine Fragmentierung durch einzelne nationale Haftungsregelungen soll verhindert und mithin der Binnenmarkt durch harmonisierende Regelungen gestärkt werden.⁵¹ Eine Wirtschaftsstudie schätzt den Mehrwert für den grenzüberschreitenden Handel auf 5% bis 7%.⁵²

Die Richtlinie soll zudem das Vertrauen in ein wirksames Haftungssystem und die Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen erhöhen.⁵³

Alle die genannten Aspekte bilden zusammen die Zielsetzung, welche die EU mit dem Erlass der KI-Haftung RL verfolgt. Relevant vermag auch die Erkenntnis sein, dass ohne eine harmonisierende Regulierung auf EU-Ebene sowohl Anwender, Betreiber, Nutzer und Geschädigte sich mit 27 verschiedenen Haftungsregelungen konfrontiert sehen würden, wodurch unterschiedliche Schutzniveaus entstünden und eine Wettbewerbsverzerrung sowie steigende Kosten (für Unternehmen⁵⁴ und Geschädigte) die Folge sein könnten.⁵⁵ Dass bereits einige Mitgliedsstaaten nationale Bestrebungen zur Regelung der

³⁸ Droste, Produkthaftung und Produzentenhaftung in der digitalen Medizinproduktwelt, S. 248.

³⁹ Haftenberger, Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte, S.309.

⁴⁰ Hilgendorf/Roth-Isigkeit/Hilgendorf, Neue Verordnung der EU zu KI, §1, Rn. 7.

⁴¹ High Level Expert Group on AI, Policy and investment recommendations for trustworthy AI.

⁴² Europäische Kommission, Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz, COM(2020) 65 final, S. 1.

⁴³ Bericht der Europäischen Kommission über die Auswirkungen künstlicher Intelligenz im Hinblick auf Sicherheit und Haftung, COM (2020) 64 final, S. 27-28.

⁴⁴ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 mit Empfehlungen an die Kommission für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz (2020/2014(INL)).

⁴⁵ Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM(2022) 496 final, S. 2 (Begründung zum Entwurf).

⁴⁶ Münchener Kommentar/Wagner, § 823, Rn. 90 und Rn. 1136.

⁴⁷ Omlor/Möslein/Steinrötter/Stamenov, FinTech-Handbuch, Teil 1, 3. Kapitel, Rn. 9.

⁴⁸ Lasar, Künstliche Intelligenz in der GmbH, S. 5.

⁴⁹ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. Mai 2022 zur künstlichen Intelligenz im digitalen Zeitalter (2020/2266(INI))

⁵⁰ Möslein/Omlor/Steinrötter/Stamenov, FinTech-Handbuch, Teil 1, 3. Kapitel, Rn. 50v.

⁵¹ Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM(2022) 496 final, S. 6 (Begründung zum Entwurf).

⁵² Deloitte, „Study to support the Commission’s IA on liability for artificial intelligence“, 2021 (Wirtschaftsstudie).

⁵³ Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM(2022) 496 final, S. 6 (Begründung zum Entwurf).

⁵⁴ Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM(2022) 496 final, S. 3 (Begründung zum Entwurf).

⁵⁵ Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM(2022) 496 final, S. 8 (Begründung zum Entwurf).

Haftung auf nationaler Ebene gestartet haben, verdeutlicht die Dringlichkeit des Handlungsbedarfs.⁵⁶

II. Inhaltliche Auseinandersetzung

Im nachfolgenden Abschnitt wird auf die Artikel der KI-Haftung RL eingegangen, wobei die Schwerpunktsetzung anhand der materiellen Relevanz erfolgt.

1. Gegenstand und Anwendungsbereich (Artikel 1 KI-Haftung RL⁵⁷)

Gegenstand der Richtlinie ist die Vereinfachung der Beweiserbringung des Geschädigten durch eine Offenlegungspflicht von Beweismitteln und eine widerlegbare Kausalitätsvermutung bei Haftungsansprüchen, welche auf der Verwendung eines KI-System im Sinne des Art. 3 Nr. 1 KI-Verordnung⁵⁸ basieren.⁵⁹

Dabei bezieht sich der sachliche Anwendungsbereich der KI-Haftung RL nach Art.1 Abs. 2 nur auf außervertragliche, verschuldensabhängige, zivilrechtliche Ansprüche und beherbergt keine eigenen Anspruchsgrundlagen, sondern verweist insoweit auf das nationale Recht.⁶⁰

Konsequent ergibt sich daraus, dass die KI-Haftung RL die nationalen Umsetzungsbestimmungen zur Produkthaftungsrichtlinie (RL/85/374/EWG), also maßgeblich das Produkthaftungsgesetz, unberührt lässt (Art.1 Abs.3 b)). Dies gilt nach Art.1 Abs. 3 a) auch für verschuldensunabhängige Haftung im Straßenverkehr.⁶¹ Demnach sind aus deutscher Sicht vor allem die Regelungen des §§ 823 Abs. 1, 831 BGB von Bewandtnis.⁶² Möglich erscheint auch die

Anwendung auf § 823 Abs. 2, insbesondere dann, wenn man die KI-VO als Schutzgesetz verstehen mag.⁶³

Der persönliche Anwendungsbereich ist in der KI-Haftung RL nicht beschränkt.⁶⁴

Insgesamt wirkt der Entwurf nach Art.1 Abs. 4 mindestharmonisierend, was bedeutet, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung die Möglichkeit haben, weitreichendere Beweiserleichterungen wie eine Verschuldensvermutung oder Beweislastumkehr oder sogar eine Gefährdungshaftung in Betracht zu ziehen.⁶⁵

2. Begriffsbestimmungen (Artikel 2)

Um die gewollte Kohärenz zwischen KI-VO und KI-Haftung RL zu fördern, gelten die Begriffsbestimmungen der KI-VO auch für die Richtlinie.⁶⁶ Dies ergibt sich aus Art. 2 Nr. 1.

Zwecks Schwerpunktsetzung wird im Nachstehenden nur auf den Begriff „KI-System“ eingegangen.

Bei künstlicher Intelligenz handelt es sich demnach, um ein maschinengestütztes System, das für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann und aus den erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableitet, wie Ausgaben wie etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen erstellt werden, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können.⁶⁷ Jedoch gibt es unterschiedlichste Auffassungen darüber, was KI bedeutet.⁶⁸

Einerseits wird die KI-System-Definition in der KI-VO als einziger denkbarer Kompromiss zwischen den politischen Lagern in Brüssel verstanden⁶⁹ und aufgrund ihrer inhaltlichen Ähnlichkeit zu der

⁵⁶ *Tschechien*: AI Watch, „National strategies on Artificial Intelligence – A European perspective“, Ausgabe 2021 – ein GFS-OECD-Bericht; *Italien*: 2025 Strategia per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese (Strategie für die technologische Innovation und die Digitalisierung Italiens bis 2025); *Malta*: Deloitte, Study to support the Commission's IA on liability for artificial intelligence, 2021, S. 96.; *Polen*: siehe Polityka Rozwoju Sztucznej Inteligencji w Polsce na lata 2019-2027 (Politik für die Entwicklung der künstlichen Intelligenz in Polen für 2019-2027) 102-3.

⁵⁷ Die folgenden Artikel ohne Bezeichnung sind solche der KI-Haftung RL.

⁵⁸ Verordnung (EU) 2024/1689 (im Folgenden: KI-VO).

⁵⁹ Hilgendorf/Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur KI, §10, Rn. 83.

⁶⁰ Wagner, JZ 2023 123 (124).

⁶¹ Hilgendorf/Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur KI, §10, Rn. 83.

⁶² Möslin/Omlor/Steinrötter/Stamenov, FinTech-Handbuch, Teil 1, 3. Kapitel, Rn. 50w.

⁶³ Grützmaker, CR 2021 (433); Bomhard/Siglmüller, RD 2022 506 (506).

⁶⁴ Hilgendorf/Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur Künstlicher Intelligenz, §10, Rn. 83.

⁶⁵ Hilgendorf/Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur Künstlicher Intelligenz, §10, Rn. 83.

⁶⁶ Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM(2022) 496 final, S. 16 (Begründung zum Entwurf).

⁶⁷ Art. 3 Nr. 1, KI-Verordnung (EU) 2024/1689; diese Begriffsbestimmung findet nach Art. 2 Nr. 1 KI-Haftung RL auf diese Anwendung.

⁶⁸ Schwartzmann/Keber/Zenner/Hansen/Schwartzmann, KI-VO Leitfaden für die Praxis, Rn. 1.

⁶⁹ Schwartzmann/Keber/Zenner/Hansen/Schwartzmann, KI-VO Leitfaden für die Praxis, Rn. 12.

Definition der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) als praktikabel angesehen.⁷⁰

Andererseits gibt es rege Kritik an dieser Definition, die auch in Bezug auf die KI-Haftung RL von Relevanz ist.⁷¹ Die Definition sei zu weit gefasst und bringe in der Praxis erhebliche Probleme bei Abgrenzungsfragen mit sich, woraus Rechtsunsicherheit resultieren würde.⁷² Sogar Computerprogramme oder Softwares können unter diese Begriffsbestimmung fallen.⁷³ In der Literatur wird deshalb bei der KI-VO auch kritisch von einer „Software Verordnung“ gesprochen.⁷⁴ Es wirke fast so, als wolle die EU „auf Nummer sicher gehen“, weshalb eine Vielzahl von Technologien unter diese Definition subsumierbar seien.⁷⁵ Durch die Abgrenzungsschwierigkeiten besteht das Potenzial, dass insbesondere Start-Ups und die Digitalwirtschaft insgesamt geschwächt werden.⁷⁶

Darüber hinaus löst sich die Definition von vorher maßgeblichen Attributen wie Komplexität, Opazität und Autonomie.⁷⁷ KI-charakteristische Elemente wie der „Black-Box Effekt“ werden nicht einmal erwähnt.⁷⁸ In Bezug auf die Haftung ist die Autonomie des KI-Systems von hoher Relevanz, wenn es um Fragen der Kausalität und der Zurechenbarkeit geht.⁷⁹ Summierend kommen die Kritiker zu dem Ergebnis, dass unter die Definition von KI-Systemen „alles und nichts fallen kann“ und deshalb jede KI im Wege einer Einzelbetrachtung bewertet werden müsse.⁸⁰

3. Offenlegungspflicht und widerlegbare Vermutung (Artikel 3)

Der Art. 3 befasst sich mit der Offenlegungspflicht von Beweismaterial und einer widerlegbaren Vermutung für den Fall, dass gegen diese verstoßen wurde.

a) Offenlegungspflicht (Artikel 3 Abs. 1)

Art. 3 Abs.1 ermöglicht dem Geschädigten zur Erleichterung der Beweisführung das Recht auf Zugang zu Beweismitteln, welche in der Sphäre des Anspruchsgegners befindlich sind. Er findet nur auf Hochrisiko-KI-Systeme Anwendung. Die Offenlegungsverpflichtung erfolgt durch Anordnung der nationalen Gerichte. Anspruchsvoraussetzungen sind, dass der Kläger den Schadensersatzanspruch plausibel und glaubhaft darlegen kann.

Der Umfang umfasst das erforderliche und verhältnismäßige Mindestmaß (Art. 3 Abs. 4 UAbs.1), vor allem unter Berücksichtigung von Geschäftsgeheimnissen und vertraulichen Informationen (Art. 3 Abs. 4 UAbs. 2).⁸¹

Von der Offenlegungspflicht sind alle Anbieter im Sinne von Art. 3 Nr.3 KI-VO, also Hersteller, Quasi-Hersteller, Importeure und Nutzer, umfasst.⁸² Die Mitgliedstaaten müssen nach Art. 3 Abs. 4 UAbs. 4 angemessene Rechtsbehelfe gegen die Offenlegungsanordnung schaffen. Der Anspruch ist nicht auf den Kläger beschränkt, weshalb es sich dogmatisch um einen materiellen Auskunftsanspruch handelt, welcher *lex specialis* zu §242 BGB wäre.⁸³

Die Offenlegungspflicht nach Art. 3 ist gut begründet, weil der Geschädigte bei komplexen Softwaresystemen sonst erhebliche Beweisprobleme erfährt.⁸⁴

Die Konzeption des Art. 3 wirft trotzdem einige Probleme auf: Es wird angeführt, dass dem Auskunftsanspruch die immanente Gefahr innewohnt, dass vertrauliche betriebswirtschaftliche oder technologische Zusammenhänge - zumindest mittelbar- aus den offengelegten Unterlagen ableitbar sein könnten⁸⁵, zudem könnten Konkurrenzunternehmen von durch Strohmann geführte Auskunftsklagen rechtsmissbräuchlich die Konkurrenz ausforschen.⁸⁶

Des Weiteren ist davon auszugehen, dass die Begrenzung des Inhaltes des Auskunftsanspruches im Lichte des in Rede stehenden Schadensfalles beurteilt

⁷⁰ Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruscheimer/Steinrötter, RD 2021 528 (529).

⁷¹ Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM(2022) 496 final, S. 26 (Erwägungsgrund (15)).

⁷² Steege, MMR 2022 926 (926).

⁷³ Möslein/Omlor/Steinrötter/Stamenov, FinTech-Handbuch, Rn. 50d.

⁷⁴ Ebert/Spiecker, NVwZ 2021 1187 (1189), Bomhard/Merkle, RD 2022 276 (277f.).

⁷⁵ Bomhard/Sigmüller, RD 506 (508).

⁷⁶ Steege, MMR 2022 926 (930).

⁷⁷ Westphalen, ZIP 2020 437ff.; Steege, NZV 2021 (6ff).

⁷⁸ Spindler, CR 2021 361 (363).

⁷⁹ Zech, ZfPW 2019 (198ff.).

⁸⁰ Steege, MMR 2022 926 (930).

⁸¹ Möslein/Omlor/Steinrötter/Stamenov, FinTech-Handbuch, Teil 1, 3. Kapitel, Rn. 50x.

⁸² Wagner, JZ 2023 123 (125).

⁸³ Bomhard/Sigmüller, RD 2022 506 (508).

⁸⁴ Wagner, JZ 2023 123 (133).

⁸⁵ Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI am Bsp. von autonomen Systemen, 7.5.2.1, S. 402.

⁸⁶ Bomhard/Sigmüller, RD 2022 506 (509).

werde und je nach bedrohtem/verletzten Rechtsgut hinter diesem zurücktreten müsste. Demnach würden eine Vielzahl von vertraulichen Informationen preisgegeben werden, was wiederum die Innovationsbereitschaft von Unternehmen schmälern könnte und somit das selbstgesetzte Ziel der KI-Haftung RL torpedieren würde.⁸⁷

Teilweise werden sogar Vergleiche zum „Discovery“-Verfahren nach US-Recht gezogen.⁸⁸

Zudem ist das Herausverlangen von Dokumenten im Zivilprozess grundsätzlich nur in streng begrenzten Ausnahmefällen möglich.⁸⁹ Die Hürde, welche der Kläger überwinden müsste, ist dafür aber deutlich zu niedrig gesetzt, denn eine Plausibilität kann schon beim Vorliegen eines Schadens angenommen werden.⁹⁰ Den Gerichten kommt demnach ein großer Spielraum bei der Bewertung zu.⁹¹

Im Ergebnis könnte ein ausufernder Auskunftsanspruch entstehen, mit dem Rechtsunsicherheit und Missbrauchspotenzial einherginge, weshalb eine Präzisierung und Umfangseinschränkung durch den Gesetzgeber sinnvoll wäre. Ein Lösungsansatz wäre, § 831 Abs. 1 BGB analog anzustreben, wonach der Beklagte sich von einem vermuteten Verschulden exkulpieren könnte und dabei selbst entscheiden würde, welche Unterlagen er hierfür vorlegt.⁹²

Auf der anderen Seite ist dem Vorwurf eines ausufernden Auskunftsanspruchs entgegenzuhalten, dass durch die enge Fassung des Art. 3 (die von dem Geschädigten einen Tatsachennachweis verlangt, welcher den Verdacht begründet, dass ein Hochrisiko KI-System einen Schaden verursacht hat) dem entgegengewirkt wurde.⁹³ Zudem verhindere die in Deutschland geltende Kostenregelung, nach der die unterliegende Partei die Prozesskosten der Gegenseite tragen muss, grundsätzlich den Missbrauch des Zivilprozesses effektiv.⁹⁴

b) Widerlegbare Vermutungsregel (Art. 3 Abs. 5)

Kommt ein Anspruchsgegner seiner Verpflichtung zur Offenlegung nicht nach, so greift nach Art. 3 Abs. 5 die widerlegbare Verschuldensvermutung, dass dieser einen Sorgfaltspflichtverstoß begangen hat. Der Beibringungsgrundsatz des § 284 ZPO wird durch diese Regelung verdrängt.⁹⁵ Ausnahmsweise müsste also der Antragsgegner widerlegen, eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen zu haben.⁹⁶

Ziel der Vermutung ist neben der Beseitigung von Beweisschwierigkeiten auch die Durchsetzung der Dokumentationspflichten aus der KI-VO.⁹⁷

In der Praxis könnte es problematisch sein, dass die widerlegbare Vermutungsregel zum Regelfall pervertiert, weil schlussendlich schwer festzustellen sein wird, wann das erforderliche und verhältnismäßige Maß (Art. 3 Abs. 4) erreicht ist.⁹⁸ Im Vergleich zu Art. 3 Abs. 1 (Offenlegungsanspruch), welcher noch eine erhebliche Analyse und Auswertung der offengelegten Daten nach sich zieht, führt die Vermutung auf direktem Wege zu einem Sorgfaltspflichtverstoß.⁹⁹ Das Analyserisiko, was gemäß Art. 3 Abs. 1 grundsätzlich der Kläger trägt, fällt dann in Gänze weg.¹⁰⁰ Dies könnte den Kläger unverhältnismäßig begünstigen. Dem entgegenzuhalten ist, dass es nur fair erscheint denjenigen, welcher der Offenlegungspflicht nicht nachkommt, schlechter zu stellen als jenen, der sich pflichtgetreu verhält.

Um diese Problematik zu umgehen, könnte der Gesetzgeber die Vermutungsregelung einschränken auf die willkürliche Zurückbehaltung von Beweismitteln.¹⁰¹ Darüber hinaus wäre es sinnvoll, die Kriterien Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit deutlich zu konkretisieren.¹⁰²

c) Sicherung von Beweismitteln (Artikel 3 Abs. 3)

Daneben geht eine schützende Wirkung für den Kläger von Art. 3 Abs. 3 aus, wenn es um die Sicherung von Beweismitteln geht. Dieser steht im

⁸⁷ Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (509).

⁸⁸ Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI am Bsp. von autonomen Systemen, 7.5.2.1, S. 402.

⁸⁹ Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI am Bsp. von autonomen Systemen, 7.5.2.1, S. 403.

⁹⁰ Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI am Bsp. von autonomen Systemen, 7.5.2.1, S. 403.

⁹¹ Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI am Bsp. von autonomen Systemen, 7.5.2.1, S. 403.

⁹² Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI am Bsp. von autonomen Systemen, 7.5.2.1, S. 403.

⁹³ Wagner, JZ 2023 123 (125).

⁹⁴ Wagner, JZ 2023 123 (125).

⁹⁵ Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (509).

⁹⁶ Münchener Kommentar/Wagner, §823, Rn. 89.

⁹⁷ Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI am Bsp. von autonomen Systemen, 7.5.2.1, S. 402.

⁹⁸ Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (509).

⁹⁹ Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (509).

¹⁰⁰ Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (509).

¹⁰¹ Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (509).

¹⁰² Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (509).

Zusammenhang mit den Dokumentations-, Aufzeichnungs- und Informationspflichten aus der KI-VO. Wahrscheinlich wird die Umsetzung des Art. 3 Abs. 3 über die Form der Sicherungsanordnung des §935 ZPO erfolgen.¹⁰³

d) Exkurs: Auswirkung auf die vertragliche Haftung durch die Hintertür

Interessant vermag auch die Frage sein, ob die eigentlich nur für deliktische Ansprüche vorgesehene Regelung des Art. 3 nicht durch die Hintertür auch Anwendung auf vertragliche Verhältnisse finden kann, wenn der Geschädigte zugleich eine vertragliche Beziehung zu dem Beklagten pflegt. Dies würde für den Kläger die Vorteile mit sich bringen, dass das Verschulden des Beklagten gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet wird¹⁰⁴, dass auch Vermögensschäden ersatzfähig wären¹⁰⁵ und dass keine Möglichkeit einer Exkulpation für ein Verschulden des Erfüllungsgehilfen¹⁰⁶ in Frage kommen würde.

Frei nach dem Motto „best of both worlds“ könnte der Kläger über das gewollte Maß hinaus von der Offenlegungspflicht profitieren. Denn die ZPO beinhaltet grundsätzlich kein Instrument, welches eine Beweisverwertung für vertragliche Ansprüche ausschließt.¹⁰⁷ Denkbar wäre, dass der Beklagte vorträgt, dass gar kein deliktischer Anspruch verwirklicht ist, und sich so der Anwendbarkeit der KI-Haftung RL entziehen könnte, aber in der Praxis wird dies bereits daran scheitern, dass ein deliktischer Anspruch regelmäßig nicht von Anfang an ausgeschlossen werden kann.¹⁰⁸ Zur Verhinderung dieser zweckwidrigen Verwendung des Art. 3 wäre wohl die Erweiterung des Art. 3 um ein Beweisverwertungsverbot notwendig.¹⁰⁹

4. Widerlegbare Kausalitätsvermutung (Artikel 4)

Art. 4 statuiert eine widerlegbare Kausalitätsvermutung bezüglich des ursächlichen Zusammenhangs

zwischen Sorgfaltspflichtverletzung des Beklagten und „dem vom KI-System hervorgebrachten Ergebnis“. Sie dient der Beweiserleichterung, denn sonst würde es dem Geschädigten schwerfallen, diesen Kausalzusammenhang nachzuweisen.¹¹⁰

Essenziell ist es, die Mechanik des Art. 4 richtig zu greifen. Vermutet wird hier lediglich, dass die Pflichtverletzung des Schädigers das Fehllaufen des KI-Systems verursacht hat.¹¹¹ Oder anders formuliert: Vermutet wird, dass sich aus einer Sorgfaltspflichtverletzung der Output eines KI-Systems ergeben hat.¹¹² Im Endeffekt bedeutet dies, dass Art. 4 den Geschädigten so stellt, als hätte statt dem KI-System ein Mensch gehandelt.¹¹³

a) Kausalitätsvermutungsvoraussetzungen (Artikel 4 Abs. 1)

Damit die Kausalitätsvermutungsregel greift, müssen die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 1 lit. a) bis c) erfüllt sein.

aa) Verschulden = Sorgfaltspflichtverstoß

Zuerst muss der Kläger gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a) ein Verschulden des Beklagten nachweisen (oder es wird nach Art. 3 Abs. 5 vermutet).

Nicht harmonisiert bleibt das Verhältnis zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Vorsatz/ Fahrlässigkeit¹¹⁴, diese Elemente wollte der Gesetzgeber aber gerade auch nicht harmonisieren.¹¹⁵ Der Richtlinienggeber versteht dabei unter „Verschulden“ in diesem Kontext etwas anderes als das Verschulden, welches nach deutschem Rechtsverständnis gemeint wäre.¹¹⁶

Herunter gebrochen lässt sich deshalb die Voraussetzung auf das Vorliegen einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung reduzieren, denn dies ergibt sich bereits aus dem Content des Art. 4 Abs. 1 lit. a).¹¹⁷

Unter Betrachtung der Lehre von der inneren Sorgfalt¹¹⁸ ist die Verkehrssicherungspflichtverletzung mit

¹⁰³ Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (510).

¹⁰⁴ Grüneberg/Grüneberg, Kommentar BGB, §280, Rn. 40.

¹⁰⁵ Grüneberg/Grüneberg, Kommentar BGB, vor §249, Rn. 10.

¹⁰⁶ Grüneberg/Grüneberg, Kommentar BGB, §278, Rn. 1.

¹⁰⁷ Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (507).

¹⁰⁸ Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (507).

¹⁰⁹ Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (507).

¹¹⁰ Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM(2022) 496 final, S. 29 (Begründung S. 15).

¹¹¹ Wagner, JZ 2023 123 (125).

¹¹² Bommel, KI-Haftung für selbstlernende Softwares, C. III, S. 193.

¹¹³ Wagner, JZ 2023 123 (125).

¹¹⁴ Münchener Kommentar/Wagner, §823, Rn. 28ff.

¹¹⁵ Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM(2022) 496 final, S. 29 (Erwägungsgrund 22).

¹¹⁶ Bommel, KI-Haftung für selbstlernende Softwares, C. III, S. 192.

¹¹⁷ Bomhard/Sigmüller, RDi 2022 506 (510).

¹¹⁸ U. Huber, in Festschrift: E.R. Huber 253 (267f., 274ff.).

Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 2 BGB gleichzustellen.¹¹⁹ Zudem gilt bezüglich der Rechtswidrigkeit nach der herrschenden Lehre vom Erfolgsunrecht¹²⁰ die Indizierung nicht bei Softwarefehlern, da diese zu meist mittelbare Schädigungen darstellen¹²¹, weshalb es zusätzlich zur Annahme der Rechtswidrigkeit dem Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung bedarf.¹²²

Die Kausalitätsvermutung knüpft mithin aus deutscher Sicht an einer Verkehrssicherungspflichtverletzung an.¹²³ Denn die Sorgfaltspflichten entsprechen deutschen Verkehrspflichten.¹²⁴

bb) KI-Ergebnis und Sorgfaltspflichtverletzung

Des Weiteren muss gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b) durch das Sorgfaltspflichtverletzung das hervorgebrachte Ergebnis des KI-Systems beeinflusst worden oder ausgeblieben sein. Als KI-Ergebnis versteht man den unmittelbaren und nicht weiterverarbeiteten Output eines KI-Systems.¹²⁵

Notwendig ist nur der Nachweis der Möglichkeit einer Beeinflussung des KI-Ergebnisses. Fraglich ist jedoch, ob die Voraussetzung des Nachweises der Möglichkeit nicht dafür sorgt, dass aus einer von der EU-Kommission gewollten gesetzlichen Vermutungsregelung¹²⁶ dogmatischer eher eine Beweismaßabsenkung wird.¹²⁷ Nach deutschem Rechtsverständnis wäre nämlich bei einer reinen Vermutung kein Vortrag bezüglich der vermuteten Tatsache selbst notwendig¹²⁸, denn die Darlegungslast soll ja vollständig auf die Gegenpartei übergehen.¹²⁹ Bei Art. 4 Abs. 1 müsste der Kläger jedoch zumindest die Möglichkeit der Beeinflussung darlegen.

Als Gegenargument könnte vorgebracht werden, dass sich nicht das Maß der Beweiserbringung ändert, sondern vielmehr der Anknüpfungspunkt: Beeinflussung ist nicht gleich Kausalität.¹³⁰ Sie stellt jedoch ein Minus zur Kausalität dar und führt zu einer gewissen Wahrscheinlichkeitsprognose bezüglich des Vorliegens einer Kausalität.¹³¹ Vergleichbar wäre dies mit §

252 S. 2 BGB, welcher als Beweismaßabsenkung anerkannt ist und ebenfalls mit einer Wahrscheinlichkeitsprognose arbeitet.¹³²

(1) Gleichstellung mit fehlendem Ergebnis

Äußerst bedenklich ist die nach Art. 4 Abs. 1 vorgesehene Gleichstellung eines fehlenden mit einem fehlerhaften Ergebnis. Stelle man sich vor, das KI-System funktioniere aufgrund von Stromausfall oder Serverausfall gar nicht, so würde hier trotzdem die Vermutungswirkung ausgelöst werden.¹³³ Der fundamentale Unterschied zwischen Fehl- und Nichtfunktion wird dabei missachtet.¹³⁴ Ein Passus, welcher externe Störquellen oder Ähnliches ausschließen würde, könnte hier Abhilfe schaffen. Freilich wäre in zuvor genannten Beispielen auch eine Exkulpation möglich.

cc) Kausalität zwischen KI-Ergebnis und Schaden

Zuletzt muss der Kläger einen Kausalzusammenhang zwischen dem hervorgebrachten Ergebnis und dem Schaden nachweisen (Art. 4 Abs. 1 lit. c)). Diese Anforderung wird teilweise als ungeeignet und sachwidrig bewertet, denn bei logischer Betrachtung bestehen erhebliche Zweifel daran, dass eine chronologisch nachgelagerte Folge die Voraussetzung für die Vermutung, ob ein Sorgfaltspflichtverstoß kausal für ein KI-Ergebnis war, sein kann.¹³⁵ Bei Betrachtung des § 823 I BGB wird dies deutlicher: Eine Frage der haftungsausfüllenden Kausalität¹³⁶ wird folglich herangezogen, um die Vermutung eines Teils der haftungsbe gründenden Kausalität auszulösen.¹³⁷ Zudem ist die hier geforderte Kausalität zwischen KI-Ergebnis und Schaden dem deutschen Deliktsrecht grundsätzlich fremd. Haftungsausfüllend wäre hier der Kausalzusammenhang zwischen Rechtsgutverletzung und Schaden, das KI-Ergebnis ist der Rechtsgutverletzung zeitlich aber vorgelagert und schafft so de facto eine

¹¹⁹ Stathopoulos, in Festschrift: Larenz, 1983, 631 (633f.).

¹²⁰ Beck'scher Online-Kommentar/Förster, §823, Rn. 20.

¹²¹ Vgl.: Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM(2022) 496 final, S. 29 (Erwägungsgrund 3).

¹²² Dazu: Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 236.

¹²³ Bomhard/Siglmüller, RDt 2022 506 (511).

¹²⁴ Wagner, JZ 2023 123 (129).

¹²⁵ Bomhard/Siglmüller, RDt 2022 506 (511).

¹²⁶ RL Richtlinie über KI-Haftung (Vorschlag), COM(2022) 496 final, S. 29 (Begründung S. 7).

¹²⁷ Bomhard/Siglmüller, RDt 2022 506 (511).

¹²⁸ BGH NJW 2010 363 (Rn. 13); Münchener Kommentar zur ZPO/Prütting, §292, Rn. 5.

¹²⁹ Beck'scherOK ZPO/Bacher, § 292, Rn. 9.

¹³⁰ Bomhard/Siglmüller, RDt 2022 506 (511).

¹³¹ Bomhard/Siglmüller, RDt 2022 506 (511).

¹³² Hutschneider/Stiglitz, NZKart 2019 363 (364).

¹³³ Bomhard/Siglmüller, RDt 2022 506 (513).

¹³⁴ Bomhard/Siglmüller, RDt 2022 506 (513).

¹³⁵ Bomhard/Siglmüller, RDt 2022 506 (512).

¹³⁶ Möslin/Omlor/Steinrötter/Stamenov, Fintech-Handbuch, Teil 1, 3. Kapitel, Rn. 50y.

¹³⁷ Bomhard/Siglmüller, RDt 2022 506 (512).

Kausalität, die das deutsche Deliktsrecht nicht kennt.¹³⁸

b) Weitere Voraussetzungen (Art. 4 Abs. 2 bis 6)

Art. 4 Abs. 2 und 3 umfassen Bestimmungen für das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung bei Hochrisiko KI-Systemen und damit verbunden der Anwendbarkeit der Vermutungsregel auf diese.

Nach Art. 4 Abs. 2 ist bei Hochrisiko KI-Systemen nur von einer Sorgfaltspflichtverletzung des Anbieters auszugehen bei - in einem abschließenden Pflichtenkatalog aufgeführten - Verstößen gegen die KI-VO. Hierbei geht es insbesondere um die Anforderung an Trainingsdaten (Art. 10 Abs. 2 KI-VO), Transparenzanforderungen (Art. 13 KI-VO), menschliche Aufsicht (Art. 15 KI-VO) und Genauigkeit, Robustheit sowie Cybersicherheit (Art. 16 KI-VO).¹³⁹

Auf der einen Seite ist zu begrüßen, dass der abschließende Pflichtenkatalog der Anbieter und Nutzer hinsichtlich der Reichweite der Vermutungsregelung ein Stück weit rechtssichernd wirkt.¹⁴⁰

Auf der anderen Seite ist jedoch unverständlich, weshalb der Anwendungsrahmen bei Hochrisiko KI-Systemen weiter eingeschränkt werden sollte als bei nicht so Risiko behafteten KI-Systemen.¹⁴¹ Der abschließende Charakter des Kataloges führt faktisch dazu, dass Verstöße gegen andere Pflichten aus der KI-VO sanktionslos bleiben.¹⁴² Kann sich die Kommission also sicher sein, alle Pflichten des Anbieters erfasst und katalogisiert zu haben?¹⁴³

Eine Lösung könnte darin bestehen, einen solchen abschließenden Katalog auch für Nicht-Hochrisiko KI-Systeme in das Gesetzesvorhaben mit einfließen zu lassen.¹⁴⁴

Ansonsten würde man sich mit der paradoxen Situation konfrontiert sehen, dass bei einem nach Wertung der KI-VO weniger gefährlichen KI-System die Anforderungen an die Nachweisbarkeit der Sorgfaltspflichtverletzung niedriger wäre als bei einem KI-

System mit hohem Gefahrenpotenzial.¹⁴⁵ Hier besteht mithin Handlungsbedarf, um die irreführende und unverhältnismäßige Situation zu lösen.¹⁴⁶

Der Art. 4 Abs. 3 koppelt das Verschulden des Nutzers von Hochrisiko KI-Systemen an das Nicht-Erfüllen von Verwendungs- und Überwachungs- beziehungsweise Aussetzungs- und Unterbrechungspflichten (Art. 29 KI-VO) sowie an eine zweckwidrige Eingabedatenverwendung (Art. 29 Abs. 3).¹⁴⁷ Die Formulierung (kein „nur“) legt nahe, dass der Katalog nicht abschließend ist. Die zu erwartende Praxisrelevanz scheint generell überschaubar zu sein, denn Nutzern kommen nach der KI-VO nur im geringen Umfang Pflichten zu.¹⁴⁸

Gemäß Art. 4 Abs. 4 greift die Vermutungsregel nicht, wenn der Kläger über ausreichend Beweismittel zur Beweisführung verfügt.

Nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 5 greift die Kausalitätsvermutung nur, wenn es für den Kläger „übermäßig schwierig ist“, den Ursachenzusammenhang nachzuweisen.

Der Art. 4 Abs. 6 erweitert den Anwendungsbereich der Vermutung auch auf nicht gewerbliche Verwendung, soweit seine Voraussetzungen erfüllt sind. In diesem Bezug ist der Anwendungsbereich der KI-Haftung RL weiter als der des Entwurfes zur Produkthaftungsrichtlinie (siehe: D. III).¹⁴⁹

c) Rechtsfolge der Kausalitätsvermutung

Die Vermutungswirkung erstreckt sich nicht auf den gesamten Kausalverlauf, sondern nur auf den ursächlichen Zusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und dem durch das KI-System herbeigeführten „Output“.¹⁵⁰ Die Frage, ob das Ergebnis des KI-Systems für die Rechtsgutverletzung kausal war, ist demnach von der Vermutung gerade nicht umfasst.¹⁵¹ Die Vermutung ist widerlegbar, nach welchen

¹³⁸ Bomhard/Siglmüller, RD 2022 506 (512).

¹³⁹ Haftenberger, die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte, S. 345.

¹⁴⁰ Bomhard/Siglmüller, RD 2022 506 (511).

¹⁴¹ Bommel, KI-Haftung für selbstlernende Softwares, C. III, S. 193.

¹⁴² Hilgendorf, Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur KI, §10 Rn. 94.

¹⁴³ Wagner, JZ 2023 123 (126).

¹⁴⁴ Bomhard/Siglmüller, RD 2022 506 (511).

¹⁴⁵ Bommel, KI-Haftung für selbstlernende Softwares, C. III, S. 193.

¹⁴⁶ Wagner, JZ 2023 123 (126).

¹⁴⁷ Haftenberger, die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte, S. 345.

¹⁴⁸ Wagner, JZ 2023 123 (126).

¹⁴⁹ Haftenberger, Die Produkthaftung für künstlich Intelligente Medizinprodukte, S. 346.

¹⁵⁰ Eichelberger, DB 2022 2783 (2789ff.).

¹⁵¹ Bommel, KI-Haftung für selbstlernende Softwares, C. III, S. 193.

Maßstäben ist bislang ungeklärt.¹⁵² Dies wird sich in der Praxis zeigen müssen.¹⁵³

d) Resümee zur Kausalitätsvermutung

Die Kausalitätsvermutung baut die notwendige Brücke, um die aus dem KI-System resultierende Undurchschaubarkeit bezüglich des Kausalzusammenhangs zu regulieren. Deshalb kann Art. 4 eine zielgerichtete und maßvolle Regelung sein, die den Kläger nicht bevorzugt, sondern gleichstellt mit einem Kläger, der sich auf das Handeln einer natürlichen Person bezieht.¹⁵⁴

Die Vermutungsregelung kann tatsächlich hilfreich für den Geschädigten sein, wenn ihm der Anscheinsbeweis zur Beweisführung nicht genügt.¹⁵⁵ Anders als die Offenlegungspflicht ist die Schwelle zur Auslösung der Vermutung hoch gesetzt.¹⁵⁶

Allerdings bestehen erhebliche (oben bereits ausgeführte) Ungereimtheiten bezüglich der Voraussetzungen und zudem ist insbesondere irreführend, dass dieser noch einmal für Hochrisiko KI-Systeme eingeschränkt wird.¹⁵⁷ Auch umfasst die Kausalitätsvermutung nur einen geringen Sektor der Kausalität, weshalb unter dem Strich nur ein kleiner Anwendungsbereich für die Vermutungsregel verbleibt.¹⁵⁸

e) Exkurs: Gefährdungshaftung

Diejenigen, welche die KI-Haftung RL als zu kurz reichend erachten, rufen nach einer Gefährdungshaftung des Anbieters.¹⁵⁹ Angeführt wird, dass die KI-Haftung RL aus deutscher Sicht nur eine geringfügige Verbesserung bietet, weil das Verschuldensprinzip seine Geltung behält und von einer Gefährdungshaftung abgesehen wurde.¹⁶⁰ Und auch ein Entwurf des EU-Parlaments aus 2020 für eine Verordnung, welche

auch die KI-Haftung umfassen sollte, sah noch eine Gefährdungshaftung vor.¹⁶¹

Die Gefährdungshaftung dient dem effektiven Schutz der Personen, welche mit einer Gefahrenquelle in Kontakt kommen, und wird dabei, wie am Beispiel der §§ 32ff. GenTG oder §§ 1ff. UmweltHG zu erkennen ist, oft bei neuartigen Gefahrenquellen genutzt.¹⁶² KI stellt eine Innovation dar, weshalb der Gedanke grundsätzlich nachvollziehbar ist.¹⁶³ Jedoch führt sie dazu, dass nicht mehr die Schuld am Schaden, sondern der Schaden alleine zum Ersatz verpflichtet.¹⁶⁴ Sie dient also vor allem dort als probates Mittel, wo ein hohes Schadenspotenzial von einer Gefahrenquelle ausgeht (Beispiel: §84 AMG).¹⁶⁵

Gegenwärtig besteht aber kein Anlass für einen solchen Schritt, denn die KI-Schadensfälle sind, Stand jetzt, überschaubar.¹⁶⁶ Auch dass KI mehr Schäden verursacht als herkömmliche, menschlich gesteuerte Systeme ist nicht absehbar.¹⁶⁷ Im Gegenteil ist in vielen Bereichen zu erwarten, dass die Unfallzahlen sinken.¹⁶⁸

Des Weiteren gibt es in Bereichen mit erhöhtem Risikopotenzial bereits etablierte Gefährdungshaftungen (§ 7 StVG), welche auch umstandslos für Maschinen mit KI-Systemen gelten.¹⁶⁹ Eine weiterreichende Haftungsverschärfung ist mithin nicht erforderlich und folgerichtig auch nicht begründbar.¹⁷⁰

Auch eine strenge Haftung nur für Betreiber wäre keine hinnehmbare Lösung¹⁷¹: Aufgrund seines geringen Einflusses auf das KI-System ist er der falsche Adressat.¹⁷²

5. Restliche Artikel der KI-Haftung RL

Art. 5 Abs. 1 sieht vor, dass fünf Jahre nach Ende der Umsetzungsfrist eine Überprüfung stattfinden soll,

¹⁵² Bomhard/Siglmüller, RDi 2022 506 (512).

¹⁵³ Bomhard/Siglmüller, RDi 2022 506 (512).

¹⁵⁴ Wagner, JZ 2023 123 (126).

¹⁵⁵ Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI am Bsp. von autonomen Systemen, 7.5.2.2, S. 404.

¹⁵⁶ Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI am Bsp. von autonomen Systemen, 7.5.2.2, S. 404.

¹⁵⁷ Bommel, KI-Haftung für selbstlernende Softwares, C. III, S. 193.

¹⁵⁸ Bommel, KI-Haftung für selbstlernende Softwares, C. III, S. 193.

¹⁵⁹ Spindler, CD 2022 689 (Rn. 67).

¹⁶⁰ Hilgendorf/Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur KI, §10, Rn. 110.

¹⁶¹ Europäisches Parlament, Regelungen der zivilrechtlichen Haftung bei Künstlicher Intelligenz, 20.10.2020,

P9_TA-PROV(2020)0276, beachte dazu den Bericht von: Axel Voss, 5.10.2020, A9-0178/2020.

¹⁶² Münchener Kommentar/Wagner, Vor §823, Rn. 18.

¹⁶³ Faust/Schäfer/Wagner, Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internets und der KI, S. 1 (18f.).

¹⁶⁴ Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, S. 40.

¹⁶⁵ Münchener Kommentar/Wagner, Vor §823, Rn. 20.

¹⁶⁶ Martini/Nink, NVwZ-Extra 10/17 1.

¹⁶⁷ Schmitz/Prell, NVwZ 2016 1273 (1277).

¹⁶⁸ Wagner, AcP 2017 707 (709, 734f.).

¹⁶⁹ Wagner, JZ 2023 123 (133).

¹⁷⁰ Wagner, JZ 2023 123 (133).

¹⁷¹ Faust/Schäfer/Wagner, Zivilrechtliche und rechtsökonomische Probleme des Internets und der KI, S.1 (23ff.).

¹⁷² Wagner, JZ 2023 123 (133).

nach welcher ggf. schärfere Haftungsregeln in Betracht kommen.¹⁷³ Die weiteren Artikel dienen der Umsetzung von Formalitäten, ihnen kommt keine ausarbeitungswerte Bewandnis zu. Mit einer Geltung ist frühestens 2026 zu rechnen.¹⁷⁴

III. Verhältnis zur KI-VO und Produkthaftungsrichtlinie (Entwurf)

Die KI-Haftung RL orientiert sich inhaltlich stark an der KI-VO, die das KI-Sicherheitsrecht enthält.¹⁷⁵ Über diesen Weg werden sämtliche Unsicherheiten und Schwierigkeiten, welche die KI-VO enthält in die Haftungsrichtlinie „importiert“.¹⁷⁶ Ausführlich zu der Definition „KI-Systeme“ siehe oben (D. II 2. a)).

Bezüglich KI-Haftung RL und Produkthaftungsrichtlinie verfolgt die Kommission einen ganzheitlichen Ansatz durch Anpassung der Produkthaftung in dem Entwurf der Produkthaftungsrichtlinie¹⁷⁷ sowie Produzentenhaftung durch die KI-Haftung RL.¹⁷⁸ Beide zusammen komplimentieren das KI-Haftungssystem.¹⁷⁹ Der Entwurf umfasst in den Artikeln 8, 9 Abs. 2 lit. a sowie Abs. 3 und 4 Produkthaftungsrichtlinie-Entwurf simultane Regelungen bezüglich Offenlegungspflicht und Kausalitätsvermutung.¹⁸⁰ Im Ergebnis sind die Beweiserleichterungsregelungen der KI-Haftung RL ein Spiegelbild zu den deutlich griffiger gefassten Parallelregelungen im Entwurf der Produkthaftungsrichtlinie.¹⁸¹ Die Produkthaftungsrichtlinie arbeitet dabei mit einer Gefährdungshaftung (in Deutschland §1 Produkthaftungsgesetz) und ist demnach für den Geschädigten aufgrund der Verschuldensunabhängigkeit hilfreicher. Die KI-Haftungsrichtlinie kommt folglich nur dort zum Tragen, wo der Schutzbereich der dann reformierten Produkthaftungsrichtlinie eingeschränkter ist.¹⁸² Dies betrifft: Schäden an gewerblich genutzten Sachen, Weiterfresser-Schäden, Verletzung der

Produktbeobachtungspflichten, Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Datenverarbeitung¹⁸³, gewisse Eigentumsverletzungen sowie das Erschöpfen der Haftungshöchstgrenzen.¹⁸⁴

Zudem ist die KI-Haftung RL in ihrem Anwendungsbereich weiter gefasst, denn unter den Begriff Anwender fallen auch Behörden, sonstige Einrichtungen und Stellen.¹⁸⁵

Zusammengefasst spielt die KI-Haftungsrichtlinie deshalb für die Herstellerhaftung nur eine eingeschränkte Rolle.¹⁸⁶ Auch bei der Haftung des Nutzers machen entsprechende Regelungen im Entwurf zur Produkthaftungsrichtlinie (zum Beispiel Art. 7 Abs. 4) die KI-Haftung RL fast schon obsolet.¹⁸⁷

IV. Umsetzungsmöglichkeiten ins deutsche Recht

Die KI-Haftung RL müsste, sollte sie beschlossen werden, in das nationale Recht transferiert und mithin in das deutsche deliktische Haftungsrecht (§ 823ff. BGB) integriert werden.¹⁸⁸ Insbesondere die Haftung nach § 823 Abs.1 BGB wird dies betreffen.

Jedoch kennt § 823 Abs.1 BGB kein Tatbestandsmerkmal, dem sich „das KI-Ergebnis“ zusortieren lässt, da es weder eine menschliche Handlung (Verkehrspflichtverletzung) noch eine Rechtsgutverletzung darstellt. Es ist vielmehr Bestandteil der Ursachenkette zwischen Tun/Unterlassen und Rechtsgutverletzung.¹⁸⁹ Es stellt mithin einen Teil der haftungsausfüllenden Kausalität dar, weshalb die Vermutung auch nur zur Beweiserbringung in diesem Teilbereich der Kausalität hilfreich ist.¹⁹⁰

Auch indirekt könnte die KI-Haftung RL Auswirkung auf die deutsche deliktische Produzentenhaftung haben.¹⁹¹ Vorstellbar wäre zum Beispiel, dass sich die in der KI-Haftung RL gekennzeichneten haftungsrelevanten Pflichten auch im

¹⁷³ Dötsch, Außervertragliche Haftung für KI am Bsp. von autonomen Systemen, 7.5.2, S. 401.

¹⁷⁴ Bomhard/Siglmüller, RDi 2022 506 (513).

¹⁷⁵ Verordnung (EU) 2024/1689 vom 13.6.2023.

¹⁷⁶ Wagner, JZ 2023 123 (123).

¹⁷⁷ COM (2022) 495 final.

¹⁷⁸ COM (2022) 495 final S. 5; COM (2022) 496 final S. 3, (13f.).

¹⁷⁹ COM (2022) 495 final S. 5; COM (2022) 496 final S. 3, (13f.).

¹⁸⁰ Wagner, JZ 2023 123 (127).

¹⁸¹ Wagner, JZ 2023 123 (125).

¹⁸² Wagner, JZ 2023 123 (128).

¹⁸³ Droste, Produkthaftung und Produzentenhaftung in der digitalen Medizinproduktwelt, S. 52.

¹⁸⁴ Wagner, JZ 2023 123 (127).

¹⁸⁵ Wagner, JZ 2023 123 (127).

¹⁸⁶ Wagner, JZ 2023 123 (127).

¹⁸⁷ Wagner, JZ 2023 123 (127).

¹⁸⁸ Bommel, KI-Haftung für selbstlernende Softwares, C. II, S. 192.

¹⁸⁹ Bomhard/Siglmüller, RDi 2022 506 (512).

¹⁹⁰ Bomhard/Siglmüller, RDi 2022 506 (513).

¹⁹¹ Hilgendorf, Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur KI, §10, Rn. 97.

Recht der Produzentenhaftung niederschlagen.¹⁹² Auch die Pflichten der KI-VO könnten als Eckpunkte für die Konturierung von Verkehrspflichten gelten.¹⁹³

Ebenfalls interessant ist die Verarbeitung der Richtlinie im Bereich der Schutzgesetzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB.¹⁹⁴ Die KI-Haftung RL ist mangels Verhaltensnormen als Schutzgesetz untauglich. Die KI-VO hingegen beherbergt solche und könnte auch als Schutzgesetz qualifiziert werden, denn dies ist für das europäische Produktsicherheitsrecht anerkannt.¹⁹⁵

Die Schwierigkeiten bei der Transformation werden die Ungereimtheiten bezüglich der Formulierung „Verschulden“ sein und wie Offenlegungspflicht und Vermutung in die bereits bestehenden Anspruchsvoraussetzungen des § 823ff. BGB eingebettet werden.

Zudem lässt die KI-Haftung RL durch ihre mindestharmonisierende Wirkung den Spielraum zu, ihren Regelungsgehalt auch auf Tatbestände verschuldensunabhängiger Haftung zu erweitern.¹⁹⁶

V. Zusammenfassung und Bewertung

Durch die Einführung einheitlicher Regelungen soll die Fragmentierung des Binnenmarktes verhindert werden und Rechtssicherheit geschaffen werden, was grundsätzlich zu begrüßen ist.¹⁹⁷ Auch der Verzicht auf eine Gefährdungshaftung ist richtig.¹⁹⁸ Positiv ist des Weiteren, dass die Sorgfaltspflichten für Hochrisiko-KI-Systeme in Art. 4 Abs. 2 gekennzeichnet sind und die nationalen Gerichte die Standards für solche nicht definieren müssten.¹⁹⁹

Es besteht allerdings das Risiko, dass die KI-Haftung RL ihr Ziel verfehlt.²⁰⁰

Besonders problematisch sind dabei folgende Aspekte:

- Die Bezugnahme auf die unscharfen Begriffe der KI-VO importieren Unsicherheiten und lassen den Anwendungsbereich der Definition des KI-Systems ungewiss.
- Die Offenlegungspflicht und ihre widerlegbare Vermutungsregel könnten sowohl

für die vertragliche Haftung durch die Hintertür als auch zur Ausforschungszwecken missbraucht werden und laufen generell zu weit.

- Die Kausalitätsvermutung umfasst nur einen kleinen Anwendungsbereich und stellt unverständlicherweise an Hochrisiko-KI-Systeme höhere Anforderungen zur Vermutungsauslösung als an Nicht-Hochrisiko-KI-Systeme, aber differenziert dann wiederum nicht bezüglich fehlendem und fehlerhaften KI-Ergebnis. Auch die Vermutungsvoraussetzungen beherbergen Ungereimtheiten.

Um das Innovationspotenzial nicht zu gefährden, ist es dringend notwendig, diese Unklarheiten auszuräumen.²⁰¹

Die EU hatte eine einmalige Chance zur Regelung der KI Haftung. Daran gemessen kann die KI-Haftung RL ernüchternd wirken.²⁰² Weder begründet die KI-Haftung RL eine Haftung für KI-Systeme, sondern setzt sie voraus, noch regelt sie Grund und Umfang der Haftung.²⁰³ Sie regelt vielmehr den letzten Punkt in der Haftungskette: die Rechtsdurchsetzung.²⁰⁴

Außerdem ist die Annahme, dass den Geschädigten im Zusammenhang mit KI entstandenen Schäden unüberwindbare Beweisführungsprobleme erwarten, selbst nicht bewiesen.²⁰⁵

Darüber hinaus wirken die Rechtsunsicherheiten der Begriffsdefinitionen aus der KI-VO sich unmittelbar auf den Umfang der Vermutungsregel aus.²⁰⁶ Dadurch entstehen weitere Haftungslücken.²⁰⁷

Zudem stellt sich die Frage, ob es die KI-Haftung RL tatsächlich braucht, denn der Entwurf der Produkthaftungsrichtlinie weist parallele Regelungen auf. Ihr Ertrag besteht also ausschließlich in einer Erweiterung des Schutzbereiches in gewissen, nicht von dem Entwurf der Produkthaftungsrichtlinie umfassten, Bereichen.²⁰⁸ Im Ergebnis rundet die KI-Haftung RL den Vorschlag zur Reform der Produkthaftungsrichtlinie

¹⁹² Hilgendorf, Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur KI, §10, Rn. 97.

¹⁹³ Wagner, JZ 2023 123 (129).

¹⁹⁴ Wagner, JZ 2023 123 (128).

¹⁹⁵ BGH NJW 1980 1219 (1220); BGH VersR 1983 346 (347).

¹⁹⁶ Wagner, JZ 2023 123 (124).

¹⁹⁷ Bomhard/Siglmüller, RD 2022 506 (513).

¹⁹⁸ Bomhard/Siglmüller, RD 2022 506 (513).

¹⁹⁹ Hilgendorf, Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur KI, §10, Rn. 96.

²⁰⁰ Bomhard/Siglmüller, RD 2022 506 (513).

²⁰¹ Bomhard/Siglmüller, RD 2022 506 (513).

²⁰² Wagner, JZ 2023 123 (123).

²⁰³ Wagner, JZ 2023 123 (123).

²⁰⁴ Hilgendorf, Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur KI, §10, Rn. 95.

²⁰⁵ Seehafen, DB 2022 (3042).

²⁰⁶ Bomhard/Siglmüller, RD 2022 506 (511).

²⁰⁷ Hilgendorf, Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur KI, §10, Rn. 96.

²⁰⁸ Wagner, JZ 2023 123 (133).

ab, indem sie Offenlegungspflicht und Kausalitätsvermutung auch für Fälle des Deliktsrechts regelt, bei denen die Anwendung des Produkthaftungsgesetzes aus verschiedenen Gründen ausgeschlossen ist.

VI. Zwischenergebnis

Die KI-Haftung RL hätte ein ganzes Haftungsgetriebe werden können, hat sich aber aufgrund der Probleme um die importierten Begriffsbestimmungen aus der KI-VO, einigen fragwürdigen Voraussetzungen und Regelungen im Bereich der Beweiserleichterungsvorschriften, dem doch geringen Anwendungsbereich und dem Verhältnis zum Entwurf der Produkthaftungsrichtlinie als kleines, aber durchaus hilfreiches Zahnrad in einem noch unvollendeten Haftungssystem entpuppt. Oder wie Wagner konstatiert: Der Entwurf der KI-Haftungsrichtlinie ist viel Rauch, wenig Feuer.²⁰⁹

E. Auswirkung der KI-Haftung RL auf Medizinprodukte(-haftung)

Die KI-Haftung RL hat für Medizinprodukte eine erhebliche praktische Bedeutung²¹⁰, nicht zuletzt, weil die Medizinprodukte, welche nach Medizinprodukteverordnung ein Konformitätsbewertungsverfahren durch eine benannte Stelle durchlaufen müssen, als Hochrisiko-KI im Sinne der KI-VO eingestuft werden.²¹¹ Deshalb handelt es sich bei KI-Medizinprodukten im Regelfall um Hochrisiko-KI-Systeme, was umfassende Folgen mit sich bringt.²¹²

Die Offenlegungspflicht des Art. 3 Abs. 1 und ihre Vermutung aus Abs. 5 finden direkte Anwendung auf KI-Medizinprodukte. Denn der Hersteller hat im Vergleich zum Geschädigten deutlich mehr technische Informationen und Daten, die der Anspruchsdurchsetzung dienen könnten.²¹³ Die hierzu aufgeführten Probleme (s.o.) gelten demnach unmittelbar für KI-Medizinprodukte.

Die Kausalitätsvermutung findet auf KI-Medizinprodukte mit der Maßgabe Anwendung, dass ein

Verstoß gegen den abschließenden Pflichtenkatalog des Art. 4 Abs. 2 vorliegen muss, um eine Sorgfaltpflichtverletzung zu begründen (weil KI-Medizinprodukte zumeist Hochrisiko KI-Systeme sind), welche notwendig nachzuweisende Voraussetzung für die Auslösung der Kausalitätsvermutung ist. Auch die hierzu thematisierten Probleme gelten vollumfänglich für KI-Medizinprodukte.

Gerade im Bereich der Kausalität bestehen jedoch schwerwiegendere Probleme der Beweisbarkeit des Kausalzusammenhangs, welche ungeregelt geblieben sind. So kann zum Beispiel durch ein Dazwischengreifen Dritter (Ärzte, Patient etc.) der Kausalzusammenhang zwischen Produktfehler und Schaden unterbrochen werden.²¹⁴ Das große Problem der Verantwortungszuweisung bei KI-Systemen wird jedoch nicht geregelt. Bleibt aber das Problem ungelöst, welcher von mehreren Akteuren in Anspruch genommen werden soll, so bringen dem Kläger Beweiserleichterungen auf einer sehr späten prozessualen Stufe recht wenig.²¹⁵

Zudem gibt es bei der Hinzunahme von KI zur medizinischen Diagnostik, bei der die Diagnose auf dem von der KI hervorgebrachten Ergebnis beruht, schon kraft Natur der Sache erhebliche Beweishürden aufgrund von Komplexität von Symptomen und Krankheitsverläufen. Insbesondere die Anforderung aus Art. 4 Abs.1 lit. c) (s.o.) könnte hier dafür sorgen, dass die gesamte Vermutungsregel leerläuft, denn es wird dem Patienten genauso schwerfallen, den restlichen Kausalzusammenhang nachzuweisen, da die Komplexität von Symptomen oftmals mehr als nur einen Rückschluss zulässt, weshalb de facto wieder zu den von der Rechtsprechung etablierten Instrumenten, wie zum Beispiel dem Indizbeweis²¹⁶, gegriffen werden müsste, um die Voraussetzung für die Auslösung der Vermutung zu erfüllen, was in Summe keine Verbesserung der Beweissituation bedeuten würde.

Die wichtigste Auswirkung wäre demnach, dass die KI-Haftung RL die Lücke in der Beweiserbringung schließen könnte, welche die Besonderheiten von KI-Systemen in Medizinprodukten gerissen haben, und so die Gleichstellung mit der Situation, in welcher

²⁰⁹ Wagner, JZ 2023 123 (123).

²¹⁰ Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (17).

²¹¹ Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (7).

²¹² Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (9).

²¹³ Haftenberger, Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte, S.301.

²¹⁴ Haftenberger, Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte, S.323.

²¹⁵ Hilgendorf, Roth-Isigkeit/Zwickel, Die neue Verordnung der EU zur KI, §10, Rn. 95.

²¹⁶ Haftenberger, Die Produkthaftung für künstlich intelligente Medizinprodukte, S.307.

kein KI-System verwendet wurde, erreicht werden kann.²¹⁷

Wenn der doch eher kleine Anwendungsbereich der KI-Haftung RL eröffnet ist, hat diese also vollumfängliche inhaltliche Wirkung für KI-Medizinprodukte. Alle oben benannten Probleme betreffen KI-Medizinprodukte damit ebenfalls.

Der Risikoausgleich zwischen Hersteller und Nutzer wurde durch die KI-Haftung RL verschoben, weshalb die Medizinproduktehersteller gut beraten sind, sich frühzeitig mit dem Entwurf auseinanderzusetzen.²¹⁸ Die KI-Haftung RL kann unmittelbaren Einfluss auf die Innovationsbereitschaft von Medizinprodukteherstellern haben.²¹⁹ Es bleibt zu hoffen, dass das enorme Potenzial und die Innovationsbereitschaft durch die KI-Haftungsrichtlinie nicht negativ beeinflusst werden und das Gesundheitssystem weiter von KI profitieren kann.²²⁰ Gelingt der Spagat zwischen Innovationsanreizen und Regulierungsbedürftigkeit von KI hilft dies allen Beteiligten weiter.²²¹ Nichts desto trotz werden sich die KI-Medizinproduktehersteller auch zukünftig in ein noch engeres Regelkorsett schnüren lassen müssen.²²²

D) Schlussfazit

Die KI-Haftung RL stellt einen Baustein im Rahmen einer umfassenden KI-Initiative der EU dar.

Die *Offenlegungspflicht* verfolgt ein grundsätzlich verständliches Interesse, könnte aber ohne Beweisverwertungsverbot und mit der Gefahr der Ausspähbarkeit die Innovationsbereitschaft der Medizinprodukte-Hersteller und -Anwender senken.

Die Probleme aufgrund von Verantwortungszuständigkeit und Kausalitätsabbrüchen durch das Dazwischentreten Dritter wären im Medizinproduktesektor, gerade für die Beweisführung des Patienten, vorrangig zu lösen. Die *Kausalitätsvermutung* kann in ihrem überschaubaren Vermutungsrahmen und trotz ihrer diskutablen Voraussetzungen jedoch hilfreich sein und den Anscheinsbeweis/ Indizbeweis unterstützen.

Ihr Abs. 2 ist für Medizinprodukte von hoher Relevanz und schafft für den Hersteller abschließend Sorgfaltspflichten, die sich auch in der deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB wiederfinden

lassen werden, ist im Kontext der Norm aber mehr als irreführend.

Der Medizinproduktesektor unterliegt grundsätzlich stärkeren rechtlichen Vorgaben (Medizinprodukteverordnung etc.) und wird mit dem Mehraufwand durch die KI-Haftungsrichtlinie leben können. Effizienz und Innovationbereitschaft könnten tangiert werden, sollten sich genannte Probleme nicht einer rechtspraktischen Lösung zuführen lassen.

Erreicht die Richtlinie das sinnvolle Ziel, den Geschädigten so zu stellen, als sei er ausschließlich durch die Verkehrspflichtverletzung einer Person geschädigt worden, indem sie die Probleme, welche mit KI-Systemen einhergehen, durch Beweiserleichterungsregeln kompensiert, ist dies eine durchweg positive Auswirkung. Geschieht das jedoch auf Kosten der Innovationsbereitschaft der Medizinproduktehersteller sowie der Effizienz der Gesundheitsversorgung, so ist der zu zahlende Preis sehr hoch.

Mit Spannung darf beobachtet werden, ob der EU-Gesetzgeber noch einmal korrigierend aktiv wird, um die Ungereimtheiten auszuräumen.

So oder so: Der „Siegeszug“ der digitalen Medizinproduktewelt wird sich fortsetzen.

²¹⁷ Roegels, Die Haftung bei Einsatz intelligenter Medizinprodukte, S. 111.

²¹⁸ Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (17).

²¹⁹ Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (19).

²²⁰ Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (20).

²²¹ Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (19).

²²² Frost/Steininger/Vivekens, MPR 2024 4 (17).

Die Regulierung von Dark Patterns in der EU

Von Stud. iur. **Philipp Dreznjak**, Freie Universität Berlin*

A. Einleitung: Dark Patterns als verbotenes Steuerungsmittel

Der Mensch neigt dazu, Entscheidungen nicht immer rational zu treffen.¹ Oftmals verlässt er sich auf sein Bauchgefühl, anstatt eine logische Entscheidung zu treffen.² Schon immer wurden daher bei der Interaktion zwischen Händlern und Verbrauchern Techniken zur Beeinflussung des Entscheidungsprozesses eingesetzt, um den Absatz zu steigern.³ Mit der Globalisierung und Digitalisierung des Marktes manifestiert sich das Problem der Verbrauchermanipulation zunehmend auf Online-Plattformen. Ein Streaming-Abonnement lässt sich häufig mit einem Klick abschließen. Die Kündigung hingegen bleibt vielleicht nicht nur aus Bequemlichkeit aus, sondern auch, weil sie für den Verbraucher deutlich komplizierter gestaltet wird. Ein weiteres Beispiel für den Einsatz solcher Techniken stellt der Reisevermittlungsdienst „booking.com“ dar. In der Vergangenheit hat die Plattform Formulierungen wie „Nur noch wenige Zimmer verfügbar!“ oder „Nur noch 2 Plätze übrig!“ verwendet, um eine künstliche Verknappung zu suggerieren und dadurch gezielt Druck auszuüben, damit Vertragsabschlüsse schneller ablaufen.⁴ Die Konzeption von Webseiten dient also nicht

ausschließlich der Optimierung der Nutzererfahrung. Vielmehr können die Akteure auch ihre Gestaltungsmacht missbrauchen, um wirtschaftliche Eigeninteressen zu verfolgen.

Diese Art von Steuerungsmitteln wird in der Literatur überwiegend unter dem Begriff „Dark Patterns“ bezeichnet.⁵ Der Begriff wurde vom Webdesigner *Harry Brignull* im Jahr 2010 geprägt.⁶ Er beschreibt Dark Patterns als manipulative Gestaltungselemente in digitalen Interfaces, die Nutzer zu Handlungen drängen, die sie unter neutralen Umständen nicht tätigen würden.⁷ Lange Zeit wurden Dark Patterns in der EU ausschließlich durch Datenschutz- und Wettbewerbsrecht bekämpft.⁸ Die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)⁹ zielt auf Transparenz und Fairness bei der Datenerhebung ab. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)¹⁰ ermöglicht Strafen für irreführende oder aggressive Werbung.¹¹ Bei genauerer Auseinandersetzung wird jedoch schnell klar: Die Ausführungen entsprechen keineswegs einem Regelungsgehalt, welcher der stets wachsenden Problematik von manipulativen Gestaltungsmustern und dem einhergehenden fehlenden Verbraucherschutz im Internet in voller Breite würdig erscheint.¹² Gerade durch die mannigfaltigen

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag basiert auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktsbereich Wettbewerbs- und Regulierungsrecht. Die Themenstellung erfolgte durch Dr. *Viktoria Kraetzig*.

¹ *Weinzierl*, NVwZ 2020, 1, 1; *Hanson/Kysar*, New York University Law Review 1999 (Vol. 74), 630, 640 ff.

² *Weinzierl*, Dark Patterns und die innere Sphäre der Grundrechte, 2024, S. 2 ff.

³ *Kühling/Sauerborn*, CR 2022, 226 Rn. 1.

⁴ *Brent*, Booking.com Loves Dark Patterns, Medium v. 15.7.2025;

<https://brentmichaeljohnson1.medium.com/online-travel-loves-ux-dark-patterns-531899c18ae2>; zuletzt abgerufen am 11.3.2025.

⁵ *Brenncke*, Notre Dame Journal of International & Comparative Law 2023 (Vol. 14 (1)), 1; *Maamar*, in: Kraul, Das neue Recht der Digitalen Dienste, 2023, S. 135.

⁶ *Brignull*, Dark Patterns: dirty tricks designers use to make people do stuff, 90 Percent of Everything v. 8.7.2010, [https://90percentofeverything.com/2010/07/08/dark-patterns-dirty-tricks-designers-use-to-make-people-do-](https://90percentofeverything.com/2010/07/08/dark-patterns-dirty-tricks-designers-use-to-make-people-do-stuff/index.html)

[stuff/index.html](https://90percentofeverything.com/2010/07/08/dark-patterns-dirty-tricks-designers-use-to-make-people-do-stuff/index.html), zuletzt abgerufen am 20.4.2025; *Kaesling*, NJW 2024, 1609.

⁷ *Kaesling*, NJW 2024, 1609.

⁸ *Kaesling*, NJW 2024, 1609.

⁹ VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 1.

¹⁰ RL 2005/29/EG des europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der RL 84/450/EWG des Rates, der RL 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der VO (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (RL über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. 2005 L 149, 22.

¹¹ *Brenncke*, Notre Dame Journal of International & Comparative Law 2023 (Vol. 14 (1)), 1 (8 f.).

¹² *Weinzierl*, EuZW 2024, 345; *Martini/Kramme/Kamke*, MMR 2023, 323 (326 f.).

Erscheinungsformen und die stetige Entwicklung von Dark Patterns können die Regelungen an Grenzen stoßen.

Neueste digitalpolitische Regelungen der EU aus den letzten Jahren zeigen, dass der Unionsgesetzgeber derartigen Manipulationen erhöhte Aufmerksamkeit schenkt.¹³ Seit dem 14.2.2024 gilt der Digital Service Act (DSA)¹⁴ vollumfänglich in der EU. Er verpflichtet sich dem übergeordneten Ziel, ein „sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdigen Online-Umfeld“ zu errichten.¹⁵ Art. 25 DSA enthält ein Verbot für die Implementierung von Dark Patterns.¹⁶ Ziel ist es, „Nutzer vor manipulativer Einflussnahme auf deren Autonomie und Entscheidungsfreiheit im Rahmen der Nutzung von Online-Plattformen“ zu schützen.¹⁷ Nicht nur der DSA aus dem Paket zum Gesetz über digitale Dienste befasst sich mit Dark Patterns. Auch dem Digital Markets Act (DMA)¹⁸ und dem Data-Act (DA)¹⁹ sowie der Verordnung über künstliche Intelligenz (KI-VO),²⁰ können entsprechende Regelungen entnommen werden.²¹ Art. 25 DSA bildet jedoch das Fundament der EU-Regulierung von Dark Patterns.

Art 25 Abs. 1, Abs. 2 DSA enthalten unbestimmte Rechtsbegriffe. Insbesondere lässt sich dem Wortlaut der Norm keine eindeutige Definition von Dark Patterns entnehmen. Es könnte schwerfallen, den Begriff vom eher positiv konnotierten „Nudging“ abzugrenzen.²² Außerdem unterliegt der Anwendungsbereich des Art. 25 DSA zwei zusätzlichen Beschränkungen. Einerseits gilt Art. 25 DSA ausschließlich für Online-Plattformen. Webseitenbetreiber, die eigene Angebote bereitstellen, fallen also grundsätzlich nicht unter die Regelung.²³ Andererseits wird die Vorschrift in Abs. 2 durch

vorrangige Regelungen der UGP-RL und der DSGVO eingeschränkt. Trotz der Absicht des Unionsgesetzgebers, mit dem DSA Rechtssicherheit im digitalen Raum zu schaffen, erweist sich die Anwendung des Art. 25 DSA als herausfordernd. Es ist zudem fraglich, inwiefern der DSA wirksam durchgesetzt werden kann, um eine tatsächliche Regulierung zu gewährleisten.

Es stellt sich daher die Frage: Inwieweit stellt der DSA eine Herausforderung für die Regulierung von Dark Patterns dar und welche Rolle spielen ergänzende Rechtsakte? Dabei wird das Ziel verfolgt, die Wirksamkeit des DSA bei der Regulierung von Dark Patterns kritisch zu analysieren. Hierbei wird als zentrale Vorschrift auf Art. 25 DSA eingegangen. Problematische Begriffe innerhalb der Norm, der Anwendungsbereich, der Tatbestand sowie auch die praktische Durchsetzung des DSA sollen ausgelegt und kritisch bewertet werden. Abschließend wird geprüft, ob ergänzende Regelungen der KI-VO, des DA und DMA dazu beitragen können, bestehende Defizite des DSA auszugleichen.

Auch die Art. 26, 27, 31, 34 und 35 DSA unterstützen Art. 25 DSA bei der Regulierung von Dark Patterns.²⁴ Sie regulieren diese jedoch nur punktuell, da sie breitere Ziele wie Transparenz, Risikominderung oder Informationspflichten verfolgen. Da sie keine wesentliche Herausforderung für die Regulierung von Dark Patterns darstellen, werden sie in dieser Arbeit nicht näher behandelt.

B. Art. 25 DSA: Rechtsbegriffe und Tatbestand

I. Geschützter Personenkreis

Der geschützte Personenkreis des Art. 25 Abs. 1 DSA sind Nutzer. Nutzer i.S.v. Art. 3 lit. b DSA sind

¹³ Weinzierl, EuZW 2024, 345 (346).

¹⁴ VO (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der RL 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. 2022 L 277, 1.

¹⁵ Cole/Etteldorf/Ullrich, Updating the Rules for Online Content Dissemination, 2021, S. 107.

¹⁶ Köhler/Alexander, in: Köhler/Feddersen, UWG, 43. Aufl. 2025, § 4a Rn. 1.81b.

¹⁷ Barudi, in: Müller-Terpitz/Köhler, DSA, 2025, Art. 25 Rn. 2.

¹⁸ VO (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.9.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über Digitale Märkte) (DMA), ABl. 2022 L 265, 1.

¹⁹ VO (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2023 über harmonisierte Vorschriften

für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Datenverordnung), ABl. 2023/2854.

²⁰ VO (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.6.2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl. 2024/1689.

²¹ Weinzierl, EuZW 2024, 245 (246).

²² Barudi (Fn. 17), Art. 25 Rn. 10.

²³ Barudi (Fn. 17), Art. 25 Rn. 4.

²⁴ Vertiefend: Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (327); Kaesling, NJW 2024, 1609 (1614 f.).

alle natürlichen und juristischen Personen, die Vermittlungsdienste in Anspruch nehmen, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen. Der Anwendungsbereich ist weiter gefasst als jener der DS-GVO, die sich auf natürliche Personen beschränkt, sowie der UGP-RL, die Verbraucher schützt. Von Art. 25 DSA werden auch gewerblich Handelnde erfasst (ErwG. 2 S. 4 DSA).²⁵ Die Schutzbedürftigkeit gewerblicher Nutzer ist allerdings umstritten. Geschäftlich Handelnde müssen im Geschäftsverkehr besonders aufmerksam sein und irrationalen Handlungen widerstehen.²⁶

II. Dark Patterns: Definitionsansätze und Abgrenzung

Um den Anwendungsbereich des DSA in Bezug auf Dark Patterns zu bestimmen, ist zu klären, welche Praktiken Art. 25 DSA hierunter einstuft. Der Begriff Dark Patterns fungiert aufgrund seiner vielfältigen Erscheinungsformen als Sammelbegriff für unterschiedliche manipulative Geschäftspraktiken.²⁷ Definitionsansätze zeigen, dass der Begriff noch jung und ungeprägt ist.²⁸ Ein in der wissenschaftlichen Forschung verbreiteter Ansatz, der noch vor Inkrafttreten des DSA entstanden ist, fasst unter dem Begriff Praktiken zusammen, die ihren eigenen Interessen zuwiderlaufen.²⁹ An diesem Ansatz wird Kritik geübt. Die Ermittlung der Nutzerinteressengestaltet sich als schwierig, da diese unterschiedliche Bedürfnisse haben.³⁰ Auch verallgemeinerte Durchschnittsinteressen bieten keine zufriedenstellende Lösung.³¹ Dadurch würden Gestaltungsmuster verboten werden, auch wenn sie im Interesse eines einzelnen Nutzers liegen.³² Kurzfristige und langzeitige Interessen können außerdem auseinanderfallen.³³ Selbst irrationale Entscheidungen, wie selbstschädigende Verhaltensweisen durch Tabak- oder Alkoholkonsum, können individuellen Präferenzen entsprechen. Eine Bewertung der Sinnhaftigkeit einer Handlung allein anhand von Vorteilen für Verbraucher ist daher nicht zielführend.³⁴ Nutzerinteressen sind subjektiv und schwer zu quantifizieren.

Der Normtext des Art. 25 DSA enthält den Begriff „Dark Patterns“ nicht. ErwG. 67 DSA geht hingegen näher auf den Begriff ein: Es handelt sich um eine „Praktik, mit der darauf abgezielt wird, oder tatsächlich erreicht wird, dass die Fähigkeit der Nutzer, eine autonome und fundierte Entscheidung oder Wahl zu treffen, erheblich verzerrt oder beeinträchtigt wird“.

Ob trennscharf vom sogenannten „Nudging“ abgegrenzt werden kann, ist fraglich. Nudging beschreibt ebenfalls verhaltenslenkende Maßnahmen.³⁵ Bei diesen handelt es sich allerdings um solche, die den Vorstellungen des Adressaten entsprechen oder gemeinnützigen Zwecken dienen,³⁶ beispielsweise, wenn nachhaltigere oder gesündere Alternativen empfohlen werden. Vom Verwender eingesetzte „Nudges“ verfolgen allerdings nicht immer ausschließlich gemeinnützige Zwecke, sondern zum Teil auch eigene Interessen, weshalb eine Abgrenzung zwischen reinem „Nudging“ und Dark Patterns von hoher Bedeutung ist. Parallelen zur Definition von Dark Patterns nach ErwG. 67 DSA sind daher vorhanden. Nach zutreffender Ansicht muss für die Zuordnung zu Dark Patterns über das Nudging hinaus eine erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit vorliegen, die eine hinreichende Abwägung von Vor- und Nachteilen nicht mehr zulässt.³⁷ Jedoch ist die Schwelle für eine erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit schwer festzulegen.

Im Rahmen von Art. 25 DSA kommt es nicht auf die Wirksamkeit oder den Erfolg im Einzelfall an.³⁸ Maßgeblich ist, ob der Anbieter der Online-Plattform seine Interessen über das Recht des Nutzers stellt, eine informierte und autonome Entscheidung zu treffen.³⁹ Hierbei könnte ebenfalls eine Abgrenzung zum Nudging gesehen werden. Allerdings stellt sich auch hier die praktische Umsetzung, wie auch schon bei der Identifizierung von Nutzerinteressen, als schwierig dar.

Eine Abgrenzung von Dark Patterns zum „Nudging“ fällt schwer. Bereits der Begriff Dark Patterns selbst stellt somit eine erste regulatorische

²⁵ Raue, in: Hofmann/Raue, DSA, 2023, Art. 25 Rn. 50.

²⁶ BGH CR 2019, 107 (108); Kühling/Sauerborn, CR 2022, 226 (227).

²⁷ Barudi (Fn. 17), Art. 25 Rn. 7.

²⁸ Dregelies, MMR 2023, 243.

²⁹ Weinzierl, NvWZ-Extra 2020, 1; Dregelies, MMR 2023, 243; Loy/Baumgartner, ZD 2021, 404; Luguri/Strahilevitz, Journal of Legal Analyses 2021 (Vol. 13), 34 (44).

³⁰ Dregelies, MMR 2023, 243 (244).

³¹ Dregelies, MMR 2023, 243, (244).

³² Kühling/Sauerborn, CR 2022, 226 (227).

³³ Martini/Dreus/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47 (52).

³⁴ Kühling/Sauerborn, CR 2022, 226 (227).

³⁵ Hufen, JuS 2020, 193.

³⁶ Loy/Baumgartner, ZD 2021, 404.

³⁷ Kaesling, NJW 2024, 1609 (1612).

³⁸ Maamar (Fn. 5), S. 136.

³⁹ Maamar (Fn. 5), S. 136.

Hürde dar. Das traf bereits zu der Zeit zu, als Dark Patterns ausschließlich durch Wettbewerbs- und Datenschutzrecht reguliert wurden.⁴⁰ Umso auffallender ist, dass der europäische Gesetzgeber das Problem einer eindeutigen Definition von Dark Patterns im Rahmen des DSA nicht aufgegriffen hat und es daher weiterhin zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen zulässigem „Nudging“ und nun verbotenen Dark Patterns kommen kann.

ErwG. 67 DSA bietet zumindest eine Orientierung. Der stufenartige Tatbestandsaufbau von Art. 25 Abs. 1 DSA könnte sich auch als vorteilhaft erweisen, um unzulässige Designmuster zu identifizieren. Hierfür könnten auch die Fallbeispiele in Abs. 3 könnten hilfreich sein. Außerdem könnte durch künftige Rechtsprechung zur Auslegung des Art. 25 Abs. 1 DSA eine klarere Abgrenzung von unzulässigen Dark Patterns und zulässigem Nudging erfolgen.⁴¹

III. Tathandlung

Art. 25 Abs. 1 DSA erfasst Gestaltungselemente von Online-Schnittstellen, an welche die Tathandlung adressiert sind. Gemäß Art. 3 lit. m DSA handelt es sich dabei um Software, worunter Webseiten, Teile von Webseiten und Anwendungen, einschließlich Mobil-Apps fallen. Angesichts der Komplexität digitaler Schnittstellen lässt sich hierdurch ein umfassender und differenzierter Nutzerschutz realisieren.⁴² Eine weit gefasste Definition erscheint daher sachgerecht. Die Tathandlung erfasst das Konzipieren, Organisieren und Betreiben einer Online-Schnittstelle. Während Konzeption und Organisation Vorbereitungsmaßnahmen darstellen,⁴³ ist das Betreiben zentral, da hier die tatsächliche Nutzerbeeinträchtigung erfolgt. Durch das Organisieren könnten Designmuster erfasst werden, die durch die Plattform lediglich zu Verfügung gestellt, jedoch erst von den einzelnen Anbietern bzw. Händlern genutzt werden.⁴⁴ Die weite Fassung der Tathandlungen durch Art. 25 Abs. 1 DSA erlaubt es, die vielseitigen Erscheinungsformen von Dark

Patterns zu erfassen. Mithin folgt hieraus auch kein Problem bei der Regulierung.

IV. Beeinflussungsmittel als tatbestandlicher Erfolg

Das Beeinflussungsmittel ist gem. Art. 25 Abs. 1 DSA unzulässig, wenn die Nutzer getäuscht, manipuliert oder anderweitig „maßgeblich“ beeinträchtigt oder behindert werden.⁴⁵ Durch eines dieser Mittel müsste der Nutzer als tatbestandlicher Erfolg zu einem nicht erwünschten Verhalten zu seinen Lasten veranlasst werden.⁴⁶ Zunächst kann nur schwer eine Abgrenzung zwischen der Manipulation und der Täuschung vorgenommen werden.⁴⁷ Manipulative Dark Patterns könnten z.B. verwirrende Fragen oder das Fernhalten von Informationen sein.⁴⁸ Täuschende Dark Patterns könnten Knappheits- oder Zeitdrucksituationen sein.⁴⁹ Der Übergang zwischen den beiden Begriffen ist fließend.⁵⁰ Besonders erheblich ist die fehlende Abgrenzung der Begrifflichkeiten nicht. Denn beide führen zu einer unzulässigen Gestaltung. Entscheidend allein ist die unangemessene Beeinflussung. Zudem verdeutlicht die parallele Verwendung der Begriffe den weiten Anwendungsbereich der Vorschrift.

Als Auffangtatbestand gilt jede anderweitige „maßgebliche“ Beeinträchtigung oder Behinderung in der Fähigkeit, freie und informierte Entscheidungen zu treffen.

Die Begriffe „Behinderung“ und „Beeinträchtigung“ entsprechen weitgehend dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch.⁵¹ Zudem muss bei beiden Varianten eine Erheblichkeitsschwelle überschritten werden.⁵² Nach dem Wortlaut der Norm soll nicht jede Einschränkung verboten werden, sondern nur solche, die den Nutzer „maßgeblich“ bei der Entscheidungsfindung beeinträchtigt oder behindert.⁵³ Es werden weder in der Norm noch in den Erwägungsgründen Anhaltspunkte genannt, die eine „maßgebliche“ Beeinträchtigung oder Behinderung näher bestimmen. Insofern ist bedenklich, dass die Anwendbarkeit des Art. 25

⁴⁰ Steinrötter/Schauer, WRP 2024, 873 (874); Kaprou, EuCML 2023, 76 (80).

⁴¹ Barudi (Fn. 17), Art. 25 Rn. 18.

⁴² Kaesling, NJW 2024, 1609 (1610).

⁴³ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 58.

⁴⁴ Dregelies, MMR 2023, 243 (245).

⁴⁵ Mast, in: Mast/Kettemann/Dreyer/Schulz, DSA/DMA, 2024, Art. 25 Rn. 22; Kaesling, NJW 2024, 1609.

⁴⁶ Art. 25 Abs. 1 DSA; ErwG. 67 DSA.

⁴⁷ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 62.

⁴⁸ Mast (Fn. 45), Art. 25 Rn. 22.

⁴⁹ Mast (Fn. 45), Art. 25 Rn. 23.

⁵⁰ Dregelies, MMR 2023, 243 (246).

⁵¹ Zu den Begriffen: Raue, (Fn. 25), Art. 25 Rn. 74 f.

⁵² Kaesling, NJW 2024, 1609 (1612).

⁵³ Barudi (Fn. 17), Art. 25 Rn. 11.

Abs. 1 DSA zum Teil von der Auslegung des Begriffs abhängt.

Vergleichend mit der UGP-RL könnte „maßgeblich“ nach einer Ansicht i.S.v. „wesentlich“ gem. Art. 2 lit. e UGP-RL verstanden werden.⁵⁴ Eine Vergleichbarkeit von maßgeblich und wesentlich erscheint naheliegend, da eine Unterscheidung der beiden Begriffe nur im deutschen Sprachgebrauch vorliegt.⁵⁵ Englische, französische und polnische Sprachfassungen nutzen für die UGP-RL und den DSA denselben Begriff. Allerdings ist ebenfalls unklar, wann genau eine wesentliche Beeinflussung vorliegt.⁵⁶ Ein Begriffsverständnis allein durch die UGP-RL erscheint daher schwierig und führt zu selbigen Abgrenzungsschwierigkeiten.

Man könnte auch aufgrund der Bezugspunkte für die täuschenden und behindernden Praktiken unterschiedliche Maßstäbe an die Maßgeblichkeit setzen.⁵⁷ Bei täuschenden Praktiken ist entscheidend, wie aufmerksam und informiert der durchschnittliche Nutzer sein muss, um die Praxis zu durchschauen.⁵⁸ Bei behindernden Praktiken kann darauf abgestellt werden, ob die Gestaltung den Nutzer so stark hemmt, dass ein durchschnittlich zielstrebigter Nutzer seine ursprüngliche Entscheidung aufgibt.⁵⁹ Ein Beurteilungsspielraum bleibt trotzdem, weil sich Nutzerverhalten und Wirkung manipulativer Gestaltung trotz definierter Maßstäbe nicht vollständig objektiv erfassen und vorhersagen lassen. Diese Maßstäbe könnten dennoch dabei helfen, die Erheblichkeitsschwelle messbarer zu machen.

Vor allem niedrigschwellige, aber effektive Dark Patterns sind gefährlich.⁶⁰ Dies können bereits einfache Frageformulierungen mit doppelten Verneinungen sein, die beim Nutzer für Verwirrung sorgen können, ohne dass dieser sich einer Schuld des Betreibers und dessen Nutzen bewusst wird. Solche Techniken können eingesetzt werden, um das Nutzerverhalten einseitig zu Gunsten der Plattform zu beeinflussen, ohne dabei wesentlich an Vertrauen bei den Nutzern zu verlieren, wie es bei aggressiveren und offenkundigeren Dark Patterns der Fall ist.⁶¹ Wäre die

Schwelle zur Maßgeblichkeit und bzw. Erheblichkeit der Beeinträchtigung klar, könnten Plattformen bewusst unterhalb dieser Grenze arbeiten, was den Wettbewerb verzerrt und den Nutzer schädigt.⁶² Daher kann es von Vorteil sein, dass es kein eindeutiges Begriffsverständnis gibt. Nichtsdestotrotz erweist sich die Bestimmung der Erheblichkeitsschwelle als komplex und ist mit erheblicher rechtlicher Unklarheit verbunden. Die praktische Durchsetzung oder Sanktionierung birgt daher Herausforderungen. Eine Ermittlung der Erheblichkeitsschwelle stellt sich daher wie auch schon die Abgrenzung zum Nudging als schwer dar. Was als „maßgeblich“ anzusehen ist, wird vermutlich stark vom Einzelfall abhängen.⁶³ Die psychologisch bedingte Individualität der Nutzerwahrnehmung erschwert die normative Bestimmung einer Erheblichkeitsschwelle. Eine Orientierung an einem durchschnittlichen Nutzer könnte daher trotz unterschwelliger Dark Patterns Sinn ergeben, wofür allerdings weitere Kriterien und Maßstäbe erforderlich wären.

V. Begrenzung auf Online-Plattformen

Der Anwendungsbereich des Art. 25 DSA ist auf Online-Plattformen beschränkt. Gem. Art. 3 lit. i DSA sind Online-Plattformen Hosting-Dienstleister, die im Auftrag der Nutzer Informationen speichern und öffentlich verbreiten. Die Kernmerkmale sind daher das Speichern und das öffentliche Verbreiten von Daten im Auftrag des Nutzers.⁶⁴ Entscheidend ist die Speicherung und öffentliche Zugänglichkeit von Nutzerdaten.⁶⁵ Daher könnte jede Webseite mit Kommentarfunktion wie etwa digitale Zeitungen eine Online-Plattform sein, solange es sich nicht um eine unbedeutende Nebenfunktion handelt.⁶⁶

Der übergeordnete Zweck des DSA, Nutzer zu schützen, könnte auch durch Drittverhalten, d. h. auch von den einzelnen Anbietern von Dienstleistungen und Gütern auf der Plattform, gefährdet werden.⁶⁷ Allerdings ist der Wortlaut der Vorschrift in der Hinsicht eindeutig, dass er nur Online-Plattformen adressieren will. Eine indirekte Regulierung gibt es dennoch. Online-Plattformen missachten ihre eigenen

⁵⁴ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 76.

⁵⁵ Dregelies, MMR 2023, 243 (246).

⁵⁶ Dregelies, MMR 2023, 243 (246); Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 5. Aufl. 2021, UWG, § 2 Rn. 210.

⁵⁷ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 77.

⁵⁸ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 77.

⁵⁹ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 77.

⁶⁰ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 76.

⁶¹ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 76.

⁶² Luguri/Strahilevitz, Journal of Legal Analyses 2021 (Vol. 13), 34 (103).

⁶³ Barudi (Fn. 17), Art. 25 Rn. 11.

⁶⁴ Keppeler/Schneider/Nickel, MMR 2024, 839 (840).

⁶⁵ Laude, RD 2024, 216 (219 f.).

⁶⁶ Keppeler/Schneider/Nickel, MMR 2024, 839 (840).

⁶⁷ Mast (Fn. 45), Art. 25 DSA Rn. 16.

Sorgfaltspflichten, wenn sie ihren Nutzern manipulierende Gestaltungsoptionen zur Verfügung stellen.⁶⁸ Hierunter fallen Tathandlungen, durch die Online-Plattformen ihren Nutzern Funktionen zur Verfügung stellen, mit welchen Dark Patterns implementiert werden können.⁶⁹ Händler, die ihre Produkte über Online-Plattformen vertreiben, können kaum eigene Dark Patterns einsetzen, sondern nur die zur Verfügung stehenden nutzen. Irreführende Produktbeschreibungen oder fehlerhafte Abbildungen sind keine manipulativen Interfaces im Sinne des DSA, jedoch klassische Irreführungen, z.B. nach Art. 6-7 UGP-RL. Die fehlende Einbeziehung der Händler in den DSA ist daher keine regelungsspezifische Herausforderung von Dark Patterns.

Klassische Online-Shops, die eigene Produkte verkaufen, werden definitionsgemäß nicht als Online-Plattformen eingestuft.⁷⁰ Allerdings können auch solche Webseiten Dark Patterns nutzen. ErwG. 13 S. 1 DSA begründet, warum nur Online-Plattformen erfasst werden: Die „besonderen Merkmale“ solcher Plattformen erfordern eine erweiterte Regulierung.⁷¹ Systemische Risiken, Gefahren für die Grundrechte von Nutzern⁷² sowie intransparente Online-Umfelder gehen vor allem von Online-Plattformen aus.⁷³ Darüber hinaus haben sie enorme Einwirkungsmöglichkeiten auf Nutzer durch Empfehlungen von Interaktionen, Entfernen von Inhalten oder ähnlichen Elementen.⁷⁴ Klassische Online-Shops haben eine geringere Reichweite und beeinflussen das Nutzerverhalten dementsprechend nur schwach. Auf vielen Webseiten gibt es keine Interaktionen bis auf den Geschäftsabschluss. Darüber hinaus können Dark Patterns auf solchen Webseiten durch das Lauterkeits- und Datenschutzrecht reguliert werden.⁷⁵ Kleinere Webseitenbetreiber würden durch die Regelungen des DSA übermäßig belastet werden, obwohl ihr Einfluss auf Nutzer weitaus geringer ist. Mit der Überwachung einer breit gefächerten Betreiberlandschaft würde ein erheblicher administrativer Aufwand einhergehen. Es könnte zwar sinnvoll sein, auch klassische Online-Shops mit einzubeziehen, um regulatorische Lücken zu

vermeiden. Jedoch wäre allein aus Gründen praktischer Umsetzbarkeit eine Regulierung jeglicher Webseitenbetreiber nur schwer verfolgbar. Darüber hinaus werden klassische Online-Shops unter anderen bereits umfassend durch Produktsicherheitsrecht und Lauterkeitsrecht reguliert, welche ebenfalls Dark Patterns erfassen können.

Eine flexiblere Regelung, die auch größere klassische Webseiten erfasst, sofern von ihnen vergleichbare Gefahren ausgehen, könnten sich als sinnvolle Maßnahme erweisen. Geeignete Kriterien für eine Gefahreneinschätzung könnten schwer zu bestimmen sein. Gemäß Art. 33 Abs. 1 DSA gelten Plattformen mit mehr als 45 Millionen monatlichen Nutzern als VLOPs (sehr große Online-Plattformen). Diese Regelung hätte man als Leitbild nehmen können, um auch große klassische Online-Shops zu verpflichten. Durch die Begrenzung auf größere Online-Shops stellen sich auch nicht die Umsetzungsprobleme, die mit der Einbeziehung jeglicher Online-Shops einhergingen.

Durch die Beschränkung des Anwendungsbereiches von Art. 25 DSA wird der Fokus auf Online-Plattformen gelegt, wodurch ein hohes Verbraucher- bzw. Nutzerschutzniveau erreicht werden. Dadurch, dass auch nur solche Online-Plattformen erfasst werden, die Nutzerinformationen speichern und zugänglich machen, kann der Schutz der Nutzer zielgerichteter durchgesetzt werden.

VI. Fallgruppen (Abs. 3)

Art. 25 Abs. 3 DSA erlaubt der Europäischen Kommission, Leitlinien zu erlassen. Die Vorgaben betreffen insbesondere die Präsentation von Auswahlmöglichkeiten, wiederholte Aufforderungen und Kündigungsprozesse. Die Leitlinien dienen der präziseren Abgrenzung zwischen den von Abs. 1 erfassten und den zulässigen Praktiken, um bestehende rechtliche Unsicherheiten zu reduzieren.⁷⁶ Leitlinien gehören zum „Soft Law“ und entfalten daher keine unmittelbare rechtliche Bindung.⁷⁷ Dennoch haben sie oft erhebliches Gewicht in der Praxis.⁷⁸ Die von der Kommission zu erlassenden

⁶⁸ Dregelies, MMR 2023, 243 (245).

⁶⁹ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 57.

⁷⁰ Barudi (Fn. 17), Art. 25 Rn. 4.

⁷¹ ErwG. 13 S. 1 DSA.

⁷² ErwG 3 DSA, ErwG. 9 DSA; F.Hofmann/Raue (Fn. 25), Einleitung Rn. 8.

⁷³ F.Hofmann/Raue (Fn. 25), Einleitung, Rn. 7.

⁷⁴ Köhler/Holznagel (Fn. 17), Art. 3 Rn. 80.

⁷⁵ Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3542).

⁷⁶ Kaesling, NJW 2024, 1609 (1613); Gertz/Martini/Seeliger/Timko, LTZ 2023, 3 (6).

⁷⁷ Hakenberg, Europarecht, 10. Aufl. 2024, Rn. 221; Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 105; EuGH, Urt. v. 7.3.2002, Italien/Kommission, C-310/99, EU:C:2002:143, Rn. 52 – BeckRS.

⁷⁸ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 106.

Leitlinien könnten die Identifizierung des Einsatzes von Dark Patterns erleichtern.

Abs. 3 enthält drei Fallgruppen. Diese listen Verhaltensweisen auf, die typischerweise zu den nach Abs. 1 verbotenen Designs gehören. Insoweit besteht Uneinigkeit darüber, wie diese zu verstehen sind. Teile der Literatur verstehen sie als Regelbeispiele,⁷⁹ während eine andere Ansicht der Auffassung ist, dass es sich nicht um Regelbeispiele stets verbotener Praktiken handelt.⁸⁰ Webseiten-Betreiber können die Grenzen des unzulässigen Handelns demnach nicht direkt aus Abs. 3 entnehmen.⁸¹ Begründet wird diese Ansicht mit dem Parlamentsentwurf (Art. 13a DSA-E-P).⁸² Dort sollte es sich im Vergleich zur finalen Entscheidung noch eindeutig um rechtsverbindliche Regelbeispiele gehandelt haben.⁸³

Wie Abs. 3 tatsächlich auszulegen ist, hat weitreichende Konsequenzen. Sollte es sich nicht um stets verbindliche Regelbeispiele handeln, wäre es der Kommission erlaubt, flexibel auf manipulative Gestaltungen zu reagieren.⁸⁴ Auf der anderen Seite könnte die Rechtssicherheit beeinträchtigt werden, da der DSA die Grenzen zulässiger Praktiken nicht abschließend festlegt.⁸⁵ Es könnte zu uneinheitlichen Entscheidungen der Aufsichtsbehörden führen und die Anwendung des DSA erschweren.

Dem Wortlaut von Abs. 3 können keine klaren Anhaltspunkte entnommen werden, dass es sich bei den Fallgruppen um Regelbeispiele handelt. Darüber hinaus ergänzt ErwG. 67 DSA zwei weitere Fallgruppen von Dark Patterns. Zutreffend handelt es sich nicht um klassische Regelbeispiele.⁸⁶ Vielmehr sollte man die Fallgruppen als bindende Beispiele verstehen, die zwar verbotene Praktiken gem. Art. 25 Abs. 1 DSA darstellen, aber nicht abschließend sind.⁸⁷ Dagegen spricht der nicht erschöpfende Charakter der Aufzählung in Abs. 3, die umfassendere Definition von Dark Patterns in ErwG. 67 DSA sowie die Funktion des Abs. 3 als Konkretisierung bereits in Abs. 1 verbotener Praktiken. Selbst bei der unzutreffenden Annahme von Regelbeispielen könnte

Abs. 3 für Webseitenbetreiber nicht klar genug sein, um von erlaubter und unerlaubter Handlung abzugrenzen. Dafür bieten die einzelnen Fallgruppen zu viel Interpretationsspielraum.⁸⁸ Nach Art. 25 Abs. 3 lit. a DSA sollen Leitlinien für das Framing erlassen werden, bei welchem z.B. Wahlmöglichkeiten oder Informationen stärker hervorgehoben werden.⁸⁹ Hier ist beispielsweise unklar, wann die Grenze zu verbotenem Framing überschritten wird.⁹⁰

Abs. 3 kann daher keine substanzielle Konkretisierung des Abs. 1 leisten. Die Grenzen des legalen Handelns können nicht eindeutig abgeleitet werden. Zwar kann er durch die exemplarisch aufgeführten Fallgruppen eine gewisse Orientierung bieten, eine erschöpfende Aufzählung typisierter Regelbeispiele hätte jedoch eine stärkere Klarstellungswirkung entfalten können.

VII. Zwischenfazit

Art. 25 Abs. 1 DSA erscheint auf den ersten Blick geradezu prädestiniert dafür, Dark Patterns zu regulieren. Der strukturelle, typisierende Ansatz lässt auf eine differenzierte Erfassung schließen. Allerdings ist bereits der Begriff „Dark Patterns“ schwer abzugrenzen. Unklar bleibt, wann eine „maßgebliche Beeinträchtigung oder Behinderung“ vorliegt und wie Abs. 3 zu verstehen ist. Auch die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Online-Plattformen könnte die Wirksamkeit der Vorschrift deutlich einschränken. Die Unschärfe der Vorschrift bringt daher erhebliche Herausforderungen bei der Regulierung von Dark Patterns mit sich.

C. Verhältnis zur DSG-VO und UGP-RL (Art. 25 Abs. 2 DSA)

Der Anwendungsbereich der Norm wird gem. Art. 25 Abs. 1 DSA durch die vorrangigen Vorschriften der UGP-RL und der DSG-VO beschränkt. Art. 25 DSA findet entsprechend keine Anwendung. Die UGP-RL und DS-GVO decken in bestimmten Fällen manipulative Praktiken nur zum

⁷⁹ Kaesling, NJW 2024, 1609 (1613); Raue (Fn. 25), Art. 25, Rn. 106.

⁸⁰ Gertz/Martini/Seeliger/Timko, LTZ, 2023, 3 (6).

⁸¹ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (325).

⁸² DSA-E des Parlaments (P9 TA (2022)0014); Gertz/Martini/Seeliger/Timko, LTZ, 2023, 3 (6).

⁸³ Martini/Kramme/Seeliger, VuR, 2022 123 (130).

⁸⁴ Gertz/Martini/Seeliger/Timko, LTZ, 2023, 3 (6).

⁸⁵ Gertz/Martini/Seeliger/Timko, LTZ, 2023, 3 (6).

⁸⁶ OLG Bamberg GRUR-RS 2025, 6221 Rn. 12; Gertz/Martini/Seeliger/Timko, LTZ, 2023, 3 (6).

⁸⁷ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (325); Gertz/Martini/Seeliger/Timko, LTZ, 2023, 3 (6).

⁸⁸ Maamar, in: Kraul, New Digital Services Act, 2024, S. 99.

⁸⁹ Dregelies, MMR 2023, 243 (245).

⁹⁰ Dregelies, MMR 2023, 243 (247).

Teil ab.⁹¹ Dadurch können Überschneidungen und Interpretationsspielräume sowie Irritationen entstehen.

I. Auslegung von Art. 25 Abs. 2 DSA

Es ist unklar, wie Abs. 2 zu verstehen ist. Eine Sperrung von Art. 25 DSA bei jeglicher Anwendbarkeit der anderen Regelungen wäre gravierend. Dark Patterns haben oft Bezug zu Datenverarbeitung oder Geschäftspraktiken. Ein Lösungsansatz wäre, Dark Patterns ihrem Zweck nach zuzuordnen.⁹² Wenn bspw. Nutzer durch manipulative Techniken dazu veranlasst werden, mehr Daten preiszugeben als beabsichtigt, hätte die DS-GVO vorrangige Geltung.⁹³ Diese Ansicht stimmt jedoch nicht mit dem Wortlaut des Art. 25 Abs. 2 DSA überein, da eindeutig der DS-GVO und UGP-RL Vorrang eingeräumt wurde, ohne den Zweck des Dark Patterns zu beachten.

Nach allgemeiner Ansicht ist Art. 25 DSA grundsätzlich nicht gesperrt, wenn der Anwendungsbereich der UGP-RL oder DS-GVO eröffnet ist.⁹⁴ Diese Interpretation findet eine Stütze in ErwG. 67 DSA. Demnach sollten rechtmäßige Praktiken, die den Vorgaben des Unionsrechts entsprechen, grundsätzlich nicht als Dark Patterns qualifiziert werden. Nach dem engen Wortlaut ist der Erwägungsgrund so zu verstehen, dass der DSA keine neuen Verbote in Bezug auf Dark Patterns schaffen darf.⁹⁵ Eine solche Auffassung der Norm würde allerdings zu einer vollständigen Zweckentfremdung führen. Art. 25 DSA könnte keinen Beitrag zur Regulierung von Dark Patterns leisten. Die Intention des Gesetzgebers, einen zusätzlichen Schutz gegen nachteilige Designtechniken zu etablieren, stünde im Widerspruch zu dieser Auslegung.⁹⁶ Daher ist ErwG. 67 S. 7 DSA so zu verstehen, dass damit Art. 25 Abs. 1 DSA in der Hinsicht eingegrenzt werden soll, dass er tatsächlich auch nur für Dark

Patterns gilt.⁹⁷ Diese Ansicht erscheint zweckmäßig, da eine unnötige Erweiterung des Regelungsrahmens verhindert wird. Gleichzeitig wird gewährleistet, dass der normative Zweck von Art. 25 DSA, der Schutz vor gezielt manipulativen Praktiken, in seiner Funktionalität und Zielgerichtetheit gewahrt bleibt.

Dark Patterns dienen meist der Absatzförderung. Sie gelten oft als Geschäftspraktik i.S.v. Art. 2 lit. d UGP-RL und könnten damit in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 UGP-RL fallen.⁹⁸ Würde dieser geschäftliche Bezug ausreichen, um Art. 25 DSA auszuschließen, wäre der Anwendungsbereich des DSA stark eingeschränkt.⁹⁹ Das würde seine regulatorische Wirkung erheblich schwächen. Er würde kaum noch für verbraucherbezogene Plattformen gelten.¹⁰⁰ Für Geschäfte zwischen juristischen Personen strengere Regeln aufzustellen als für Verbrauchergeschäfte, würde außerdem zu Wertungswidersprüchen führen, da man von Geschäftspersonen eine höhere Sorgfalt im Verkehr erwarten kann, als von Privatpersonen.¹⁰¹ Eine solche Auslegung steht dem Ziel des DSA entgegen, einheitliche und umfangreiche Regeln für digitale Dienste zu schaffen.¹⁰² Daher darf der geschäftliche Charakter allein nicht zu der Sperrwirkung führen.¹⁰³ Ein weites Verständnis von Abs. 2 ist mithin zwingend erforderlich.

Einer anderen Ansicht nach sollte der DSA immer dann als *lex specialis* gegenüber anderen Regelwerken gelten, wenn er bestimmte Designvorgaben vorschreibt.¹⁰⁴ Sie würde nach der Ansicht nicht im Widerspruch zur Vorrangregelung dieser beiden Regelwerke stehen, da spezielle Vorschriften des DSA bereits Vorrang vor den *lex generalis*-Regeln der UGP-RL oder DSGVO haben.¹⁰⁵ Dies widerspricht dennoch dem klaren Wortlaut von Abs. 2, der die UGP-RL und DSGVO vorrangig anwendbar macht. Die Systematik des Absatzes ist ebenfalls in der

⁹¹ Dregelies, MMR 2023, 243, (246).

⁹² Akhurst/Zurdo/Rapparani/Markhof, How should the European Union regulate Dark Patterns?, SciencesPo v. 1.4.2023, S. 16, <https://www.sciencespo.fr/public/chaire-numerique/wp-content/uploads/2023/09/Dark-Patterns.pdf>, zuletzt abgerufen am 12.4.2025.

⁹³ Akhurst/Zurdo/Rapparani/Markhof, How should the European Union regulate Dark Patterns?, SciencesPo v. 1.4.2023, S. 16, <https://www.sciencespo.fr/public/chaire-numerique/wp-content/uploads/2023/09/Dark-Patterns.pdf>, zuletzt abgerufen am 12.4.2025.

⁹⁴ Mast (Fn. 45), Art. 25 DSA Rn. 30; Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 96; Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (327).

⁹⁵ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (327).

⁹⁶ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323, (327).

⁹⁷ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323, (327).

⁹⁸ Gertz/Martini/Seeliger/Timko, LTZ 2023, 3 (6).

⁹⁹ Gertz/Martini/Seeliger/Timko, LTZ 2023, 3 (7).

¹⁰⁰ Gerpott, K&R 2022, 726 (728 f.).

¹⁰¹ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (326).

¹⁰² Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323, (326).

¹⁰³ Gertz/Martini/Seeliger/Timo, LTZ 2023, 3 (7); Dregelies, MMR 2023, 243 (246); Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323, (326).

¹⁰⁴ Husovec, Principles of the Digital Services Act, 2024, S. 309.

¹⁰⁵ Husovec (Fn. 104), S. 309.

Hinsicht eindeutig, dass bewusst keine überlappenden Regelungen aufgestellt werden sollen.

Allerdings sollte Art. 25 DSA anwendbar bleiben, wenn er eine weitergehende Schutzrichtung hat, in dem ein Teilbereich der Handlung nicht von DS-GVO und UGP-RL erfasst wird.¹⁰⁶ In so gut wie jedem Vorgang im Internet werden Daten der Nutzer verarbeitet. Art. 25 DSA würde leerlaufen, wenn die Eröffnung des Anwendungsbereiches der DS-GVO seinen Rücktritt bedeuten würde.¹⁰⁷ Abs. 2 entfaltet also keine absolute Sperrwirkung, vielmehr sollen bereits zuvor nach UGP-RL bzw. DS-GVO verbotene Praktiken auch weiterhin nach diesen behandelt werden.¹⁰⁸ Der DSA würde die bereits bestehenden Regelungen nicht tangieren, sondern vielmehr den Schutz erweitern. Ob das gelingt, ist fraglich.

II. Abgrenzung zur UGP-RL

Gem. Art. 3 Abs. 1 UGP-RL erfasst die Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken nach Art. 5 UGP-RL von Unternehmen gegenüber Verbrauchern. Hierzu zählen sowohl irreführende Verhaltensweisen nach Art. 6 und 7 UGP-RL als auch aggressive Geschäftspraktiken gem. Art. 8 und 9 UGP-RL. Zudem listet die „schwarze Liste“ in Anhang I der UGP-RL verschiedene Tatbestände auf, worunter auch Dark Patterns fallen können (Ziff. 5, 6, 7, 8, 9, 12, 18, 19, 20, 23b, 31).¹⁰⁹ Auch im UWG, welches die nationale Umsetzung der UGP-RL darstellt, enthalten die verbraucherschützenden Regelungen gem. §§ 4 ff. UWG-Verbote.¹¹⁰

Es kann zu Überschneidungen kommen, wenn Anbieter nach Art. 25 DSA zugleich als Gewerbetreibende agieren und Dark Patterns nutzen.¹¹¹ Hier wäre neben dem Verstoß gegen Art. 25 DSA ein Verstoß gegen Art. 6 ff. UGP-RL (irreführende Geschäftspraktik) denkbar.¹¹² Auch belästigende oder aggressive Geschäftspraktiken könnten nach Art. 8 ff. UGP-RL zur Regelungskonkurrenz führen.¹¹³

Auf der Ebene der anzuwendenden Standards wird Art. 25 Abs. 1 DSA voraussichtlich eine eigene Bedeutung in Fällen aggressiver bzw. manipulativer

Praktiken erlangen, die sich nicht gegen Verbraucher richten.¹¹⁴ Auch in Fällen, in welchen Dark Patterns außerhalb von kommerziellen Beziehungen verwendet werden, greift der DSA.¹¹⁵ Gem. Art. 2 lit. b UGP-RL erfasst die Richtlinie nur die Förderung des eigenen Absatzes. Die Förderung fremder Unternehmen ist von der UGP-RL nicht erfasst. Hierzu zählt bspw. der Ein- bzw. Ankauf von Waren oder Dienstleistungen.¹¹⁶ In diesem Kontext könnte der DSA zur Regulierung beitragen.

Innerhalb des UGP-RL geht es nur um die Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens von Verbrauchern.¹¹⁷ Der DSA beschränkt sich nicht auf das wirtschaftliche Verhalten. So kann etwa auch die Entscheidung beeinflusst werden, seine Meinung zu äußern oder andere Informationen preiszugeben.¹¹⁸ Die UGP-RL konzentriert ihren Schutzbereich auf Dark Patterns im geschäftlichen Bereich zwischen Unternehmen und Verbrauchern. Viele Dark Patterns fallen nicht unter die UGP-Richtlinie, wodurch es zu Regelungslücken kommt.¹¹⁹ An diesen Lücken kann der DSA anknüpfen und entsprechende Regelungsdefizite der UGP-RL ausbessern.

III. Abgrenzung zur DS-GVO

Nach Art. 1 Abs. 1 DS-GVO beschränkt sich die Verordnung auf den „Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“. Personenbezogene Daten sind nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO Informationen, die eine identifizierte oder identifizierbare Person betreffen. Dark Patterns können gegen die DS-GVO verstoßen, insbesondere gegen die Grundsätze des Art. 5 DS-GVO sowie die Anforderungen an eine freiwillige, spezifische und informierte Einwilligung gemäß Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO.¹²⁰ Hiernach muss die Einwilligung in die Verarbeitung der Daten durch Dark Patterns freiwillig erteilt worden sein.¹²¹ Zudem können sie die Transparenzpflichten nach Art. 25 DS-GVO verletzen.¹²² Verboten sind auch sogenannte Opt-Out-Modelle, sofern es sich nicht um erforderliche Daten

¹⁰⁶ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 96.

¹⁰⁷ Mast (Fn. 45), Art. 25 DSA Rn. 30.

¹⁰⁸ Dregelies, MMR 2023, 243 (246).

¹⁰⁹ Barudi (Fn. 17), Art. 25 Rn. 5.

¹¹⁰ Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47 (66).

¹¹¹ Mast (Fn. 45), Art. 25 DSA Rn. 31.

¹¹² Mast (Fn. 45), Art. 25 DSA Rn. 32.

¹¹³ Mast (Fn. 45), Art. 25 DSA Rn. 32.

¹¹⁴ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 100.

¹¹⁵ Husovec (Fn. 104), S. 309.

¹¹⁶ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 100.

¹¹⁷ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 100.

¹¹⁸ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 100.

¹¹⁹ Steinrötter/Schauer, WRP 2024, 873 (880).

¹²⁰ Schmid, MMR-Aktuell 2023, 455779.

¹²¹ Weinzierl, NVwZ-Extra 2020, 1 (8).

¹²² Schmid, MMR-Aktuell 2023, 455779.

handelt.¹²³ Bei dieser Art von Dark Pattern werden Nutzer unbewusst in Praktiken eingeschlossen, etwa indem ein Auswahlfeld von vornherein ausgewählt ist.¹²⁴

Ein häufig genanntes Dark Pattern im Kontext zur Datenverarbeitung sind sogenannte Cookie-Banner.¹²⁵ Oftmals heben Cookie-Banner den „Zustimmen“-Button deutlich hervor, während der „Ablehnen“-Button unauffällig bleibt.¹²⁶ Es liegt nahe, dass die DS-GVO solche Muster regelt. In derartigen Fällen greift allerdings teilweise die ePrivacy-RL¹²⁷ als *lex specialis*.¹²⁸ Die ePrivacy-RL regelt das Platzieren von Cookies auf dem Gerät, während die DS-GVO die Verarbeitung der dabei gewonnenen personenbezogenen Daten regelt.¹²⁹ Solche Arten von Dark Patterns bei Cookies werden daher durch Art. 25 Abs. 1, 3 DSA reguliert.

Auch an anderen Stellen ist eine Überschneidung möglich. Denkbar sind potenzielle Verstöße gegen das datenschutzrechtliche Koppelungsverbot, gegen fundamentale Verarbeitungsgrundsätze gem. Art. 5 DSGVO sowie gegen die in Art. 12 DS-GVO verankerten Transparenz- und Informationspflichten.¹³⁰

Für Art. 25 DSA verbleibt in Abgrenzung zur DS-GVO daher die Einwirkung auf alle Entscheidungen, mit denen nicht-personenbezogene Daten preisgegeben werden, d.h. auch Daten juristischer Personen sowie reine Maschinendaten.¹³¹ Auch im Falle von entsprechenden Consent-Bannern bzw. Cookie-Bannern bleibt der DSA anwendbar. Durch Art. 25 Abs. 3 DSA können außerdem Dark Patterns behandelt werden, die ablenkend bzw. irreführend oder auch drängend auf den Verbraucher wirken.¹³² Laut ErwG. 67 S. 4 DSA sollen vor allem visuelle, akustische oder andere Elemente, die besonders

hervorgehoben werden, verhindert werden. Ein solches nutzersteuerndes Framing wird bislang nicht durch die DS-GVO erfasst.¹³³ Hier kann der DSA eine Regelungslücke schließen und zur Regulierung beitragen.

IV. Analyse und Bewertung

Wie Abs. 2 tatsächlich zu verstehen ist, ist umstritten. Die Auslegung ist eine Herausforderung und wird wohl auch in Zukunft diskutiert werden. Nach zutreffender Ansicht ist Art. 25 Abs. 2 DSA demnach so zu interpretieren, dass Praktiken, die bereits unter der UGP-RL oder der DS-GVO verboten sind, auch weiterhin nach diesen Rechtsakten behandelt werden.¹³⁴ Eine solche Auslegung bietet etwas Klarheit und Rechtssicherheit. Die Literatur betont zutreffend, dass das Zusammenspiel der wettbewerbs- und verbraucherrechtlichen Bestimmungen sowie der DS-GVO bereits überaus wirksame Regelungen zur Eindämmung von Dark Patterns enthält.¹³⁵ Sowohl UGP-RL als auch DS-GVO erfassen Dark Patterns nur punktuell.¹³⁶ Nur im Bereich von Geschäften zwischen Verbrauchern und Anbietern könnte Art. 25 DSA durch die UGP-RL lediglich einen deklaratorischen Charakter haben.¹³⁷ Der Anwendungsvorrang der DS-GVO verkleinert den Anwendungsbereich des DSA zumindest nur schwach. Allgemein scheint der Anwendungsbereich des DSA durch Abs. 2 kleiner, als er tatsächlich ist.

Die Subsidiarität von Art. 25 Abs. 1 DSA erschwert auf der anderen Seite die eindeutige Zuordnung zur jeweiligen Vorschrift.¹³⁸ Der Sinn des Abs. 2 besteht darin, dass keine unnötigen Überschneidungen entstehen. Allerdings obliegt die Durchsetzung der DS-GVO, UGP-RL und des DSA verschiedenen Institutionen.¹³⁹ Gem. Art. 55, 56 DS-

¹²³ Martini, in: Paal/Pauly, 3. Aufl. 2021, DS-GVO, Art. 25 Rn. 46.

¹²⁴ Martini, (Fn. 123), Art. 25 Rn. 46.

¹²⁵ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (326); Assion/Schneider, TTDSG, 2022, § 25 Rn. 30 ff.

¹²⁶ Möller, VuR 2022, 449 (456).

¹²⁷ RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.06.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. L 201, S. 0037 – 0047.

¹²⁸ Art. 95 DS-GVO; ErwG. 173 DS-GVO; Gertz/Martini/Seeliger/Timko, LTZ 2023, 3 (7); Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (326); EuGH, Urt. v. 1.10.2019 – C-673/17, MMR 2019, 732 (737); Vertiefend: Haber, MMR 2020, 810 (812).

¹²⁹ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (326).

¹³⁰ Mast (Fn. 45), Art. 25 DSA Rn. 34.

¹³¹ Raue (Fn. 25), Art. 25 Rn. 102.

¹³² Sog. Misdirection- bzw. Nagging-Patterns, vgl. Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (327).

¹³³ Dregelies, MMR 2023, 243 (247).

¹³⁴ Dregelies, MMR 2023, 243 (246).

¹³⁵ Weinzierl, EuZW 2024, 345 (346); Kühling/Sauerborn, CR 2022, 226 (228); Steinrötter/Schauer, WRP 2024, 873 (880); Barudi (Fn. 17), Art. 25 Rn. 5 f.; Gertz/Martini/Seeliger/Timko, LTZ 2023, 3 (6).

¹³⁶ Bodensiek, MMR 2022, 722 (723).

¹³⁷ OLG Bamberg GRUR-RS 2025, 6221 Rn. 11; Gerpott, K&R 2022, 726 (728 f.).

¹³⁸ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (325).

¹³⁹ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (326).

GVO und Art. 11 UGP-RL sind die Mitgliedstaaten zuständig, während gem. Art. 49, 65, 66 DSA neben den Mitgliedstaaten auch die Kommission für die Durchsetzung zuständig sein kann. Gerade durch diese unterschiedlichen Zuständigkeiten und die schwerfallende Auslegung der Vorschrift könnte es zu Verwirrungen und Überschneidungen kommen.

Außerdem waren in der Vergangenheit trotz klarer Anwendbarkeit der UGP-RL Dark Patterns weiterhin auf Webseiten vertreten.¹⁴⁰ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, weshalb in Abs. 2 dennoch ein eindeutiger Anwendungsvorrang eingeräumt wurde. Abs. 2 birgt auch die Herausforderung einer begrenzten Reichweite und eines unzureichenden Schutzes vor Dark Patterns. Zwar versucht Art. 25 Abs. 2 DSA durch seinen einheitlichen Anwendungsvorrang der Komplexität und Rechtsunsicherheit entgegenzuwirken. Vor allem kann Art. 25 DSA mit seiner lückenschließenden Funktion eine neue Möglichkeit zur Regulierung von neu auftretenden Dark Patterns bieten, die nicht unter bestehende Gesetze fallen.¹⁴¹

Durch das Nebeneinander mehrerer verschiedener Regelungswerke kann es daher trotz Art. 25 Abs. 2 DSA zu Unsicherheiten kommen. Abs. 2 dürfte weniger zur effektiven Regulierung beitragen, sondern zusätzliche Herausforderungen mit sich bringen. Womöglich würde es zu weniger Unsicherheiten kommen, wenn man dem DSA als *lex specialis* den Vorrang vor der UGP-RL und DS-GVO gegeben hätte. Nicht vom DSA erfasste Dark Patterns können weiterhin unter die UGP-RL oder DS-GVO subsumiert werden. Art. 25 Abs. 2 wirft daher sowohl im Hinblick auf den Anwendungsbereich als auch bei der praktischen Durchsetzung Probleme auf.

D. Defizite bei der Durchsetzung des DSA

Nicht nur der materiell-rechtliche Gehalt des DSA, sondern auch seine effektive Durchsetzung könnte sich als problematisch erweisen. Die Rechtsdurchsetzung im Hinblick auf Dark Patterns

kann durch Private vollzogen werden. Auch eine behördliche Rechtsdurchsetzung ist weiterhin möglich.

I. Private Durchsetzung

Gem. Art. 54 DSA haben Nutzer das Recht, bei Schäden oder anderen Verlusten, Schadensersatzforderung gegenüber den Anbietern geltend zu machen. Eine Verletzung des Art. 25 DSA löst eine solche privatrechtliche Haftung aus.¹⁴² Die Verantwortlichkeit der Vermittlungsdienste (bzw. Online-Plattformen in diesem Fall) tritt nach Maßgabe der Art. 4 ff. DSA ein und ist nur unter den entsprechenden haftungsprivilegierenden Voraussetzungen gestattet.¹⁴³ Dem DSA sind kaum Regelungen zur privaten Durchsetzung zu entnehmen, da dies der Rechtsprechung überlassen bleiben soll.¹⁴⁴ Vertragliche bzw. deliktische Schadensersatznormen des nationalen Rechts sind ergänzend anzuwenden.¹⁴⁵ Für mögliche Schadensersatzansprüche könnten vor allem § 823 Abs. 2 BGB oder §§ 280 Abs. 1, 241 BGB maßgeblich sein,¹⁴⁶ sofern ein privater Nutzer einen Plattformnutzungsvertrag mit dem Anbieter schließt.¹⁴⁷ Nach Art. 90 DSA ist auch eine kollektive Rechtsdurchsetzung im privaten Bereich durch die Verbandsklagen-RL möglich.

Die private Geltendmachung von Ansprüchen neben der behördlichen Durchsetzung ermöglicht grundsätzlich eine flexible und breite Durchsetzung. Womöglich könnte die private Durchsetzung an Bedeutsamkeit gewinnen, weil Behörden nur über limitierte Ressourcen verfügen.¹⁴⁸ Klagen haben demnach sowohl qualitativ als auch quantitativ eine größere Bedeutung als öffentliche Aufsichtsmaßnahmen.¹⁴⁹ Allerdings könnte sich eine solche private Durchsetzung in der Praxis als schwer erweisen. Wie festgestellt, ist der Anwendungsbereich des DSA zum Teil unklar. Auch könnte Rechtsunsicherheit aufgrund fehlender Begriffsbestimmungen herrschen. Individueller Durchsetzung fehlt es an ausreichenden Anreizen.¹⁵⁰ Gründe sind die Kosten und der hohe Aufwand, die den geringen individuellen Schaden nicht

¹⁴⁰ Akhurst/Zurdo/Rapparani/Markhof, How should the European Union regulate Dark Patterns?, SciencesPo v. 1.4.2023, S. 18, <https://www.sciencespo.fr/public/chaire-numerique/wp-content/uploads/2023/09/Dark-Patterns.pdf>, zuletzt abgerufen am 12.4.2025.

¹⁴¹ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 323 (327).

¹⁴² Kaesling, NJW 2024, 1609 (1613); Raue (Fn. 25), Art. 54 Rn. 36.

¹⁴³ Müller-Terpitz (Fn. 17), Art. 54 Rn. 3.

¹⁴⁴ Kraul, GRUR-Prax 2024, 529 (531); Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 3 (4).

¹⁴⁵ Raue/Heesen, NJW 2024, 3537 (3542).

¹⁴⁶ Raue/Heesen, NJW 2024, 3537 (3542); Kraul, GRUR-Prax 2024, 529 (531).

¹⁴⁷ Legner, ZUM 2024, 99 (111).

¹⁴⁸ Kraul/Marvin Bartels (Fn. 88), S. 154; Zurth, GRUR 2023, 1331.

¹⁴⁹ Zurth, GRUR 2023, 1331.

¹⁵⁰ Kaesling, NJW 2024, 1609 (1613).

rechtfertigen könnten.¹⁵¹ Oft handelt es sich beim erlittenen Schaden um Kleinstbeträge wie beispielsweise Abonnements, die nur wenige Euro im Monat kosten und in keinem Verhältnis zum Aufwand für die Beschreitung des Rechtsweges stehen.

Aufgrund der heterogenen nationalen Schadensersatzregelungen und des oft geringen Schadenspotenzials erweist sich die private Durchsetzung häufig als unzureichend.¹⁵² Nichtsdestotrotz bietet der DSA einen breiten Rahmen für die Durchsetzung. Kollektive Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten in Verbindung mit der Verbandsklagen-RL zeigen, dass der DSA auch an institutionelle Lösungsansätze denkt. Dies ist besonders relevant, da viele Nutzer auf individueller Ebene oft wenig Anreize haben, Rechtsansprüche geltend zu machen. Die Schwierigkeit, den kausalen Zusammenhang zwischen Einsatz von Dark Patterns und individuellen Entscheidungen nachzuweisen, könnte es den Betroffenen ebenfalls erschweren, Ansprüche geltend zu machen. Dass es bislang kaum private Verfolgung gegen Dark Patterns gibt, verdeutlicht die praktische Ineffektivität.

II. Behördliche Maßnahmen

Gem. Art. 52 Abs. 2, 74 Abs. 1 lit. b, lit. c DSA können durch Behörden Buß- und Zwangsgelder verhängen werden. In Deutschland ist nach § 12 DDG die Bundesnetzagentur zuständig.¹⁵³ Es können gem. Art. 52 Abs. 3 DSA Geldbußen von bis zu 6 % des weltweiten Jahresumsatzes des letzten Geschäftsjahres verhängen werden. Im Gegensatz gestattet die DS-GVO Bußgelder i.H.v. 4 % (Art. 83 Abs. 3) des weltweiten Jahresumsatzes und die UGP-RL 4 % des Umsatzes innerhalb des betroffenen Mitgliedsstaates (Art. 13 Abs. 3). Durch höhere

Sanktionen kann der Abschreckungsmechanismus gegenüber Plattformen verstärkt werden.

Für die Koordination und Aufsicht der Online-Plattformen sowie den Erlass entsprechender Sanktionsvorschriften sind gem. Art. 56 Abs. 1 DSA die Mitgliedstaaten zuständig. Eine mitgliedstaatliche Koordination kann allerdings schwerfallen, da viele Online-Plattformen transnationale Nutzerstämme besitzen.¹⁵⁴ Die EU-Kommission hat ohnehin gem. Art. 56 Abs. 2 DSA die ausschließliche Zuständigkeit für sogenannte sehr große Online-Plattformen. Gem. Art. 56 Abs. 3, 4 DSA kann sie auch die Aufsicht über weitere Pflichten übernehmen, etwa bei grenzüberschreitenden systemischen Verstößen (ErwG. 125 DSA).¹⁵⁵ Dadurch können Plattformen ihre Designs nicht an Standorte mit schwächerer Aufsicht anpassen. Eine Bündelung der Aufsicht durch die EU-Kommission ist daher empfehlenswert. Die Ressourcen der Aufsichtsbehörden sind jedoch begrenzt.¹⁵⁶ Die staatliche Durchsetzung im vielschichtigen System von Agenturen und Gerichten der einzelnen Mitgliedsstaaten kann langsam und schlecht abgestimmt sein.¹⁵⁷ Auch die behördliche Durchsetzung steht daher vor Herausforderungen.

III. Analyse und Bewertung

Die Durchsetzung gestaltet sich schwer. Viele Online-Plattformen setzen weiterhin Dark Patterns ein.¹⁵⁸ Zwar wurde unter anderem ein förmliches Verfahren gegen X eröffnet, um irreführende Designs nach Art. 25 Abs. 1 DSA im Zusammenhang mit den „Blue Checks“¹⁵⁹ bei Abo-Modellen zu untersuchen.¹⁶⁰ In einem förmlichen Auskunftersuchen gegen Temu und Shein, weist die EU-Kommission auf die Nutzung von Dark Patterns

¹⁵¹ Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 382.

¹⁵² Poelzig (Fn. 151), S. 382.

¹⁵³ Vertiefend: Kraul, GRUR-Prax 2024, 529 ff.

¹⁵⁴ Kaesling, NJW 2024, 1609 (1613).

¹⁵⁵ Kaesling, NJW 2024, 1609 (1613).

¹⁵⁶ Picht, Private Enforcement fort he DSA/DGA/DMA Package, Verfassungsblog v. 3.9.2021 <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-09/>, zuletzt abgerufen am 15.4.2024.

¹⁵⁷ Picht, Private Enforcement fort he DSA/DGA/DMA Package, Verfassungsblog v. 3.9.2021 <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-09/>, zuletzt abgerufen am 15.4.2024.

¹⁵⁸ Kannenberg, Locken, drängeln, binden: Viele Dark Patterns in beliebten Shopping Apps, heise online v. 23.1.2025, <https://www.heise.de/news/Locken-draengeln->

binden-Viele-Dark-Patterns-in-beliebten-Shopping-Apps-10254447.html, zuletzt abgerufen 20.4.2025; Verbraucherzentrale Bundesverband, Von Amazon über Tiktok bis Temu: Manipulative Designs bleiben ein Problem, Verbraucherzentrale Bundesverband v. 22.1.2025, <https://www.vzbv.de/pressemitteilungen/von-amazon-ueber-tiktok-bis-temu-manipulative-designs-bleiben-ein-problem>, zuletzt abgerufen am 9.4.2025.

¹⁵⁹ Auf X kennzeichnen sogenannte „Bluechecks“ nicht mehr primär eine offizielle Verifizierung, sondern in erster Linie den Abschluss eines kostenpflichtigen Premium-Abonnements.

¹⁶⁰ EU-Kommission (Press Release), Commission opens formal proceedings against X under the Digital Services Act, Europäische Kommission v. 18.12.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_6709, zuletzt abgerufen am 9.4.2025.

hin.¹⁶¹ Im Februar 2025 erging zuletzt ein Urteil des OLG Bamberg, das sich ausdrücklich auf Art. 25 Abs. 1 DSA stützt.¹⁶² Dass bislang nur wenige gerichtliche Urteile zu Dark Patterns nach dem DSA ergangen sind, unterstreicht jedoch die bislang begrenzte Wirkung des Regelwerks, selbst über ein Jahr nach Inkrafttreten. Die private Durchsetzung von Ansprüchen bei Verstößen wird die Regulierung von Dark Patterns vermutlich nicht stark verbessern. Dennoch wird die EU in allen Mitgliedstaaten mehr Einfluss auf die Regulierung von Dark Patterns nehmen können als dies zuvor möglich war. Eine behördliche Sanktionierung kann zu einer effektiveren privaten Durchsetzung führen, da behördliche Verfahren häufig zentrale rechtliche Fragen vorab klären.¹⁶³ Private Ansprüche profitieren davon, da sie ihr Ziel kostengünstiger erreichen können.¹⁶⁴ So könnten individuelle Ansprüche durchgesetzt werden, indem der einzelne Nutzer in seinem Vorgehen bestärkt wird. Dann könnte die private Durchsetzung einen bedeutsamen Teil bei der Regulierung ausmachen.

E. Ergänzende Rechtsakte

Auch die KI-VO, der DMA und der DA können Ausführungen zu Dark Patterns entnommen werden. Folgender Abschnitt zeigt auf, inwiefern sie die regulatorischen Lücken des DSA schließen und zur Regulierung beitragen können. Ein substanzieller Wandel könnte auch mit dem derzeit in Ausarbeitung befindlichen Digital Fairness Act (DFA) bevorstehen, welcher Dark Patterns umfassend regulieren soll.¹⁶⁵

I. KI-VO

Künstliche Intelligenzen eignen sich für das Design von Dark Patterns, da sie personalisierte, datengestützte Manipulationen in großem Maßstab effizient erstellen und optimieren können. Nach Art. 5 lit. a KI-VO werden daher KI-Systeme verboten, die

„Techniken der unterschwelligen Beeinflussung außerhalb des Bewusstseins einer Person“ einsetzen. Durch die Vorschrift könnten Formen von Dark Patterns verboten werden.¹⁶⁶ In der Theorie könnte auch der DSA KI-basierte Dark Patterns erfassen. Die Tatbestände der Vorschriften ähneln sich ebenfalls.¹⁶⁷ Es kann außerdem davon ausgegangen werden, dass die KI-VO neben dem DSA zeitgleich anwendbar ist, da keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen.¹⁶⁸ Art. 5 KI-VO ist nicht wie Art. 25 DSA generell subsidiär zur UGP-RL und DS-GVO anzuwenden. Sie tritt nach ErWG, 29 S. 11 KI-VO nur bei „üblichen und rechtmäßigen Geschäftspraktiken“ hinter der UGP-RL zurück.¹⁶⁹

Art. 5 KI-VO gilt lediglich für absichtliche Manipulationen. Außerdem könnte die Nachweispflicht einer vorsätzlichen Manipulation durch KI-generierte Dark Patterns die Regulierung erschweren.¹⁷⁰ Die KI-VO ergänzt daher den DSA, könnte aber durch den engen Anwendungsbereich und der Nachweispflicht nur einen kleinen Beitrag zur Regulierung von Dark Patterns leisten. Gerade im Hinblick auf die stetig wachsende Bedeutung von KI und Algorithmen könnte der Vorschrift eine wichtige Rolle zukommen.

II. DMA

Das Gesetz über Digitale Märkte (DMA) hingegen könnte unmittelbare normative Wirkung gegenüber Dark Patterns haben. Zwar hat die Verordnung keine Verbraucherschützende Zielrichtung. Gem. Art. 1 Abs. 1 DMA soll sie aber zu „bestreitbaren und fairen Märkten“ beitragen, was auch Dark Patterns adressieren kann. Die Art. 5-7 DMA normieren Pflichten für Gatekeeper.¹⁷¹ Hierbei handelt es sich um Unternehmen, die zentrale Plattformdienste bereitstellen (Art. 2 Nr. 1 DMA). Demnach sollen deren Dienste fair und bestreitbar gestaltet werden,

¹⁶¹ *EU-Kommission* (Presseartikel; *Vertretung in Deutschland*), EU-Kommission fordert von Temu und Shein mehr Informationen über die Einhaltung des Gesetzes über digitale Dienstleistungen, Europäische Kommission v. 28.6.2024,

https://germany.representation.ec.europa.eu/news/eu-kommission-fordert-von-temu-und-shein-mehr-informationen-uber-die-einhaltung-des-gesetzes-uber-2024-06-28_de, zuletzt abgerufen am 20.4.2025.

¹⁶² OLG Bamberg GRUR-RS 2025, 6221 Rn. 12.

¹⁶³ *Poelzig* (Fn. 151), S. 382.

¹⁶⁴ *Poelzig* (Fn. 151), S. 382.

¹⁶⁵ *Henning*, EU-Gesetz soll Internet verbraucherfreundlicher machen, netzpolitik.org v.

20.11.2024, <https://netzpolitik.org/2024/digital-fairness-act-eu-gesetz-soll-internet-verbraucherfreundlicher-machen/>, zuletzt abgerufen am 22.4.2025; Website des Digital Fairness Act, Abrufbar unter: <https://digitalfairnessact.com> (Zuletzt abgerufen am: 22.4.2025).

¹⁶⁶ *Martini/Kramme/Kamke*, MMR 2023, 399.

¹⁶⁷ *Heinze/Engel*, KIR 2025, 19 (20).

¹⁶⁸ *Wendehorst*, in: *Martini/Wendehorst*, KI-VO, 2024, Art. 5 Rn. 32.

¹⁶⁹ *Heinze/Engel*, KIR 2025, 19 (20).

¹⁷⁰ *Heinze/Engel*, KIR 2025, 19 (20).

¹⁷¹ *Dietrich/Jung*, in: *Kersting/Meyer-Lindemann/Podszun*, Kartellrecht, 5. Aufl. Art. 2 Rn. 2.

damit Mitbewerber nicht unzulässig eingeschränkt werden.¹⁷² Die Normen beinhalten Verhaltensvorgaben, die das Verhältnis zum Verbraucher regeln und so einzelne Dark Patterns verhindern. Nach Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 DMA muss dem Nutzer eine echte Wahlfreiheit eröffnet werden. Nach einer nicht erteilten Einwilligung in eine dienstübergreifende Datennutzung darf der Gatekeeper eine darauf gerichtete Anfrage demnach auch nur einmal im Jahr wiederholen.¹⁷³ Zudem verbietet der DMA ausdrücklich, Wahlmöglichkeiten auf irreführende Weise zu präsentieren oder durch Gestaltungselemente zu verzerren.¹⁷⁴ Dadurch könnten „Nagging“-Dark Patterns verboten werden, bei denen wiederholt Entscheidungen des Nutzers missachtet und erneut abgefragt werden.¹⁷⁵

Nach Art. 6 Abs. 13 DMA dürfen die allgemeinen Kündigungsbedingungen nicht unverhältnismäßig sein. Daher darf wie auch schon nach Art. 25 Abs. 3 lit. c DSA die Kündigung nicht schwerer gestaltet werden als die Anmeldung.¹⁷⁶ Art. 5 Abs. 13 DMA könnte ebenfalls Dark Patterns verbieten. Ein Verstoß liegt vor, wenn eine technische Verknüpfung eines Dienstes mit einem anderen anmeldepflichtigen Dienst verbunden wird, ohne dass dafür eine Notwendigkeit besteht.¹⁷⁷

Die Regelungen, die der DMA normiert, könnten besonders effektiv sein. Denn Art. 13 Abs. 3, 4 DMA verbietet Gatekeepern, ihre Pflichten aus Art. 5-7 DMA zu umgehen. Dies betrifft die technische Ausgestaltung der Plattform, wodurch auch hier eine unzulässige Verhaltenssteuerung unterbunden werden kann.¹⁷⁸ Dadurch könnte eine rein formale Einhaltung der Pflichten aus Art. 5-7 DMA verhindert werden. Art. 13 Abs. 6 DMA verpflichtet Gatekeeper dazu, Nutzern eine autonome Entscheidung zu ermöglichen, indem sie neutrale und gleichwertige Auswahlmöglichkeiten bereitstellen. Beide Absätze schützen daher die Autonomie der Nutzer. Da Art. 13 Abs. 6 DMA sehr offen gestaltet ist, kann auch hier die Kommission Leitlinien gem. Art. 47 DMA i.V.m. ErwG. 95 DMA erlassen. Dadurch könnte die Rechtsklarheit und Flexibilität der Norm erhöht werden.

Fraglich ist wie auch schon unter dem DSA, warum die Normadressaten stark begrenzt werden. Nicht nur

von Gatekeepern könnten solche Manipulationsgefahren ausgehen. Auch hier könnte eine flexiblere Regelung, die auch andere Anbieter oder Dritte erfasst, zu einer wirksameren Bekämpfung von Dark Patterns beitragen.¹⁷⁹ Dies könnte die Schutzwirkung deutlich erhöhen, setzt aber voraus, dass klare und handhabbare Kriterien für die Anwendung entwickelt werden. Obwohl Verbraucherschutz nicht das vorrangige Ziel ist, könnte die Verordnung mit flächendeckenden Regelungen überzeugen. Nach ErwG. 12 DMA gilt der DMA außerdem unbeschadet der Normen, die sich aus der UGP-RL ergeben. Zwar erfasst er gem. Art. 2 DMA nur zentrale Plattformdienste, könnte aber innerhalb der Eingrenzung einen wichtigen Baustein bei der Regulierung darstellen.

III. Data-Act

Der Data-Act hingegen enthält Regelungen für den Umgang mit Daten zwischen Unternehmen und Verbrauchern. Nach ErwG. 38 S. 5 DA sollen digitale Schnittstellen frei von Dark Patterns sein. Diese werden in S. 6 und 7 als Gestaltungen beschrieben, die die Autonomie und Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen und Verbrauchern zu nachteiligen Entscheidungen, etwa zur Datenoffenlegung, verleiten. Auch diese Definition ist vergleichend zu der des DSA sehr weit. Es wird weiter durch Rechtsprechung ausgelegt werden müssen, was genau unter die unzulässigen Praktiken fällt. Die Nennung der Datenoffenlegung zeigt, dass der Data Act vor allem eine faire Verteilung der Datenwertschöpfung fördern will. Er könnte auch die bestehenden Datenschutzrechte aus der DS-GVO und ePrivacy-RL verstärken.¹⁸⁰

Nach Art. 4 Abs. 4 DA dürfen Dateninhaber (Art. 2 Nr. 14 DA) Nutzerrechte nicht durch manipulative oder nicht neutrale Gestaltung der Benutzeroberfläche beeinträchtigen. Art. 6 Abs. 2 lit. a DA untersagt Dritten, die Wahlmöglichkeiten und die Rechtsausübung der Nutzer zu erschweren. Dadurch können Dark Patterns verboten werden, die bestehende Datenzugangs und Datennutzungsrechte

¹⁷² Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 399 (400).

¹⁷³ Wielsch (Fn. 45), Art. 5 Abs. 2 DMA Rn. 70.

¹⁷⁴ Wielsch (Fn. 45), Art. 5 Abs. 2 DMA Rn. 68.

¹⁷⁵ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 399 (400).

¹⁷⁶ Gerpott, K&R 2022, 726 (729); ErwG. 63 S. 3 DMA.

¹⁷⁷ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 399 (400).

¹⁷⁸ Mendelsohn (Fn. 45), Art. 13 DMA Rn. 22; Herbers (Fn. 171), Art. 6 Rn. 37.

¹⁷⁹ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 399 (402).

¹⁸⁰ Martini/Kramme/Kamke, MMR 2023, 399 (401).

der Nutzer verhindern.¹⁸¹ Die Vorschriften ähneln Art. 25 Abs. 1, 3 lit. a DSA. Auch hier werden Dark Patterns, die die Wahlmöglichkeiten beeinflussen, reguliert. Dennoch könnte die Vorschriften vor allem bei der Datenverarbeitung und Datenweitergabe eine Rolle spielen, da der DSA unzulässige Beeinflussungen in der Hinsicht nicht explizit adressiert. Auch sind die Normadressaten andere: Art. 4 begrenzt den Anwendungsbereich nicht auf Online-Plattformen, sondern auf Dateninhaber, wodurch eine viel mehr Akteure erreicht werden können, wie z.B. Hersteller, Cloud-Dienste oder andere Gruppen, die nicht vom DSA adressiert werden. Art. 6 Abs. 2 lit. a DA adressiert das Verbot an Dritte, die Daten auf Verlangen des Nutzers erhalten sollen.¹⁸² Dass auch diese Akteure erfasst werden, ist sinnvoll, da manipulative Designs nicht nur bei der Datenerhebung, sondern auch bei der Weiterverarbeitung und -nutzung auftreten können.

Der Data-Act hat also wie schon auch die KI-VO keine flächendeckenden Vorgaben für Dark Patterns. Punktuell könnte zur Regulierung bei der Erhebung und Verarbeitung von Daten beigetragen werden. Die ist gerade für die immer größer werdende Problematik von manipulativen Designs im Hinblick auf die Preis- oder Weitergabe von Daten ein bedeutsames Regelungsfeld, vgl. ErwG. 1 DA.

IV. Zwischenfazit

Die drei weiteren Verordnungen des EU-Digitalpakets könnten zumindest punktuell einen Beitrag zur Regulierung von Dark Patterns leisten. Sie adressieren relevante Problembereiche wie KI-gestützte Beeinflussung, marktmächtige Gatekeeper oder die Gestaltung von Datenschnittstellen. Die Bereiche der KI-VO und des DA könnten in der Zukunft von Bedeutung sein. Positiv hervorzuheben ist der DMA, dessen Regelungen eine umfassende Kontrolle manipulativer Gestaltungsmuster ermöglichen. Die unterschiedlichen Anwendungsbereiche und Normadressaten können jedoch auch zur Fragmentierung statt zu einem effizienten Schutzrahmen führen. Teils enge Anwendungsbereiche erschweren eine wirksame Durchsetzung. Die Vorschriften setzen wichtige Impulse. Sie können den DSA in ihren jeweiligen Anwendungsbereichen flankieren. Klar ist aber auch,

dass die zentrale Verantwortung für eine effektive Regulierung von Dark Patterns beim DSA verbleibt.

F. Schluss: Einschätzung und Ausblick

Das neue Digitalpaket des EU-Gesetzgebers enthält facettenreiche Regelungsansätze zu Dark Patterns. Als maßgebliche Vorschrift wird insbesondere Art. 25 DSA angesehen. Dieser vermittelt auf den ersten Blick einen guten Eindruck: Er ist dem Phänomen gewidmet und beschreibt in Abs. 1 unzulässige Praktiken umfassender als Regelwerke des Datenschutz- und Wettbewerbsrechts. Eine Konkretisierung der Definition erfolgt durch ErwG. 67 DSA. Zudem soll Abs. 3 mit den Fallbeispielen und den zu erlassenen Leitlinien eine flexible Reaktion auf neuartige Ausprägungen ermöglichen. Dabei wird die erforderliche Sensibilität und subtile Wirkungsweise von Dark Patterns angemessen erfasst.

Allerdings erweist sich die Begrifflichkeit der Norm als unklar und auch in vielen Teilen als zu weit gefasst. Die Abgrenzung zu zulässigen Praktiken fällt schwer. Der Anwendungsvorrang der UGP-RL und der DS-GVO ist unbefriedigend, auch wenn dessen tatsächlicher Umfang geringer ist, als zunächst anzunehmen wäre. Problematisch ist ebenfalls Abs. 3. Zwar unterstützt er Abs. 1, jedoch bleibt sein Regulierungspotential weitgehend ungenutzt. Letztendlich stellt sich auch die Durchsetzung als Herausforderung dar. Eine private Durchsetzung könnte aufgrund geringer Schadenssummen und mangels Anreizen eine untergeordnete Rolle spielen. Potenzielle behördliche Sanktionen könnten – sofern durchgesetzt – einen Anfang darstellen. Der zentralen Rolle bei der Regulierung von Dark Patterns wird Art. 25 DSA aufgrund dieser Spannungsfelder nicht gerecht.

Die KI-VO, der DMA und der DA können Abhilfe leisten. Sie werden jeweils in ihren Bereichen unterstützend wirken, erfassen das Phänomen aber nicht in seiner Gesamtheit. Was bleibt, ist ein Flickenteppich an Regelungsansätzen, der schnell zu Verwirrung bei Gerichten Durchsetzungsbehörden, Online-Plattformen und Geschädigten führen kann. Es gilt auch abzuwarten, ob und wie der noch in Planung stehende Digital-Fairness-Act zur Regulierung beitragen könnte.

Mit dem Digitalpaket wurde zumindest eine Grundlage auf EU-Ebene geschaffen. Dark Patterns

¹⁸¹ Schmidt, in: Wolff/Bring/v. Ungern-Sternberg, BeckOK Datenschutzrecht/DA, 51. Aufl. 2025, Art. 6 Rn. 14.

¹⁸² De Conca, Computer Law & Security Review 2023 (vol. 51), 1 (17).

rücken erstmals in den regulatorischen Fokus des EU-Gesetzgebers. Dass die Regulierung jedoch bislang kaum Wirkung entfaltet, zeigt sich an der weiterhin verbreiteten Nutzung solcher Designmethoden durch Online-Akteure. Für eine effektivere Regulierung erscheint ein eigenständiger Rechtsakt ein Lösungsansatz zu sein. Dieser könnte die bestehenden Ansätze bündeln und zugleich Rechtssicherheit und Transparenz schaffen. Vor allem durch das grenzüberschreitende Auftreten der Akteure wäre eine verbindliche, einheitliche Umsetzung innerhalb der Mitgliedstaaten besonders sinnvoll. So könnte die Regulierung von Dark Patterns in der Zukunft wirksamer gestaltet werden.

Klausurfalllösung

„Das Kopftuch der Rechtsreferendarin“

Von Stud. iur. Ole Götz, Marburg^{*}

Lösungsvorschlag

Damit die Verfassungsbeschwerde der A Aussicht auf Erfolg hat, müsste sie zulässig und begründet sein.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde müsste zulässig sein.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG müsste für Verfassungsbeschwerden zuständig sein. Dies ist es gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 Abs. 1 BVerfGG.

II. Beschwerdefähigkeit

Die A müsste beschwerdefähig sein. Beschwerdefähigkeit ist die Fähigkeit, Beschwerden vorzunehmen. Diese steht gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG jedermann zu. Jedermann ist jede natürliche Person, die Träger von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten sein kann.

Die A, als natürliche Person, ist somit grundsätzlich beschwerdefähig. Ihre Stellung als Rechtsreferendarin könnte ihrer Beschwerdefähigkeit jedoch entgegenstehen. So würde früher vermehrt eine Grundrechtsfähigkeit von Personen mit einem besonderen Näheverhältnis zum Staat negiert. Nach heutiger, ständiger Rechtsprechung des BVerfG, berührt ein solches Näheverhältnis die Grundrechtsfähigkeit einer Person jedoch nicht, solange lediglich das Grundverhältnis zwischen ihr und dem Staat betroffen sei.

Als Argument dafür kann das Verbot von grundrechtsfreien Räumen aus Art. 1 Abs. 3 GG herangezogen werden. Vorliegend wird durch das Kopftuchverbot das Grundverhältnis zwischen der A und dem Staat betroffen. Mithin ist die A grundrechtsfähig und somit auch beschwerdefähig.

III. Prozessfähigkeit

Die A müsste prozessfähig sein. Prozessfähigkeit ist die Fähigkeit, prozessuale Handlungen selbst oder durch einen Vertreter vorzunehmen und steht grundsätzlich allen geschäftsfähigen natürlichen Personen zu. Entgegengesetztes kann aus dem Sachverhalt nicht entnommen werden. Mithin ist die A prozessfähig.

IV. Beschwerdegegenstand

Es müsste ein geeigneter Beschwerdegegenstand vorliegen. Ein solcher kann gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein. Geeigneter Beschwerdegegenstand ist somit jedes Handeln von Exekutive, Legislative oder Judikative. Vorliegend könnten der Bescheid der Bezirksregierung und das letztinstanzliche Urteil, das diesen bestätigt, Beschwerdegegenstand sein. Die A fühlte sich maßgeblich durch das letztinstanzliche Urteil, welches den Bescheid bestätigte, in ihren Grundrechten verletzt. Mithin ist Gegenstand der Verfassungsbeschwerde der Bescheid in Gestalt des letztinstanzlichen Urteils. Somit liegt eine Urteilsverfassungsbeschwerde vor.

V. Beschwerdebefugnis

Die A müsste beschwerdebefugt sein.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Dafür müsste die Möglichkeit (Möglichkeitstheorie) bestehen, dass die A in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt wurde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Dass die A durch das Verbot des Tragens eines Kopftuchs in ihrer Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG und/oder ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG verletzt

^{*} Der Verfasser ist Student an der Philipps-Universität Marburg.

Die Klausur wurde in der Übung im Öffentlichen Recht für AnfängerInnen im SoSe 2024 geschrieben und für die Veröffentlichung leicht modifiziert. Sie wurde mit 14 Punkten bewertet.

Der Sachverhalt ist angelehnt an die Entscheidung des BVerfG vom 14.01.2020, 3. BvR 1333/17, mit der ein Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen als verfassungsgemäß angesehen wurde. Eine a.A. wäre vertretbarer gewesen.

wurde, kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden und ist somit möglich.

2. Qualifizierte Betroffenheit

Die A müsste ferner selbst, unmittelbar und gegenwärtig von der Maßnahme betroffen sein. Dass die A selbst (Adressat der Maßnahme) und unmittelbar (keine weiteren Vollzugsakte notwendig) von dem letztinstanzlichen Urteil betroffen ist, kann aufgrund der Einstufung als Urteilsverfassungsbeschwerde angenommen werden. Fraglich ist, aufgrund der Tatsache, dass die A den Bescheid bereits vor Antritt ihres Referendariats erhielt, ob die Beeinträchtigung auch gegenwärtig erfolgte. Laut BVerfG wäre eine solche Gegenwärtigkeit auch anzunehmen, wenn der Adressat der Maßnahme zu später nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen gezwungen werde. Vorliegend hat der Staat das Ausbildungsmonopol bezüglich der Ausbildung als Volljuristin in Form des Rechtsreferendariats inne. Aufgrund dessen wurde die A bereits durch den Bescheid gezwungen, ihr Kopftuch abzulegen und dies, insofern sie an wirklichen Prozessen nicht nur als Zuschauerin zu partizipieren wünschte, später nicht mehr korrigierbar auch in der Zukunft zu tun. Mithin ist die A beschwerdefähig.

VI. Erschöpfung des Rechtswegs/Subsidiarität

Gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG kann die Verfassungsbeschwerde erst nach der Erschöpfung des Rechtswegs und somit subsidiärer Instanzen, eingelegt werden. Dies ist laut Sachverhalt gegeben.

VII. Form und Frist

Die Verfassungsbeschwerde müsste form- und fristgerecht eingereicht worden sein. Dies richtet sich nach den §§ 23 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG und fand laut Sachverhalt statt.

VIII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der A ist zulässig

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde müsste begründet sein. Die Urteilsverfassungsbeschwerde ist begründet, wenn das Urteil auf einem verfassungswidrigen Gesetz basiert oder jenes im konkreten Einzelfall verfassungswidrig angewandt wurde.

I. Religionsfreiheit

Die A könnte in ihrem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG verletzt worden sein.

1. Schutzbereich

Dafür müsste dessen Schutzbereich eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich müsste betroffen sein. Art. 4 Abs. 1, 2 GG ist ein sogenanntes „Jedermanngrundrecht“. Von seinem Schutzbereich ist somit grundsätzlich jede natürliche Person erfasst. A als natürliche Person befindet sich mithin im persönlichen Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, 2 GG.

b) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich müsste betroffen sein. Vorliegend könnte der Glaube aus Art. 4 Abs. 1 Alt. 1 GG betroffen sein. Glaube ist die Auffassung über die Stellung des Menschen in der Welt und seine Beziehung zu höheren Mächten und tieferen Seinschichten. Vorliegend ist das Tragen eines Kopftuchs die Verkörperung der islamischen Weltanschauung der A und somit Glaube. Geschützt wird durch Art. 4 Abs. 1, 2 GG sowohl der innere Glaube (forum internum), als auch die ungestörte Ausübung des Glaubens (forum externum). Das Tragen des Kopftuches betrifft die Auslebung des Glaubens der A und fällt mithin in das forum externum.

Aufgrund der Tatsache, dass das Vorliegen einer wirklichen Verpflichtung zum Tragen eines Kopftuchs im Islam umstritten ist, ist fraglich, ob der Schutzbereich eröffnet ist. So ist die Bestimmung hinsichtlich dessen im Vergleich zu anderen strikten Ge- und Verboten innerhalb des Korans eher schwammig. Laut dem BVerfG ist in solchen Fällen das Selbstverständnis des Beschwerdeführers entscheidend. Die A bekennt sich zum Islam und erkennt das (zumindest in zwei Suren angedeutete) Kopftuchgebot als ihre religiöse Pflicht an. Mithin ist der sachliche Schutzbereich in Form der Religionsausübungsfreiheit betroffen.

2. Eingriff

In diesen Schutzbereich müsste eingegriffen worden sein. Eingriff ist jedes Verhalten, das dem Träger von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten ein in jenen geschützten Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht. Vorliegend erfolgte kein konkreter Ausschluss der A aus ihrem Rechtsreferendariat. Vielmehr wurde ihr während diesem verboten, ihr Kopftuch zu tragen. Mithin liegt ein mittelbarer Eingriff in Art. 4 Abs. 1, 2 GG vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Schranken

Dafür müsste in Art. 4 Abs. 1, 2 GG eingegriffen werden können (sogenannte Schranke). Ein einfacher Gesetzesvorbehalt könnte sich aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV ergeben. Laut ständiger Rechtsprechung des BVerfG sei dieser aufgrund der höher gewerteten Stellung des Art. 4 GG allerdings nicht anwendbar.

Vielmehr ist Art. 4 Abs. 1, 2 GG ein vorbehaltloses Grundrecht, das keinen Gesetzesvorbehalt enthält. Mithin kann dieses nur durch Grundrechte Dritter (praktische Konkordanz) und verfassungsimmanente Schranken beschränkt werden. Solche sind im vorliegenden Fall die negative Religionsfreiheit anderer Anwesender aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG während ihres Referendariats sowie das staatliche Neutralitätsgebot aus Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1, Art. 33 Abs. 3 S. 1, Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV.

b) Schranken-Schranken

Die oben genannten Schranken könnten durch sogenannte Schranken-Schranken selbst beschränkt worden sein.

aa) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

Die Gesetzliche Grundlage des Eingriffs (§ 27 Abs. 1 S. 1 JAG i. V. m. § 45 HBG) müsste verfassungsmäßig sein.

(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Gegen eine formelle Verfassungsmäßigkeit der oben genannten Normen bestehen im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Mithin ist von ihr auszugehen.

(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die oben genannten Normen beinhalten weder ein Verbot von Kopftüchern während der Referendariatszeit, noch verbieten oder schränken sie andere Verhaltensweisen direkt ein. Vielmehr bevollmächtigen sie die oberste Dienstbehörde zur Entscheidung über solche Ge- und Verbote. Mithin stehen der materiellen Verfassungsmäßigkeit dieser Normen, welche lediglich die Kompetenz für die Erklärung möglicher Beschränkungen beinhaltet, keine Bedenken entgegen. Vielmehr könnten lediglich die aufgrund der

Bevollmächtigung ergangenen Einzelfallentscheidungen verfassungswidrig sein.

(3) Zwischenergebnis

Die gesetzliche Grundlage des Eingriffs ist verfassungsmäßig.

bb) Verfassungsmäßigkeit der Anwendung im konkreten Einzelfall

Das Verbot des Tragens eines Kopftuchs während des juristischen Referendariats bei der Partizipation an multiplen Tätigkeiten der A könnte verfassungswidrig sein.

(1) Praktische Konkordanz

Aufgrund dessen, dass sich niemand über das Tragen eines Kopftuchs der A beschwerte, ist die Beeinträchtigung von Grundrechten Dritter nicht ersichtlich.

(2) Verhältnismäßigkeit

Um verfassungsgemäß zu sein, müsste die Maßnahme dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nachkommen.

(a) Legitimer Zweck

Dafür müsste ein legitimer Zweck vorliegen, also ein solcher, der nicht von Beginn an rechtswidrig ist. Zweck der Maßnahme waren die Wahrung des staatlichen Neutralitätsgebots, sowie die Verhinderung möglicher Eingriffe in die negative Religionsfreiheit Dritter. Dieser Zweck ist legitim.

(b) Legitimes Mittel

Es müsste ein legitimes Mittel vorliegen, also eines, welches nicht von vornherein rechtswidrig ist. Das Mittel war im vorliegenden Fall das Verbot zur Teilnahme an gerichtlichen Tätigkeiten (bzw. die Begrenzung auf die Teilnahme als Besucherin). Dieses Mittel ist legitim.

(c) Geeignetheit

Das Mittel müsste geeignet sein. Dies ist es, wenn es den Zweck fördert. Das Verbot zur Teilnahme an öffentlichkeitswirksamen gerichtlichen Tätigkeiten verhindert, dass auf Dritte eingewirkt und der Staat mit einer Religion verknüpft wird, was dessen Neutralitätsgebot verletzen würde.

(d) Erforderlichkeit

Die Maßnahme müsste erforderlich sein. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn kein milderes Mittel

ersichtlich ist, das den Zweck gleichermaßen fördern würde. Vorliegend könnte die sogenannte Widerspruchslösung ein milderes Mittel darstellen. Jene besagt, dass Verbote erst nach eingegangenen Beschwerden Betroffener oder Dritter erlassen werden. Die Widerspruchslösung würde allerdings erst nach einer potenziellen Verletzung von Grundrechten ihr Wirken entfalten und ist somit nicht gleichsam geeignet. Mithin ist die Maßnahme erforderlich.

(e) Angemessenheit

Letztlich müsste die Maßnahme angemessen sein. Innerhalb der Angemessenheit sind alle Argumente für oder gegen die Verfassungsmäßigkeit der Maßnahme abzuwägen. Vorliegend spricht gegen eine Verfassungsmäßigkeit der Maßnahme der Eingriff in die Religionsausübungsfreiheit der A. Jene ist strenggläubige Muslima und kann durch das Verbot des Kopftuchs ihren Glauben nicht vollumfänglich ausleben.

So wird ihr vorliegend die Teilnahme an einer Vielzahl von Tätigkeiten während ihres Referendariats untersagt. Sie hat mithin die Wahl, ob sie ihren Glauben vollumfänglich auslebt, oder ihr Referendariat im normalen Umfang bestreitet. Das dadurch für die A entstehende Ultimatum versetzt sie in eine Zwangslage, innerhalb derer sie ihren Glauben mit möglicherweise schwerwiegenden beruflichen Konsequenzen abwägen muss.

Für eine Verfassungsmäßigkeit sprechen im vorliegenden Fall sowohl die negative Religionsfreiheit Dritter als auch das staatliche Neutralitätsgebot. Bzgl. letzterem ist auf die Rspr. des BVerfG Bezug zu nehmen. Jenes spricht sich grundsätzlich gegen eine Einschränkung des Tragens von Kopftüchern von Beamten aus, wenn keine konkrete Gefährdung dadurch bestünde. Als Ausnahme benennt es die Konstellation, in der der Beschwerdeführer als Repräsentant des Staates in einem klassischen Über-/Unterordnungsverhältnis auftritt. In solchen sei es legitim, die Religionsausübung pauschal zu verbieten. Auch der EUGH spricht sich grundsätzlich für ein betriebliches Neutralitätsgebot aus. Vorliegend fungiert die A während ihres Referendariats als Repräsentantin des Staates. So wird sie durch ihre Tätigkeit als juristische Referendarin öffentlichkeitswirksam mit jenem in Zusammenhang gebracht. Würde sie nun ein religiöses, sichtbares Zeichen, wie bspw. eine Kopfbedeckung tragen, würde dies maßgeblich dazu führen, dass sie und somit auch

der Staat mit der darin verkörperten Religion in Verbindung gebracht wird. So ist ersichtlich, dass Dritte sowie insbesondere Personen, die vor Gericht erscheinen müssen, den Staat nunmehr nicht als vollumfänglich neutral, sondern durch das religiöse Bekenntnis der A als parteiisch und voreingenommen betrachten könnten.

Aufgrund dessen ist der Eingriff in die Religionsausübungsfreiheit der A unter Anbetracht des staatlichen Neutralitätsgebots verfassungsmäßig.

II. Berufsfreiheit

Weiterhin könnte die A in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG verletzt worden sein.

1. Schutzbereich

Dessen Schutzbereich müsste eröffnet sein.

a) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ist als sogenanntes „Deutsches Grundrecht“ auf alle Deutschen begrenzt. Die A ist deutsche Staatsangehörige und befindet sich somit gem. Art. 116 Abs. 1 GG in jenem Schutzbereich.

b) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ist der Beruf. Beruf ist jede, auf eine gewisse Dauer angelegte Tätigkeit, die der Unterhaltung oder Schaffung einer Lebensgrundlage dient und nicht verboten ist. Dabei ist auch die Ausbildungsstätte betroffen, Art. 12 Abs. 1 S. 1 Var. 3 GG. Mithin ist auch der sachliche Schutzbereich betroffen.

2. Eingriff

Es müsste in den Schutzbereich eingegriffen worden sein.

Innerhalb des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG legt das BVerfG die Qualifikation eines Eingriffs in der sogenannten „Drei-Stufen-Theorie“ fest. Nach dieser wird zwischen Berufsausübungsregelungen, subjektiven Berufswahlregelungen und objektiven Berufswahlregelungen differenziert.

Vorliegend kann die A ihrer Ausbildung lediglich aufgrund subjektiver Weltanschauung nicht vollumfänglich nachkommen. Mithin wird durch das Verbot des Tragens eines Kopftuchs subjektiv in die Berufswahl der A eingegriffen.

Ferner hat der Staat auf dem Gebiet der juristischen Ausbildung das Monopol inne, weshalb die Berufswahl zusätzlich beeinträchtigt wird.

Mithin liegt ein Eingriff in die subjektive Berufswahl der A und somit in Art. 12 Abs. 1 S. 1 Var. 3 GG vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte gerechtfertigt sein.

a) Schranken

Dafür müsste in Art. 12 Abs. 1 S. 1 Var. 3 GG eingegriffen werden können. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ist ein einheitliches Grundrecht, weshalb der Gesetzesvorbehalt aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG anwendbar ist. Ferner kann auch Art. 12 GG durch praktische Konkordanz und verfassungsimmanente Schranken beschränkt werden, namentlich die negative Religionsfreiheit und das staatliche Neutralitätsgebot.

b) Schranken-Schranken

Die oben genannten Schranken könnten selbst beschränkt sein.

aa) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

An der Verfassungsmäßigkeit von § 27 Abs. 1 S. 1 JAG i. V. m. § 45 HBG besteht s.o. kein Zweifel.

bb) Verfassungsmäßigkeit der Anwendung im konkreten Einzelfall

Das Verbot der uneingeschränkten Ausübung der Berufsfreiheit der A müsste im konkreten Einzelfall verfassungsmäßig sein. Im Rahmen der Drei-Stufen-Theorie stellt das BVerfG hier folgende Anforderungen: Berufsausübungsregelungen müssen durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gedeckt sein. Subjektive Berufswahlregelungen müssen dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen, die der Freiheit des Einzelnen vorgehen. Objektive Berufswahlregelungen müssen der Abwehr nachweislicher oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dienen.

Vorliegend ist s.o. ein Eingriff in die subjektive Berufsfreiheit der A gegeben. Mithin müsste im Rahmen einer qualifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung, unter Einbeziehung der o.g. Erfordernisse, eine Verfassungsmäßigkeit der Maßnahme festgestellt werden.

(1) Legitimer Zweck

Den legitimen Zweck stellt auch hier die Wahrung des staatlichen Neutralitätsgebots sowie der Schutz der negativen Religionsfreiheit Dritter dar. Diese Zwecke sind überdies im GG verankert (s.o.) und qualifizieren sich als wichtige Gemeinschaftsgüter im Sinne der Drei-Stufen-Theorie.

(2) Legitimes Mittel

Das Verbot des Tragens eines Kopftuchs, bzw. die Partizipation an gerichtlichen Tätigkeiten während des Referendariatszeitraums, stellt ein legitimes Mittel dar (s.o.).

(3) Geeignetheit

Das o.g. Mittel fördert den Schutz der wichtigen Gemeinschaftsgüter und ist mithin geeignet.

(4) Erforderlichkeit

S.o. ist kein milderes, gleich geeignetes Mittel zum Schutz des o.g. Zwecks ersichtlich.

(5) Angemessenheit

Die Maßnahme müsste, in Anbetracht der wichtigen Gemeinschaftsgüter, angemessen sein. Auch hier lässt sich die Argumentation, unter Anerkennung der Rechtsprechung des BVerfG in Berücksichtigung der Berufsfreiheit der A übertragen. Würde man dieser, durch die Erlaubnis, ihr Kopftuch uneingeschränkt während des Referendariats zu tragen, ermöglichen, ihre Ausbildungsstätte frei zu wählen und ihrer grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit aus Art. 12 GG nachzukommen, könnte dies schwerwiegende Konsequenzen für die Wahrung des staatlichen Neutralitätsgebots bedeuten. Jenes könnte nicht mehr vollumfänglich gewahrt werden und erhebliche Vertrauensprobleme Dritter begründen (vgl. oben). Mithin ist die Maßnahme angemessen.

III. Zwischenergebnis

Sowohl der Eingriff in Art. 4 GG, als auch der in Art. 12 GG, sind verfassungsrechtlich, insbesondere durch das staatliche Neutralitätsgebot, gerechtfertigt.

C. Ergebnis

Durch die Rechtfertigung der Eingriffe ist die Verfassungsbeschwerde der A unbegründet und somit zurückzuweisen.

„Tanken ohne zu zahlen“

Klausurfall für Anfänger*innen im Strafrecht

Von Professor Dr. **Bernhard Kretschmer** und stud. Hilfskraft **Robin Döhmman**, Gießen*

Sachverhalt

A studiert in der Stadt G, möchte jedoch am Wochenende die knapp 150 Kilometer lange Strecke nach Hause fahren, um seine Freundin zu besuchen. Allerdings ist A ebenso liebesbedürftig wie pleite; im Tank seines Autos sind stets nur einige wenige Liter Benzin. Um dennoch seinen Wunsch nach Aufmerksamkeit befriedigen zu können, fährt A eines Abends im Schutze der Dunkelheit zu der Selbstbedienungstankstelle des T, welche etwas außerhalb der Stadt G liegt, und hält auf der gegenüberliegenden Straßenseite. Von dort aus hat er freie Sicht auf den hell erleuchteten Kassenraum der Tankstelle. In diesem befindet sich nur T. Weit und breit befinden sich keine anderen Mitarbeiter oder Kunden.

A wartet, bis T auf die Mitarbeitertoilette verschwindet, von welcher man die Zapfsäulen nicht sehen kann. Sodann fährt er bei einer Zapfsäule vor, steigt aus, tankt 15 Liter Benzin (Preis: 1,80 € pro Liter) und fährt wieder davon, bevor T in den Kassenraum zurückkehrt. Dabei geriert sich A wie jeder andere Kunde auch. Während des ganzen Vorgangs fühlte sich A – zutreffend – unbeobachtet. Da T seine Zapfsäulen sonst nie aus den Augen lässt und nur heute besonders dringend dem Ruf der Natur folgen musste, hat er auch keine Überwachungskameras installiert.

Beurteilen Sie die Strafbarkeit des A.

Bearbeitervermerk: Auf die §§ 947, 948 BGB wird hingewiesen.

§ 947 Verbindung mit beweglichen Sachen

(1) Werden bewegliche Sachen miteinander dergestalt verbunden, dass sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache; die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnis des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben.

(2) Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum.

§ 948 Vermischung

(1) Werden bewegliche Sachen miteinander untrennbar vermischt oder vermengt, so finden die Vorschriften des § 947 entsprechende Anwendung.

(2) Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde.

* Der *Verfasser* ist studentische Hilfskraft an der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht bei Herrn Professor Dr. *Bernhard Kretschmer* an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Professor Dr. *Bernhard Kretschmer* ist Inhaber dieser Professur.

Lösungsvorschlag:

Hinweis: Ob mit § 242 I StGB oder § 263 I StGB begonnen wird, ist unerheblich. Diebstahl und Betrug stehen in keinem Verhältnis, welches eine bestimmte Prüfungsreihenfolge vorgäbe. Ferner könnte aufbautechnisch erwogen werden, die Eigentumsfrage im Rahmen der Diebstahlsprüfung dahinstehen zu lassen und eine Strafbarkeit wegen § 242 I StGB in Ermangelung eines Gewahrsamsbruchs abzulehnen. Dabei müssen die Fragen der Eigentumslage jedoch im Rahmen des § 246 StGB geprüft werden, was ebenso vertretbar wäre.

A. Strafbarkeit des A gem. § 242 I StGB

Der A könnte sich wegen Diebstahls nach § 242 I strafbar gemacht haben, indem er die 15 Liter Benzin in den Tank seines Autos füllte und davonfuhr, ohne zu bezahlen.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand****a) Fremde bewegliche Sache****aa) Sache**

Das flüssige Benzin stellt aufgrund seiner räumlichen Abgrenzbarkeit im Tank des Fahrzeugs, dem Schlauch der Zapfsäule und des unterirdischen Benzintanks der Tankstelle eine Sache im Sinne des § 90 BGB dar.

bb) Beweglich

Das Benzin ist auch tatsächlich fortschaffbar und mithin beweglich im Sinne des § 242 I StGB.

cc) Fremd

Das Benzin müsste aber auch für A fremd sein. Fremd ist eine Sache für den Täter, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters steht, d.h. Allein-, Mit-, oder Gesamthandseigentum einer anderen natürlichen oder juristischen Person an der Sache besteht.¹

Hinweis: Das Merkmal der „Fremdheit“ ist *zivilrechtsakzessorisch*, d.h. nach zivilrechtlichen Maßstäben zu beurteilen. Diese Abhängigkeit von außerstrafrechtlichen Wertungen begegnet im Vermögensstrafrecht an diversen Stellen,² sodass auch der studentische Klausurbearbeiter hierauf vorbereitet sein muss. Hierzu gehört auch (ganz banal) eine Textausgabe des BGB in der Strafrechtsklausur zur Hand zu haben.

Ein vollständiger Eigentumserwerb des A ist hier jedenfalls nicht aufgrund der Vorschriften über die Vermischung von beweglichen Sachen (§§ 947, 948 BGB) eingetreten. Denn danach entsteht bei der Vermischung grundsätzlich nur Miteigentum, was für die Fremdheit einer Sache im strafrechtlichen Sinne ausreicht. Für die Annahme, dass eine der beiden Sachen (das von Anfang an im Tank des Fahrzeugs befindliche Benzin oder das eingefüllte Benzin) eine Hauptsache nach § 947 II BGB darstellt und so A oder T Alleineigentum erworben haben, liegen keine Anhaltspunkte vor.

Gegebenenfalls könnte aber ein rechtsgeschäftlicher Eigentumsübergang eingetreten sein. Dies hängt davon ab, wie man den Tank- und Bezahlvorgang an Selbstbedienungstankstellen auslegt.

Hinweis: Im Übrigen geht die ganz h.M. davon aus, dass ein *gesetzlicher* Eigentumserwerb, der durch eine Zueignungshandlung eintritt, für die Fremdheit der Sache **irrelevant** ist.³ Ein *rechtsgeschäftlicher* Eigentumserwerb wird dagegen als **relevant** angesehen,⁴ sodass im Folgenden zu diskutieren ist, ob ein solcher eingetreten ist. Die Kenntnis dieser Unterscheidung wird von den Studenten nicht erwartet.

(1) Eigentumsübergang

Einerseits ließe sich vertreten, dass bereits beim Einfüllen des Benzins in den Tank des Fahrzeugs das Eigentum am Benzin auf den Kunden übergeht. Da man davon ausgehen muss, dass der Tankstellenbetreiber nicht an jeden Dritten eine *offerta ad incertas personas* richten will, kann das Bereitstellen der

¹ Rengier StR BT I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 9; Mitsch StR BT II, 3. Aufl. 2015, S. 8.

² Allgemein hierzu Wagner, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, S. 104 f; Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, 2008, S. 137 f.

³ RMG (Amtliche Entscheidungssammlung des Reichsmilitärgerichts) 20, 9 (14); LK-StGB/Vogel/Brodowski, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 11, 42; MüKo-StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 43 f.

⁴ LK-StGB/Vogel/Brodowski, 13. Aufl. 2022, § 246 Rn. 11 m.W.n.

Zapfsäule nur als *invitatio ad offerendum* gesehen werden. Demnach liegt im Abnehmen des Zapfhahns ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages und dingliche Einigung durch den Kunden, welches vom Tankstellenbetreiber konkludent durch das Geschehenlassen des Einfüllens angenommen wird.⁵ Danach läge hier keine fremde Sache vor.

(2) Kein Eigentumsübergang

Andererseits könnte man argumentieren, dass, wie bei Bargeschäften des täglichen Lebens üblich, der Kaufvertrag und der dingliche Eigentumserwerb erst an der Kasse der Tankstelle beschlossen werden;⁶ die früher erfolgende Übergabe steht dem nicht entgegen („Übergabe kurzer Hand“, § 929 S. 2 BGB). Die Situation wäre insoweit der in Selbstbedienungsläden vergleichbar. A betritt den Kassenbereich nie, sodass hiernach das Benzin noch eine fremde Sache darstellen würde.

(3) Kein Eigentumsübergang aufgrund eines Eigentumsvorbehaltes

Schließlich ließe sich auch vertreten, es liege ein konkludent vereinbarter Eigentumsvorbehalt vor, wonach erst mit der vollständigen Kaufpreiszahlung an der Kasse das Eigentum übergehe, aber schon an der Zapfsäule der Kaufvertrag geschlossen werde.⁷ Auch hiernach läge kein Eigentumsübergang vor, da A den Kaufpreis nie entrichtete.

(4) Stellungnahme

Die erste Ansicht, wonach schon an der Zapfsäule ein Eigentumsübergang stattfindet, ist abzulehnen. Sie widerspricht der Interessenlage, denn der Verkäufer des Kraftstoffes wird bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung nicht an einem Eigentumsübergang interessiert sein, um seinen aus dem Eigentum folgenden Ansprüchen (etwa der §§ 985 ff. BGB) nicht verlustig zu gehen. Diese Interessen sind bei der Auslegung der (konkludenten) Willenserklärungen zu berücksichtigen.⁸

Daneben schafft sie auch Strafbarkeitslücken: Wird der Täter – wie im vorliegenden Fall – nicht beobachtet und fühlt er sich auch nicht beobachtet, scheidet eine Strafbarkeit wegen (versuchten) Betrugs mangels Täuschung (s.u.) aus. Strafbarkeiten nach § 242 I oder § 246 I StGB scheitern an der Fremdheit. Im Ergebnis würde der Täter also straffrei ausgehen.

Hinweis: Freilich ist dieses Argument mit Vorsicht zu genießen. So lässt sich aufgrund der Fragmentarität des Strafrechts auch gut vertreten, dass „Lücken“ hinzunehmen und nicht etwa zu schließen sind. Andererseits erscheint das hier gezeigte Verhalten des A nicht weniger strafwürdig als andere, unproblematischer unter § 242 oder § 246 StGB zu subsumierende Verhaltensweisen. Jedenfalls ist bei Anwendung dieser Straftatbestände keine Überschreitung der Wortlautgrenze (§ 1 StGB, Art. 103 II GG) zu befürchten, da das betreffende Merkmal („fremd“) und die damit verbundenen zivilrechtlichen Wertungen hinreichend interpretationsoffen sind.

Die beiden anderen Ansichten kommen zum gleichen Ergebnis, sodass insoweit ein Streitentscheid entbehrlich ist.

Hinweis: a.A. bei guter Argumentation vertretbar. Die Darlegung beider Ansichten, welche einen Eigentumsübergang ablehnen, wurde nicht erwartet. Wichtig war, dass d. Bearb. entweder über die vergleichbare Situation in Selbstbedienungsläden oder die Annahme eines konkludenten Eigentumsvorbehalts (was die wesentlichen Argumentationsstränge in Rspr. und Lit. darstellen) die Eigentumssituation diskutieren und zu einem annehmbaren Ergebnis gelangen.

dd) Zwischenergebnis

Das Benzin stellt eine für A fremde bewegliche Sache im Sinne des § 242 I StGB dar.

⁵ Siehe etwa OLG Düsseldorf NStZ 1982, 249; Herzberg JA 1980, 385 (389 f.); ders. NJW 1984, 896 (898 f.).

⁶ So die heute h.M.: NK-StGB/Kindhäuser/Hoven, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 17; Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 7; LK-StGB/Vogel/Brodowski, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 27; Otto JZ 1985, 22; Deutscher JA 1983,

128; i.E. auch Borchert/Hellmann NJW 1983, 2799 (2802 f.).

⁷ OLG Hamm NStZ 1983, 266 f.; in diese Richtung auch OLG Koblenz NStZ-RR 1998, 364.

⁸ BGH NJW 1994, 2228 (2229); BGH NJW-RR 1995, 1201.

b) Wegnahme

A müsste das Benzin jedoch auch weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.

aa) Fremder Gewahrsam

Zunächst müsste fremder Gewahrsam bestanden haben. Gewahrsam ist die von einem tatsächlichen Willen getragene Herrschaftsmacht über einen Gegenstand. Dabei wird die Reichweite von der Verkehrsauffassung bestimmt.⁹ Fremd ist jeder Gewahrsam, den der Täter nicht ausschließlich selbst innehat.

Der T besitzt die tatsächliche Herrschaftsgewalt über das Benzin. Dieses wird in seinem alleinigen Herrschaftsbereich in unterirdischen Tanks gelagert und zum Verkauf angeboten. Damit bestand fremder Gewahrsam.

bb) Neubegründung

S müsste auch neuen Gewahrsam begründet haben. Neuer Gewahrsam wird begründet, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Beeinträchtigung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsmacht des Täters zu beseitigen.¹⁰

Indem der A das Benzin in den Tank seines Autos einfüllt, entzieht er es dem Zugriff des T. Dabei befindet er sich zwar noch im Hof der Tankstelle, also des Herrschaftsbereiches des T, allerdings müsste der T seinerseits in den Herrschaftsbereich des A, nämlich den Tank des Autos, eingreifen, um seinen Gewahrsam wiederzuerlangen (sog. Gewahrsamsenkave)¹¹. Damit wurde auch neuer Gewahrsam begründet.

cc) Bruch

Der Gewahrsam des T müsste jedoch auch gebrochen worden sein. Dies setzt voraus, dass der Gewahrsamswechsel ohne oder gegen dessen Willen stattgefunden hat.¹²

Allerdings liegt im Aufstellen der Zapfsäulen ein antizipiertes Einverständnis zum Gewahrsamswechsel,¹³ wie dies bei „klassischen“ Warenautomaten üblich ist. Der A verhält sich auch wie jeder andere Kunde und bedient die Zapfsäule ordnungsgemäß, so dass sein Verhalten nicht etwa eine Einschränkung des Einverständnisses *in concreto* begründen könnte. Damit liegt kein Gewahrsamsbruch vor.

Hinweis: Wer hier „springt“ und direkt den Gewahrsamsbruch ablehnt, ohne zuvor die Eigentumsverhältnisse diskutiert zu haben, muss diese Frage im Rahmen der Strafbarkeit nach § 246 I StGB erörtern.

dd) Zwischenergebnis

Es fand keine Wegnahme statt.

2. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

II. Ergebnis

A hat sich nicht nach § 242 I StGB strafbar gemacht, indem er die 15 Liter Benzin in seinen Tank füllte und davonfuhr, ohne zu bezahlen.

Hinweis: Ein versuchter Diebstahl kommt hier nicht in Betracht, da A beim Tankvorgang (sachgedanklich mit-) bewusst ist, dass der Tankstellenbetreiber mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden ist. Somit scheitert auch ein hierauf gerichteter Tatentschluss des A.

B. Strafbarkeit des A gem. § 263 I StGB

A könnte sich jedoch eines Betrugs nach § 263 I StGB strafbar gemacht haben, indem er beim Tanken seine Zahlungsbereitschaft vorspiegelte.

⁹ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Heinrich StR BT, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 38; Wessels/Hillenkamp/Schuh StR BT II, 46. Aufl. 2023, § 2 Rn. 90.

¹⁰ Rengier StR BT I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 44.

¹¹ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Heinrich StR BT, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 42 f.; Rengier StR BT I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 47 ff.

¹² Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Heinrich StR BT, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 53.

¹³ BGH NJW 2012, 1092; NK-StGB/Kindhäuser/Hoven, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 47; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Heinrich StR BT, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 54.

Hinweis: Die Verwendung von *termini technici* wie „Wegnahme“ oder „Vortäuschen“ im Obersatz ist negativ zu bewerten, da dadurch strafbarkeitsrelevante Tatbestandsmerkmale festgestellt werden, die es erst zu prüfen gilt.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

Dafür müsste A zunächst über Tatsachen getäuscht haben. Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, welche dazu geeignet ist eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen. Der Begriff der Tatsachen als Bezugsgegenstand der Täuschung umfasst dabei alle äußeren oder inneren Vorgänge der Vergangenheit oder Gegenwart, welche dem Beweis zugänglich sind.

In Betracht als Erklärung kommt hier die Zahlungsbereitschaft des A, welche zumindest konkludent mit dem Betanken erklärt wird. Diese stellt sich zwar als Tatsache dar, über die Beweis erhoben werden könnte. Im vorliegenden Fall ist aber niemand zugegen, auf dessen Vorstellungsbild intellektuell eingewirkt werden könnte: Der T befindet sich auf der Toilette, von welcher aus er die Zapfsäulen nicht sehen kann. Andere Mitarbeiter sind nicht vor Ort.

b) Zwischenergebnis

Somit liegt schon keine Täuschung vor.

2. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

II. Ergebnis

Mangels Täuschung liegt kein Betrug des A vor, indem er beim Tanken seine Zahlungsbereitschaft vorpiegelte. A hat sich folglich nicht gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des A gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I Alt. 2 StGB

Auch eine Versuchsstrafbarkeit durch dieselbe Handlung scheidet aus. Der BGH nimmt zwar an, dass in Fällen, in denen der Tankende nicht tatsächlich vom Personal beobachtet wurde, dieser sich regelmäßig vorstelle, einen Irrtum zu erwecken.¹⁴ Dies setzt aber

jedenfalls implizit voraus, dass der Täter auch davon ausgeht, beobachtet zu werden. Dies ist hier ausdrücklich nicht der Fall.

D. Strafbarkeit des A. gem. § 246 I StGB (Tanken)

A könnte sich auch einer Unterschlagung nach § 246 I StGB strafbar gemacht haben, indem er das Benzin in seinen Fahrzeugtank füllte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

Das Benzin stellt eine fremde bewegliche Sache dar (s.o.).

b) Tathandlung: Rechtswidrige Zueignung

Darüber hinaus müsste sich A diese auch zueignen haben.

aa) Zueignungswille

Dies setzt zunächst einen Zueignungswillen voraus. Der Zueignungswille ist der Vorsatz, den Eigentümer dauerhaft aus seiner Herrschaftsposition zu verdrängen (Enteignung) und die Sache dem eigenen Vermögen einzuverleiben (Aneignung).

Hier wollte der A gerade in den Vorteil des Benzins auf Kosten des T kommen und dieses ohne eine Gegenleistung zu erbringen für seine Zwecke verbrauchen.

bb) Zueignungshandlung

Der bloße Zueignungswille ist allerdings nicht ausreichend, vielmehr muss dieser sich darüber hinaus in einem objektiven Zueignungsakt äußern. Welche Anforderungen an diesen Akt zu stellen sind, ist wiederum strittig.

(1) Weite Manifestationstheorie

Nach der weiten Manifestationstheorie kann praktisch jedes unter einem Zueignungswillen getätigte Verhalten ausreichend für eine Zueignung sein.¹⁵ Danach liegt auch in dem Betanken des Fahrzeugs eine Zueignung, da A dabei mit Zueignungswillen handelt.

(2) Enge Manifestationstheorie

Nach der engen Manifestationstheorie muss hingegen eine eindeutige Bekanntgabe des

¹⁴ BGH NStZ 2009, 694; BGH NJW 2012, 1092.

¹⁵ RGSt 58, 230; BGH NJW 1960, 684 (685 ff.).

Zueignungswillens durch das Verhalten vorliegen. Für einen objektiven Dritten muss aus der Handlung des Täters unzweideutig erkennbar sein, dass dieser sich die Sache zueignen will.¹⁶ Danach läge hier keine Zueignung vor, da ein objektiver Beobachter ebenso gut davon ausgehen könnte, der A wolle seinen kaufvertraglichen Pflichten wie ein regulärer Kunde nachkommen und das Benzin noch bezahlen.

(3) Streitentscheid

Die weite Manifestationstheorie ist abzulehnen. Ihr extensiver Ansatz bringt diverse Probleme mit sich: Es werden Handlungen erfasst, die sich weit im Vorfeld einer (auch nur abstrakten) Gefährdung des Eigentums bewegen, bei denen das tatbestandlich geschützte Rechtsgut also noch gar nicht berührt ist. Damit einhergehend ist eine seriöse Abgrenzung von Vorbereitung, Versuch und Vollendung kaum möglich, womit auch der Versuchsstrafbarkeit (§ 246 III StGB) jeder Anwendungsbereich genommen wird, da stets sogleich Vollendung eintritt. Außerdem löst der Schluss vom Zueignungswillen auf die Zueignungshandlung die tatbestandliche Differenzierung von subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmalen auf, was nicht nur strafrechtsdogmatisch, sondern auch verfassungsrechtlich fragwürdig ist¹⁷.

A hat folglich keine ausreichende Zueignungshandlung gezeigt.

Hinweis: Die Manifestationstheorien geraten nach der Änderung des § 246 I StGB durch das 6. StrRG (1998) zunehmend in die Kritik. Im Zuge der Reform ist die sog. Gewahrsamsklausel entfallen, wonach der Täter das Tatobjekt „in Besitz oder Gewahrsam“ haben musste. Damit erfasst der Tatbestand nun auch das schlichte Behaupten einer Sachbeziehung (z.B. der Täter stellt sich neben ein beliebiges geparktes Fahrzeug und bietet dieses Dritten zum Kauf an). Daher versuchen Teile der Literatur, die Gewahrsamsklausel wiederzubeleben, indem eine

gewisse Nähebeziehung zur Sache gefordert wird.¹⁸ Worin diese bestehen soll wird freilich sehr unterschiedlich beurteilt: Teilweise wird mindestens mittelbarer Besitz im zivilrechtlichen Sinne¹⁹ verlangt, andere verlangen eine nicht völlig untergeordnete Herrschaftsbeziehung²⁰ oder gleich Gewahrsam²¹.

cc) Zwischenergebnis

A hat sich das Benzin nicht zueignet, indem er es in sein Auto tankte.

2. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

II. Ergebnis

A hat sich nicht nach § 246 I StGB strafbar gemacht, indem er sein Auto tankte.

E. Strafbarkeit des A gem. § 246 I StGB (Wegfahren)

Schließlich kommt noch eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung nach § 246 I StGB in Betracht, indem der A mit dem Benzin im Tank vom Hof der Tankstelle fuhr.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Sache

Das Benzin stellt eine fremde bewegliche Sache dar.

b) Rechtswidrige Zueignungshandlung

aa) Zueignungswille

A handelt mit Zueignungswillen.

bb) Zueignungshandlung

Nach beiden oben genannten Theorien stellt das Wegfahren eine eindeutige Zueignungshandlung bzgl. des Benzins dar, da sich auch jemand, der dieses gerade redlich erworben hat, so verhalten würde.

¹⁶ BGH NJW 1987, 2242 (2243); umfangreicher Überblick mit Kasuistik bei SK-StGB/Hoyer, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 12 ff.

¹⁷ Vgl. die Entscheidung des BVerfG zum Verschleifungsverbot im Rahmen des § 266 StGB, BVerfGE 126, 170 (198, 211, 228); hierzu ausführlich Krell ZStW 2016, 902 ff.

¹⁸ Überblick über die verschiedenen Lösungsansätze bei Fischer-StGB, 71. Aufl. 2021, § 246 Rn. 10a; Küper/Zopfs BT, 11. Aufl. 2022, Rn. 857 ff.

¹⁹ NK-StGB/Kindhäuser/Hoven, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 8 ff.

²⁰ Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 10.

²¹ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/Heinrich StR BT, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 29 ff.

cc) Rechtswidrigkeit

Die Zueignung ist rechtswidrig, wenn sie gegen die dingliche Rechtslage verstößt und nicht durch einen fälligen und einredefreien Übereignungsanspruch gedeckt ist. Ein solcher steht dem A jedenfalls zu Beginn des Versuchszeitpunkts, auf den es für die Beurteilung ankommt, nicht zu.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte auch mit Wissen und Wollen, mithin vorsätzlich bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale (vgl. § 15 StGB).

II. Rechtswidrigkeit

A handelte auch rechtswidrig.

III. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

IV. Strafantrag, § 248a StGB

Bei den 15 Litern Benzin handelt es sich um eine Sache im Wert von 27 € (15 Liter x 1,80 €/Liter = 27 €). Die Grenze, bis zu der eine geringwertige Sache angenommen wird, bewegt sich zwischen 25 und 50 €. ²² Die Grenze von 25 € stammt noch aus der Zeit der Einführung des Euros und erscheint aufgrund der allgemeinen Lohn- und Preisentwicklung (insb. innerhalb der letzten Jahre) als nicht mehr sachgerecht. Folglich ist die Grenze bei 50 € zu ziehen.

Der danach erforderliche Strafantrag kann noch gestellt werden.

V. Ergebnis

A hat sich nach § 246 I StGB strafbar gemacht, indem er mit dem Benzin im Tank vom Hof fuhr.

F. Strafbarkeit des A gem. § 123 I Alt. 1 StGB

A hat sich nicht wegen Hausfriedensbruch nach § 123 I Alt. 1 StGB strafbar gemacht, da er zwar zu deliktischen Zwecken in den Hof der Tankstelle einfuhr, dieser aber grundsätzlich dem öffentlichen Verkehr

offensteht und die Absichten des A äußerlich nicht erkennbar waren. ²³

G. Gesamtergebnis

A ist (nur) strafbar nach § 246 I StGB, indem er ohne zu Bezahlen mit dem Benzin im Tank vom Hof der Tankstelle fuhr.

²² Für die 50 €-Grenze einerseits BGH BeckRS 2004, 7428; OLG Jena BeckRS 2007, 5399; OLG Hamm BeckRS 2015, 11626; für die 25 €-Grenze andererseits OLG Frankfurt a.M. JuS 2008, 1024, m. zust. Anm. Jahn; MüKo-StGB/Hohmann, 4. Aufl. 2021, § 248a StGB Rn. 7.

²³ Zu der Frage, inwiefern der äußere Anschein ein allgemeines, antizipiertes Betretungsrecht ausschließen kann, siehe OLG Düsseldorf NJW 1982, 2678 (2679); Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm, 30. Aufl. 2019, § 123 StGB Rn. 26.

Der Tatbestand der „einfachen“ Pornographie gem. § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB: strafwürdiges Verhalten oder anachronistische Überkriminalisierung?

Von Stud. iur. Olga Zaitceva, Marburg

A. Einführung

Das Sexualstrafrecht wird aufgrund seiner zunehmenden Bedeutung oft zum Mittelpunkt rechtspolitischer Debatten. Die im 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches (StGB) aufgeführten Straftaten, die als Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung gelten und den Kern des Sexualstrafrechts bilden, werden dabei teilweise neu konzipiert. Dies hängt häufig mit der Anordnung strafrechtlicher Sanktionen für bisher nicht strafbewehrte Verhaltensweisen oder ganz im Gegenteil mit der Entkriminalisierung einzelner Tatbestände zusammen. Damit gewinnt die grundlegende Frage an Bedeutung: Was stellt einen strafbaren Verstoß gegen das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung dar?

Im Fokus dieses Beitrags steht der Tatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB¹. Die Umstrukturierung des § 184 wird seit seiner letzten grundlegenden Änderung im Jahr 2003² häufig diskutiert. Begründet wird die Reformbedürftigkeit insbesondere mit der fortschreitenden Digitalisierung und der steigenden Ubiquität sexualisierter Darstellungen in der Gesellschaft. Zwar bleibt dieser Umstand nicht unberücksichtigt: Der Wortlaut des Gesetzes wird im Jahr 2015³ und 2020⁴ angepasst. Unbeantwortet bleibt jedoch weiterhin die Frage, ob es nicht einer grundlegenden Reformierung bedarf, die unter anderem die modernen Entwicklungen im Bereich des Internets und der Medien, neue Alternativzugänge zu den pornographischen Inhalten sowie die Auswirkungen des Pornographiekonsums berücksichtigt. Auch im Hinblick auf die Schutzrichtung des § 184 Abs. 1 Nr. 6 bestehen erhebliche Bedenken hinsichtlich der Erforderlichkeit der Norm zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung in Form des Schutzes vor ungewollter Konfrontation.

Im Folgenden werden zunächst der historische Hintergrund des § 184 Abs. 1 Nr. 6 (B.), sein

Normzweck und seine Deliktsnatur erläutert (C.I.). Im Anschluss folgt die Frage nach dem geschützten Rechtsgut und seiner Bedeutung für die existierenden Reformvorschläge (C.II.). Des Weiteren wird der Tatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 6 kurz dargestellt und der Begriff der Pornographie vermittelt (D.). Schließlich geht der Beitrag auf die Relevanz der Norm im Kontext der Internet- und Medienentwicklung ein (E.).

B. Historischer Hintergrund

Um sich einen genaueren Überblick über die Norm zu verschaffen, empfiehlt es sich, ihren historischen Hintergrund im Hinblick auf die entscheidenden Reformen zu untersuchen.

Der Tatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 6 geht inhaltlich im Wesentlichen auf seine Fassung von 1973 zurück, die er durch das 4. StrRG⁵ erlangt hat. Bis 1973 bestand in § 184 Abs. 1 a.F. ein generelles Produktions- und Vertriebsverbot für sämtliche *unzüchtige Schriften*.⁶

Durch das 4. StrRG wurde in § 184 Abs. 1 a.F. die Nummer 6 mit folgendem Inhalt aufgenommen: „Wer pornographische Schriften, Ton- oder Bildträger, Abbildungen oder Darstellungen ... 6. an einen anderen gelangen läßt, ohne von diesem hierzu aufgefordert zu sein, ... wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft“.

Gesetzgeberisches Motiv war 1973 die Erwägung, dass die Freiheit der erwachsenen Bürger*innen zum Pornographiekonsum solange den Vorrang hat, bis die Ausübung dieses Selbstbestimmungsrechts andere Rechtsgüter gefährdet.⁷ Eine solche Gefahr wurde in dem Schutz vor ungewollter Konfrontation und in dem Jugendschutz gesehen.⁸

Nach dem SexualdelÄndG⁹ wurden die bisher in einer Vorschrift zusammengefassten

¹ Alle folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

² SexualdelÄndG vom 27.12.2003, s. BGBl. I. 2003, S. 3007.

³ 49. StrÄndG vom 21.01.2015, s. BGBl. I. 2015, S. 10.

⁴ 60. StrÄndG vom 30.11.2020, s. BGBl. I. 2020, S. 2600.

⁵ BGBl. I. 1973, S. 1725.

⁶ MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 12.

⁷ BT-Drucks. VI/1552, S. 33; Schönke/Schröder/Eisele, § 184 Rn. 1; Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 888.

⁸ BT-Drucks. VI/1552, S. 33; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 434.

⁹ Siehe Fn. 2.

Pornographietatbestände entsprechend ihrem Regelungsgehalt auf vier Paragraphen verteilt, ohne dass hiermit wesentliche inhaltliche Änderungen verbunden wären.¹⁰ Damit regelten die neuen §§ 184a-184c eigenständig die sog. harte Pornographie, d.h. die Verbreitung, den Erwerb und den Besitz gewalt-, tier- und kinderpornographischer Schriften sowie deren Verbreitung durch Rundfunk, Medien- und Teledienste.¹¹ § 184 erfasste nur noch Fälle der Verbreitung „einfacher“ bzw. „weicher“ Pornographie. Er stellte solche Tathandlungen unter Strafe, die gerade nicht unter §§ 184a-184c a.F. fallen, bei denen aber der Jugendschutz bzw. der Schutz vor ungewollter Konfrontation derart beeinträchtigt wurden, dass dies die Strafwürdigkeit auch der sonstigen „einfachen“ Pornographie rechtfertigte.¹²

Durch das 60. StrÄndG¹³ wurde § 11 Abs. 3 geändert, wobei anstelle des Begriffs der „Schriften“ der der „Inhalte“ eingeführt wurde. Dies erleichterte die Subsumtion insbesondere der digitalen Darstellungsformen.¹⁴

Im Jahr 2015 wurde eine Reformkommission zum Sexualstrafrecht eingesetzt, die sich auch mit der Reform des § 184 beschäftigt hat. Aus dem im Juli 2017 dem Justizminister vorgelegten Abschlussbericht ging hervor, dass die Mehrheit der abgegebenen Stimmen für die Reduzierung des Tatbestandes auf die jugendschützenden Vorschriften entschieden hat, wobei sich die zweitgrößte Stimmenmehrheit für die komplette Streichung des § 184 Abs. 1 ausgesprochen hat.¹⁵

Anhand des historischen Überblicks wird ohne Weiteres klar, dass der Tatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 6 in seiner heute noch geltenden Fassung fast unverändert seit 1973 fortbestand. Trotz mehrerer Reformversuche und der erkannten Legitimationsdefizite wurde die Strafbarkeit nicht aufgehoben oder modernisiert. Dies spricht bereits dafür, dass der Tatbestand, jedenfalls historisch gesehen, überholt ist und einer Überarbeitung bedarf.

C. Normzweck und Schutzrichtung

Bei der Untersuchung von umstrittenen Strafnormen muss zudem die gesetzgeberische Intention ermittelt und das zu schützende Rechtsgut bestimmt werden.

I. Telos und Deliktsnatur

Der Schutzzweck des § 184 Abs. 1 ist nicht einheitlich.¹⁶ Während die Tatbestände der Nr. 1-5, 7-8 nach der gesetzgeberischen Konzeption primär dem Jugendschutz dienen, schützt der Tatbestand der Nr. 6 Erwachsene vor ungewollter Konfrontation mit Pornographie.¹⁷ Beide Schutzzwecke haben den einheitlichen Grundgedanken des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung.¹⁸ Nr. 6 stellt ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar, so dass es grundsätzlich weder des Nachweises einer tatsächlich eingetretenen Beeinträchtigung im Einzelfall noch desjenigen einer konkreten Gefährdung bedarf.¹⁹

II. Geschützte Rechtsgüter

1. Konfrontationsschutz von Erwachsenen

In erster Linie schützt Abs. 1 Nr. 6 die Erwachsenen vor unerwünschter Konfrontation mit pornographischen Inhalten. Der Gesetzgeber verfolgte 1973 das Ziel, den postalischen Versand pornographischen Werbematerials mithilfe von Adresslisten zu unterbinden.²⁰

Ob § 184 Abs. 1 Nr. 6 nach 50 Jahren weiterhin effektiv diesem Zweck dienen kann und darüber hinaus hierzu noch erforderlich ist, erscheint fraglich.

a) Verfassungsrechtlicher Hintergrund

§ 184 Abs. 1 Nr. 6 ist eine Straftat, die ausweislich ihrer systematischen Stellung als eine Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung konzipiert ist. Das Recht auf die sexuelle Selbstbestimmung ist eine der Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, welches seine verfassungsrechtliche Grundlage in Art.

¹⁰ SK-StGB B. IV/Greco, § 184 Rn. 1.

¹¹ Brüggemann, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts, S. 451 ff.

¹² Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 891, 933 ff.; Hörnle, NJW 2002, 1008.

¹³ Siehe Fn. 4.

¹⁴ Satzger/Schluckebier/Werner/Zimmermann, § 184 Rn. 2.

¹⁵ BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 239 f.

¹⁶ Lackner/Kühl/Heger/Heger, § 184 Rn. 1; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 4.

¹⁷ Schönke/Schröder/Eisele, § 184 Rn. 5; Satzger/Schluckebier/Werner/Zimmermann, § 184 Rn. 8.

¹⁸ Matt/Renzikowski/Eschelbach, § 184 Rn. 1; SK-StGB B. IV/Greco, § 184 Rn. 7.

¹⁹ Heinrich, ZJS 2016, 132, 137; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 6.

²⁰ BT-Drucks.VI/1552, S. 34.

2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG findet.²¹ Dieses Recht wird in Nr. 6 zum Recht des Einzelnen konkretisiert, ungewollter Konfrontation fernzubleiben, als negative Freiheit und Abwehrrecht gegen Eingriffe anderer.²² Jeder soll selbst darüber entscheiden dürfen, ob er Pornographie rezipieren will.²³

Der Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung stellt damit einen legitimen Zweck für staatliche Eingriffe dar. Der Gesetzgeber ging 1973 sogar von einem Schutzanspruch des*der Einzelnen gem. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG aus.²⁴ Es bestand und besteht somit eine Pflicht des Staates von Verfassungs wegen, wirksame Maßnahmen zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu ergreifen, unter anderem durch Erlass strafrechtlicher Normen.²⁵

b) Schutzbedürfnis bei kontrollierbarer Distanzierungsmöglichkeit

Das allgemeine Verständnis von Sexualität und Geschlechterverhältnis hat sich in den letzten Jahrzehnten so verändert, dass dies zu einer Ubiquität der Fragen mit Sexualbezug und zur Öffnung der Gesellschaft für solche Themen geführt hat. Unterstützt wurde dieses Verständnis durch die Häufung von sexualisierten Werbungen im Internet und in den Medien, die die Wahrnehmung solcher Inhalte nicht mehr pönalisiert, sondern vielmehr begünstigt und ab einem bestimmten Zeitpunkt sogar alltäglich gemacht haben. Diese fortgeschrittene mediale Enttabuisierung und die abgenommene Empfindlichkeit der Gesellschaft gegenüber Pornographie haben sich auch auf die Beurteilung des Konfrontationsschutzes ausgewirkt.²⁶

Das Konfrontationsverbot wurde damit immer wieder in Frage gestellt. Vor allem erscheint nun seine Legitimation in Situationen fraglich, in welchen sich die adressierten Personen der Wahrnehmung von pornographischen Inhalten leicht entziehen können, z.B. durch die sofortige Entsorgung bei gedruckten

Inhalten oder durch die Schließung bei Webseiten.²⁷ Ein derart erfolgter Kontakt lässt sich von den Betroffenen in der Regel schnell und unkompliziert unterbinden.²⁸ Aus diesem Grund wird diskutiert, dass die Schwelle einer strafrechtlich relevanten Gefährdung der sexuellen Selbstbestimmung bei einer von der betroffenen Person kontrollierbaren Aufdrängung einen gewissen Erheblichkeitsgrad erreichen muss, damit das Konfrontationsverbot noch legitimiert werden kann.²⁹ Die Erheblichkeit dürfte vorliegen, wenn zwar ein kurzfristiger Kontakt erfolgte, es sich aber um eine besonders störende Szene handelte, sofern nicht bereits §§ 184a ff. einschlägig sind.³⁰

Jedoch wird diese Erheblichkeitsschwelle in den meisten Fällen nicht erreicht sein, so dass eine flüchtige Konfrontation jedenfalls bei Erwachsenen nicht zu einer beträchtlichen Beeinträchtigung führen wird. Hierfür spricht auch die systematische Überlegung: Wenn für das Vorliegen einer sexuellen Handlung i.S.v. § 184h Nr. 1 per definitionem eine bestimmte Erheblichkeitsgrenze überschritten werden soll, können nur flüchtige Begegnungen mit Pornographie erst recht keine tiefgreifenderen Auswirkungen haben.³¹ Eine Kriminalstrafe ist nach dem Ultima-Ratio-Prinzip des Strafrechts nicht mehr verhältnismäßig.³²

c) Schutzbedürfnis bei fehlender Kontrollmöglichkeit

Jedoch gibt es Fälle, in denen sich die aufdrängende Konfrontation gar nicht unterbinden lässt oder ein Ausweichen faktisch unmöglich ist, z.B. an öffentlichen Orten oder bei sich aufdrängenden Spam-Werbungen.³³ Zu erwägen ist, ob in diesen Konstellationen der Schutzanspruch von Erwachsenen den Tatbestand legitimieren kann.

Ob der Schutzzweck der Nr. 6 die ungewollte Konfrontation in der Öffentlichkeit überhaupt umfassen soll, wird zum Teil verneint.³⁴ Vereinzelt wird

²¹ Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200.

²² Schönke/Schröder/Eisele, § 184 Rn. 5; Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502, 505; Hörnle, ZStW 2015, 851, 859.

²³ Köhne, JR 2012, 325, 327.

²⁴ BT-Drucks. VI/1552, S. 34.

²⁵ Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502, 507.

²⁶ Köhne, JR 2012, 325, 327.

²⁷ MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 8; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 5; Renzikowski/Schmidt, KriPoZ, 2018, 325, 332.

²⁸ Köhne, JR 2012, 325, 327.

²⁹ Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502, 511.

³⁰ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 439.

³¹ Köhne, JR 2012, 325, 327.

³² Vgl. BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 234.

³³ LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 5; MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 8; Vgl. LG Aschaffenburg, BeckRS 2019, 40440 (Rn. 9 f., 156).

³⁴ Schönke/Schröder/Eisele, § 184 Rn. 52.

vertreten, dass der Tatbestand jedenfalls mangels Vorsatzes regelmäßig nicht erfüllt sein wird.³⁵ Doch ist eine derartige Beschränkung dem Willen des Gesetzgebers nicht zu entnehmen.³⁶

Der überwiegende Teil der Literatur sieht in der Konfrontation in der Öffentlichkeit einen der wenigen Fälle eines erheblichen Angriffs auf das Recht der sexuellen Selbstbestimmung.³⁷ Ob ein solcher Angriff dennoch strafwürdig ist, bezweifeln manche Vertreter*innen dieser Meinung und gehen vielmehr von einer Ordnungswidrigkeit aus, die den erforderlichen Schutz ebenso gut gewährleisten kann.³⁸

Ein Unterschied besteht zu den Webseiten: Diese lassen sich im Vergleich zu den öffentlichen Orten durch verschiedene Schutzmechanismen (z.B. Spam Blocker, Antivirus-Programme etc.) gegen Spam-Werbung leicht absichern.

2. Konfrontationsschutz als Jugendschutz

Nach Wortlaut, Systematik, Telos und der historischen Auslegung schützt Nr. 6 sowohl Erwachsene als auch Kinder und Jugendliche vor ungewollter Konfrontation.³⁹ Bei § 184 Abs. 1 wird insgesamt von der Konvergenz des Konfrontations- und des Jugendschutzes ausgegangen.⁴⁰ Der Jugendschutz umfasst demnach auch den Konfrontationsschutz, so dass eine gewisse Wechselseitigkeit immer dort entsteht, wo nicht Erwachsene betroffen sind.

Ob das Konfrontationsverbot mit dem Kinder- und Jugendschutz noch überzeugend gerechtfertigt werden kann, erscheint ebenfalls fraglich.

a) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Jugendschutz ist nach einer vom Grundgesetz selbst getroffenen Wertung ein Rechtsgut von hohem Rang und ein wichtiges Gemeinschafts Anliegen.⁴¹ Im Kontext des § 184 wird Jugendschutz teils auf das

elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, teils auf das Recht auf die ungestörte Entwicklung oder konkret auf die ungestörte sexuelle Entwicklung, das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht hergeleitet wird, gestützt.⁴² Es besteht damit zum einen nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG eine Überwachungspflicht des Staates und zum anderen ein verfassungsrechtlicher Anspruch des*der Einzelnen auf die ungestörte Persönlichkeitsentfaltung, welcher ebenfalls den Staat zum Ergreifen von Schutzmaßnahmen berechtigt.⁴³ Damit korrespondierend besteht eine staatliche Pflicht, Kinder und Jugendliche vor Belästigungen durch Dritte zu bewahren.⁴⁴

Somit stellt der Kinder- und Jugendschutz aus verfassungsrechtlicher Perspektive grundsätzlich einen gewichtigen Rechtfertigungs- und Legitimationsgrund dar.

b) Fehlen der schädigenden Wirkung

Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn der staatliche Eingriff aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht mehr dem strafrechtlichen Ultima-Ratio-Prinzip entspricht. Dies ist bei Strafgesetzen vor allem dann der Fall, wenn keine strafwürdige Gefahr mehr für das zu schützende Rechtsgut besteht.

Bereits 1973 war dem Gesetzgeber klar, dass die schädliche Wirkung von Pornographie empirisch nicht grundlegend erforscht wurde.⁴⁵ Trotz umfangreicher Anhörung von Sachverständigen und Fachleuten aus der Praxis konnte die Frage der Jugendgefährdung nicht endgültig geklärt werden.⁴⁶ Dieses Fehlen wissenschaftlich gesicherter Erkenntnisse zwang den Gesetzgeber zu einer Abwägung zwischen dem möglichen Gefährdungspotential der Pornographie einerseits und der Freiheit des*der Einzelnen in dem

³⁵ Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 1018; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 79.

³⁶ BT-Drucks. VI/3521, S. 61.

³⁷ MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 8; Schmidt, Pornographie: Verbot – Regulierung – Freigabe?, in: Lembke (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, S. 333, 341; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 5; Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502, 511.

³⁸ Schmidt, Pornographie: Verbot – Regulierung – Freigabe?, in: Lembke (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, S. 333, 341.

³⁹ Vgl. BT-Drucks. VI/1552, S. 34.

⁴⁰ Matt/Renzikowski/Eschelbach, § 184 Rn. 1; Heinrich, ZJS 2016, 132, 136 ff.

⁴¹ BVerfG, NJW 1978, 933; BVerfG, NJW 1991, 1471.

⁴² Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502, 505; Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 889; Schmidt, Die strafrechtliche Bewertung von Pornographie, in: Schmidt (Hrsg.), Pornographie, S. 149, 154; Erdemir, MMR 2003, 628, 630.

⁴³ BVerfG, NJW 1991, 1472; Köhne, JR 2012, 325; Hörnle, KritV 2003, 299, 303 f.

⁴⁴ Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 890; BGH, NStZ 1990, 586, 587.

⁴⁵ BT-Drucks. VI/1552, S. 33; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 434.

⁴⁶ BT-Drucks. VI/3521, S. 58 ff.; BVerfG, NJW 1991, 1471, 1472.

Umgang mit Pornographie andererseits.⁴⁷ Diesen Interessenskonflikt hat der Gesetzgeber vorsorglich zugunsten des Jugendschutzes entschieden.⁴⁸

Diese Entscheidung wurde auch von dem Bundesverfassungsgericht im Kontext anderer jugendschützender Normen immer wieder bestätigt.⁴⁹ Das Gericht stellte fest, dass der Gesetzgeber in einer wissenschaftlich ungeklärten Situation die Gefahren und Risiken einschätzen und Maßnahmen ergreifen könne, wobei ihm ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zustehe, der von dem Bundesverfassungsgericht nur begrenzt überprüft werden dürfe.⁵⁰

Bis heute besteht keine gesicherte Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Entwicklungsstörung, wenn Jugendliche oder gar ein Kind durch einen kurzzeitigen Kontakt mit pornographischen Inhalten konfrontiert werden.⁵¹ Dies beruht zum einen darauf, dass sich die pornographischen Inhalte in einem freien Zugang befinden und daher als Massenphänomen insbesondere im Internet unvermeidbar sind, und zum anderen darauf, dass diese Inhalte als einfache Pornographie nicht derart einprägsam und vergleichsweise „harmlos“ sind.⁵²

Nicht zu bestreiten ist die Erkenntnis, dass die Pornographie die Geschlechterrollenstereotypen sowie die sexuelle Unsicherheit und Unzufriedenheit fördern und damit jedenfalls in diesen Punkten eindeutig negative Wirkung haben kann.⁵³

Übersehen wird jedoch häufig, dass die Pornographie durchaus auch positive Wirkungen haben kann, z.B. durch Förderung der kritischen Auseinandersetzung mit den Fragen der Sexualität, der Schwangerschaftsabbrüche, der Sexualorientierung und des

gesundheitlichen Schutzes.⁵⁴ Der verfassungsrechtlich garantierte Entfaltungsschutz von Kindern und Jugendlichen soll nicht nur das Fernhalten vor (vermeintlich) schädigenden Einflüssen gewährleisten, sondern auch und vor allem neue Kompetenzen fördern, die sie befähigen, mit diesen unvermeidbaren Einflüssen selbst- und sozialverantwortlich umzugehen.⁵⁵

3. Konfrontationsschutz de lege ferenda

§ 184 Abs. 1 Nr. 6 erweist sich damit sowohl zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von Erwachsenen als auch zum Schutz von Kindern und Jugendlichen als zu weitgehend und überflüssig.

Bei der Diskussion um die vollständige Legalisierung der einfachen Pornographie besteht die Einigkeit darin, dass der Tatbestand der Nr. 6 überarbeitet werden soll. Uneinheitlich wird die Frage beantwortet, ob es weiterhin des strafrechtlichen Schutzes bedarf und wenn ja, wie dieser Schutz zu bewerkstelligen ist. Dabei wird zwischen dem Konfrontationsschutz von Erwachsenen und dem von Jugendlichen unterschieden.

a) Straf- oder ordnungsrechtlicher Schutz

Einerseits wird gefordert, § 184 als Ganzes zu überarbeiten und einseitig auf den Jugendschutz zu reduzieren.⁵⁶

Argumentiert wird überwiegend damit, dass die Norm zum Schutz des wichtigen Verfassungsguts⁵⁷ ihren Bestand als Strafgesetz beibehalten solle. Dies betrifft nur das allgemeine Verbot der Zugänglichmachung der einfachen Pornographie an Kinder und Jugendliche.

⁴⁷ BT-Drucks. VI/1552, S. 33.

⁴⁸ MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 2; Matt/Renzikowski/Eschelbach, § 184 Rn. 10.

⁴⁹ BVerfG, NJW 1978, 933, 934; BVerfG, NJW 1991, 1471, 1472; BVerfG, NVwZ 2009, 905, 907; BVerfG, NJW 2012, 1062, 1064 (Rn. 34 ff.).

⁵⁰ BVerfG, NJW 1991, 1471, 1472; BVerfG, NJW 2012, 1062, 1063 (Rn. 28 f.).

⁵¹ BVerfG, MMR 2010, 48, 49 (Rn. 7); MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 3; Thienhaus, Zur Frage der gesetzlichen Tatbestandsmäßigkeit bei rechtlich relevantem Sexualverhalten, S. 213; Thom-Eben, Reformbedarf des § 184 Abs. 1 StGB, in: BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 1335, 1338.

⁵² Köhne, JR 2012, 325, 326; MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 4; Schmidt, Die strafrechtliche Bewertung von Pornographie, in: Schmidt (Hrsg.), Pornographie, S. 149, 162.

⁵³ MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 2; Schmidt, Die strafrechtliche Bewertung von Pornographie, in: Schmidt (Hrsg.), Pornographie, S. 149, 167.

⁵⁴ Schmidt, Die strafrechtliche Bewertung von Pornographie, in: Schmidt (Hrsg.), Pornographie, S. 149, 163, 167.

⁵⁵ Schmidt, Die strafrechtliche Bewertung von Pornographie, in: Schmidt (Hrsg.), Pornographie, S. 149, 166; BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 237.

⁵⁶ BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 239 f.; Thienhaus, Zur Frage der gesetzlichen Tatbestandsmäßigkeit bei rechtlich relevantem Sexualverhalten, S. 212 ff.; Brüggemann, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts, S. 592 ff.; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 446.

⁵⁷ Siehe unter C.II.2.a).

Die Nr. 6 müsste nach dieser Auffassung komplett gestrichen werden. Ob das Konfrontationsverbot weiterhin strafrechtlichen sanktioniert werden soll, wird innerhalb dieser Auffassung unterschiedlich beantwortet.

Bei Erwachsenen wird einheitlich gesehen, dass die Schwelle des strafwürdigen Verhaltens im Rahmen der unaufgeforderten, aber kurzzeitigen Konfrontation mit Pornographie nicht erreicht werde.⁵⁸ Jedoch wird für Konstellationen, in denen den pornographischen Inhalten in zumutbarer Weise nicht ausgewichen werden kann, vereinzelt die (in einem eigenständigen Straftatbestand geregelte) Strafbarkeit gefordert, teils verbunden mit der Forderung nach der Anpassung des Pornographiebegriffs.⁵⁹

Bei den Jugendlichen wird zum Teil auf das Erfordernis strafrechtlich geregelter Kontrollmechanismen wie Alterskontrollen abgestellt, die den Konfrontationsschutz vorverlagern würden und mittelbar auch dem Schutz Erwachsener dienen könnten.⁶⁰

Überwiegend wird die Streichung der Nr. 6 jedoch an die Bedingung geknüpft, den Konfrontationsschutz im Ordnungsrecht und im Nebenstrafrecht aufrechtzuerhalten: im Ordnungswidrigkeitengesetz für den Schutz der Erwachsenen und im Jugendschutzgesetz für den Schutz von Kindern und Jugendlichen.⁶¹

Als Argument wird dabei vorgebracht, dass der Konfrontationsschutz eher dem Schutz vor Belästigungen nahekomme, die jedoch kein strafwürdiges Unrecht darstellen, sondern vielmehr einer Ordnungswidrigkeit zuzuordnen seien.⁶²

Es wirke zudem widersprüchlich, dass das unaufgeforderte Bereitstellen von Pornographie an einen Erwachsenen oder einen sexuell in aller Regel bereits erfahrenen Siebzehnjährigen strafbar sei, während gleichzeitig jede*r Internetnutzer*in bei der Suche nach „Porn“ aus etwa 2.780.000.000 Treffern⁶³ auswählen könne. Die meisten der Anbieter werden von ausländischen Providern geführt und seien somit dem Zugriff des deutschen Strafrechts entzogen.⁶⁴ Das Internet als Verbreitungsmedium bringe aufgrund seiner Flexibilität, Anonymität und grenzüberschreitenden Reichweite Herausforderungen für die Strafverfolgungsbehörden mit sich, was die berechtigte Frage aufwerfe, wie Einschränkungen im Umgang mit einfacher Pornographie aufrechterhalten werden können, wenn deren Durchsetzung in der Praxis faktisch unmöglich sei.⁶⁵

Auch aus praktischer Sicht weist *Krause* darauf hin, dass in Zeiten von Videochats, freizügigen Selfies auf Social Media und jeglicher Art von frei verfügbarer Pornographie eine Erfassung als Ordnungswidrigkeit vollkommen ausreichend sei.⁶⁶ Die aktuelle Statistik bestätigt die geringe kriminalpolitische Bedeutung des § 184 Abs. 1 Nr. 6.⁶⁷ Laut der Polizeilichen Kriminalstatistik aus dem Jahr 2023 betrug bundesweit die Anzahl der wegen § 184 erfassten Fälle ca. 0,04 % aller Straftaten.⁶⁸

b) Verzicht auf den Konfrontationsschutz

Schließlich wird vertreten, § 184 samt Nr. 6 ersatzlos zu streichen.⁶⁹

⁵⁸ *Thienhaus*, Zur Frage der gesetzlichen Tatbestandsmäßigkeit bei rechtlich relevantem Sexualverhalten, S. 214; *Brüggemann*, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts, S. 596; MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 8.

⁵⁹ SK-StGB B. IV/Greco, § 184 Rn. 6, 13; Matt/Renzikowski/Eschelbach, § 184 Rn. 5; MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 8; *Burghardt/Schmidt/Steinl*, JZ 2022, 502, 510 f. ⁶⁰ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 446, 448; *Thienhaus*, Zur Frage der gesetzlichen Tatbestandsmäßigkeit bei rechtlich relevantem Sexualverhalten, S. 214.

⁶¹ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 448; *Krause*, Pornographiedelikte der §§ 184 ff. StGB, in: BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 1098, 1100; *Satzger/Schluckebier/Werner/Zimmermann*, § 184 Rn. 4; *Schmidt*, Pornographie: Verbot – Regulierung – Freigabe?, in: *Lembke* (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, S. 333, 340 f.

⁶² *Schmidt*, Pornographie: Verbot – Regulierung – Freigabe?, in: *Lembke* (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, S.

333, 341; *Krause*, Pornographiedelikte der §§ 184 ff. StGB, in: BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 1098, 1100.

⁶³ <https://www.google.com> (zuletzt abgerufen am 9.12.2024).

⁶⁴ SK-StGB B. IV/Greco, § 184 Rn. 9; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 446.

⁶⁵ Hörnle, NJW 2002, 1008, 1013.

⁶⁶ *Krause*, Pornographiedelikte der §§ 184 ff. StGB, in: BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 1098, 1100.

⁶⁷ *Satzger/Schluckebier/Werner/Zimmermann*, § 184 Rn. 5; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 2.

⁶⁸ BKA, PKS 2023, Grundtabelle – Fälle.

⁶⁹ *Thom-Eben*, Reformbedarf des § 184 Abs. 1 StGB, in: BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 1335, 1341; *Köhne*, JR 2012, 325, 328; *Fischer* StGB, § 184 Rn. 3a; *Bezzak*, ZStW 2018, 303, 306 ff.

Dieser Gedanke beruht im Wesentlichen darauf, dass kein hinreichender Rechtsgüterbezug zum Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung festgestellt werden könne.⁷⁰ Sowohl für Erwachsene als auch für Jugendliche ließen sich nach dem Kontakt mit einfacher Pornographie keine gesicherten, wissenschaftlich nachgewiesenen erheblichen Risiken feststellen. Ein solches unklare Ergebnis könne keine Strafandrohung rechtfertigen.⁷¹

Der Schutz von Erwachsenen könne durch die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs auf dem zivilrechtlichen Weg erfolgen.⁷² Im Hinblick auf den Jugendschutz wird zum Teil gefordert, die Kontrollverantwortlichkeit im Rahmen der Medienkompetenz auf die Erziehungsberechtigten zu übertragen und damit das Erziehungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG frei von staatlicher „Übersicherung“ zu gestalten.⁷³ Dies würde im Übrigen auch der eigenverantwortlichen Entwicklung der Jugendlichen beitragen.⁷⁴

Dieser Ansatz erscheint aufgrund seines absoluten Verzichts auf den Konfrontationsschutz jedoch sehr fraglich und kann nicht überzeugen.

A. Tatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 6

Des Weiteren muss erläutert werden, welche Problempunkte sich im Rahmen des Tatbestandes des § 184 Abs. 1 Nr. 6 ergeben.

I. Tatobjekt: pornographischer Inhalt

§ 184 Abs. 1 sieht für alle Verhaltensalternativen ein einheitliches Tatobjekt vor – den pornographischen Inhalt.

Während für die Definition des Inhalts auf § 11 Abs. 3 verwiesen wird, findet sich im Gesetz keine Legaldefinition, was als „pornographisch“ bzw. „Pornographie“ gelten soll. Dieser Begriff muss näher erläutert werden.

Bis zu seiner Neufassung im Jahr 1973 stand der in § 184 Abs. 1 a.F. noch verwendete Begriff der

unzüchtigen Schrift im Einklang mit der damaligen Überschrift des 13. Abschnitts „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“. Der diesen ersetzte Begriff der *pornographischen* Schrift wurde mit Umbenennung des 13. Abschnitts auf „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ aus dem an Kategorien von Moral und „guten Sitten“ orientiertem Konzept grundsätzlich herausgelöst.⁷⁵

Dabei kehrte der Gesetzgeber von dem früheren Verständnis der *unzüchtigen* Schriften ab, was unter anderem durch den Kurswechsel der Rechtsprechung in dem sog. „Fanny Hill“-Urteil⁷⁶ des Bundesgerichtshofs beeinflusst wurde.⁷⁷

Jedoch brachte auch der neue Begriff Schwierigkeiten mit sich. Bis heute bleibt seine Bedeutung umstritten. Diese Uneinigkeit bereitet weitere Probleme bei der Anwendung des § 184 Abs. 1 Nr. 6.

1. Die sog. Tendenzkonzeption

Nach der sog. Tendenzkonzeption gelte ein Inhalt als pornographisch, wenn er ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes abziele (sog. Stimulierungstendenz) und eindeutig die im Einklang mit allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstandes überschreite (sog. Anstandsverletzung).⁷⁸ Die Rechtsprechung schloss sich dieser Konzeption an und ergänzte sie um ein weiteres Kriterium.⁷⁹ Demnach seien solche Darstellungen pornographisch, die zusätzlich „unter Hintansetzung sonstiger menschlicher Bezüge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher oder vergrößernder Weise in den Vordergrund rücken“.⁸⁰ Maßgeblich solle dabei sein, welche Funktion die Inhalte für objektiv haben, nicht die subjektiven Motive der Hersteller*innen.⁸¹

An der Tendenzkonzeption wird kritisiert, dass ihr normatives Kriterium kaum zur Präzisierung des Begriffs beitrage.⁸² Ein Abstellen auf die „herrschende Moralauffassung“ führe lediglich zur Ergänzung des

⁷⁰ Bezjak, ZStW 2018, 303, 306 ff.

⁷¹ Köhne, JR 2012, 325, 326.

⁷² Bezjak, ZStW 2018, 303, 306 f.

⁷³ Köhne, JR 2012, 325, 325 f.; Vgl. auch SK-StGB B. IV/Greco, § 184 Rn. 3 ff.

⁷⁴ Vgl. BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 238.

⁷⁵ Heinrich, ZJS 2016, 132.

⁷⁶ BGH, NJW 1969, 1818.

⁷⁷ BT-Drucks. VI/3521, S. 59 f.; Brüggemann, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts, S. 426 f.

⁷⁸ BT-Drucks. VI/3521, S. 60; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 11.

⁷⁹ Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 907; Matt/Renzikowski/Eschelbach, § 184 Rn. 19.

⁸⁰ BGH, NStZ 1990, 586, 587; AG Köln, BeckRS 2023, 9009 (Rn. 8); Vgl. auch BVerwG, JuS 2002, 1118, 1119; VG München, MMR 2018, 342 (Rn. 34).

⁸¹ AG Köln, BeckRS 2023, 9009 (Rn. 8); MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 21.

⁸² Matt/Renzikowski/Eschelbach, § 184 Rn. 19; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 12.

Pornographiebegriffs um einen weiteren unbestimmten Begriff.⁸³ Zudem orientiere sich die sexuelle Moral heute stärker an der sexuellen Selbstbestimmung als an traditionellen Sittlichkeitsvorstellungen, so dass die Bestimmung von „Grenzen des sexuellen Anstandes“ praktisch unmöglich sei.⁸⁴

Diesem Vorwurf wird jedoch entgegengehalten, dass das Kriterium der Anstandsverletzung notwendig sei, um den Pornographiebegriff einzugrenzen und nicht positiv zu bestimmen, da auch in anderen Bereichen des Strafrechts Begriffe von zeitbestimmten sozialen Wertvorstellungen abhängen, und es angesichts der entwickelten gesellschaftlichen Resistenz gegenüber sexualisierten Darstellungen nicht zeitgemäß und praktisch unmöglich erscheine, die Pornographie zuverlässig mit einem Kriterium klar zu definieren.⁸⁵ Diese Auffassung überzeugt.

2. Die sog. Objektkonzeption

Nach der sog. Objektkonzeption solle für die Einstufung eines Inhalts als pornographisch danach gefragt werden, ob der pornographische Charakter aus einer Inhumanität des Dargestellten oder gar einer Verletzung der Menschenwürde resultiere, indem ein Mensch zu einem bloßen Objekt geschlechtlicher Begierde degradiert werde.⁸⁶ Erforderlich sei gerade die Negierung der Subjektsqualität, wobei es auch hier auf die objektive Art sowie den Gehalt der Darstellung ankomme.⁸⁷ Demnach liege Pornographie immer dann vor, wenn die Darstellungen sexueller Handlungen oder die im Zusammenhang mit ihnen präsentierten Verhaltensweisen eine Verletzung der Menschenwürde darstellen.⁸⁸

An der Objektkonzeption wird kritisiert, dass sie ebenfalls kein geeignetes, wertungsfreies Abgrenzungskriterium darstelle.⁸⁹ Diese Konzeption führe ebenso zu einer Verwischung mit Moralgrenze, die

sich nur dann vermeiden lasse, wenn festgestellt werden könne, was zu jedem beliebigen Zeitpunkt eindeutig gegen die Würde verstoße.⁹⁰

3. Teleologische Auslegung

Darüber hinaus wurde die sog. schutzzweckorientierte Konzeption entwickelt.⁹¹ Danach müsse der Pornographiebegriff teleologisch nach dem Schutzzweck der einzelnen Pornographietatbestände ausgelegt werden.⁹²

Primär war diese Konzeption auf den effektiven Schutz von Kindern und Jugendlichen ausgerichtet.⁹³ § 184 Abs. 1 Nr. 6 ist jedoch auf den Konfrontationsschutz zugeschnitten, so dass der Rückgriff auf die Maßstäbe der Jugendschutztatbestände nicht maßgeblich sein kann.⁹⁴ Damit rekurriert der teleologische Ansatz bei Nr. 6 im Wesentlichen auf das Element der Anstandsverletzung, welches Teil der Tendenzkonzeption ist.⁹⁵

An dieser Herangehensweise wird ebenfalls bemängelt, dass das Problem der Unbestimmtheit des Pornographiebegriffs weiterhin ungelöst bleibe, sog. Dilemma der Toleranzgrenze.⁹⁶ Damit trägt dieser Ansatz der Problemlösung nicht wesentlich bei. Insbesondere bei Nr. 6 kommt diese Konzeption nicht weiter.

II. Tathandlung gem. § 184 Abs. 1 Nr. 6

Die Strafbarkeit nach Nr. 6 erfasst das Gelangelassen eines pornographischen Inhalts ohne vorherige Aufforderung.

1. Gelangelassen

Der Inhalt ist „an einen anderen“ gelangt, wenn er sich in dem Verfügungsbereich des*der Adressierten befindet, so dass die Möglichkeit zur Kenntnisnahme besteht, wobei die tatsächliche Kenntnisnahme in Ablehnung an den Begriff des Zugangs i.S.v. § 130 Abs.

⁸³ Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 907; Matt/Renzikowski/Eschelbach, § 184 Rn. 19.

⁸⁴ Schmidt, Die strafrechtliche Bewertung von Pornographie, in: Schmidt (Hrsg.), Pornographie, S. 149, 152.

⁸⁵ MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 21.

⁸⁶ LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 13; Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 908; Heinrich, ZJS 2016, 132, 133.

⁸⁷ LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 13; Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 909.

⁸⁸ LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 13; Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 909.

⁸⁹ Heinrich, ZJS 2016, 132, 133.

⁹⁰ Heinrich, ZJS 2016, 132, 133.

⁹¹ Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 910; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 14.

⁹² SK-StGB B. IV/Greco, § 184 Rn. 11; Matt/Renzikowski/Eschelbach, § 184 Rn. 22.

⁹³ MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 23; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 14.

⁹⁴ LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 14; Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 912.

⁹⁵ Schönte/Schröder/Eisele, § 184 Rn. 9; SK-StGB B. IV/Greco, § 184 Rn. 13.

⁹⁶ Laubenthal, Hb. Sexualstraftaten, Rn. 914; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 14; Lackner/Kühl/Heger/Heger, § 184 Rn. 2.

1 S. 1 BGB nicht erforderlich ist.⁹⁷ Darunter fällt grundsätzlich auch das Versenden von Emails, wenn der Text bzw. der Anhang unangekündigt entsprechende Inhalte enthält.⁹⁸ Nicht erfasst sind wiederum Fälle, in denen zusätzlich eine die unmittelbare Konfrontation ausschließende Betätigung durch den*die Empfänger*in verlangt wird, z.B. wenn auf den pornographischen Inhalt eines zu aktivierenden Links hingewiesen wird.⁹⁹

Zweifelhaft ist, ob die Altersgrenze von 18 Jahren bei Jugendlichen, vgl. § 184 Abs. 1 Nr. 1, noch zeitgemäß ist. Dagegen spricht vor allem die Systematik der §§ 174 ff.: Demnach darf man grundsätzlich einvernehmlichen Geschlechtsverkehr mit einer 16-jährigen Person haben, jedoch nicht an diese Person unaufgefordert pornographische Inhalte gelangen lassen.¹⁰⁰ Dieser systematische Widerspruch erscheint nicht nachvollziehbar und spricht jedenfalls für die Neustrukturierung des gesamten Tatbestandes des § 184 Abs. 1.

2. Fehlen vorheriger Aufforderung

Die Verwirklichung des Tatbestandes setzt das Handeln ohne vorangegangene, ausdrückliche oder konkludente Aufforderung des*der Adressierten voraus.¹⁰¹

Die Aufforderung stellt ein tatbestandsausschließendes Einverständnis dar und kann nicht nachträglich erteilt werden.¹⁰² Damit kann sich grundsätzlich auch ein*e Partner*in strafbar machen, der*die in einer Beziehung erstmalig ohne (auch konkludente) vorherige Aufforderung des anderen Teils pornographische Inhalte an ihn*sie verschickt. Um in diesen Fällen die offensichtlich abwegige Strafbarkeit zu vermeiden, ist die teleologische Reduktion des § 184 Abs. 1 Nr. 6 geboten.¹⁰³

B. Pornographie und neuzeitliche Internetphänomene

Dick-Pics, Cyberflashing, Sexting, Cybersex sind Begriffe, die inzwischen jedem*jeder

Internetnutzer*in bekannt sein müssten, deren Entstehung unmittelbar mit der Entwicklung der Kommunikation über das Internet verbunden ist. Die Vielfalt neuer virtueller Austauschmöglichkeit verlagert das reale Leben immer mehr in das Irreale und schafft damit Räume und Verhaltensweisen, die dem Gesetzgeber bei vielen Regelungen so nicht bewusst waren und die er deswegen nicht auf Strafwürdigkeit überprüfen konnte.

Mit dem 60. StrÄndG¹⁰⁴ hat sich der Anwendungsbereich des § 184 deutlich erweitert: Auf das Merkmal der Verkörperung der Darstellungen wurde verzichtet. Damit wurde es möglich, unter pornographischen *Inhalten* nunmehr auch Liveübertragungen, Telefonsexgespräche, Sprachnachrichten über Messenger-Dienste sowie Videochats zu subsumieren.¹⁰⁵ Diese Anpassung wurde durch die steigende Bedeutung der Internetkommunikation notwendig.¹⁰⁶

Allerdings hat der Gesetzgeber es bisher unterlassen, sich den Tatbestand der einfachen Pornographie genauer anzuschauen. Die o.g. Änderung betraf nicht nur den § 184, sondern auch und vor allem die Tatbestände der harten Pornographie gem. §§ 184a ff. Anhand der Gesetzesmaterialien wird deutlich, dass der Gesetzgeber primär die Tatbestände der harten Pornographie im Blick hatte, was angesichts der der Digitalisierung folgenden größeren Gefahren für Kinder und Jugendliche auch nachvollziehbar erscheint.¹⁰⁷ Insbesondere hat sich der Gesetzgeber nicht zu den Auswirkungen des neuen Begriffs auf die Strafbarkeit nach § 184 Abs. 1 Nr. 6 geäußert.¹⁰⁸

Diese Erweiterung hatte für den Tatbestand der Nr. 6 jedoch eine wichtige Konsequenz. Aufgrund seines doch ziemlich weit geratenen Anwendungsbereichs war er nun gut dazu geeignet, Fälle zu erfassen, welche nicht unter andere Pornographietatbestände fielen, aber den (immer noch) strafrechtlich relevanten Konfrontationsschutz berührten. In der Rechtspraxis wurde nun versucht, die sog. Dick-Pics unter den Begriff der pornographischen Inhalte zu subsumieren, so

⁹⁷ MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 65; LK-StGB/Nestler B.10, § 184 Rn. 78.

⁹⁸ MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 65; SK-StGB B. IV/Greco, § 184 Rn. 69.

⁹⁹ SK-StGB B. IV/Greco, § 184 Rn. 69; Schönke/Schröder/Eisele, § 184 Rn. 52.

¹⁰⁰ SK-StGB B. IV/Greco, § 184 Rn. 5.

¹⁰¹ Satzger/Schluckebier/Werner/Zimmermann, § 184 Rn. 41.

¹⁰² MüKo StGB B.3/Hörnle, § 184 Rn. 66.

¹⁰³ Satzger/Schluckebier/Werner/Zimmermann, § 184 Rn. 41.

¹⁰⁴ Siehe Fn. 4.

¹⁰⁵ Satzger/Schluckebier/Werner/Zimmermann, § 184 Rn. 10.

¹⁰⁶ Vgl. BT-Drucks. 19/19859, S. 1.

¹⁰⁷ Vgl. BT-Drucks. 19/19859, S. 21 f.

¹⁰⁸ Vgl. BT-Drucks. 19/19859, S. 62 f.

dass deren unaufgeforderte Zusendung strafrechtlich relevant wurde.

Aufgrund der Relevanz des § 184 Abs. 1 Nr. 6, gerade für dieses Verhalten, beschränkt sich dieser Beitrag auf das Internetphänomen der Dick-Pics, wobei ausschließlich das unaufgeforderte Versenden außerhalb einer intimen Beziehung problematisiert wird.

I. Dick-Pics als alltägliches Vorkommnis?

Zu klären ist zunächst, was mit den sog. Dick-Pics überhaupt gemeint wird. Das Schachtelwort setzt sich aus den englischen Wörtern *dick* und *picture* zusammen und bedeutet „Penisbild“. Dieser Begriff beschreibt Fotos, auf denen Männer einen typischer-, aber nicht notwendigerweise erigierten Penis präsentieren.¹⁰⁹ In der Mehrzahl der Fälle erfolgt die Zusendung in der Hoffnung, die andere Person sexuell zu erregen.¹¹⁰ Das Phänomen kommt meistens im Rahmen des sog. Sextings vor, d.h. beim (zumindest anfangs) einverständlichen Austausch erotischer Handyfotos und -videos.¹¹¹ Zwar werden die Dick-Pics häufig im Rahmen eines einvernehmlichen Sextings verschickt, jedoch kann deren Zusendung nicht selten im Rahmen eines unerwünschten Sextings oder gar ohne vorausgehende Kommunikation erfolgen, so dass die andere Person damit ungewollt konfrontiert wird.¹¹²

Durch den Übergang des überwiegenden Teils der Kommunikation in soziale Medien und Messenger hat das Phänomen stark zugenommen. Insbesondere beim unerwünschten Sexting fühlen sich die Empfänger*innen eines solchen Bildes oft in ihrer Würde verletzt oder in ihrem sexuellen Empfinden gestört und wenden sich an die Polizei. Dies geschieht unter anderem deswegen, weil sich auf unzähligen Webseiten, unter anderem deren der Polizei, Informationen finden, dass das Versenden von Dick-Pics nach § 184 Abs. 1 Nr. 6

strafbar sei, ohne dass dies mit aktuellen Gerichtsentscheidungen belegt wird.¹¹³

II. Zusendung von Dick-Pics als strafwürdiges Verhalten?

Fraglich erscheint, ob das Versenden von Dick-Pics den Tatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 6 tatsächlich erfüllen kann.

In der Literatur finden sich nur wenige Ausführungen zu einer möglichen Strafbarkeit wegen eines Dick-Pic-Versands.¹¹⁴ Trotz der Häufigkeit dieses Phänomens in der Internetrealität haben sich die Gerichte bisher kaum damit befasst. In den meisten Fällen wird die Strafbarkeit ohne nähere Begründung „nebenbei“ angenommen.¹¹⁵

1. Dick-Pics als pornographischer Inhalt i.S.v. § 184 Abs. 1

Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich bei den Dick-Pics um einen pornographischen Inhalt handelt.

Nach der Objektkonzeption würde keine Pornographie vorliegen, da sich der Abgebildete in seiner Würde kaum verletzt fühlen dürfte.

Im Sinne der herrschenden Tendenzkonzeption sowie des teleologischen Ansatzes ist die Subsumtion schwierig. Aufgrund der unerwarteten Konfrontation kann objektiv nicht ohne Weiteres auf die Hervorrufung oder Steigerung sexueller Erregung der Adressierten geschlossen werden. Auch kann ein außerhalb des Kontextes erfolgtes Dick-Pic objektiv nicht der Selbstbefriedigung dienen.¹¹⁶ Die Tatsache, dass ein nacktes Geschlechtsorgan präsentiert wird, kann allein auch nicht zur Annahme von Pornographie führen.¹¹⁷

Dennoch hat z.B. das Bundesverwaltungsgericht unter Heranziehung der Definition der Tendenzkonzeption das Vorliegen eines pornographischen Inhalts bejaht.¹¹⁸ Der Senat ging ohne Weiteres von dem pornographischen Gehalt der per WhatsApp übersandten

¹⁰⁹ Sobota/Gerecke, JR 2022, 237.

¹¹⁰ Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Dickpic#Erforschung_und_Studien (zuletzt abgerufen am 6.12.2024).

¹¹¹ Peifer, Exponierte Intimität. Rechtliche Grenzen ungewollter Offenbarung, in: Lembke, Ulrike (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, S. 295, 298.

¹¹² Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502, 504.

¹¹³ <https://www.anwalt.de/rechtstipps/ist-das-verschicken-von-dickpics-strafbar-anwalt-fuer-strafrecht-bei-vorladung-und-hausdurchsuchung-211100.html>; [https://www.polizei-beratung.de/aktuelles/detailansicht/dickpics-aktiv-werden-gegen-unaufgeforderte-](https://www.polizei-beratung.de/aktuelles/detailansicht/dickpics-aktiv-werden-gegen-unaufgeforderte-penisbilder/)

<https://de.wikipedia.org/wiki/Dickpic#Rechtslage> (zuletzt abgerufen am 6.12.2024).

¹¹⁴ Satzger/Schluckebier/Werner/Zimmermann, § 184 Rn. 13, 41; Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502, 505 ff.

¹¹⁵ Vgl. LG Görlitz, BeckRS 2023, 19305; VGH Mannheim, BeckRS 2023, 14407 (Rn. 18); LG Stralsund, BeckRS 2024, 14776.

¹¹⁶ Sobota/Gerecke, JR 2022, 237, 239.

¹¹⁷ Satzger/Schluckebier/Werner/Zimmermann, § 184 Rn. 13.

¹¹⁸ Vgl. BVerwG, BeckRS 2020, 10047 (Rn. 22).

Fotos von einem erigierten Penis aus. Dabei hat das Gericht auch das Vorliegen des Stimulierungsaspekts als gegeben gesehen.

Demnach bleibt die Erregung eines sexuellen Reizes bei dem*der Adressierten immer nur in der Vorstellung des Versenders möglich. Objektiv kann ein unerwartetes Dick-Pic an sich keine Stimulierung begründen. Somit bedürfte es für das Vorliegen von Pornographie zusätzlich der Berücksichtigung von den Absichten des Täters.¹¹⁹ Dies würde zwar in einem gewissen Widerspruch zu der Grundidee der Tendenzkonzeption stehen, würde aber den Sinn und die Motive, die sich hinter den Dick-Pics verbergen, berücksichtigen. Ansonsten ist die Subsumtion kaum möglich.

Zweifelhaft erscheint zudem das Vorliegen des zweiten Elements – der Anstandsverletzung. Hier ist zu beachten, dass das unaufgeforderte Versenden an sich und der Inhalt differenziert betrachtet werden müssen: Während das unaufgeforderte Versenden ohne Weiteres zur Anstandsverletzung geeignet ist, lässt sich hinsichtlich des Inhalts schwer behaupten, dass die schlichte Abbildung des männlichen Geschlechtsorgans eindeutig die Anstandsgrenzen überschreitet.¹²⁰ Anders kann es dann sein, wenn Erektion, Masturbation, Penetration oder Ejakulation gezeigt werden, da hier die Anstandsverletzung eindeutiger wird, wenn auch nicht pauschal angenommen werden darf.¹²¹

2. Strafwürdiges Verhalten oder eine Ordnungswidrigkeit?

Fraglich ist ferner, ob ein Dick-Pic, unterstellt es handelt sich um einen pornographischen Inhalt, ein strafwürdiges Unrecht begründen würde.

Zu Recht wird überwiegend angenommen, dass ein solches Verhalten unter bestimmten Voraussetzungen als „einfache“ Belästigung (in einem eigenen Straftatbestand)¹²² strafbar sein solle.¹²³ Die Sanktionierung in Form einer Ordnungswidrigkeit käme ebenfalls in Betracht.¹²⁴ Es wird insbesondere darauf hingewiesen, dass eine nicht-körperliche sexuelle Belästigung auch

und vor allem dann rechtlich sanktionswürdig sei, wenn durch sie die Sexualität unerwünscht und erheblich auf eine unangemessene Weise aufgedrängt werde.¹²⁵ Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn die Belästigung bedrohlich wirke oder geeignet sei, die betroffene Person herabzuwürdigen.¹²⁶ Dabei ist die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, die klaren Grenzen dieser unzumutbaren Konfrontation zu bestimmen, um dadurch die strafwürdige Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung klar zu definieren.¹²⁷

Im Kontext des Konfrontationsschutzes Erwachsener überzeugt dieser Ansatz. Unabhängig davon, ob § 184 Abs. 1 Nr. 6 aus dem Gesetz herausgenommen wird oder nicht, bedarf es gerade in Fällen der gravierenden Eingriffe in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung einer Norm, die die unzumutbare Konfrontation auch bei Erwachsenen unter Strafe stellt oder jedenfalls als Ordnungswidrigkeit regelt. Einen solchen gravierenden Eingriff stellt ein unaufgefordertes Dick-Pic dar.

Im Kontext des Jugendschutzes ist zu beachten, dass bei der Zusendung von Dick-Pics an Kinder und Jugendliche eine Strafbarkeit gem. § 184 Abs. 1 Nr. 1 möglich wäre. Sofern jedoch vertreten wird, dass § 184 komplett gestrichen werden soll, ist an eine neu konzeptualisierte Norm zu denken, die Fälle des Dick-Pic-Versandes auch bei Kindern und Jugendlichen unter Strafe stellt oder als Ordnungswidrigkeit ahndet.

3. Fazit

Festzuhalten ist, dass § 184 Abs. 1 Nr. 6 zeitlich überholt ist und einer grundlegenden Reformierung bedarf. Die Frage nach der Herangehensweise dieser Reformierung ist jedoch sehr komplex und muss von dem Gesetzgeber genau durchdacht werden. Wichtig ist dabei, zwischen dem Konfrontationsschutz Erwachsener und dem von Kindern und Jugendlichen zu unterscheiden.

Der erste Kritikpunkt, der von dem Gesetzgeber diskutiert werden soll, ist die Erforderlichkeit der Norm zum Schutz des Rechts auf die sexuelle Selbstbestimmung als solche. Dieser verfassungsrechtlich

¹¹⁹ Sobota/Gerecke, JR 2022, 237, 239.

¹²⁰ Sobota/Gerecke, JR 2022, 237, 240.

¹²¹ Sobota/Gerecke, JR 2022, 237, 240; Satzger/Schluckebier/Werner/Zimmermann, § 184 Rn. 13.

¹²² djb, Policy Paper: Catcalling, S. 6.

¹²³ Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502, 510 f.

¹²⁴ djb, Policy Paper: Catcalling, S. 6.

¹²⁵ djb, Policy Paper: Catcalling, S. 5.

¹²⁶ djb, Policy Paper: Catcalling, S. 5.

¹²⁷ Burghardt/Schmidt/Steinl, JZ 2022, 502, 511 mit Verweis auf djb, Policy Paper: Catcalling, S. 5.

legitimierte Zweck rechtfertigt eine strafrechtliche Sanktion nur dann, wenn das Rechtsgut tatsächlich gefährdet ist. Angesichts des Fehlens einer wissenschaftlich gesicherten Erkenntnis, dass die Pornographie sowohl für Kinder und Jugendliche als auch für Erwachsene erhebliche schädigende Wirkungen hat, kann der staatliche Eingriff mittels Strafrechts kaum verhältnismäßig sein. Darüber hinaus hat sich die Gesellschaft weit davon entfernt, was sie vor 50 Jahren war. Die Öffnung für Themen mit sexuellem Bezug stellt die Strafbarkeit einer ungewollten Konfrontation immer mehr in Frage, denn Pornographie ist keine ungewöhnliche oder peinliche Materie mehr, sondern Teil der eigenen sexuellen Erforschung.

Dieses Ergebnis führt dazu, dass es zum Schutz des Rechts auf die sexuelle Selbstbestimmung jedenfalls keines so weit reichenden Tatbestandes bedarf. Ob § 184 ausschließlich zum Schutz der Kinder und Jugendlichen reduziert oder gar gestrichen wird, ist im Endeffekt irrelevant, solange für Fälle gravierender und eindeutiger Eingriffe durch ungewollte Konfrontation eine Alternative bleibt. Diese kann entweder in einer eigenständigen Strafnorm oder als eine Ordnungswidrigkeit geregelt werden.

Der zweite Kritikpunkt betrifft den Tatbestand der einfachen Pornographie selbst. Sofern man der Auffassung ist, der Konfrontationsschutz sei in einer Strafnorm zu regeln, muss der Begriff einfacher Pornographie entweder überarbeitet oder durch den Begriff der Belästigung ersetzt und hinreichend konkretisiert werden.

Der letzte Kritikpunkt betrifft die Verhaltensweisen, die der Gesetzgeber gesondert in den Blick nehmen muss. Neue Internetphänomene fordern die Strafrechtswissenschaft heraus, da sie keine eindeutige Zuordnung erlauben. Im Kontext der ungewollten Konfrontation muss der Gesetzgeber vor allem die Fälle des Dick-Pic-Versandes genau analysieren und den Wortlaut der (neuen) Strafnorm so anpassen, dass diese Fälle im Zweifel problemlos darunter subsumiert werden können. Auch wenn die Strafbarkeit nach dem gesetzgeberischen Willen nicht gegeben sein sollte, muss jedenfalls dafür gesorgt werden, dass der Schutz in diesen Fällen auf andere Weise gewährleistet wird.

Wenn diese Kritikpunkte im Rahmen der Überarbeitung des § 184 Abs. 1 Nr. 6 aufgegriffen werden, kann ein effektiver Konfrontationsschutz sowohl für

Kinder und Jugendliche als auch für Erwachsene gewonnen werden.

Interview mit Professorin Dr. Dr. Frauke Meta Rostalski

Von Redaktion der Marburg Law Review

Professorin Dr. iur. Dr. phil. Frauke Meta Rostalski (geb. 1985) studierte, promovierte und habilitierte bei Professor Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg. Im Januar 2018 wurde sie zur Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Universität zu Köln ernannt. Im Interview mit der Redaktion beantwortet sie Fragen zu sich selbst und dem juristischen Studium.

MLR: Bitte schildern Sie kurz Ihren bisherigen Werdegang.

Rostalski: Ich habe in Marburg Jura studiert, promoviert und habilitiert. Während meiner Habilitation habe ich außerdem im Fach Philosophie an der Friedrich-Schiller-Universität Jena promoviert. Nach einem längeren Forschungsaufenthalt in den USA habe ich einen Ruf an die Universität zu Köln erhalten und dort im August 2017 meine Stelle angetreten. In Köln forsche ich zu Fragen an der Schnittstelle von Recht und Ethik, insbesondere in Zukunftsfeldern der Medizin und der Digitalisierung. Seit 2020 bin ich Mitglied im Deutschen Ethikrat.

MLR: Sie haben in Marburg studiert, promoviert und habilitiert. Was vermissen Sie an der Stadt und dem Fachbereich?

Rostalski: Vieles! Die Oberstadt mit ihren romantischen kleinen Cafés und Bars, die Lahn, Sitzen im Café Roter Stern, der Blick vom Schloss auf die Stadt, die verwinkelten Gässchen, mit denen ich so viele glückliche Erinnerungen verbinde. Marburg ist ein wundervoller Studienort, eine kleine Fakultät in einer malerischen Stadt, man hat kurze Wege und ist in einer unheimlich anregenden Atmosphäre, in der nichts zu kurz kommt: weder das Lernen, noch das Leben.

MLR: Sie haben internationale Forschungsaufenthalte, insbesondere in die USA, durchgeführt. Wie haben diese Ihre Arbeit und Perspektive beeinflusst?

Rostalski: Der Blick über den eigenen Tellerrand der (nationalen) Rechtsordnung prägt meine

Forschungsarbeit. Interdisziplinarität ebenso wie der Blick in andere Rechtsordnungen sind dafür maßgeblich.

MLR: Welche drei Kernkompetenzen sollte ein guter Jura-Professor/eine gute Jura-Professorin Ihrer Ansicht nach mitbringen? Und warum?

Rostalski: Er/Sie sollte gerne schreiben, lehren und neugierig sein.

MLR: Welche drei Kernkompetenzen sollte ein Student/eine Studentin der Rechtswissenschaften Ihrer Ansicht nach mitbringen? Und warum?

Rostalski: Gute sprachliche und logische Fähigkeiten ebenso wie die Bereitschaft zu kritischem Denken.

MLR: Welche Erwartungen haben Sie als Professorin an die Studierenden in Ihren Veranstaltungen?

Rostalski: Eine Offenheit für Neues und Freude am Fach.

MLR: Sie leiten diverse Projekte zum Bereich der Künstlichen Intelligenz. Welche Chancen und Risiken sehen Sie beim Einsatz dieser in den Rechtswissenschaften?

Rostalski: Es können Effizienzgewinne mit der Technologie einhergehen, soweit sie gut funktioniert. Ich sehe Risiken für das kritische Denken – diese Fähigkeit muss unbedingt weiterhin geschult werden.

MLR: Welche drei Tipps würden Sie heute Ihrem „Erstsemester-Ich“ für ein erfolgreiches Studium der Rechtswissenschaften mit auf den Weg geben?

Rostalski: Die Freude nicht zu verlieren, auch wenn es mal durch tiefe Täler geht (für mich zum Beispiel die zivilprozessuale Zwangsvollstreckung).

MLR: Das Studium der Rechtswissenschaften ist bekannt für seine große Stoffmenge. Wie sah Ihre Examensvorbereitung aus? Wie lässt sich der Prüfungsstoff gut eingrenzen und bewältigen? Und wie sollte das Zeitmanagement aussehen?

Rostalski: Ich habe mich durch Klausurenschreiben auf das Examen vorbereitet. Mir erscheint das bis heute die beste Variante, weil sowohl Wissen vermittelt wird als auch praktische Fertigkeiten eingeübt werden.

MLR: Systemverständnis oder (bloßes) Wissen? Was sind Ihrer Meinung nach die grundlegenden Voraussetzungen für eine gute, juristische Klausur (im Strafrecht)?

Rostalski: In einer guten Klausur käme es auf Systemverständnis an. Leider werden immer wieder Klausuren gestellt, die bloß Wissen abfragen.

MLR: Was könnten Gründe für die hohen Durchfallquoten und die schlechten Noten im juristischen Studium sein? Sehen Sie da einen Reformbedarf?

Rostalski: Es entspricht der Fächerkultur, nicht mit den Noten um sich zu werfen. Ich finde das prinzipiell richtig, weil eine Noteninflation am Ende keinem hilft. Das Examen muss ein valides Unterscheidungsmerkmal für juristische Fertigkeiten bleiben. Dass es hohe Durchfallquoten gibt, liegt sicherlich auch daran, dass das Studium sehr anspruchsvoll ist. Ich sehe hier durchaus Reformbedarf, was die Menge an Stoff angeht, die im Examen abgefragt wird. Eine Herabsenkung des Leistungsniveaus wäre allerdings der falsche Weg.

MLR: Möchten Sie den Studierenden noch etwas mit auf den Weg geben?

Rostalski: Als fertige Juristin oder fertiger Jurist trägt man eine hohe Verantwortung für die Gesellschaft. Es wäre schön, wenn sich jeder Einzelne dessen schon während seines Studiums bewusst wäre.

MLR: Vielen Dank für das Interview Frau Professorin Dr. Dr. Rostalski.