

# Frankfurt Law Review

Rechtswissenschaftliche Zeitschrift von Studierenden  
der Goethe-Universität Frankfurt am Main

- 1** *Strafen „zu Haut und Haar“ - Eine wissenschaftshistorische Analyse der strafrechtlichen Mittelalterrezeption bei Heinrich Brunner und Rudolf His*  
Nele Musch
- 
- 11** *Privatautonomie im Kauf- und Bereicherungsrecht der DDR - Preisbindung und Vertragsinhalt*  
Karla Schmackert
- 
- 20** *Die Anwendung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots auf marktbeherrschende Intermediäre*  
Emiel Kowol
- 
- 29** *Consumer Protection regarding stablecoins*  
Lucas Denk
- 
- 38** *Soll das bloße Anlegen von Feindeslisten strafbar sein? - § 126a StGB auf dem Prüfstand*  
Marcel Grosser
- 
- 46** *Klima-Proteste, strafrechtliche Rechtfertigung und Unrechtsbewusstsein*  
Fynn Wenglarczyk/Philipp Kupczik

frankfurtlawreview.de

ISSN 2940-7109

2. Jahrgang

01/2024

# Inhaltsverzeichnis

- IV** *Grußwort*  
Friderike Busch

#WorkInProgress

- VII** *Die Wirklichkeit der Strafe erfahren*  
Fynn Wenglarczyk

## Grundlagen des Rechts

- 1** *Strafen „zu Haut und Haar“ - Eine wissenschaftshistorische Analyse der strafrechtlichen Mittelalterrezeption bei Heinrich Brunner und Rudolf His*  
Nele Musch

- 11** *Privatautonomie im Kauf- und Bereicherungsrecht der DDR - Preisbindung und Vertragsinhalt*  
Karla Schmackert

## Kartellrecht

- 20** *Die Anwendung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots auf marktbeherrschende Intermediäre*  
Emiel Kowol

## Zivilrecht

- 29** *Consumer Protection regarding stablecoins*  
Lucas Denk

## Strafrecht

- 38** *Soll das bloße Anlegen von Feindeslisten strafbar sein? - § 126a StGB auf dem Prüfstand*  
Marcel Grosser

- 46** *Klima-Proteste, strafrechtliche Rechtfertigung und Unrechtsbewusstsein*  
Fynn Wenglarczyk/Philipp Kupczik

# Impressum

## **Frankfurt Law Review**

Frankfurt am Main,  
gegründet im Jahr 2022

## **Frankfurt Law Review**

Goethe-Universität Frankfurt a.M.  
c/o Prof. Dr. Marina Wellenhofer  
Hauspostfach 29  
60629 Frankfurt am Main  
[www.frankfurtlawreview.de](http://www.frankfurtlawreview.de)  
[redaktion@frankfurtlawreview.de](mailto:redaktion@frankfurtlawreview.de)

## **Erscheinungsort**

Frankfurt am Main

## **Erscheinungsweise**

Die Frankfurt Law Review erscheint  
halbjährlich online auf der Webseite  
[www.frankfurtlawreview.de](http://www.frankfurtlawreview.de).

## **ISSN**

2940-7109

## **Konzept Außenlayout**

Björn T. Bölkow

## **Schriftleitung**

Richard Brass

## **Redaktion**

Richard Brass  
Victoria Dintelmann  
Julius Feldmann  
Philipp Flotow  
Bero Gebhard  
Adriana Carolina Jinschek Jordano

Phil M. Kievel  
Valentin Kopelev  
Arthur Laux  
Anh Nguyen  
Marlon Prutzer  
Stella Richter

Theo Rust  
Verena Schulz  
Maren Sielker  
Helene Spieles  
Jonas Weber  
Sophie Wilson

## **Urheberrechte**

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und darin enthaltene Abbildungen sind unter der Creative Commons Lizenz (CC BY 4.0) lizenziert. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen sowie kommerziellen Gebrauch.

## **Einsendungen**

Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch die Frankfurt Law Review überträgt die Autorin der Frankfurt Law Review 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 Verarbeitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrags ist die Autorin berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

## **Wissenschaftlicher Beirat**

Prof. Dr. Marina Wellenhofer  
Prof. Dr. Tobias Tröger  
Assoc. Prof. Christina Hießl  
Dr. Viktoria Kraetzig  
Prof. Dr. Tobias Singelnstein  
Dr. Sarah Zink  
Prof. Dr. Andrea Kießling  
Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann  
Prof. Dr. Guido Pfeifer  
Dr. Susanne Paas  
Dr. Daria Bayer

# Frankfurt Law Review

# Vorwort der Redaktion

Liebe Leserinnen,

wir freuen uns sehr, dass die Frankfurt Law Review mit dieser dritten Ausgabe bereits ihren ersten Geburtstag feiern darf. Die rasante Entwicklung, die unser kleines Projekt in den vergangenen 12 Monaten hingelegt hat, gerade in Hinblick auf die Aufrufzahlen und den Bekanntheitsgrad, erfüllt uns mit Begeisterung und Stolz.

Entsprang die Erstausgabe Anfang 2023 noch der Eigenregie des vierköpfigen Gründungsteams, steht hinter dieser neuen Ausgabe der Frankfurt Law Review nunmehr eine lebendige und vielfältige Redaktion, bestehend aus 18 engagierten Studentinnen und Doktorandinnen, die in den vier Fachressorts (Grundlagen, Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht) am Lektorat der zahlreichen Einsendungen arbeiten und zu einem bunten Vereinsleben beitragen. In diesem Sinne freuen wir uns insbesondere über unsere Neuzugänge Philipp, Sophie, Theo und Marlon und begrüßen sie herzlich in unseren Reihen.

Zahlreiche kleine und große Schritte lassen uns mit Vorfreude auf das Jahr 2024 blicken: Zunächst dürfen wir verkünden, dass unsere Law Review für den hessischen Hochschulpreis für Exzellenz in der Lehre nominiert ist – das ist für uns eine große Ehre. Zusätzlich zu den halbjährlichen regulären Ausgaben ist ein Sonderheft zum Klima- und Umweltrecht in Planung, für welches bald Einsendungen möglich sein werden. Daneben freuen wir uns, Kooperationspartnerin einiger spannender Projekte zu sein, u.a. des Seminars zum forschenden Lehren von Prof. Dr. Broemel, in dem nach der Entwicklung einer eigenen Forschungsfrage gerade auf eine spätere Veröffentlichung der Arbeiten hingearbeitet wird, und des Seminars von Ronen Steinke und Fynn Wenglarczyk, das im WorkInProgress dieser Ausgabe vorgestellt und dessen beste Seminararbeit in der nächsten Ausgabe veröffentlicht wird.

Wir sind von all der positiven Resonanz überwältigt, die uns im Laufe des letzten Jahres erreicht hat. Sie ist für uns Motivation und Ansporn für hoffentlich zahlreiche kommende Ausgaben. Denn gerade in der aktuellen Zeit, in der enorme gesellschaftliche, technologische sowie wirtschaftliche, und damit zwangsläufig auch juristische, Herausforderungen auf einen Trend der gezielten Desinformation und der unlauteren Simplifizierung treffen, bedarf es eines offenen Ohres für die Wissenschaft.

Ganz in diesem Sinne freuen wir uns, wieder sechs herausragende Beiträge veröffentlichen zu dürfen. In dieser Ausgabe beteiligen sich Philipp Kupczik und Fynn Wenglarczyk mit ihrem Aufsatz zum Unrechtsbewusstsein von Klima-Aktivistinnen und

Lucas Denk mit seinem englischsprachigen Beitrag zum Verbraucherschutz in Bezug auf Stablecoins an hochaktuellen Debatten. Daneben betrachtet Emiel Kowol in einem kartellrechtlichen Aufsatz die Anwendung des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB auf Intermediäre und Marcel Grosser setzt sich kritisch mit dem Anlegen von Feindeslisten gem. § 126a StGB auseinander. Darüber hinaus beleuchten Nele Musch und Karla Schmackert zwei weniger beachtete Bereiche der Rechtsgeschichte mit Arbeiten zur wissenschaftshistorischen Analyse der strafrechtlichen Mittelalterrezeption und der Privatautonomie in der DDR.

Erneut gilt unser Dank den Veröffentlichten und all jenen, die uns mit einer Einsendung ihr Vertrauen schenkten, den Mitgliedern des wissenschaftlichen Beirates, der uns stets mit Rat und Tat zur Seite stand, sowie schließlich der Universitätsbibliothek J.C. Senckenberg, ohne die die digitale Veröffentlichung nicht möglich wäre.

Wir wünschen viel Freude beim Lesen!

Die Redaktion der Frankfurt Law Review im April 2024

# Grußwort

Liebe Leserinnen und Leser,

was könnte es für einen angehenden Juristen Schöneres geben, als im offenen wissenschaftlichen Diskurs um Werte, Standpunkte und Konzepte zu ringen und ohne Zwang und Notengebung Impulse für innovative rechtswissenschaftliche Denkmodelle zu geben?

Mit Erstaunen und wachsender Neugier habe ich die Inhalte der letzten zwei Ausgaben der Frankfurt Law Review betrachtet und den Enthusiasmus wahrgenommen, der die Autoren und Autorinnen bei der Themenwahl und Auseinandersetzung mit den Problemen beflügelt hat. Ich habe mich gefragt, warum unsere Generation nicht Ähnliches auf die Beine gestellt hat. An mangelndem gesellschaftlich-juristischem Interesse hat es sicher nicht gelegen, war doch die Zeit unseres Studiums geprägt von gesellschaftlichen Konflikten um Aufrüstung, Atomkraft und Umweltzerstörung. Darüber haben wir leidenschaftlich und häufig gestritten, nur eben eher in der Kneipe als in wissenschaftlichen Veröffentlichungen.

Vielleicht lag es auch daran, dass unser Tellerrand ein wenig höher war und uns so der Blick in die weite Welt noch versperrt war. Erasmus-Programme gab es damals nicht, für ein Auslandssemester benötigte man nicht nur viel Geld, sondern auch eine ganze Menge Vitamin B. Damals galt unsere Aufmerksamkeit eher nationalen Rechtsproblemen, Rechtsfragen mit internationalem Bezug waren eher exotische Mauerblümchen. Das ist zum Glück heute anders und auch für Juristen ist der Weg ins Ausland viel offener und durchlässiger, wenn nicht sogar fast obligatorisch geworden.

Dass der internationale juristische Austausch so vielfältige Anregungen bietet, erleben meine 140 Kolleginnen und Kollegen bei der Europäischen Staatsanwaltschaft jeden Tag. Seit fast 3 Jahren arbeiten wir als unabhängige supranationale Staatsanwaltschaft mit Sitz in Luxemburg daran, die finanziellen Interessen der Union vor Straftaten zu schützen. Fast täglich befinden wir uns im operativen Austausch mit Kollegen und Kolleginnen aus den teilnehmenden 22 Mitgliedsstaaten, diskutieren grenzüberschreitende Fälle der Geldwäsche, der Umsatzsteuerhinterziehung, der Korruption und des Schmuggels, führen gemeinsame Aktionen durch, erheben Anklagen und gehen zu Gericht. Gelebter Rechtsvergleich also und eine unendlich anregende und bereichernde Erfahrung für

jeden Strafruristen. Geht gern auf unsere Homepage bei Interesse (<https://www.eppo.europa.eu/en>).

Diesen „paneuropäischen“ Geist meine ich auch in der Themenauswahl der Frankfurt Law Review wiederzufinden, veröffentlicht in einer Universitätsstadt, die – wie wir alle wissen – im Herzen von Europa liegt.

Ich wünsche den Leserinnen und Lesern viel Vergnügen bei der Lektüre der 3. Frankfurter Law Review.

Friderike Busch  
Delegierte Europäische Staatsanwältin  
European Public Prosecutor's Office



# Call for Papers

*Möchtest auch Du Deinen Aufsatz in der Frankfurt Law Review veröffentlichen?*

*Die Redaktion der Frankfurt Law Review freut sich auf Deinen Beitragsvorschlag für die kommende Ausgabe 02/2024. Sende uns einfach Deinen Aufsatz – wir melden uns bald bei Dir!*

*einsendung@frankfurtlawreview.de*



**Mach  
mit!**

## Wissenschaftlicher Beirat

### **Zivilrecht**

*Prof. Dr. Marina Wellenhofer*

*Prof. Dr. Tobias Tröger*

*Assoc. Prof. Christina Hießl*

*Dr. Viktoria Kraetzig*

### **Strafrecht**

*Prof. Dr. Tobias Singelnstein*

*Dr. Sarah Zink*

### **Öffentliches Recht**

*Prof. Dr. Andrea Kießling*

*Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann*

### **Grundlagen des Rechts**

*Prof. Dr. Guido Pfeifer*

*Dr. Susanne K. Paas*

*Dr. Daria Bayer*



# Die Wirklichkeit der Strafe erfahren

Bericht zum Seminar „Strafvollzug“ im WiSe 2023/24 aus Sicht eines Veranstalters<sup>1</sup>  
von Fynn Wenglarczyk

*Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie von Prof. Dr. Matthias Jahn*

Wenn wir über Strafe und Strafrecht sprechen, sprechen wir immer auch über die Möglichkeit, jemanden einzusperren und ihm seine Freiheit nehmen zu können. Der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das legitim ist, wird seit langer Zeit große Aufmerksamkeit geschenkt. Aber was Freiheitsstrafe für die Verurteilten und Gefangenen eigentlich bedeutet, wozu wir „im Namen des Volkes“ verurteilen, bleibt häufig unklar. Strafbarkeit, Schuldspruch und Strafe bleiben etwas Abstraktes. Selbst für den Verurteilten ist das schriftliche Urteil zunächst einmal nur Post vom Amt, „das wahlweise nicht selten in einer Küchenschublade oder hinter dem Spiegel landet.“<sup>2</sup> Aber sobald die Polizei mit dem Vollstreckungshaftbefehl vor der Tür steht, zeigt sich, „dass das Urteil oder der Strafbefehl eben doch nicht nur ein Stück Papier war!“<sup>3</sup>

Das hier behauptete relative Desinteresse bezieht sich nicht nur auf die Öffentlichkeit und kriminalpolitischen Diskurse, sondern auch auf die Strafrechtswissenschaft und die universitäre Lehre – gerade auch an unserem Fachbereich. Der Strafvollzug als Institution, der rechtliche Rahmen des Vollzuges und die Frage, welche Leiden mit der Strafe einhergehen, werden in den Vorlesungen zum Strafrecht und in den Veranstaltungen des Schwerpunktbereichs Kriminalwissenschaften an der Goethe-Universität eher selten behandelt.<sup>4</sup> Der Blick wird überwiegend auf „die“ Strafbarkeit, gegebenenfalls noch auf das Strafzumessungsrecht gelenkt, nicht aber auf die Wirklichkeit der Strafe, die erst im Vollzug sichtbar wird. Dass das mit Blick auf die Prüfungsgegenstände der staatlichen Pflichtfachprüfung (vgl. § 7 Hess-JAG) examensökonomisch ist, mag sein, steht aber in einem Spannungsverhältnis zu § 6 Abs. 1 S. 2 Hess-JAG, wonach die Inhalte des Studiums die Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts zu fördern haben.

<sup>1</sup> Das Seminar „Der Strafvollzug – straftheoretische, vollzugsrechtliche und kriminologische Perspektiven auf eine totale Institution“ fand unter Leitung von Dr. Ronen Steinke und Fynn Wenglarczyk und unter Mitwirkung von LRD Michaela Wasemüller am 25. und 26. Januar 2024 als Veranstaltung des Schwerpunktbereichs Kriminalwissenschaften der Goethe-Universität Frankfurt im WiSe 2023/24 statt.

<sup>2</sup> Pollähne, in: Meier/Leimbach (Hrsg.), Gefängnisse im Blickpunkt der Kriminologie, S. 193, 194.

<sup>3</sup> Pollähne, in: Meier/Leimbach (Hrsg.), Gefängnisse im Blickpunkt der Kriminologie, S. 193, 196.

<sup>4</sup> In den letzten sieben Jahren scheinen sich laut Vorlesungsverzeichnis nur zwei Seminare explizit (auch) mit dem Thema Strafvollzug beschäftigt zu haben, siehe SoSe 2020 („Geschichte und Gegenwart des Strafvollzuges“, Prof. Dr. Dr. h.c. Prittwitz, Prof. Dr. von Mayenburg) und im WiSe 2017/18 („Strafen – Zur Rechtsfolgenseite [Strafzumessung, Strafvollzug, Strafvollstreckung] im Strafrecht). Sich ausdrücklich mit dem Leiden aus Sicht des Gefangenen beschäftigt, hat sich hingegen das Seminar im SoSe 2017 „Was vom Schuldspruch übrig bleibt – Über das Leid des Strafens“ (Prof. Dr. Schmitt-Leonardy, Prof. Dr. Ziemann) und zuletzt auch das Kolloquium „Strafschmerz. Theorie und Kritik einer umstrittenen Praxis“ (Prof. Dr. Zabel) im SoSe 2023.

Für Ronen Steinke und mich waren die vorstehenden Überlegungen Anlass, im Wintersemester 2023/24 ein Seminar zum Strafvollzug zu veranstalten, das neben strafvollzugsrechtlichen Fragestellungen auch kriminologische und straftheoretische Perspektiven auf die Institution entfaltet. Dabei ist uns von vornherein nicht entgangen, dass sich die Wirklichkeit der Strafe, von der hier die Rede ist, zwar im Vollzug zeigt, aber hinter Gefängnismauern verborgen ist. Wir wollten mit den Studierenden deshalb nicht nur von außen, aus dem sprichwörtlichen „Elfenbeinturm“ über Dinge sprechen, die sich innerhalb dieser Mauern abspielen, sondern wollten da rein. Und wir hatten Glück – Glück, mit der leitenden Regierungsdirektorin Michaela Wasemüller eine Anstaltsleiterin gefunden zu haben, die Wissenschaft und Lehre und kritischen Frage zum Strafvollzug offen gegenübersteht und uns ermöglicht hat, das Seminar unter ihrer Beteiligung am 25. Januar 2024 in der Justizvollzugsanstalt Wiesbaden (Jugendstrafvollzug) stattfinden zu lassen. Im Verwaltungstrakt der Anstalt präsentierten uns die Studierenden ihre Überlegungen und Forschungsergebnisse im Rahmen von 20-minütigen Vorträgen etwa zur Frage des Sinns und Unsinn von Freiheitsstrafe, zu Sanktionsformen innerhalb des Vollzuges oder auch zu den rechtlichen Rahmenbedingungen und den praktischen Schwierigkeiten der Entlassungsvorbereitung. An den Diskussionen beteiligte sich die Anstaltsleiterin und legte ihre Sicht der Dinge dar, die wiederum kritisch hinterfragt wurde, aber auch in vielen Fragen Antworten geben konnte, die sich im Lehrbuch nicht nachlesen lassen. Dem Mittagessen, das im Speisesaal der Anstalt stattfand und von jugendlichen Strafgefangenen zubereitet wurde, die ihre Koch-Ausbildung im Vollzug ihrer Jugendstrafe absolvierten, folgte ein Rundgang über das Anstaltsgelände und der Besuch eines Hafthauses, einer Wohngruppe jugendlicher Strafgefangener und einem Ausbildungsbetrieb.

Natürlich erfährt man auch insoweit von der Wirklichkeit der Strafe nichts, wenn man es nicht selbst ist, der da eingesperrt ist. Aber vielleicht konnten wir und die Studierenden zumindest einen kleinen Eindruck davon gewinnen, was es bedeutet, in einer Justizvollzugsanstalt eingesperrt zu sein, nämlich dann, wenn die schwere Eisentür hinter einem zufällt, wenn man die Eingangspforte passiert, wenn man sein Smartphone und alle elektronischen Geräte für den ganzen Tag abgeben, wenn man beim Rundgang vor jeder Tür stehen bleiben, sie erst aufgeschlossen, sie kaum, dass man hindurch ist, umgehend wieder zugeschlossen werden muss und wenn man sich, in einem kleinen Raum von etwa 7qm befindend, dessen Blick nach draußen von Gitterstäben zerteilt wird, vorstellt, darin für einige Zeit eingeschlossen zu werden. Und vielleicht regt das ja zu einer kritischen Reflexion im Umgang mit Strafrecht und Strafe an, ob nun im Studium oder später im Beruf. Damit wäre viel erreicht.

\*\*\*



# Call for PAPERS

## Klima, Umwelt und Nachhaltigkeit im Recht

Wir suchen Deinen Aufsatz, Deine Seminararbeit oder wissenschaftliche Hausarbeit zum Thema **Umwelt, Klima und Nachhaltigkeit im Recht** für die erste Sonderausgabe der Frankfurt Law Review!

**WER** kann Beiträge einreichen? Alle Studierenden oder Absolventinnen eines rechtswissenschaftlichen Studiengangs.

**WAS** sind mögliche Beiträge? Aufsätze, Seminararbeiten und Wissenschaftliche Hausarbeiten aus allen Rechtsgebieten zum *Thema Umwelt, Klima und Nachhaltigkeit im Recht* auf eine Länge von ca. 6 000 Wörtern gekürzt.

**WIE** reicht man einen Beitrag ein? Alle Informationen sind auf unserer Website unter [frankfurtlawreview.de/Veroeffentlichung](http://frankfurtlawreview.de/Veroeffentlichung) zu finden.

Die Redaktion der Frankfurt Law Review nimmt gerne bis zum **15.08.24** Beitragsvorschläge entgegen und freut sich über Einsendungen an [klima@frankfurtlawreview.de](mailto:klima@frankfurtlawreview.de).

# Strafen „zu Haut und Haar“

## Eine wissenschaftshistorische Analyse der strafrechtlichen Mittelalterrezeption bei Heinrich Brunner und Rudolf His

Musch, Nele\*

### ZUSAMMENFASSUNG

Zwei nennenswerte Autoren des 19. und 20. Jahrhunderts sind Heinrich Brunner sowie Rudolf His. Beiden gelang es durch intensive Quellenauswertung Licht in das vielfach als düster betrachtete Mittelalter zu bringen. Der Beitrag geht der Frage nach, wie Brunner und His die mittelalterlichen Quellen am Beispiel der Strafen zu Haut und Haar deuteten und was wir anhand der gezogenen Erkenntnisse über die Zeit, in der beide lebten, lernen können. Brunner und His waren Teil der germanistischen Strömung und lebten in einem Zeitalter, in dem neue Kodifikationen wie Unkraut aus der Erde schossen. Zudem war das 19. Jahrhundert von vielen gesellschaftlichen Umbrüchen geprägt. All diese Umstände sind in die Quellenanalyse der Autoren eingeflossen und führten stellenweise zu Kategorisierungsversuchen, Verallgemeinerungen und einer Rekonstruktion eines Systems, welches es so nicht gegeben haben kann.

**Keywords** Strafrechtsgeschichte; Mittelalter; Sachsenspiegel; Heinrich Brunner; Rudolf His; Strafen zu Haut und Haar

### A. Einleitung

Von den einstigen, aus Prügelstrafe und Haarschur zusammengesetzten, Strafen zu Haut und Haar („zu hut unde zu hare“)<sup>1</sup> ist heute nur noch die sprichwörtliche Bedeutung „gänzlich; mit allem, was dazugehört“<sup>2</sup> übriggeblieben. Ihren Ursprung finden die Strafen zu Haut und Haar in frühesten mittelalterlichen Quellen, wobei sich bereits in lateinischen Texten die stabreimende Zwillingformel findet.<sup>3</sup> Immer wieder zieht das „Mittelalter“<sup>4</sup> die Menschen in seinen Bann. So haben sich auch im 19. und 20. Jahrhundert viele Rechtshistoriker mit dieser Epoche beschäftigt. Hervorzuheben sind dabei die beiden Rechtshistoriker Heinrich Brunner (\*1840, † 1915)<sup>5</sup> und Rudolf His (\*1870, † 1938)<sup>6</sup>. In Brunners Lebenswerk „Deutsche Rechtsgeschichte“<sup>7</sup> findet sich eine umfassende Quellenauswertung von germanischen sowie frühmittelalterlichen Quellen.<sup>8</sup> His beschränkt sich in seinem Werk „Das Strafrecht des deutschen Mittelalters“<sup>9</sup> nicht nur auf germanische und fränkische Quellen, sondern erschließt bisher ungesichtete Quellen, wobei seine geleistete Quellenarbeit bis heute als bemerkenswert gilt.<sup>10</sup> Die breite Analyse der beiden Autoren war für nachfolgende Generationen wegweisend und ist bis heute eine Grundlage der strafrechtsgeschichtlichen Forschung.<sup>11</sup> Brunner und His bilden daher den Untersuchungsgegenstand dieses Beitrages.

Was dachten Brunner und His über die Strafen zu Haut und Haar und wie werteten diese die mittelalterlichen Quellen aus? Und welche Schlussfolgerungen können wir schließlich aus den jeweiligen Analysen über die Zeit, in der beide lebten, ziehen? Dieser Beitrag wertet zunächst die maßgeblichen mittelalterlichen Quellen aus, um anschließend wissenschaftshistorisch die Auswertung dieser Quellen bei Brunner und His zu analysieren.

### B. Rechtsquellen des Mittelalters

Neben den Stammesrechten wurde der Sachsenspiegel als zentrale Quelle des Mittelalters im 19. und 20. Jahrhundert verwendet.

\*Die Autorin ist Studentin an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der vorliegende Aufsatz ist die gekürzte Fassung einer Seminararbeit aus dem Schwerpunktbereich Grundlagen des Rechts im Jahr 2022.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Musch, Strafen „zu Haut und Haar“ - Eine wissenschaftshistorische Analyse der strafrechtlichen Mittelalterrezeption bei Heinrich Brunner und Rudolf His, FraLR 2024 (01), S. 1-10. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.83620>

<sup>1</sup>Ssp. Ldr. II, 13 § 1, fol. 29<sup>r</sup>: online unter: <https://www.sachsenspiegel-online.de/cms/meteor>, zuletzt aufgerufen am 26.02.2024; Schowe (1994), Mit Haut und Haar, S. 143.

<sup>2</sup><https://www.dwds.de/wb/mit%20Haut%20und%20Haaren>, zuletzt aufgerufen am 25.02.2024.

<sup>3</sup>Schowe, S. 144: „poena curis et capilli, cutis et crines, pellis et pili“.

<sup>4</sup>Über die Epocheneinteilung des Mittelalters wird vielseitig diskutiert. Diese Arbeit richtet sich nach der Periodisierung Uwe Wesels, welche das Mittelalter in Früh-, Hoch- und Spätmittelalter einteilt, beginnend im 5. Jahrhundert und endend mit Ausklang des 15. Jahrhunderts; Wesel (2022), Geschichte des Rechts, 5. Aufl., S. 275 f.

<sup>5</sup>Bader, NDB 2, 1955, Art. Brunner, Heinrich, S. 682, online unter: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd11866770X.html#ndbcontent>, zuletzt aufgerufen am 26.02.2024; Schroeder, Art. Brunner, Sp. 695 f., in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 2. Aufl. 2005, Band (Bd.) I, 3. Lfg.

<sup>6</sup>Holzhauser, Art. His, Sp. 1045 ff., in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), HRG, 2. Aufl. 2011, Bd. II, 13. Lfg.; Küper, NDB 9, 1972, Art. His, Rudolf, S. 248, online unter: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd11949180X.html#ndbcontent>, zuletzt aufgerufen am 26.02.2024; Oestmann, forum historiae juris 2014, Rudolf His,

## I. Sachsenspiegel

Der Sachsenspiegel gilt als eine der populärsten deutschsprachigen Rechtsquellen des Mittelalters. Ohne gelehrte rechtswissenschaftliche Vorbildung schuf Eike von Repgow (\* um 1180, † nach 1233) den Sachsenspiegel schätzungsweise in der Zeit zwischen 1220 und 1235.<sup>12</sup> Das bislang mündlich überlieferte sächsische Gewohnheitsrecht sollte so aufgezeichnet und systematisiert werden.<sup>13</sup>

### 1. Tagesdiebstahl

Die Strafen zu Haut und Haar finden sich insbesondere in Landrecht II, Kapitel 13 § 1. Kapitel 13 hatte, auch wegen des selten auftauchenden Anfangs „*nu vornemt*“, eine essenzielle Bedeutung innerhalb des Abschnitts der peinlichen Strafen,<sup>14</sup> worunter ab dem Spätmittelalter die öffentliche Leibes- und Lebensstrafe verstanden wurde.<sup>15</sup> Die Bezeichnung „*ungerichte*“ bezog sich auf absichtlich begangene, gravierende Rechtsverstöße,<sup>16</sup> welche in der Ehr- und Rechtslosigkeit der Täter:innen, sogar bei ausbleibender Vollstreckung, mündeten.<sup>17</sup>

„C.XIII. *Nu vornemt umme ungerichte, welch gerichte dar uber get.*

*Den dip sal man hengen.*

*Geschiet aber in deme dorfe des tages*

*Eine dube, di minre denne drier schillinge wert is,*

*Das mus der burmeister wol richten*

*des selben Tages zu hüte unde czu hare*

*oder mit drin Schillingen czu losene.*

*So blibet iener erlos unde rechtelos.“<sup>18</sup>*

„Nun hört von Verbrechen,

welches Gericht darüber ergeht: Den Dieb

soll man hängen. Geschieht aber im Dorf bei

Tage ein Diebstahl, der weniger als drei Schillinge

wert ist, so darf der Bauermeister noch am gleichen

Tag darüber richten zu Haut und Haar

oder zu einer Ablösungssumme von drei Schillingen.

Doch bleibt jener dann ehrlos und rechtlos.“<sup>19</sup>

Für Tagesdiebstähle, die weniger als drei Schillinge wert waren, war das Gericht des Bauermeisters zuständig, sofern noch am selben Tag über den Diebstahl gerichtet wurde.<sup>20</sup> Als Vorsteher der bäuerlichen Gemeinde übte der Bauermeister seine auf weniger schwerwiegende Rechtsverletzungen beschränkte richterliche Gewalt beim Zusammentreten des dörflichen Gerichts aus.<sup>21</sup> Das unterschiedliche Strafmaß von Tag- und Nachtdiebstahl drückte eine Differenzierung nach Intensität des Rechtsbruchs aus.<sup>22</sup> Die Strafmilderung des Tagesdiebstahls ergab sich daraus, dass im Mittelalter „eine im Verborgenen begangene und im Versteckten geplante Missetat als besonders verwerflich [galt]“ und dementsprechend strenger bestraft wurde.<sup>23</sup> Eine Unterscheidung nach dem Wert des Diebesguts (großer und kleiner Diebstahl) findet sich ebenfalls schon in vielen „germanischen“<sup>24</sup> Rechten,<sup>25</sup> und auch heutzutage wird ein Diebstahl geringwertiger Sachen nur auf Antrag verfolgt (§ 248a StGB). Tendenziell ist jedoch von einer differenzierteren Kategorisierung der Diebstähle auszugehen.<sup>26</sup>

Bevor mit der Etablierung des kirchlichen Bußenstrafrechts in der fränkischen Zeit eine Differenzierung bezüglich des Strafmaßes hinsichtlich kleinen und großen Diebstahls erfolgte, sei ursprünglich jeder Diebstahl todeswürdig gewesen.<sup>27</sup> Ausgehend von der Landfriedensgesetzgebung stellen die Strafen zu Haut und Haar insofern

wieder eine Erhöhung des Strafmaßes dar.<sup>28</sup>

Unklar ist, ob sich die Angabe „*Eine dube, di minre denne drier schillinge wert is*“ auf den Wert des Diebesgutes oder den Schaden des Diebstahls bezieht. Lück bezieht diese Angabe auf den durch den Diebstahl verursachten Schaden, der einen Wert von drei Schillingen nicht

Rn. 2, 5, 16, online unter: <https://forhistiur.net2014-04-oestmann>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2022.

<sup>7</sup>Heinrich Brunners Werk erschien in zwei Bänden, wovon der letztere, für diese Arbeit relevante Band, im Jahr 1892 erschien.

<sup>8</sup>Holzhauser, Art. His, Sp. 1046; Liebrecht (2014), Brunners Wissenschaft, S. 41, 57; Oestmann, forum historiae juris 2014, Rudolf His, Rn. 23; Schroeder, Art. Brunner, Sp. 695 f.

<sup>9</sup>Der erste und für diese Arbeit relevante Teil seines Werks erschien 1920 mit dem Titel „Erster Teil. Die Verbrechen und ihre Folgen im allgemeinen“.

<sup>10</sup>Holzhauser, Art. His, Sp. 1045 ff.; Oestmann, forum historiae juris 2014, Rudolf His, Rn. 1, 18.

<sup>11</sup>Liebrecht, S. 42 ff., 57; Oestmann, forum historiae juris 2014, Rudolf His, Rn. 1.

<sup>12</sup>Lieberwirth, Art. Eike von Repgow, Sp. 1288 - 1292, in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), HRG, 2. Aufl. 2007, Bd. I, 6. Lfg. [...] Lieberwirth, Art. Glossen zum Sachsenspiegel, Sp. 416, in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), HRG, 2. Aufl. 2009, Bd. II, 10. Lfg.; Brie, ADB 5, 1877, Art. Eike von Repgow, S. 751 - 755, online unter: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118529501.html#adbcontent>, zuletzt aufgerufen am 21.07.2022; Lieberwirth, Art. Glossen zum Sachsenspiegel, Sp. 416; Kannowski (2018), Die Buch'sche Glosse und die Zobel'schen Additionen, S. 167.

<sup>13</sup>Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (83); Schmidt-Wiegand, Frühmittelalterliche Studien 1988, Bilderhandschriften, 357 (359).

<sup>14</sup>Kannowski (2007), Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 336, 338.

<sup>15</sup>Maihold, Art. Peinliche Strafen, Sp. 462 ff., in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), HRG, 2. Aufl. 2017, Bd. IV, 26. Lfg.

<sup>16</sup>Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 341; Maihold, Art. Peinliche Strafe, Sp. 462 ff.

<sup>17</sup>Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 341; Deutsch, Art. Ehrlosigkeit, Sp. 1240 ff., in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), HRG, 2. Aufl. 2007, Bd. I, 5. Lfg.

<sup>18</sup>Ssp. Ldr. II, 13 § 1, fol. 29<sup>r</sup>.

<sup>19</sup>Übersetzung von: <https://www.sachsenspiegel-online.de/cms/meteor/jbrowser/index.jsp?id=87>, zuletzt aufgerufen am 14.01.2024.

<sup>20</sup>Ssp. Ldr. II, 13, § 1, fol. 29<sup>r</sup>; Lück, Art. Bauermeister, Sp. 465 f., in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), HRG, 2. Aufl. 2005, Bd. I, 2. Lfg.

<sup>21</sup>Lück, Art. Bauermeister, Sp. 465 f.; Eckhardt, Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 1925, Alter und Heimat des Deutschespiegels, 13 (14) – Obwohl im Deutschespiegel vom Bürgermeister („purchmaister“) die Rede ist geht Eckhardt davon aus, dass der Spiegel einen begrifflichen Austausch vorgenommen hat, ohne dabei inhaltliche Aufgaben zu ändern.

<sup>22</sup>Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 346, 368 f.

<sup>23</sup>Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 370; Schowe, S.147; Van Dülmen (1995), Theater des Schreckens, 4. Aufl., S. 66; Lieberwirth, Art. Diebstahl, Sp. 1047 ff., in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), HRG, 2. Aufl. 2007, Bd. I, 5. Lfg.: zählt Nachtdiebstähle zu dem „großen Diebstahl“ – weitere Beispiele dafür seien: Sklaven-, Vieh-, Getreide-, Pflug- und Einbruchdiebstahl, sowie Diebstähle in Kirche, Schmiede und Mühle.

<sup>24</sup>Über die Periodisierung der germanischen Zeit und dem Begriff des germanischen Rechts wird vielseitig diskutiert. Einen ersten Zugang dazu findet sich bei Wesel, S. 261 ff.; sowie bei Kroeschell, FS Thieme, 1986, Germanisches Recht als Forschungsproblem, 3 (3 ff.).

<sup>25</sup>Lieberwirth, Art. Diebstahl, Sp. 1047 ff.

<sup>26</sup>Lieberwirth, Art. Diebstahl, Sp. 1047 ff.

<sup>27</sup>Lieberwirth, Art. Diebstahl, Sp. 1047 ff.

<sup>28</sup>Lieberwirth, Art. Diebstahl, Sp. 1047 ff.

überschreiten dürfe.<sup>29</sup> Kannowski hingegen sieht dies als Differenzierung nach „Art und Wert des Diebesgutes“, sodass der Wert des Diebesgutes drei Schillinge nicht überschreiten dürfe.<sup>30</sup> Die Sanktion des Tagesdiebstahls waren die Strafen zu Haut und Haar, welche grundsätzlich in Höhe von drei Schillingen ablösbar waren. Die Lösung setzte den Vollzug der Strafe, auch noch nach Ausspruch einer solchen, aus.<sup>31</sup> Unbeantwortet bleibt auch die Frage, ob die Entscheidung über die Ablösbarkeit der Strafe vom Bauermeister oder den Angeklagten getroffen wurde.<sup>32</sup> Die sozialen und rechtlichen Folgen, wie zB den Verlust der Eides- und Lehnsfähigkeit, wurden durch die äußere Kenntlichmachung verstärkt.<sup>33</sup>

## 2. Höchststrafe für Schwangere

Landrecht III, Kapitel drei legte die Strafen zu Haut und Haar als Höchststrafe für Schwangere fest.<sup>34</sup>

„C.III. Man ensal uber kein wip richten, di lebinde kint treit, hoer wen zu hut unde zu hare.“<sup>35</sup>

„Man soll über keine Frau, die ein lebendes Kind trägt, höher als zu Haut und Haar richten.“<sup>36</sup>

Alle über dieses Strafmaß hinausgehenden Leibesstrafen, insbesondere Strafen, die den Tod der Täterin zur Folge hatten, waren demnach nicht anwendbar. Wie und ob eine Schwangerschaft nachgewiesen werden musste, lässt sich dem Sachsenspiegel nicht entnehmen. Teilweise wurde behauptet, dass eine Wartezeit von 20 Wochen abzuwarten sei, um den Nachweis für eine Schwangerschaft zu erbringen.<sup>37</sup> In der Haarschur liege seit Tacitus<sup>38</sup> eine historische Kontinuität als typische Frauenstrafe.<sup>39</sup>

## II. Bildhandschriften

In der Heidelberger (ca. um 1300)<sup>40</sup> sowie der Dresdener Bilderhandschrift (ca. zwischen 1347 und 1363)<sup>41</sup> finden sich grafische Abbildungen der Strafen zu Haut und Haar. Mögliche Funktionen der Bilderhandschriften waren eine Kommentarfunktion (als Vorgänger der schriftlichen Glosse)<sup>42</sup>, eine Aktualisierung des Rechts, eine Verbesserung der Verwaltung,<sup>43</sup> eine „Handlungsanweisung zum Verhalten im Rechtsleben“<sup>44</sup> sowie eine „Funktion als Repräsentationsgegenstand markgräflichen Herrschafts- und Kulturverständnisses“.<sup>45</sup> Text und Bilder standen stets in einer wechselseitigen Beziehung,<sup>46</sup> sodass Rechtskenntnisse für eine zutreffende Interpretation notwendig waren.<sup>47</sup>

## 1. Dresdener Bilderhandschrift zum Tagesdiebstahl



Dresdener Bilderhandschrift, Landrecht II, 13 § 1, fol. 25<sup>r</sup>.

In der Heidelberger Bilderhandschrift findet sich keine Abbildung zu Landrecht II 13 § 1.

In der Dresdener Bilderhandschrift verbindet das große

<sup>29</sup>Lück, Art. Bauermeister, Sp. 465 f.

<sup>30</sup>Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 368.

<sup>31</sup>Olechowski, Art. Lösung, Sp. 1051 ff., in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), HRG, 2. Aufl. 2015, Bd. III, 21. Lfg.; Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 381.

<sup>32</sup>Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 381.

<sup>33</sup>Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 341 f.; Deutsch, Art. Ehrlosigkeit, Sp. 1240 ff., weitere Folgen seien: Unfähigkeit als Richter, Schöffe oder Vorsprecher aufzutreten, Ausschluss vom Eid, Verweigerung der Zünfte, Verweigerung der Wahrnehmung von Gemeindeämtern, der Teilnahme an Gottesdiensten sowie eines ehrlichen Begräbnisses.

<sup>34</sup>Schowe, S. 145 f.

<sup>35</sup>Ssp. Landrecht III 3, fol. 43<sup>r</sup>.

<sup>36</sup>Übersetzung von: {<https://www.sachsenspiegel-online.de/cms/meteor/jbrowser/index.jsp?id=115>, zuletzt aufgerufen am 14.01.2024.

<sup>37</sup>Schmitz/Wacke, Art. Schwangerschaft, Sp. 1558, in: Adalbert Erler u.a. (Hg.), HRG, 1. Aufl. 1990, Bd. IV.

<sup>38</sup>Die Germania des Tacitus gilt bis heute als „ausführlichste Darstellung von Gesellschaft und Recht der germanischen Stämme“, welche selbst keine schriftlichen Quellen hinterließen. Zur kritischen Einordnung der Quelle: Wesel, S. 263 f.

<sup>39</sup>Schmidt-Wiegand, Art. Haar, Haarscheren, Sp. 639 f., in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), HRG, 2. Aufl. 2010, Bd. II, 11. Lfg.

<sup>40</sup>Schmidt-Wiegand, Frühmittelalterliche Studien 1988, Bilderhandschriften, 357 (367 ff.), genannt wird hier ein Zeitraum zwischen 1294 und 1304.

<sup>41</sup>Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (91).

<sup>42</sup>Munzel-Everling, FS Kocher, 2017, Sachsenspiegelillustrationen, 267 (269).

<sup>43</sup>Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (92).

<sup>44</sup>Schmidt-Wiegand, Frühmittelalterliche Studien 1988, Bilderhandschriften, 370 (375).

<sup>45</sup>Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (92); Schmidt-Wiegand, Frühmittelalterliche Studien 1988, Bilderhandschriften, 357 (359).

<sup>46</sup>Schmidt-Wiegand, Frühmittelalterliche Studien 1988, Bilderhandschriften, 357 (370).

<sup>47</sup>Schmidt-Wiegand, Frühmittelalterliche Studien 1988, Bilderhandschriften, 357 (384).

goldene „N“ den Text mit den dazugehörigen Bildern,<sup>48</sup> das rote „O“ zeigt an, dass die abgebildete Waage bereits einer anderen Textstelle zuzuordnen ist. Für die Analyse ist vor allem von Bedeutung, dass lediglich die sitzende Person rechts der Truhe ein langes Kleid sowie einen trapezförmigen Hut trägt, während die übrigen Personen stehend und mit kurzen Gewändern dargestellt sind.

Die dunkleren Brauntöne der Gewänder der sitzenden und der ihr gegenüberstehenden Person könnten auf Herrentrachten hinweisen, welche häufig in Grün dargestellt wurden und durch die Wasserschäden an der Handschrift ausgewaschen wurden.<sup>49</sup> Der trapezförmige Hut der sitzenden Person stellt den für den Bauermeister kennzeichnenden Strohhut dar,<sup>50</sup> während das lange Gewand auf dessen richterliche Tätigkeit hindeutet.<sup>51</sup> Kurze Gewänder waren Ausdruck der Zugehörigkeit des Bauernstandes,<sup>52</sup> sodass es sich bei allen anderen Personen vermutlich um Bauern, zumindest jedoch um dem Bauermeister untergeordnete Personen handelte. Der Bauermeister hebt sich zudem durch seine sitzende Haltung von den stehenden Personen ab. Ein besonderes Augenmerk ist auch auf die Mimik und Gestik der abgebildeten Personen zu legen. Die sitzende Person streckt den rechten Zeigefinger aus, während die linke Hand etwas zu halten scheint. Eine der stehenden Personen hält in ihrer rechten Hand eine große Schere. Ihr Gesicht ist im Profil mit besonders großer, grob gezeichneter Nase dargestellt. Die andere Person, deren feine Gesichtszüge vollständig zu sehen sind, wirft mit ihrer linken Hand Münzen in die Truhe und streckt ihren rechten Zeigefinger in Richtung der sitzenden Person aus.

Die Vorbeugehaltung der zahlenden Person sowie die dazugehörige Handgebärde, welche dem Redegestus des Klagenden ähnelt, und wie hier üblicherweise auf den Richter zeigte,<sup>53</sup> stellen die Ablösung der Strafe dar. Sieht man die Zeichnungen als „illustrierte Handlungsanweisungen“<sup>54</sup>, so war die Ablösung gegenüber der körperlichen Strafe vorrangig.<sup>55</sup> Zudem konkretisierte die Abbildung, dass die Strafe nicht nur von dem Dieb selbst, sondern auch von einer dritten Person gelöst werden konnte.<sup>56</sup> Die für die Darstellung des Richters übliche Rede- und Belehrungsgebärde<sup>57</sup> des Bauermeisters konnte sowohl auf den Betrag der Ablösesumme als auch auf die rechtlichen Folgen der Ablösung hinweisen. Außerdem geht aus dem Bild hervor, dass die Ablösung nicht an den Geschädigten, sondern an den Bauermeister ging. Dies lässt annehmen, dass die zu zahlenden drei Schillinge nicht den Schaden ersetzen sollten (s.o.), sondern vielmehr das Unrecht gegenüber der Allgemeinheit dokumentierten. Somit bezog sich die Ablösesumme, wie von Kannowski angenommen, auf den Wert des Diebesguts.<sup>58</sup> Die groben Gesichtszüge waren typisch für Bauern.<sup>59</sup> Daher lässt sich in Zusammenhang mit dem kurzen Gewand feststellen, dass es sich bei den Personen um Bauern handelte. Eine Profildarstellung war ferner Mittel, um „Gegner des Rechts“<sup>60</sup> abzubilden, womit diese Person den Dieb darstellen könnte. Dafür spricht auch, dass die an den Pfahl festgebundene Person ebenfalls nur im Profil dargestellt ist.

Auf dem unteren Bildabschnitt ist zudem die linksstehende Person, welche auf Hüfthöhe ein Schwert trägt und mit beiden Händen eine große Schere an den Kopf

der anderen Person hält, von Relevanz. Richtschwert, Schere und Säule, welche den Pranger darstellt, waren Strafvollzugswerkzeuge.<sup>61</sup> Damit kann diese Person dem Strafvollzug zugeordnet werden. Interessant ist auch, dass hier ausschließlich prozessuale Folgen dargestellt sind (das Hängen, Ablösen und die Haarschur), während eine Darstellung des Tatbestands (Diebstahl) ausbleibt.

## 2. Bilderhandschriften zur Höchststrafe für Schwangere

Beide Abbildungen zu Landrecht III ähneln sich sehr und unterstützen den durch den Text vorgegebenen Inhalt. Sie zeigen eine Frau mit leicht gewölbtem Bauch, umgeben von zwei Männern. Einer hält eine Rute in der Hand, während der andere mit einer großen Schere der Frau das in Bündeln zu Boden fallende Haupthaar abschneidet. Ihre Hände sind überkreuzt am Pranger festgebunden. Die Darstellung der Wunden auf dem Oberkörper in der Heidelberger Bilderhandschrift ist äußerst brutal. Verglichen mit der Darstellung in Landrecht II 13 § 1 werden auch hier die Rutenschläge dargestellt, wobei diese von einer zweiten Person ausgeführt werden. Die Haarschur wird zudem durch das Herabfallen mehrerer Haarbüschel extremer dargestellt. Die Möglichkeit einer Ablösung liegt aufgrund der Höchststrafe fern, sodass diese weder im Text noch in der Zeichnung auftaucht.

<sup>48</sup>Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (91).

<sup>49</sup>Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (87).

<sup>50</sup>Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (90); Munzel-Everling, FS Kocher, 2017, Sachsenspiegelillustrationen, 267 (273 f.); Lück, Art. Bauermeister, Sp. 465 f.

<sup>51</sup>Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (90).

<sup>52</sup>Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (90).

<sup>53</sup>Schmidt-Wiegand, Frühmittelalterliche Studien 1988, Bilderhandschriften, 357 (379).

<sup>54</sup>Schmidt-Wiegand, Frühmittelalterliche Studien 1988, Bilderhandschriften, 357 (376).

<sup>55</sup>Gudian, FS Erler, 1976, Geldstrafrecht und peinliches Strafrecht, 273 (274, 277).

<sup>56</sup>Dies könnte jedoch auch Indiz dafür sein, dass, wie von Brunner und His behauptet, die Strafe überwiegend gegen Unfreie verhängt wurde.

<sup>57</sup>Munzel-Everling, FS Kocher, 2017, Sachsenspiegelillustrationen, 267 (274).

<sup>58</sup>Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 352 ff; 382 f.

<sup>59</sup>Munzel-Everling, FS Kocher, 2017, Sachsenspiegelillustrationen, 267 (274).

<sup>60</sup>Schmidt-Wiegand, Frühmittelalterliche Studien 1988, Bilderhandschriften, 357 (366).

<sup>61</sup>Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (90).



Heidelberger Bilderhandschrift, Landrecht III, 3, fol. 12<sup>v</sup>.



Dresdener Bilderhandschrift, Landrecht III, 3, fol. 36<sup>v</sup>.

### III. Glossen des Sachsenspiegels

Die Buch'sche wie auch die Zobel'sche Glosse enthalten Anmerkungen zu der zentralen Regelung des Sachsenspiegels in Landrecht II 13 § 1.

#### 1. Buch'sche Glosse

a) *Historischer Kontext.* Johann von Buch (\* um 1290, † um 1356)<sup>62</sup> verfasste die Glosse etwa 100 Jahre nach Entstehung des Sachsenspiegels, in der Zeit zwischen 1325 und 1333.<sup>63</sup> Der Sachsenspiegel sollte mit beginnender Rezeption des gelehrten Rechts mit kanonischem und römischem Recht harmonisiert werden, um ihm Geltungskraft vor den geistlichen Gerichten zu verschaffen.<sup>64</sup> Dabei thematisierte Johann von Buch sowohl theoretische als auch praktische Rechtsfragen.<sup>65</sup> Die Kommentierung des Sachsenspiegels war, wie von Johann im Glossenprolog formuliert, notwendig gewesen, um Fehlinterpretationen der Zeitgenossen zu eliminieren.<sup>66</sup> Die Glosse spiegelte zudem soziale und wirtschaftliche Verhältnisse des Spätmittelalters sowie der „Frühen Neuzeit“<sup>67</sup> wider und enthielt Überlegungen zum Strafzweck.<sup>68</sup> Andererseits seien mangels Quellen kaum Aussagen über den tatsächlichen Geltungsbereich der Glosse zu treffen.<sup>69</sup>

b) *Buch'sche Glosse zum Tagesdiebstahl.* Grundlage der Analyse bildet die von Frank-Michael Kaufmann im Jahr 2002 herausgegebene Edition der Buch'schen Glosse. Die Glosse grenzte zunächst Tages- von Nachtdiebstählen ab.<sup>70</sup> Dabei bestärkte Johann die Einteilung des Sachsenspiegels, dass Tagdiebstähle von weniger als drei Schillingen eine geringere Rechtsverletzung als Nachtdiebstähle darstellten („dat de [Tagdiebstähle] so

boze nicht en sy alse de des nachtes“).<sup>71</sup> Darauffolgend widmete sich Johann den Strafen zu Haut und Haar.<sup>72</sup> Diese setzten sich aus Schlägen mit einem Staupbesen und der Umwindung des Kopfhaares um einen Knebel oder einen Stab zusammen.<sup>73</sup> Ob mit der Wendung „vthe deme koppe“ der Umstand gemeint war, dass das umwickelte Haar in einem Ruck aus der Kopfhaut gezogen wurde, oder ob das Umwickeln das Abscheiden erleichtern sollte, ist unklar. Mit Hinblick auf die Frage, inwieweit die Strafen zu Haut und Haar dem Zeitgeist des Glossators entsprachen, ist insbesondere folgender Satz hervorzuheben:

„Ok zeggen itlike, do dit recht gegeuen wart, do drogen de Sassen langh har, zo schore me dessen, dat ne enen bekende vnde sik vor eme hodde.“<sup>74</sup>

Bereits die Eingangsworte „Ok zeggen itlike“ („So sagen etliche“) könnten darauf hindeuten, dass Johann versuchte, der Aussage Autorität zu verleihen. Die Worte „do dit recht gegeuen wart“ („als dieses Recht gegeben wurde“) könnten auf die gesetzgeberische Absicht der Norm abstellen. Sinn und Zweck der Haarschur war demnach eine Kenntlichmachung der Täter:innen, damit sich die Gesellschaft vor ihnen schützen konnte. Dies sei besonders effektiv gewesen, als die Sachsen ihr Haar lang trugen. So lässt das Erklärungsbedürfnis vermuten, dass die Strafe zu Haar bereits zu Beginn des 14. Jahrhunderts unüblich war. Eine andere Erklärung könnte sein, dass Johann den präventiven Strafzweck

<sup>62</sup> NDB 2, 1955, Art. Johann von Buch, S. 697, online unter: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd102423008.html#ndbcontent>, zuletzt aufgerufen am 25.07.2022; Lück, Art. Johann von Buch, Sp. 1376, in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), HRG, 2. Aufl. 2011, Bd. II, 14. Lfg.; Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 74 f.

<sup>63</sup> Liermann, NDB 2, 1955, Art. Johann von Buch, S. 698; Lück, Art. Johann von Buch, Sp. 1377; Kannowski, Die Buch'sche Glosse und die Zobel'schen Additionen, S. 167.

<sup>64</sup> Im Glossenprolog schreibt Johann von Buch: „Saltu in der papen recht, lichte mit eme kiven, Se hedden di vor dorecht, of du woldest bekliven, Mit Sassenrecht din wort, wen se dit recht versmeen“, Kaufmann (2002), Glosse zum Ssp-Landrecht, S. 103; Lieberwirth, Art. Glossen zum Sachsenspiegel, Sp. 419 f.; Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (93); Lück, Art. Johann von Buch, Sp. 1376 f.; Liermann, Art. Johann von Buch, S. 698; Wesel, S. 345 f.; Lieberwirth, Art. Glossen zum Sachsenspiegel, Sp. 416 ff.

<sup>65</sup> Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 88, mit weiteren Beispielen, wann Johann Beispiele aus der Gerichtspraxis in seiner Glossierung nennt.

<sup>66</sup> Kaufmann, Glosse zum Ssp-Landrecht, S. 97 „Dar umme nicht like wal verstan se des spegels recht, Wen in den luden nicht sal sin einer vernunfte decht ... So dat der Sassen spegil noch selden rechte wert vorstan...“; Lück, Denkströme 2010, Sachsenspiegel und Magdeburger Recht, 81 (96); Lieberwirth, Art. Glossen zum Sachsenspiegel, Sp. 420 f.

<sup>67</sup> Zu der Periodisierung der frühen Neuzeit: Wesel, S. 355.

<sup>68</sup> Lieberwirth, Art. Glossen zum Sachsenspiegel, Sp. 419 f.; Kannowski, Die Buch'sche Glosse und die Zobel'schen Additionen, S. 167, 169; Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 395 f.

<sup>69</sup> Kannowski, Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts, S. 11 f.

<sup>70</sup> Kaufmann, Glosse zum Ssp-Landrecht, S. 603, V. 10 ff.

<sup>71</sup> Kaufmann, Glosse zum Ssp-Landrecht, S. 603, V. 10 f.

<sup>72</sup> Kaufmann, Glosse zum Ssp-Landrecht, S. 603, V. 12.

<sup>73</sup> Kaufmann, Glosse zum Ssp-Landrecht, S. 603, V.13 f.: „wint eme dat har mit klouen vthe deme koppe“.

<sup>74</sup> Kaufmann, Glosse zum Ssp-Landrecht, S. 603, V. 14 ff.



verdeutlichen wollte. Auffallend ist, dass Johann von der früheren Gepflogenheit spricht, dass die Haare der Sachsen geschoren wurden, was ein Indiz dafür sein könnte, dass die Wendung „*vthe deme koppe*“ demnach möglicherweise nur als Konkretisierung auf das Haupthaar zu verstehen war.

## 2. Zobel'sche Glosse

a) *Eigenart der Zobel'schen Additionen.* Die Zobel'sche Glosse erschien 1535.<sup>75</sup> Der Leipziger Rechtsgelehrte Christoph Zobel (\* 1499, † 1560) befasste sich mit einer Neubearbeitung des als veraltet geltenden Sachsenspiegels, indem er der Buch'schen Glosse Ergänzungen hinzufügte (sogenannte Zobel'sche Additionen).<sup>76</sup> Die Additionen seien ein Beleg für rechtspraktische Fragestellungen betreffend der Rezeption des römischen Rechts gewesen.<sup>77</sup> Durch die Berücksichtigung von Rechtsprechung komme zudem das wechselseitige Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung im 16. Jahrhundert zur Geltung.<sup>78</sup> Demnach handelte es sich bei der Zobel'schen Glosse vermutlich um einen Kommentar für Praktiker.<sup>79</sup>

b) *Zobel'sche Glosse zum Tagesdiebstahl.* Die Zobel'sche und Buch'sche Glosse sind fast wortgleich.<sup>80</sup> Legidlich einen Satz fügte Zobel der Buch'schen Glosse hinzu, welcher allerdings nicht durch das typische „*ADDITIO*“ gekennzeichnet wurde.

„*Weil sie aber jeziger zeit nimmer solche lange haar tragen, so soll man ihnen dafür die ohren abschneiden, daß man sie vor andern kennen möge*“<sup>81</sup>

Zobel erkannte Johanns Legitimierungs- und Rechtfertigungsproblem (s.o.). Der Umstand, dass die Sachsen zu Zobels Lebzeit keine langen Haare mehr trugen, verlangte eine neue Strafe, welche ebenso der Kenntlichmachung der Täter:innen dienen musste. Die Lösung dieses Problems sah Zobel im Abschneiden der Ohren. Eine Erklärung der neuen Strafart fehlt und die Auswahl der Ohren wirkt willkürlich. Bei der Verschriftlichung des Ohrabschneidens könnte es sich um die Einarbeitung einer bestehenden Rechtspraxis handeln.<sup>82</sup> Neben der spätmittelalterlichen/frühneuzeitlichen Rechtsfortbildung könnte ein zweiter Erklärungsansatz sein, dass Zobel mit dem Ohrabschneiden eigenhändig neues Recht setzte. Aufgrund fehlender Grundlagenforschung betreffend der Zobel'schen Additionen bleibt dies weiterhin unklar.<sup>83</sup> Zusammenfassend lässt sich der Zobel'schen Ergänzung entnehmen, dass die Haare spätestens zu Zobels Lebzeiten erheblich an Bedeutung verloren hatten und das Abschneiden der Haare als Strafe nicht mehr dem Zeitgeist entsprach.

## C. Narrative des 19. und 20. Jahrhunderts

### I. Heinrich Brunners „*Deutsche Rechtsgeschichte*“

Brunner ordnete die Strafen zu Haut und Haar in das Kapitel „§ 134. *Die Leibesstrafen*“ ein.<sup>84</sup> Er wählte einen antiken Zugang zu den Strafen, indem er sich zunächst auf Tacitus und die Züchtigung einer Ehebrecherin bezog.<sup>85</sup> Zudem sah er Parallelen zu dem sogenannten „Gassenlaufen“ in skandinavischen Ländern und schrieb manchen Strafen zu Haut und Haar den „*Charakter einer gewaltsamen schimpflichen Austreibung*“ zu.<sup>86</sup> Die Strafe sei vor allem bei kleineren Verbrechen angedroht

worden und setze sich aus dem Zerschlagen der Haut und der Abnahme des Haupthaars zusammen.<sup>87</sup> Bei der Strafe zu Haut sei zwischen „*Prügelstrafe*“ und „*Geißelung*“ zu unterscheiden gewesen, wobei die genauen Unterschiede nicht erläutert wurden.<sup>88</sup> Bei beiden seien die Schläge jedoch entweder auf einer „*Bank*“ oder an einem „*Stauppfahl*“ erteilt worden.<sup>89</sup> Die Anzahl der Schläge sei nicht zu verallgemeinern gewesen, setzen Lex Wisigothorum, Lex Salica oder die Kapitularien doch unterschiedliche Zahlen fest.<sup>90</sup> Mit der Strafe zu Haut sei „*später regelmäßig*“ die Strafe zu Haar einhergegangen, bei welcher dem Straftäter das Haar entweder geschoren oder mitsamt der Kopfhaut entfernt wurde.<sup>91</sup> Zudem sei es teilweise dazu gekommen, dass nach der Haarentfernung das „*Haupt getheert und gefedert*“ wurde.<sup>92</sup> Zu den Strafen zu Haut und Haar sei manchmal noch die Brandmarkung hinzugesetzt, um den Täter dauerhaft kenntlich zu machen.<sup>93</sup> Brunner bezeichnete die Strafe als eine knechtische, die von Freien ablösbar gewesen sei.<sup>94</sup>

### II. Rudolf His „*Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*“

His widmete den Strafen zu Haut und Haar ein eigenes Kapitel „§ 22. *Die Strafen an Haut und Haar*“ und bezog Quellen aus dem gesamten europäischen Raum

<sup>75</sup>Kannowski, Die Buch'sche Glosse und die Zobel'schen Additionen, S. 171.

<sup>76</sup>Zedler, Universal-Lexicon, 1750, Art. Zobel, Sp. 35 f. online unter: <https://www.zedler-lexikon.de/index.html?c=blaettern&seitenzahl=31&bandnummer=63&view=100&l=de>, zuletzt aufgerufen am 04.10.2022; Kannowski, Die Buch'sche Glosse und die Zobel'schen Additionen, S. 172.

<sup>77</sup>Kannowski, Die Buch'sche Glosse und die Zobel'schen Additionen, S. 181.

<sup>78</sup>Kannowski, Die Buch'sche Glosse und die Zobel'schen Additionen, S. 177, 181.

<sup>79</sup>Kannowski, Die Buch'sche Glosse und die Zobel'schen Additionen, S. 172, 179.

<sup>80</sup>Zobel (1732), Glosse zum Ssp-Landrecht, online unter: <https://www.google.de/books/edition/./GTXFfyJSaoC?hl=de&gbpv=0>, zuletzt aufgerufen am 29.06.2022; Zobel, Glosse zum Ssp-Landrecht, S. 195, so wurde aus dem Wort „*klouen*“ durch den zeitlichen Abstand zur Buch'schen Glosse die Wörter „*Kluppen* oder *Knebel*“.

<sup>81</sup>Zobel, Glosse zum Ssp-Landrecht, S. 195.

<sup>82</sup>Van Dülmen, Theater des Schreckens, 4. Aufl., S. 69; Kannowski, Die Buch'sche Glosse und die Zobel'schen Additionen, S. 168, 177.

<sup>83</sup>Kannowski, Die Buch'sche Glosse und die Zobel'schen Additionen, S. 168, 173.

<sup>84</sup>Brunner (1892), Deutsche Rechtsgeschichte, 1. Aufl., S. 603 – 607, online unter: [https://www.deutschestextarchiv.de/book/show/brunner\\_rechtsgeschichte02.1892](https://www.deutschestextarchiv.de/book/show/brunner_rechtsgeschichte02.1892), zuletzt aufgerufen am 14.08.2022.

<sup>85</sup>, S. 605.

<sup>86</sup>Brunner, S. 605.

<sup>87</sup>Brunner, S. 605.

<sup>88</sup>Brunner, S. 605.

<sup>89</sup>Brunner, S. 605.

<sup>90</sup>Brunner, S. 606.

<sup>91</sup>Brunner, S. 606 f.

<sup>92</sup>Brunner, S. 607.

<sup>93</sup>Brunner, S. 607.

<sup>94</sup>Brunner, S. 607.

ein.<sup>95</sup> Als „gesetzliche Strafe“ seien die Strafen an Haut und Haar vor allem für bestimmte Personenkreise, wie beispielsweise Schwangere, Jugendliche, Stadtfremde oder Unfreie, verwendet worden, jedoch hatten sie auch als „Gnadenstrafe“ häufig in Verbindung mit einer Verbannung Anwendung gefunden.<sup>96</sup> His zählte neben den Schlägen und dem Haarverlust auch das Brandmarken zu den Strafen zu Haut und Haar, welches den „Übergang zu den Ehrenstrafen“ bildete und anders als von Brunner angenommen auch selbstständig verhängt werden könne.<sup>97</sup> Die Brandmarkung sei ins Gesicht erfolgt (Wange, Stirn oder Ohren) und habe in erster Linie der Kenntlichmachung gedient.<sup>98</sup> Die Schläge seien entweder an einem Pfahl oder liegend auf einer Bank mit Hilfe eines Stockes oder ehrenrühriger Ruten erteilt worden (sog. Stäupung).<sup>99</sup> Die Anzahl der Schläge sei uneinheitlich gewesen. Hier differenzierte His unter Heranziehung unterschiedlicher Rechtsquellen.<sup>100</sup> Delikte, die die Prügelstrafe zur Folge hatten, seien kleine Diebstähle, Wunden, Schläge, Schelte, Schwören und Fluchen gewesen.<sup>101</sup> Sei die Prügelstrafe im Frühmittelalter noch ausschließlich gegenüber Unfreien verwendet worden, so soll sie spätestens ab dem 12. Jahrhundert „ohne Rücksicht auf den Stand des Täters“ zum Einsatz gekommen sein.<sup>102</sup> „Regelmäßig verbunden“ mit der Stäupung war der „Verlust des Haupthaars“, welches entweder als mildere Form abgeschoren oder mitsamt der Kopfhaut abgezogen wurde<sup>103</sup> und ebenfalls die Kenntlichmachung der Täter verfolgte.<sup>104</sup> Ohne weitere Belege behauptete His, dass ein Mittel angewandt wurde, „um das Wachsen des Haares zu verhindern“.<sup>105</sup> Ab dem 13. Jahrhundert sei die Prügelstrafe meist ohne Haarverlust erfolgt, wurde hingegen das Scheren der Haare ohne Prügelstrafe angeordnet, so habe es sich regelmäßig um eine reine Frauenstrafe gehandelt.<sup>106</sup> Die „Ablösbarkeit und subsidiäre Anwendung“ der Strafen zu Haut und Haar habe es seit dem 13. Jahrhundert gegeben.<sup>107</sup> Die Strafen zu Haut und Haar sollen nur bei Zahlungsunfähigkeit gedroht haben, während eine Brandmarkung grundsätzlich als nicht ablösbar gegolten habe.<sup>108</sup>

### III. Analyse der vorgestellten Narrative

Brunners und His Darstellung weicht in Teilen von der oben dargestellten Quellenanalyse ab und spinnt ein besonderes Narrativ. Mögliche Gründe sollen im Folgenden erörtert werden.

1. *Brunner und His als Teil der germanistischen Strömung*  
 Bevor sich der Begriff der Germanisten auf die Literaturwissenschaft bezog, wurden darunter die „Spezialisten des deutschen Rechts“ gefasst.<sup>109</sup> Die juristische Germanistik ging in ihren Grundzügen davon aus, dass „nach dem Kriterium der Nationalsprache“<sup>110</sup> das „fremde“ römische Recht zu überwinden sei und die Gemeinsamkeit im „einheimischen Recht“ lag.<sup>111</sup> Bezugspunkt wurde zunächst das eigentümliche mittelalterliche Recht, das sich aus dem wachsenden Legitimationsverlust des römischen Rechts ergab.<sup>112</sup> Bewusst wurde sich von der Rezeption des römischen Rechts abgekehrt und ein historisch systematisches Prinzip des mittelalterlichen, einheimischen Rechts angestrebt.<sup>113</sup> Sowohl Brunner als auch His beschäftigten sich intensiv mit normativen Quellen germanischen und frühmittelalterlichen Ursprungs.<sup>114</sup> In

diesen „einheimischen“ Quellen sahen die Autoren, als Teil der germanistischen Strömung, den Ursprung des deutschen Rechts. Ein Bezug zum sozialgeschichtlichen Kontext<sup>115</sup> fehlt dabei sowohl bei Brunner als auch bei His. Brunner sah die deutsche Rechtsgeschichte als Teil der germanischen Rechtsgeschichte,<sup>116</sup> in welcher „die Grundlagen für die sogenannte fränkisch-deutsche Entwicklung fokussiert [wurden].“<sup>117</sup> Durch Brunner wurde die fränkische Zeit zudem zur Leitepoche auserkoren.<sup>118</sup> Die Zuwendung zum einheimischen Recht war verbunden mit einer philologischen Herangehensweise, die sich etwa nicht nur bei allgemein bekannten Germanisten wie Jacob Grimm (\*1785, †1863)<sup>119</sup> finden lässt, sondern ebenfalls Heinrich Brunner und Rudolf His prägte.<sup>120</sup> Um Licht in das dunkle vergangene Recht zu bringen, wurden die Erkenntnisse der Nachbardisziplin genutzt,

<sup>95</sup>His (1920), *Strafrecht des deutschen Mittelalters*, S. 525 – 532, online unter: <https://play.google.com/books/reader?id=Wm5KAAAAYAAJ&pg=GBS.PR16&hl=de>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2022; um nur einige zu nennen: Berliner Stadtbuch, Groninger Stadtbuch 1425, Lüneburger Statuten, Blume von Magdeburg, Tiroler Halsgerichtsordnung, Kölner Statuten, Wien 1221, St. Pölten um 1260, Brügge 1304, Domänenamt Antwerpen, Basel, Vertrag des Deutschen Ordens mit Königsberg 1384.

<sup>96</sup>His, S. 526.

<sup>97</sup>His, S. 526, 530 f.

<sup>98</sup>His, S. 531 f.

<sup>99</sup>His, S. 527 f.

<sup>100</sup>Folgende Quellen nennt His: Berliner Stadtbuch: so lange bis Ratmannen es für gut empfinden, Blume von Magdeburg: 32 Schläge, Schwabenspiegel/Speierer Stadtrecht: 39 bzw. 40 Schläge, Passauer Recht: Zahl der Schläge ist die Zahl der verwirkten Bruchpfennige, Breslau: 1 Schilling ist 18 Schläge, His, S. 528.

<sup>101</sup>His, S. 529.

<sup>102</sup>His, S. 528 f.

<sup>103</sup>Hier behauptet His, dass das Abziehen der Kopfhaut ein Phänomen der fränkischen Zeit sei und nur selten im Mittelalter stattfand.

<sup>104</sup>His, S. 529 f.

<sup>105</sup>His, S. 529 f.

<sup>106</sup>His, S. 530.

<sup>107</sup>His, S. 532.

<sup>108</sup>His, S. 532.

<sup>109</sup>Lieb (2002), *Germanistiken*, S. 1; Schäfer, Art. Germanistik, Sp. 255, in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), *HRG*, 2. Aufl. 2009, Bd. II, 10. Lfg.

<sup>110</sup>Lieb, S. 3.

<sup>111</sup>Schäfer, Art. Germanistik, Sp. 255 ff.

<sup>112</sup>Schäfer, Art. Germanistik, Sp. 255 ff.; Lieb, S. 3.

<sup>113</sup>Kroeschell, FS Thieme, 1986, *Germanisches Recht als Forschungsproblem*, 3 (3 ff.).

<sup>114</sup>Brunner, S. 605 ff, welcher sich hauptsächlich auf Lex Salica, Lex Wisigothorum, Lex Baiuvariorum und die Kapitularien bezieht; His, *Strafrecht des deutschen Mittelalters*, S. 525 ff.

<sup>115</sup>Siehe dazu: Lück (2022), *Die Deutschen und das Recht*, S. 386, welcher sich auf Grimms „Deutsche Rechtsalterthümer“ bezieht.

<sup>116</sup>Kroeschell, FS Thieme, 1986, *Germanisches Recht als Forschungsproblem*, 3 (3 ff.).

<sup>117</sup>Liebrecht, S. 135

<sup>118</sup>Liebrecht, S. 135.

<sup>119</sup>Scherer, ADB 9, 1879, Art. Grimm, Jacob, 678 (679), online unter: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118542257.html#adbcontent>, zuletzt aufgerufen am 15.08.2022; Werkmüller, Art. Grimm, Sp. 554 f.

<sup>120</sup>Oestmann, *forum historiae juris* 2014, Rudolf His, Rn. 46; Liebrecht, S. 134.

die in einer Verschmelzung von Sprach- und Rechtsgeschichte resultierten.<sup>121</sup> Auch His und Brunner schenken den Strafen zu Haut und Haar sprachliche Aufmerksamkeit. Brunner beschränkte sich allerdings auf einige wenige lateinische Grundbegriffe.<sup>122</sup> Demgegenüber setzte His sich in vertiefter Weise stets auch sprachlich mit den spezifischen Problemen auseinander.<sup>123</sup> Dies wird jedoch problematisch, wenn Wörterbucheinträge von den Autoren als Quelle für ihre Aussagen verwendet werden,<sup>124</sup> da allein von der geläufigen Bedeutung eines Wortes nicht zwingend auf dessen rechtlichen Kontext geschossen werden kann. Des Weiteren führte die gar „missionarische Entfesselung bei der Rekonstruktion eines nationalen Rechts des Frühmittelalters“<sup>125</sup> nicht selten zu einer verzerrten Wirklichkeit, trotz der so detailliert gehandhabten Quellenauswertung. His, welcher sich in seinem Werk an die übergeordnete Stoffordnung Brunners anlehnte, verließ ebenso wie Brunner die gesicherte Quellenlage, indem er mit seinen Analysen den großen germanistischen Strömungen seiner Zeit folgte.<sup>126</sup> So belegte His bspw. die Vollstreckung am Pranger sowie das Abschneiden der Haare allein mit bildlichen Quellen wie der Dresdener Bilderhandschrift und sah diese als unmittelbaren Beweis für seine Schlussfolgerungen.<sup>127</sup> Jedoch kann bei ausschließlicher Bildbetrachtung, wie oben bereits erörtert, nicht auf eine gelebte Rechtspraxis geschlossen werden. Eine historische Einbettung der Quelle, ebenso wie Ausführungen zur Symbolik, unterblieben. Ein weiteres Beispiel findet sich in der Auswertung der Buch'schen Glosse. His und Brunner zogen die Buch'sche Glosse zum Sachsenspiegel Landrecht II, 13 § 1 als Beweis für das Herausreißen des Haupthaars mitsamt der Kopfhaut heran.<sup>128</sup> Diese normative Quelle wurde wörtlich verstanden. Johanns Schilderungen wurden zu Ende gedacht, ohne mögliche Absichten zu hinterfragen. Dabei kann die von Johann verwendete Formulierung „*vthe deme koppe*“ unterschiedlich interpretiert werden. Ob es sich dabei um das Herausreißen des Haars mitsamt der Kopfhaut oder lediglich um eine Konkretisierung auf das Haupthaar handelte, wurde weder von Brunner noch von His thematisiert. Zudem wurde der zeitliche Abstand zwischen Glosse und Sachsenspiegel nicht berücksichtigt und eine historisch-kritische Einordnung, welche potenzielle Rechtsfortbildungen erörtert, unterblieb. Ob darüber hinaus die „übertrieben gehandhabte juristische positivistische Methode“ sowie „die mangelnde Berücksichtigung kultur- und sozialgeschichtlicher Bezüge des Rechts“ in Brunners Werk einen Bezug zur historischen Rechtsschule darstellten,<sup>129</sup> muss die weitere Forschung zeigen.<sup>130</sup>

*2. Geltungskontinuität der Quellen im Kodifikationszeitalter*  
Beide Autoren abstrahierten aus einer Vielzahl normativer Quellen Regeln, woraus ein einheitliches mittelalterliches Rechtssystem in Deutschland abgeleitet wurde. Eingrenzungen bleiben, sofern vorhanden, schwammig, da selbst bei einem Bezug auf die „fränkische Zeit“<sup>131</sup> oder der Angabe „*Seit dem 13. Jahrhundert*“<sup>132</sup>, ein Zeitraum von über 200 Jahren in den Blick genommen wurde.<sup>133</sup> Brunner zog bspw. die *lex salica* (507 n. Chr.) als Nachweis für die Vollstreckung der Prügelstrafe auf einer Bank heran.<sup>134</sup> Dass dieses Gesetz wahrscheinlich im 12. Jahrhundert nicht mehr galt,<sup>135</sup> erwähnte er nicht. Aufgrund der modernen und systematischen Aufbereitung des Materials entstand bei His trotz der geographischen und epochalen

Quellenvielfalt der Eindruck eines einheitlichen mittelalterlichen Strafrechts.<sup>136</sup> Damit wurde das Gegenteil der historischen Wirklichkeit abgebildet, da zwischen den einzelnen Quellen weder ein räumlicher noch zeitlicher Zusammenhang bestand und diese „chronologisch wie Entwicklungsgeschichtlich ungleichzeitig sein konnten.“<sup>137</sup> Zutreffend formulierte Peter Oestmann, dass bei His die „minutiös und streng systematisierende Stoffanordnung zu einer weitgehend dogmatisch rekonstruierenden Abhandlung“ führte wobei „das ungelehrte mittelalterliche Recht abseits der gelehrten Strafrechtswissenschaft gar keine ausgefeilte Dogmatik oder gar scharfe Begriffsbildung“ kannte.<sup>138</sup> Somit führte die Verallgemeinerung dazu, dass „der grundsätzlich andere Charakter des mittelalterlichen Rechts [. . .], [His] deswegen vielfach verschlossen [blieb].“<sup>139</sup> Grund für den Versuch der Schaffung eines einheitlichen Systems kann auf das Zeitalter der Kodifikationen,<sup>140</sup> in welchem die Werke von Brunner und His entstanden sind, zurückzuführen sein. Zu dieser erstarkenden rechtlichen Vereinheitlichung trat mit Gründung des Deutschen Kaiserreichs am 13.01.1871 auch

<sup>121</sup>Liebrecht, S. 129, 131.

<sup>122</sup>Brunner, S. 605 – 607: für die fränkische Zeit nennt er die Wendungen: „*cutis et capilli, corium et capilli, corium et crines, pellis et pili*“, für die Prügelstrafe: „*vapulare und flagellare*“, für das Herausreißen des Haars mitsamt der Kopfhaut: „*decalvare, turpiter decalvare, scalvare*“.

<sup>123</sup>Oestmann, *forum historiae juris* 2014, Rudolf His, Rn. 25.

<sup>124</sup>Brunner, S. 607: Bezug auf das Mittelniederdeutsche Wörterbuch von Schiller und Lübben, Bd. 3, 314, um das Phänomen des geteerten und gefederten Hauptes zu untermauern; S. 606: Bezug auf das Wörterbuch/Glossarium von Christian Gottlob Haltaus (1758), um das Herausreißen des Kopfhaares mitsamt der Kopfhaut zu belegen.

<sup>125</sup>Liebrecht, S. 131, 132.

<sup>126</sup>Oestmann, *forum historiae juris* 2014, Rudolf His, Rn. 39, 46.

<sup>127</sup>His, S. 527, 529.

<sup>128</sup>Brunner, S. 606; His, S. 530, welcher sich ausschließlich auf Brunner und somit indirekt auf die Buch'sche Glosse bezieht.

<sup>129</sup>Schroeder, Art. Brunner, Sp. 695 f.

<sup>130</sup>Aktueller Forschungsstand zur historischen Rechtsschule: Haferkamp (2018), *Die Historische Rechtsschule. Ältere Forschung*: Schroeder, Art. Brunner, Sp. 695 f.; Conrad, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 1947, Entstehungszeit der historischen Rechtsschule, 261 (262 ff.); Rückert, Art. *Historische Rechtsschule*, Sp. 1051 f., in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), *HRG*, 2. Aufl. 2011, Bd. II, 13. Lfg.

<sup>131</sup>Brunner, S. 606; His, S. 528.

<sup>132</sup>His, S. 530

<sup>133</sup>Wesel, S. 276, das Frankenreich umfasst das 5. – 9. Jahrhundert und auf das 13. Jahrhundert folgen immerhin noch 2 ganze Jahrhunderte, bis die „frühe Neuzeit“ beginnt.

<sup>134</sup>Brunner, S. 605.

<sup>135</sup>Wesel, S. 264, 283 f.

<sup>136</sup>Holzhauser, Art. His, Sp. 1046 f.; dies wird durch die His verwendeten Wörter wie: „häufig, sehr häufig verwendet, fast immer mit, meist zusammen auftraten, werden meist, wird in der Regel mit, vorwiegend gegenüber, aller Regel nach, das ganze Mittelalter hindurch“ unterstützt.

<sup>137</sup>Holzhauser, Art. His, Sp. 1046 f.

<sup>138</sup>Oestmann, *forum historiae juris* 2014, Rudolf His, Rn. 24.

<sup>139</sup>Oestmann, *forum historiae juris* 2014, Rudolf His, Rn. 25.

<sup>140</sup>Vollendete Kodifikationen finden sich beispielsweise in Bayern (*Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, 1756), Preußen (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, 1794), Frankreich (*Code civil des français*, 1804), in Österreich (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, 1811), Deutschen Kaiserreich (*Reichsstrafgesetzbuch*, 1871 und *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1900).

die territoriale Einheit.<sup>141</sup> Dabei entsteht der Eindruck, dass über das Ziel der Prinzipiensuche hinausgegangen und unterschwellig eine Gesetzesvervollkommnung angestrebt wurde. Hinzu kommt, dass Kodifikationen von der juristischen Germanistik als Ziel proklamiert wurden<sup>142</sup> und dieses Streben bei Brunner und His unterbewusst Eingang in ihre Quellenanalyse gefunden haben könnte. Somit missachteten beide Autoren die Besonderheiten der jeweiligen Rechtsquellen im Mittelalter, welche in vielfacher Hinsicht nicht unterschiedlicher hätten sein können.<sup>143</sup>

### 3. Trostlieder im einheimischen Recht

Die weitere Analyse zeigt, dass Stellen mit Hilfe der eigenen Phantasie geschlossen wurden, wo passende Quellen fehlten oder Unstimmigkeiten oder Lücken auftraten. So stellte His teilweise Thesen auf, ohne diese zu belegen.<sup>144</sup> Auch Brunner belegte seine Aussage, dass „des Haares beraubte Haupt getheert und gefedert wird“, indem er sich auf eine völlig aus dem Kontext gerissene Aussage in Grimms „Deutschen Rechtsalterthümern“ (1828) berief.<sup>145</sup> Dieser beschrieb zwar eine Strafe als „mit pech bestreichen und in federn wälzen“,<sup>146</sup> jedoch findet sich diese im Kapitel der Ehrenstrafen als selbstständige Strafe, während die Strafen zu Haut und Haar bei Grimm im Kapitel der Leibesstrafen stehen.

Dieses Phänomen könnte damit zu erklären sein, dass die Erkenntnisse der Germanisten auch dazu dienten, das Volk zu trösten und eine Zeit zu überbrücken, in welcher nach Grimms Worten „das eintönige Grau der Schmach und Erniedrigung schwer über Deutschlands Himmel hing“.<sup>147</sup> Das Zitat Grimms bezog sich insbesondere auf die während seiner Studienzeit entwickelte Abkehr vom römischen Recht, welches in ihm nur eine „empfindliche Leere“<sup>148</sup> hinterließ. Zu Grimms Lebzeiten war Europa geprägt von vielen Konflikten und kriegerischen Auseinandersetzungen. Insbesondere die napoleonischen Eroberungskriege führten zu einem gestiegenen Einfluss Frankreichs auf Europa. Dies wurde von der auf römischem Recht aufbauenden napoleonischen Gesetzgebung unterstützt, welche einen imperialen Anspruch verfolgte und bald nicht nur in den annektierten, sondern auch in den Satellitenstaaten (mit unterschiedlichem Erfolg) Geltung beanspruchte.<sup>149</sup> Grimm selbst hatte die französische Besetzung in Kassel des Öfteren mit dem Abbruch seines Studiums verknüpft, wodurch er sich selbst zum „vaterländischen Subjekt stilisiert[e]“ und der Germanistik so durch die Abgrenzung vom französischen und die Besinnung zum „einheimischen“ Recht eine „politische Urszene“ gab.<sup>150</sup> Diese Ereignisse sind aufgrund des zeitlichen Abstands freilich nicht auf His und Brunner zu übertragen. Jedoch häuften sich im sogenannten langen 19. Jahrhundert Ereignisse, welche eine Rückbesinnung auf das „Einheimische“ notwendig erschienen ließen, um das Volk in gewisser Weise zu trösten. Als Beispiele seien hier die insbesondere gegen Ende des 19. Jahrhunderts beginnende imperialistische Phase des deutschen Kaiserreichs und die Epoche der Industrialisierung, welche zu einer Entfremdung des Menschen von seiner Arbeit führte,<sup>151</sup> genannt. Zudem erfuhr die „Germanenbegeisterung“ nach der Reichsgründung 1871 einen neuen Aufschwung, wodurch sich auch im öffentlichen Diskurs eine Gleichsetzung von Germanisch und Deutsch etablierte.<sup>152</sup>

## D. Fazit

Die Heranziehung unterschiedlichster Quellen bei Brunner und His legt nahe, dass die Strafen zu Haut und Haar in ganz Europa verbreitet waren und über einen relativ langen Zeitraum Bestand hatten. Jedoch erfolgte bei keinem der Autoren eine zeitliche Präzisierung der Strafen zu Haut und Haar. Inhaltlich wurde der Versuch einer Kategorisierung und Verallgemeinerung vorgenommen und die zu ihren Lebzeiten geltenden Normensysteme wurden in die Vergangenheit hineininterpretiert, um ein Strafrechtssystem des „Mittelalters“ zu rekonstruieren. Von dem einheitlich vermittelten Bild muss jedoch Abstand genommen werden, und es ist davon auszugehen, dass die Strafen dynamischer und vielfältiger waren als damals angenommen.<sup>153</sup>

Ebenso ist eine eindeutige Zuordnung der Strafen zu Haut und Haar zu den Leibesstrafen und eine Abgrenzung zu den sogenannten Ehrenstrafen, wie von Brunner und His versucht wurde, nicht möglich.<sup>154</sup> Auch dieses Bestreben ist als Ausdruck des Kategorisierungsversuchs zu sehen. Unter Einbezug der Glossen ist davon auszugehen, dass den Strafen zu früheren Zeiten auch eine entehrende Wirkung innewohnte und die Bedeutung des Haarverlustes nicht zu unterschätzen ist.

Die Autoren verkannten teilweise die Quelleninhalte oder gelangten zu irreführenden Interpretationen. Zudem bestand ausschließlich Interesse an der Ausgestaltung der Strafen. Eine Beschäftigung mit dem darunterliegenden Verbrechen entfiel. Dies ist insbesondere auf den Umstand zurückzuführen, dass His und Brunner Anhänger der juristischen Germanistik waren. Die Analyse zeigt zudem auf, dass sich beide Autoren hauptsächlich normativer Quellen bedienten, welche als vollständiger Beweis

<sup>141</sup>Das Reichsstrafgesetzbuch war bspw. eines der ersten Gesetze, dessen Geltungsbereich sich auf das gesamte Reichsgebiet erstreckte.

<sup>142</sup>Lück, Die Deutschen und das Recht, S. 395 mit Bezug auf eine Rede von Jacob Grimm auf der Germanistenversammlung 1846.

<sup>143</sup>Ein Beispiel für die vielen unterschiedlichen Normen findet sich bei Schowe, S. 146 ff.

<sup>144</sup>So etwa in Bezug auf das Haarwuchsmittel: „Möglicherweise wandte man dabei ein Mittel an, um das Wachsen des Haares zu verhindern.“; oder in Bezug auf die Ablösbarkeit: „Man darf die Ablösbarkeit auch dann annehmen, wenn die Quellen sie nicht ausdrücklich aussprechen.“, hier ist His einziger Beleg eine hamburgische Quelle; His, S. 529, 530; 532.

<sup>145</sup>Brunner, S. 607.

<sup>146</sup>Grimm (1828), Deutsche Rechtsalterthümer, S. 725, online unter: <https://play.google.com/books/reader?id=H7HzFvidyxAC&pg=GBS.PA704&hl=de>, zuletzt aufgerufen am 14.08.2022.

<sup>147</sup>Conrad, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 1947, Entstehungszeit der historischen Rechtsschule, 262 (275).

<sup>148</sup>Conrad, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 1947, Entstehungszeit der historischen Rechtsschule, 262 (275).

<sup>149</sup>DDeutsch, Art. Napoleonische Gesetzbücher, Sp. 172 ff., in: Albrecht Cordes u.a. (Hg.), HRG, 2. Aufl.2016, Bd. III, 24. Lfg.; Lück, Die Deutschen und das Recht, S. 113, 115.

<sup>150</sup>Lück, Die Deutschen und das Recht, S. 36.

<sup>151</sup>Liebrecht, S. 146.

<sup>152</sup>Liebrecht, S. 140.

<sup>153</sup>Gudian, FS Erler, 1976, Geldstrafrecht und peinliches Strafrecht, 273 (287 f.), welcher eine Beschäftigung mit den Gerichtsprotokollen anregt; eine Auflistung verschiedener Normen findet sich bei: Schowe, S. 146 ff.

<sup>154</sup>Van Dülmen, Theater des Schreckens, 4. Aufl., S. 79 f.

einer gelebten Rechtspraxis gelten sollten. Dies wird auch auf eine allgemeine Quellennot des „Mittelalters“ zurückzuführen sein.

Auch die Behauptung, dass die Strafen zu Haut und Haar hauptsächlich gegenüber Frauen, teilweise sogar als „Frauenstrafe“ bezeichnet, vorkamen, kann sich nicht halten. Die Strafen zu Haut und Haar galten zwar als Höchststrafe für Schwangere, was nahelegt, dass diese vielleicht sogar des Öfteren gegenüber Frauen verwendet wurden. Allerdings waren die Strafen zu Haut und Haar Folge von Diebstählen, welche nicht nur von weiblichen Personen verübt werden konnten.<sup>155</sup> Mangels Quellen kann dieser geschlechtsspezifische Aspekt jedoch (noch) nicht verifiziert werden. Für einen Einblick in die Rechtspraxis ist somit eine intensive Quellenarbeit erforderlich, welche beispielsweise auch Urteile, Gerichtsprotokolle oder andere erzählende Quellen miteinschließt.<sup>156</sup> Abschließend wäre es wünschenswert, dass die Erkenntnisse, die wissenschaftshistorische Analysen bringen, auch auf zeitgenössische Narrative übertragen werden und die Forschung zu einer kritischen Reflexion dieser gelangt.

---

<sup>155</sup>Selbst Ulrike Schowe bezeichnet die Strafen zu Haut und Haar ohne fundierte Belege noch als „Strafe, die im Sachsenspiegel insbesondere gegenüber Frauen angewendet wurde“, Schowe, S.143 und nennt später in ihrer Aufzählung der Rechtsquellen hauptsächlich Quellen, welche einen Diebstahl als Voraussetzung haben, Schowe, S.146 ff.

<sup>156</sup>Eine beispielhafte Auswertung von Gerichtsprotokollen aus dem mittelhessischen Raum liefert: Gudian, FS Erler, 1976, Geldstrafrecht und peinliches Strafrecht, 273 (274 ff.).

# Privatautonomie im Kauf- und Bereicherungsrecht der DDR

## Preisbindung und Vertragsinhalt

Schmackert, Karla\*

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Privatautonomie ist ein zentrales Strukturmerkmal des deutschen Zivilrechts und eng mit der Vertragsfreiheit verwoben. Doch was macht die Privatautonomie konkret aus, in welchem Verhältnis steht sie zur Vertragsfreiheit und können beide losgelöst voneinander in einer Rechtsordnung verwirklicht sein? All diese Fragen, welche die grundlegenden Merkmale unseres geltenden Zivilrechts betreffen, stellen sich, wenn man sich der Frage widmet, ob es im Zivilrecht der DDR Privatautonomie gab. Der Blick zurück lohnt, auch um das geltende Zivilrecht und seine Strukturmerkmale noch besser zu verstehen.

**Keywords** DDR; Privatautonomie; Vertragsfreiheit; Zivilrechtsgeschichte

### A. Einleitung

In der neugegründeten DDR galt zunächst das BGB fort, doch bestand von Anfang an der Wunsch, ein neues eigenes Zivilgesetzbuch einzuführen. Dieses sollte den Grundsätzen des Sozialismus entsprechen und an die veränderten Bedürfnissen einer sozialistischen Zivilrechtsordnung angepasst sein. Auch die Auslegung des BGB sollte bis zur Einführung des Zivilgesetzbuches (ZGB) 1976 den Bedürfnissen einer sozialistischen Zivilrechtsordnung entsprechen. Daher stellen sich sowohl für die Zeit vor Einführung des ZGB als auch danach, im Hinblick auf die Grundsätze, denen das Zivilrecht der DDR folgen sollte, überwiegend dieselben Fragen. Als konstituierendes Merkmal kapitalistisch geprägter Zivilrechtsordnungen ist die Stellung und der Schutzzumfang der Privatautonomie eine besonders wichtige Frage. Es ist schon ganz grundsätzlich fraglich, ob und inwieweit die Privatautonomie im sozialistischen Zivilrecht vorgesehen war und als schützenswertes Gut betrachtet wurde. Womöglich stellt die Privatautonomie auch gar keinen adäquaten Maßstab für eine sozialistische Zivilrechtsordnung dar. Dies würde wiederum die Frage aufwerfen, ob ein adäquater Schutz der Vertragsfreiheit im ZGB womöglich auch unabhängig von der Privatautonomie bestanden haben könnte oder ob diese Merkmale nicht aufeinander angewiesen sind. Entscheidend für die Beurteilung des Schutzzumfangs der Privatautonomie beziehungsweise der Vertragsfreiheit im Zivilrecht der DDR ist auch der praktische Umgang mit diesen und die Auslegung der Vorschriften durch die Gerichte.

Dazu lohnt es sich, zunächst anhand eines vor Einführung des ZGB gefällten Urteils zu einem Kaufvertrag zwischen Privatpersonen zu erörtern, wie man mit dem Kaufrecht in der DDR unter fortwährender Anwendung des BGB umging. Kaum von Bedeutung für die Frage nach dem Schutzzumfang der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit sind hingegen Verträge der staatlichen Betriebe und Einrichtungen untereinander. Diese unterlagen gänzlich der staatlichen gelenkten Planwirtschaft und waren unabhängig vom ZGB geregelt.<sup>1</sup> Diese staatliche Lenkung

der Unternehmen zog auch strengere Regelungen von Verträgen zwischen Unternehmen und Privatpersonen nach sich, als sie für Verträge von Privaten untereinander galten.<sup>2</sup> Somit kann in diesem Verhältnis ebenfalls kein größerer Schutz der Privatautonomie gegenüber Verträgen unter Privatpersonen bestanden haben. Auch diese Vertragsverhältnisse können somit aus der Betrachtung ausgeklammert werden.

Die Thematik ist insgesamt von einer geringen und einseitigen Quellendichte geprägt. Insbesondere Autoren, die in der DDR lebten, gehen auf die Privatautonomie nur im Rahmen von Abgrenzungen zum „feindlichen System“ des Kapitalismus der Bundesrepublik ein. Ein solcher Vergleich soll hier jedoch gerade nicht stattfinden, sondern eine Erörterung der Struktur des ZGB aus diesem selbst heraus entwickelt werden. Abgesehen vom ZGB selbst ist daher die Promotion Manfred Dahmens, in welcher er sich mit den Regelungen zur ungerechtfertigten Bereicherung im ZGB auseinandersetzt und dabei auch auf die Privatautonomie eingeht, die einzige hier verwendete Quelle eines DDR-Autoren. Auch die Ansichten von Autoren aus der Bundesrepublik zu diesem Thema bedürfen der Einordnung, da auch diese sehr einseitig ausfallen. Doch gerade diese prekäre und einordnungsbedürftige Quellenlage macht eine Auseinandersetzung mit Themen der DDR-Rechtsgeschichte notwendig und umso bedeutsamer.

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität Frankfurt a. M.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Schmackert, Privatautonomie im Kauf- und Bereicherungsrecht der DDR - Preisbindung und Vertragsinhalt, *FraLR* 2024 (01), S. 11-19. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.836220>

<sup>1</sup>Schröder/Bedau/Dostal (2004), Deutsche Demokratische Republik, VII. Zivilrecht, in HRG Bd. I, Sp. 957-971.

<sup>2</sup>Göhring/Kurzahls (1977), Grundriß Zivilrecht. Kauf Heft 5, 1. Aufl., S. 12.

## B. Urteilsbegründung des obersten Gerichts vom 26. November 1974: „Der japanische Rekorder“

Am 26. November 1974 hatte ein Kassationsantrag des Gerichtspräsidenten des obersten Gerichts Erfolg, welchen er gegen das Urteil eines Kreisgerichts eingelegt hatte.<sup>3</sup> Der Beklagte hatte dem Kläger am 18. November 1972 für 1200 Mark einen japanischen Rekorder verkauft. Er hatte diesen zuvor selbst für 1500 Mark erworben.<sup>4</sup> Bei erforderlich gewordenen Reparaturen im Februar und April 1973 stellte ein Techniker der Reparaturwerkstatt fest, dass der Rekorder lediglich 600 Mark wert sei. Seit Oktober 1972 seien lediglich zwei Typen japanischer Geräte zum Preis von 850 und 900 Mark im Handel gewesen.<sup>5</sup> Ein Gerät zum Preis von 1500 Mark habe es nicht im Handel gegeben. In seiner Klage forderte der Kläger mangels vergleichbarer Modelle im Handel eine Rückzahlung von 350 Mark, nahm also an, dass ein Kaufpreis in Höhe von 850 Mark dem tatsächlichen Wert des Gerätes entspreche.

Das Kreisgericht nahm an, dass mangels Vergleichsmaßstab und unter Berücksichtigung des vom Verklagten gezahlten ursprünglichen Kaufpreises von 1500 Mark der zwischen den Parteien vereinbarte Kaufpreis in Höhe von 1200 Mark wirksam Vertragsbestandteil wurde. Den Einwand, man habe sich aufgrund des schnellen Vertragsabschlusses nicht preislich orientieren können, hielt das Gericht für unbeachtlich. Der Verklagte hatte sich zudem zu einer Rückzahlung von 200 Mark bereit erklärt, womit laut dem Kreisgericht etwaige Minderungsansprüche vollumfänglich abgegolten seien. Der Vertrag sei somit weder ganz noch teilweise nichtig.<sup>6</sup>

### I. Urteilsbegründung

Das oberste Gericht stellte auf Antrag des Gerichtspräsidenten fest, dass keine Gewährleistungsrechte gem. §§ 459 ff. BGB a.F. geltend gemacht worden seien und dass das Kreisgericht dem tatsächlich geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung des zu viel gezahlten Kaufpreises nicht ausreichend nachgegangen sei. Das Gericht sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass der Rekorder nicht von der Preisbindung erfasst sei, und habe damit die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Anordnung über die Preisbindung für gebrauchte Konsumgüter (PreisAO) Nr. 845-AO vom 18. November 1957 übersehen.<sup>7</sup> Diese sehe vor, dass für gebrauchte Konsumgüter höchstens der Zeitwert des Gutes verlangt werden dürfe. Der Zeitwert entspricht dem Neuwert abzüglich der Wertminderung durch Zeit, wobei gem. § 3 II PreisAO der Einzelhandelskaufpreis gleichartiger oder vergleichbarer neuer Waren zur Grundlage der Berechnung dienen. Gem. § 3 I PreisAO durfte der Zeitwert 90% des ermittelten Neuwerts nicht überschreiten. Das Gericht wies zudem auf die inzwischen geltende PreisAO vom 08. November 1972 hin, ohne näher auf diese einzugehen.<sup>8</sup> Laut dem obersten Gericht wäre es Aufgabe des Kreisgerichts gewesen, zunächst den Zeitwert des Rekorders bei Vertragsschluss festzustellen. Stattdessen sei die Einholung eines Sachverständigengutachtens abgelehnt worden und auch die Einschätzung der Werkstatt, der tatsächliche

Wert des Rekorders läge bei 600 Mark, sei unberücksichtigt geblieben.<sup>9</sup> In der Neuverhandlung sei ein solches Gutachten einzuholen und auch über den Preis der darüber hinaus verkauften Gegenstände zu verhandeln. Bei Feststellung eines Zeitwerts unter 850 Mark sei der Kläger auf die Möglichkeit der Klageantragserweiterung gem. § 139 I ZPO hinzuweisen. Der Vertrag sei hinsichtlich des gezahlten Überpreises nichtig und bleibe im Übrigen mit dem zulässigen Kaufpreis wirksam.<sup>10</sup>

### II. Rechtliche und historische Einordnung

Die beiden Instanzen kommen zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Um Gründe für diese unterschiedlichen Wertungen zu finden, lohnt es zunächst, das Kaufvertrags- und Bereicherungsrecht im sozialistischen Zivilrecht der DDR einzuordnen und sich die ideologischen Grundsätze sowie die historischen Umstände ihrer Stellung im sozialistischen Zivilrecht anzuschauen. Grundlage dieser Einordnung ist, dem Urteil entsprechend, vorrangig der Zeitraum vor Einführung des ZGB 1976. Die in dieser Zeit formulierten Grundsätze zur Auslegung des BGB finden sich jedoch überwiegend in der späteren konkreten Ausgestaltung des ZGB wieder. Teilweise lohnt es daher, auf diese zu verweisen, um Rechtsentwicklungen, die vor Einführung des ZGB begannen, anhand des Wortlauts ihrer Normierung besser nachzuvollziehen. Auch die Stellung und Besetzung beider Instanzen darf als Grund für die Diskrepanz zwischen den Urteilen nicht außer Acht gelassen werden. Darauf wird jedoch, um des eigentlichen Themas willen, nur in angemessener Kürze einzugehen sein.

1. *Das Kaufvertragsrecht* Vor Einführung des ZGB wurden das BGB und die ZPO weiter angewendet, wobei durch die Rechtsprechung, insbesondere durch Leitentscheidungen des obersten Gerichts, stetig Modifikationen in der Normauslegung stattfanden.<sup>11</sup> Das Zivilrecht spielte in der DDR stets eine große politische Rolle. Materielle und kulturelle Leistungen wurden nicht als Selbstzweck betrachtet, sondern sollten zur Entwicklung sozialistischer Persönlichkeiten beitragen.<sup>12</sup> Normiert wurde dies später in § 1 Abs. 1 ZGB-DDR. Danach sind die weitere Erhöhung des materiellen und kulturellen Lebensniveaus des Volkes und die Entwicklung der Bürger zu allseitig gebildeten sozialistischen Persönlichkeiten wesentliche Aufgaben der sozialistischen Gesellschaft. Diesen Aufgaben diene auch

<sup>3</sup>OG NJ 1975, 214 (214).

<sup>4</sup>OG NJ 1975, 214 (214).

<sup>5</sup>OG NJ 1975, 214 (214).

<sup>6</sup>OG NJ 1975, 214 (214).

<sup>7</sup>DDR GBl. I 1957, S. 619; <https://www.gvoon.de/gesetzblatt-gbl-ddr-teil-1-1957/seite-619-321790.html> (Zuletzt aufgerufen am 17.03.2024).

<sup>8</sup>DDR GBl. II 1972 S. 814; <https://www.gvoon.de/gesetzblatt-gbl-ddr-teil-2-1972/seite-814-422287.html> (Zuletzt aufgerufen am 17.03.2024).

<sup>9</sup>OG NJW 1975, 214 (215).

<sup>10</sup>OG NJW 1975, 214 (215).

<sup>11</sup>Dahmen (1990), Funktion, Umfang und Ausgestaltung der Pflicht zur Rückgabe von unberechtigt erlangten Leistungen nach dem ZGB der DDR, S. 33, Bl. 10.

<sup>12</sup>Dahlmann/Schröder (1999), Zivilrechtskultur der DDR, Bd. I, S. 468.

das Zivilrecht. Das Bestreben, diese Aufgaben zu erfüllen, schlug sich auch im Kaufrecht nieder.

Definiert wurde der Kaufvertrag als Grundform des Ware-Geld-Verhältnisses. Er bedeute die Weggabe des Gebrauchswertes einer Ware gegen die Einnahme ihres Tauschwertes.<sup>13</sup> Als ökonomische Kategorie sei der Kauf eine Kategorie der Warenproduktion und komme in allen Gesellschaftsformen vor, in denen Warenproduktion existiere. Der Kaufvertrag sei die juristische Widerspiegelung dieser ökonomischen Kategorie.<sup>14</sup> Die DDR befände sich in einem Stadium des Übergangs von Kapitalismus zum Sozialismus. Daher sei der wichtigste Anwendungsbereich des Kaufvertrags seine Ausnutzung zum Zwecke der planmäßigen Verteilung der Produkte und Waren unter den sozialistischen Organisationen.<sup>15</sup> Es werde lediglich die Form des Kaufvertrages zur Entwicklung und Festigung der zugrundeliegenden sozialistischen Produktionsverhältnisse ausgenutzt.<sup>16</sup> Kaufbeziehungen seien demnach ein entscheidender Faktor in der dialektischen Wechselwirkung zwischen Produktion und Konsumtion im Sozialismus.<sup>17</sup> In dieser Einordnung des Kaufvertrages zeigt sich, dass er lediglich mit der Produktion von Waren in Verbindung gesetzt wurde. Die Form des Kaufvertrages wurde als reine Generierung des investierten gesellschaftlichen Arbeitsaufwandes für die Herstellung eines Gutes verstanden.<sup>18</sup>

Zudem wurde stets betont, dass sich der sozialistische Kaufvertrag ganz grundsätzlich vom Kaufvertrag auf dem kapitalistischen Markt unterscheide.<sup>19</sup> Die Abgrenzung nimmt allerdings zumeist nur auf ideelle Unterschiede Bezug, also eine unterschiedliche Motivation hinter dem Vertragsschluss. Tatsächliche materielle Unterschiede werden dabei kaum deutlich. Diese Abgrenzung und das Verständnis des Kaufvertrages als Instrument der planmäßigen Verteilung von Waren ist der entscheidende Grund dafür, dass sich das Zivilrecht der DDR auch vor der Einführung des ZGB primär mit Verträgen staatlicher Einrichtungen untereinander oder von Bürgern mit diesen beschäftigte. In den Vorschriften des ZGB zum Kaufrecht wird dieser Fokus unter anderem durch einen starken Verbraucherschutz deutlich, der auch von privaten Verkäufern eingehalten werden musste und dem auch private Verkäufer ohne Unterschied verpflichtet waren.<sup>20</sup> Der überwiegenden Zahl an Vorschriften aus dem Pflichtenkatalog des Verkäufers, welche noch näher zu erörtern sind, liegt die Annahme eines Versorgungsmonopols des Verkäufers zugrunde, wie es bei den staatlichen Einrichtungen der Fall war. Auf die Vertragsbeziehungen zweier gleichrangiger Rechtssubjekte sind diese nur schwerlich anwendbar<sup>21</sup> oder schaffen zumindest ein starkes Ungleichgewicht zwischen Käufer und Verkäufer. Kaufverträge unter Privaten spielten für die planmäßige Versorgung der DDR keine Rolle, sodass es keinen Grund gab diese zu berücksichtigen, auch wenn die allgemeinen Vorschriften auf sie gleichermaßen Anwendung fanden.<sup>22</sup>

Zusammenfassend lässt sich die Rolle des Kaufrechts im sozialistischen Zivilrecht der DDR als ein Instrument der Güterverteilung zusammenfassen, welches eher als notwendiges Übel betrachtet wurde<sup>23</sup> und keinesfalls über ein Mittel der Verteilung und des Güteraustausches hinaus Gewinne generieren sollte. Zudem sollte dadurch wohl

die Abgrenzung des sozialistischen Kaufvertrages vom Kaufvertrag in kapitalistischen Systemen sichergestellt werden. Auf den Handel von Gütern unter Privaten war das Kaufrecht nicht ausgelegt, fand auf diesen aber gleichermaßen Anwendung.

2. *Das Bereicherungsrecht* Auch das Bereicherungsrecht war stark von den geschilderten Grundsätzen einer sozialistischen Zivilrechtsordnung durchdrungen. Die Vereinbarung von höheren als den laut Preisverordnung zulässigen Kaufpreisen oder von unzulässigen Vertragsinhalten führte zur teilweisen oder vollständigen Nichtigkeit. Als Rechtsfolge der Nichtigkeit ist es auch wichtig, die Entwicklung der Vorschriften über bereicherungsrechtliche Ansprüche zu betrachten. Der Anspruch, durch kritische Kommentierung und Auslegung des BGB mit den gesellschaftlichen Erfordernissen der DDR in Übereinstimmung zu bringen, galt gleichermaßen für das Bereicherungsrecht wie für das Kaufvertragsrecht.<sup>24</sup> Zwar verlief die Rechtsentwicklung ideologisch in eine Richtung, doch die Einführung des ZGB stellte insbesondere für das Bereicherungsrecht eine Zäsur dar, sodass zwischen der Entwicklung vor und nach dessen Einführung unterschieden werden muss.

Gerade bei der Anwendung von § 817 BGB werde deutlich, welchen Wandel die veränderten ökonomischen Verhältnisse hinsichtlich der moralischen Bewertung von Rechtsgeschäften zur Folge hatten.<sup>25</sup> Die §§ 812 ff. BGB seien als Mittel betrachtet worden, kapitalistischen Denk- und Verhaltensweisen entgegenzuwirken.<sup>26</sup> Besonders den florierenden Schwarzhandel galt es zu bekämpfen. Der Schwarzhandel und die Vereinbarung von Überpreisen verstießen gleichermaßen gegen die Preisbestimmungen, weshalb die rechtliche Behandlung von Überpreisen mit Schwarzhandel gleichgestellt zu diskutieren seien.

Hans Nathan, der Chefredakteur der „Neuen Justiz“<sup>27</sup>, vertrat beispielsweise die Ansicht, dass Verstöße gegen die Preisbestimmungen in beiden Fällen mindestens teilweise, wenn nicht vollständige Nichtigkeit zur Folge haben müssen.<sup>28</sup> Er ging so weit zu fordern, dass Überpreise nicht nur bereicherungsrechtlich relevant seien, sondern auch strafrechtlicher Ahndung bedürfen. Bei der teilweisen Nichtigkeit eines Kaufvertrages solle beispielsweise nach § 3 VI, VII der Preisstrafrechtsverordnung der Mehrerlös eingezogen werden.<sup>29</sup> Damit erübrige sich laut

<sup>13</sup>Autorenkollektiv (1983), Schuldrecht Besonderer Teil, S. 7; Dahmen, S. 25, Bl. 6.

<sup>14</sup>Autorenkollektiv, S. 7.

<sup>15</sup>Autorenkollektiv, S. 7.

<sup>16</sup>Autorenkollektiv, S. 8.

<sup>17</sup>Göhring/Kurzahls, S. 8.

<sup>18</sup>Göhring/Kurzahls, S. 10.

<sup>19</sup>Göhring/Kurzahls, S. 9.

<sup>20</sup>Ackermann/Westen (1977), Das neue Zivilrecht nach dem Zivilgesetzbuch von 1975, S. 157.

<sup>21</sup>Ackermann/Westen, S. 157.

<sup>22</sup>Ackermann/Westen, S. 154.

<sup>23</sup>Dahmen, S. 23, Bl. 5.

<sup>24</sup>Dahmen, S. 33, Bl. 10.

<sup>25</sup>Dahmen, S. 33, Bl. 10.

<sup>26</sup>Dahmen, S. 37, Bl. 12.

<sup>27</sup>Skrobotz/Schröder, S. 419.

<sup>28</sup>Nathan, NJ 1950, 303 (303).

<sup>29</sup>Nathan, NJ 1950, 303 (304).



Nathan durch den Wegfall der Bereicherung auch die Frage, ob der Käufer oder Verkäufer einen Anspruch auf den Überpreis habe.<sup>30</sup>

Insgesamt ist festzuhalten, dass nicht nur das Verhältnis von Rechtsprechung und Rechtsordnung zum Kaufvertrag bereits vor Einführung des ZGB politisch und ideologisch aufgeladen war. Das Bereicherungsrecht wurde zu einem Schlüsselinstrument, um vermeintlich oder tatsächlich kapitalistischem Denken und Verhalten entgegenzuwirken. So wurde jeglicher Handel von Gebrauchsgütern zunehmend mit Schwarzhandelsgeschäften gleichgesetzt. Damit wurden Überpreise nicht nur zivilrechtlich unterbunden, sondern auch gefordert, solche Vereinbarungen strafrechtlich zu sanktionieren. Das Bereicherungsrecht erfuhr eine Politisierung, welche bis zur Forderung nach Kriminalisierung jeglicher Vereinbarung von Überpreisen reichte.

3. *Besetzung der Gerichte* Nach Gründung der DDR sollte ohne Auarbeitung und Umbesetzung eine umfassende Entnazifizierung und ein Elitenaustausch stattfinden, sodass an vielen Gerichten zwar keine politische, aber eine gewisse personelle und professionelle Kontinuität bestand.<sup>31</sup> Es war schlicht nicht möglich, vollständig auf Personen zu verzichten, welche eine traditionelle juristische Ausbildung durchlaufen hatten, sodass die Justiz zunächst von weniger Brüchen gezeichnet war als andere Bereiche des gesellschaftlichen Zusammenlebens.<sup>32</sup> Diese Kontinuität galt jedoch nicht für die Führungsebene.<sup>33</sup> Gerade das oberste Gericht war für die veränderte Auslegung des BGB nach den sozialistischen Rechtsvorstellungen zuständig, nach der sich die unteren Instanzen künftig richten mussten.<sup>34</sup> Die Kreis- und Bezirksgerichte waren funktional untergeordnet und das oberste Gericht seit 1952 zweitinstanzlich für die Korrektur bestehender und Prägung künftiger Entscheidungen zuständig. Dem Präsidenten kam zudem die Kompetenz zu, Richtlinien für die unteren Gerichte zu erlassen und die Gerichtsdirektoren individuell anzuleiten.<sup>35</sup>

### III. Bedeutung für das geschilderte Urteil

Aus dem Urteil geht hervor, dass sich die untere Instanz zunächst noch stark an der Auslegung des BGB orientierte, wie sie vor Gründung der DDR und weiterhin in der Bundesrepublik erfolgte. Das lediglich der geltend gemachte Rückzahlungsanspruch und die teilweise Zahlungsbereitschaft des Verklagten in Einklang miteinander gebracht wurden, zeigt, dass für das Kreisgericht der Interessenausgleich der Parteien<sup>36</sup> im Mittelpunkt stand. Das Klagebegehren bedingt, aber begrenzt auch Inhalt und Umfang des Kreisgerichtsurteils.

Das oberste Gericht wiederum verfolgte das Ziel, die Rechtsgrundsätze des BGB den ökonomischen und gesellschaftlichen Vorstellungen der DDR-Führung von einem sozialistischen Zivilrecht anzupassen<sup>37</sup>. Das oberste Gericht wurde generell zunehmend zu einer Lenkungsinstanz, der die Aufgabe zukam, das gesellschaftlich Erforderliche auf individueller Ebene durchzusetzen.<sup>38</sup> Erkennbar werden diese Entwicklungen im Urteil darin, dass dem Kreisgericht aufgetragen wird, auch über die mitverkauften Gegenstände zu verhandeln und den Kläger bei

Ermittlung eines geringeren Zeitwertes auf Klageerweiterung hinzuweisen. Es wird deutlich, dass der Verhandlungsumfang hier keineswegs durch das Klagebegehren bedingt oder beschränkt ist, sondern davon unabhängig den Grundsätzen des sozialistischen Zivilrechts entsprechend wünschenswerte Ergebnisse ermittelt werden. Dementsprechend stehen nicht die Parteiinteressen im Mittelpunkt, sondern gesellschaftliche Gesamtinteressen. Diese Verlagerung entsprach einer allgemeinen Entwicklung weg vom Interessenausgleich. Beispielsweise heißt es in einem allgemeinen Artikel zur DDR dazu, dass ein Schutz von Individualinteressen in der veröffentlichten Rechtsprechung nicht mehr vorkam.<sup>39</sup> Das Urteil weist insgesamt einen sehr restriktiven Umgang mit Kaufverträgen unter Privaten auf, was der erörterten Politisierung des Kaufvertrags- und des Bereicherungsrechts entspricht. Kaufverträge unter Privaten waren nicht nur kaum eigen geregelt, sondern bargen die Gefahr, kapitalistischen Denk- und Verhaltensweisen Vorschub zu leisten, was es mithilfe des Bereicherungsrechts zu verhindern galt. Das Urteil reiht sich somit nahtlos in die allgemeine Entwicklung des Kaufvertrags- und Bereicherungsrechts ein.

nn

## C. Privatautonomie in der DDR

Aus dem geschilderten Urteil und den Ausführungen zum Kauf- und Bereicherungsrecht ergibt sich die Anschlussfrage, in welchem Ausmaß Privatautonomie überhaupt im sozialistischen Zivilrecht der DDR existierte. Dies wiederum wirft zunächst die Frage auf, was überhaupt Privatautonomie bedeutet und was ihren adäquaten Schutz innerhalb einer Rechtsordnung ausmacht.

### I. Der Begriff der Privatautonomie

Die Privatautonomie ist das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen.<sup>40</sup> Die Privatautonomie geht also über die Vertragsfreiheit hinaus und erfasst sämtliche Rechtsverhältnisse des Einzelnen. Dennoch ist die Vertragsfreiheit als Grundlage und konstituierendes Merkmal kapitalistisch geprägter Gesellschafts- und Wirtschaftsformen ein

<sup>30</sup>Nathan, NJ 1950, 303 (304).

<sup>31</sup>Schneider (1999), Der deutsche Einheitsjurist in der frühen DDR, Elitenbildung beim Aufbau der DDR-Justiz, in *Archiv für Sozialgeschichte*, S. 235.

<sup>32</sup>Schneider, S. 235.

<sup>33</sup>Dahrendorf (1966), *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, S. 452 ff.; Dahrendorf bezieht sich sowohl auf die DDR als auch das NS-Regime, für das NS-Regime wurde die fehlende Kontinuität jedoch widerlegt, siehe Mommsen (1966), *Beamtenum im Dritten Reich*. Mit ausgewählten Quellen zur nationalsozialistischen Beamtenpolitik, S. 62 ff.

<sup>34</sup>Haferkamp in HRG, Bd. IV, Sp. 69.

<sup>35</sup>Haferkamp in HRG, Bd. IV, Sp. 69, 70.

<sup>36</sup>Vgl. zum Interessenausgleich in der Rechtsprechung der DDR: Hart, KJ 1974, 274 (274).

<sup>37</sup>Haferkamp in HRG, Bd. IV, Sp. 70.

<sup>38</sup>Haferkamp in HRG Bd. IV, Sp. 70.

<sup>39</sup>Schröder/Bedau/Dostal in HRG, Bd. I Sp. 957-971.

<sup>40</sup>Flume (1992), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, S. 1.

entscheidender Bestandteil der Privatautonomie.<sup>41</sup> Vertragsfreiheit bedeutet wiederum, dass die Vertragspartner autonom darüber bestimmen können, ob und wie sie ihre Vertragsbeziehungen regeln wollen.<sup>42</sup>

## II. Privatautonomie und Vertragsfreiheit

Dem konkreten Schutzzumfang der Privatautonomie im Zivilrecht der DDR geht die abstrakte Frage voraus, ob die Privatautonomie als ein Prinzip bürgerlich-kapitalistischer Zivilrechtsordnungen überhaupt Maßstab einer sozialistischen Zivilrechtsordnung sein kann. Laut Klaus Westen handelt es sich bei einer Beurteilung anhand dieser Kategorie womöglich um ein methodisch zweifelhaftes Vorgehen.<sup>43</sup> Diese Zweifel speisen sich vor allem aus der Stellung der Privatrechtsordnung im Zivilrecht der DDR. Durch die Trennung von Wirtschafts- und Zivilrecht<sup>44</sup> liege die Vermutung nahe, dass das ZGB fast ausschließlich das Privatrecht zum Regelungsgegenstand habe. Allerdings würde man damit verkennen, dass man das Privatleben der Rechtsunterworfenen nicht als private Angelegenheit ansah. Der Regelungsgegenstand des ZGB sei nicht als ein vom öffentlichen Recht abgesonderter Teil der Rechtsordnung verstanden worden. Ganz im Gegenteil wurde eine solche Unterscheidung klar abgelehnt.<sup>45</sup>

Doch stelle sich ferner das Problem, was die Ablehnung einer klar abgegrenzten Privatrechtsordnung für die Frage bedeutet, ob die Privatautonomie Maßstab einer sozialistischen Zivilrechtsordnung sein kann. Westen kommt zu dem Schluss, dass die Ablehnung eines Privatrechts im eigentlichen Sinne zur Negierung des Prinzips der Privatautonomie führe. Die Privatautonomie sei ein typisches Prinzip des bürgerlich-kapitalistischen Privatrechts und werde mit dessen Ablehnung zwangsläufig verworfen.<sup>46</sup>

Westens ausdrückliche Ablehnung des Privatrechts, findet sich unter anderem auch bei Dahmen wieder, der eine Überwindung eines solchen Verständnisses des Privatrechts forderte.<sup>47</sup> Als konstitutives Merkmal dieses Rechtsgebietes könne die Privatautonomie laut Westen nicht losgelöst von diesem bestehen, zumal das Zivilrecht der DDR kein rechtliches Instrumentarium für eine freie Entfaltung individueller, von gesellschaftlichen Bezügen losgelöster Interessen des Einzelnen vorsehe.<sup>48</sup>

Was folgt also aus Westens Schlussfolgerung, dass dem Zivilrecht der DDR kein privater Charakter zukomme, obwohl es die Regelung persönlicher Angelegenheiten zum Gegenstand habe.<sup>49</sup> Die Privatautonomie könne demnach kein Maßstab für die Zivilrechtsordnung der DDR sein. Die Ablehnung des Prinzips der Privatautonomie schließe jedoch nicht die Möglichkeit aus, dass einige Strukturelemente dieser zu Anwendung kommen. Vor allem die Vertragsfreiheit könne laut Westen womöglich trotzdem als Maßstab der sozialistischen Zivilrechtsordnung der DDR herangezogen werden.<sup>50</sup> Neben seiner prinzipiellen und systemkonstituierenden Bedeutung enthalte das Prinzip der Vertragsfreiheit auch eine Entscheidung darüber, auf welche Weise und in welchem Ausmaß Bürger ihre rechtlichen Beziehungen untereinander gestalten können. Diese Frage sei für sich genommen beinahe systemneutral.<sup>51</sup>

Folgt man den Ausführungen Westens, so ist die Privatautonomie als systemfremd und mit Ablehnung

einer Privatrechtsordnung im eigentlichen Sinne als undienlicher Maßstab für das sozialistische Zivilrecht anzusehen. Ob ein adäquater Schutz der Vertragsfreiheit in einer Rechtsordnung verwirklicht ist, kann hingegen durchaus von der Privatautonomie unabhängig betrachtet werden, solange sie allein als Ausgestaltung rechtlicher Beziehungen von Bürgern untereinander verstanden wird. Dem folgend ist der Maßstab der weiteren Überprüfung des Schutzzumfangs des ZGB und deren praktischer Umsetzung die Vertragsfreiheit und nicht die Privatautonomie.

## III. Interessenidentität und Vertragsfreiheit im ZGB

Daran schließt sich die Frage an, ob das Zivilrecht der DDR einen adäquaten Schutz der Vertragsfreiheit bot. Zunächst wird dafür allerdings zu klären sein, ob das ZGB nicht ganz grundsätzlich Interessenidentität zwischen Parteien annimmt. Sollte jeglichen Vertragsbeziehungen Interessenidentität zugrunde gelegt werden, wäre die Vertragsfreiheit dadurch auf Null beschränkt.

1. *Diskussionsstand* In der Auseinandersetzung über die Annahme von Interessenidentität aller Vertragsparteien in den Vorschriften des ZGB wurden zwei Ansichten westlicher Autoren vertreten. Otto Kringe beispielsweise war der Auffassung, dass im Zivilrecht der DDR eine „Interessenidentität anstelle der Privatautonomie“<sup>52</sup> trete. Dem hielt unter anderem Manfred Wolf entgegen, dass das ZGB lediglich quantitative Einschränkungen der Privatautonomie vorsehe und gerade keine Interessenidentität.<sup>53</sup> Aus der Literatur der DDR selbst lässt sich keine klare Haltung dazu herauslesen, sodass lediglich die Diskussion zwischen nicht aus der DDR stammenden Autoren nachgezeichnet werden kann.

Die Privatautonomie ist, wie bereits festgestellt, kein dienlicher Maßstab. Allerdings würde die Vertragsfreiheit durch die Annahme einer Interessenidentität gleichermaßen umfassend eingeschränkt werden, sodass der Streit auch für die Vertragsfreiheit allein zu führen ist.

Kringes Auffassung nach werde im sozialistischen Zivilrecht Interessenidentität angenommen, welche mit der Privatautonomie unvereinbar sei, weshalb sie im ZGB an deren Stelle trete.<sup>54</sup> Dazu führt er aus, dass die Existenz von Interessensgesichtspunkten zwar nicht völlig

<sup>41</sup>Westen in Lange/Meissner/Pleyer (1973), Probleme des DDR-Rechts, Bd. 4, S. 107.

<sup>42</sup>Flume (1960), Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 135 f.; Peuckert (2018), Immaterialgüterrecht, Privatautonomie und Innovation, Rn. 4.

<sup>43</sup>Westen, S. 108.

<sup>44</sup>Schröder/Bedau/Dostal in HRG, Bd. I, Sp. 957-971.

<sup>45</sup>Dahmen S. 53, Bl. 20; Westen, S. 108.

<sup>46</sup>Westen, S. 108.

<sup>47</sup>Dahmen, S. 53, Bl. 20.

<sup>48</sup>Westen, S. 108.

<sup>49</sup>Westen, S. 109.

<sup>50</sup>Westen, S. 109.

<sup>51</sup>Westen, S. 109.

<sup>52</sup>Kringe in Westen/Roggemann (1977), Das neue Zivilrecht der DDR nach dem Zivilgesetzbuch von 1975, S. 107.

<sup>53</sup>Wolf in Emmerich/Gerhardt (1974), Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Bd. I, S. 23.

<sup>54</sup>Kringe in Westen/Roggemann, S. 107.

verneint werde<sup>55</sup>, dass aber laut § 2 ZGB individuelle Interessen mit den gesellschaftlichen übereinzustimmen hätten. Widerstreitende Interessen seien damit eigentlich nicht möglich, denn es werde unterstellt, dass ein einheitliches Grundanliegen bestehe.<sup>56</sup> So kommt Kringe zu dem Schluss, dass für das Vertragsrecht des ZGB nicht die Abwägung privater und gesellschaftlicher Interessen entscheidend sei. Vielmehr könne es keine privaten Interessen geben, wo die gesellschaftlichen Interessen zu einer bestimmten Entscheidung führen.<sup>57</sup> Diese Annahme habe anders als von Wolf angenommen nicht nur begrenzenden Einfluss auf bzw. bedingende Bedeutung für zivilrechtliche Forderungen, sondern sie verdränge die Privatautonomie<sup>58</sup> inklusive der Vertragsfreiheit. Lediglich das „Ob“ eines Vertragsabschlusses bleibe dem Bürger vorbehalten.<sup>59</sup>

**2. Stellungnahme zur Interessenidentität** Es ist fraglich, ob und inwieweit der Einschätzung Kringes gefolgt werden kann oder Wolfs Einschätzung des Umfangs der Vertragsfreiheit im ZGB zutreffender ist. Kringe sieht dem ZGB durch eine vermeintlich auferlegte Interessenidentität einen fatalen Widerspruch zugrunde liegen.

Womöglich erliegt er damit jedoch einem Trugschluss. Allein aus dem Wortlaut des § 2 ZGB-DDR geht der von ihm angenommene Widerspruch nicht notwendigerweise hervor. § 2 S. 2 ZGB-DDR besagt, dass das ZGB darauf gerichtet sei, die Übereinstimmung individueller und kollektiver Interessen mit den gesellschaftlichen Erfordernissen zu sichern. Diese zu sichern impliziert gerade, dass die Möglichkeit einer fehlenden Übereinstimmung durchaus anerkannt wird. Hinzukommt, dass auch bei einem einheitlichen Grundanliegen unterschiedliche Vorstellungen darüber bestehen können, was diesem Anliegen dient, sodass ein gemeinsames Ziel nicht zwangsläufig in Widerspruch zu einem möglichen Dissens über die Erreichung dessen steht. Ob dieses gemeinsame Anliegen auch tatsächlich immer besteht, ist eine andere Frage. Aus dem Wortlaut des § 2 ZGB-DDR allein ergibt sich also, anders als von Kringe angenommen, kein solcher Widerspruch. Das widerstreitende Interessen nicht zwingend in Widerspruch zum sozialistischen Zivilrecht stehen, lässt sich auch aus dem Marxismus-Leninismus herleiten.<sup>60</sup> So heißt es über die marxistisch-leninistische Soziologie bei Eichhorn, dass für diese die Unterscheidung von objektiven und subjektiven Interessen von entscheidender Bedeutung sei. Die Kategorie Interesse selbst stelle die Beziehung her zwischen den objektiven Existenzbedingungen sozialer Subjekte und den sich daraus ergebenden Erfordernissen des Handels und der Tätigkeit der Subjekte. Interessen seien objektiv-real und würden von den materiellen gesellschaftlichen Verhältnissen bestimmt.<sup>61</sup> Objektive Interessen seien aus dem Verhältnis der materiellen Lage des Menschen, der Gruppe, der Klasse oder der Gesellschaft zu den materiellen Verhältnissen der jeweiligen Gesellschaftsordnung abzuleiten.<sup>62</sup> Aus diesen Annahmen über das Interesse im Allgemeinen sowie dem objektiven Interesse im Besonderen leitet sich wiederum die Bestimmung des subjektiven Interesses ab. Die sozialistische Gesellschaft schaffe die objektiven Bedingungen, Entwicklungswidersprüche zu lösen, sodass keine gesellschaftlichen Konflikte aufträten.<sup>63</sup> Sollten dennoch

Konflikte auftreten, so hätten diese subjektiven Charakter.<sup>64</sup> Das Gesetz der marxistischen Dialektik, schließt demnach Widersprüche nicht zwangsläufig aus. Auch im Sozialismus sei die Entfaltung und Lösung von Widersprüchen Quelle und Triebkraft der Entwicklung.<sup>65</sup> Der Konflikt sei die subjektive Erscheinungsform von Widersprüchen.<sup>66</sup> Die marxistische Dialektik selbst ist nur schwer zu definieren.<sup>67</sup> Allerdings wird die Möglichkeit auftretender Widersprüche und Konflikte jedenfalls von dieser ausdrücklich anerkannt, auch wenn zwangsläufig davon ausgegangen wird, dass diese auf subjektiver Ebene stattfinden.

Kringes Schlussfolgerung, dass eine vorgeschriebene Interessenidentität bestehe, welche nicht nur begrenzend oder bedingend wirke, sondern die Privatautonomie bzw. die Vertragsfreiheit gänzlich verdränge, ist allein auf Grundlage von § 2 ZGB-DDR nicht gerechtfertigt. Insbesondere unter Berücksichtigung der Grundsätze des Marxismus-Leninismus ist diese Auslegung des § 2 ZGB-DDR nicht geboten.

**3. Rechtliche Ausgestaltung des Vertragsinhalts** Der Umfang der Vertragsfreiheit ist entscheidend durch die rechtliche Ausgestaltung zulässiger Vertragsinhalte bedingt. Auch Kringe führt über den Streit zur Interessenidentität hinaus an, dass noch rechtliche Einschränkung hinzukämen. Zwar gebe das ZGB keinen zwingenden Vertragsinhalt vor, doch verfolge es den Grundsatz, dass Verträge als Leitinstrumente der staatlichen Leitung und Planung unterlägen. Daraus folge, dass ein Vertrag nur in bestimmter Weise und mit bestimmtem Inhalt abgeschlossen werden dürfe.<sup>68</sup> Diese Einschränkung des Vertragsinhaltes reiche von allgemeinen Grundsätzen, etwa der Verpflichtung zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 44 ZGB-DDR, bis zu sehr konkreten Einschränkungen, beispielsweise der genauen Bestimmung der Leistung, der Mitwirkungshandlungen und der Informationspflichten, wie sie in § 60 ZGB-DDR vorgesehen seien. Hinzu käme, dass ohne deren konkrete Vereinbarung gem. § 61 I ZGB-DDR staatliche Güte-, Sicherheits- und Schutzvorschriften Vertragsbestandteil würden. Auch die in §§ 60 Nr. 4, 62 ZGB-DDR normierten zwingenden Preisvorschriften betrachtet Kringe als erhebliche Einschränkung des Vertragsinhaltes.

Zuletzt kommt er auf die im § 46 ZGB-DDR geregelten Allgemeinen Bedingungen (AB) zu sprechen. Diese wurden per Anordnung mit Zustimmung des Ministers

<sup>55</sup>Westen, S. 121, 126 f.

<sup>56</sup>Kringe in Westen/Roggemann, S. 107.

<sup>57</sup>Kittke, JZ 1976, 268 (268).

<sup>58</sup>Kringe in Westen/Roggemann, S. 108.

<sup>59</sup>Kringe in Westen/Roggemann, S. 108.

<sup>60</sup>Dahlmann/Schröder, S. 454.

<sup>61</sup>Eichhorn/Assmann (1983), Wörterbuch der marxistisch-leninistischen Soziologie, 3. Aufl., S. 314.

<sup>62</sup>Eichhorn/Assmann, S. 314.

<sup>63</sup>Dahlmann/Schröder, S. 456.

<sup>64</sup>Buhr/Kosing (1974), Kleines Wörterbuch der marxistisch-leninistischen Philosophie, S. 304.

<sup>65</sup>Buhr/Kosing, S. 304.

<sup>66</sup>Dahlmann/Schröder, S. 457.

<sup>67</sup>Entsprechende Kritik vgl. Walter (1947), Der Begriff der Dialektik im Marxismus in Dialectica, Die Dialektische Denkweise, Vol. 1 Nr. 1, S. 63.

<sup>68</sup>Kringe in Westen/Roggemann, S. 113.

der Justiz erlassen und, wenn sie beispielsweise in Geschäftsräumen aushängen, Vertragsbestandteil. Diese Möglichkeit führe dazu, dass ein im ZGB gewünschtes Mehr an Übersichtlichkeit des Rechts gerade nicht gegeben sei.<sup>69</sup>

4. *Einordnung der Ausführungen zum Vertragsinhalt*  
Auch die Bedenken Kringes im Hinblick auf die Vorschriften zum Vertragsinhalt sind auf rechtlicher Ebene nur teilweise gerechtfertigt. Die Verpflichtung zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 44 ZGB-DDR ist eine sehr vage formulierte Generalklausel. Ohne Berücksichtigung ihrer konkreten Auslegung durch die Gerichte, ergibt sich aus der Vorschrift keine konkrete Einschränkung des Vertragsinhaltes. § 60 ZGB-DDR wiederum sieht lediglich vor, dass eine Vereinbarung alles Erforderliche, also die „essentialia negotii“, umfassen soll und zählt auf, was noch umfasst sein kann. § 60 ZGB-DDR stellt also lediglich eine Hilfestellung bei der Vertragsgestaltung dar, was dem Ziel entspricht, dass ZGB laienfreundlich zu gestalten. Auch die in § 61 ZGB-DDR vorgesehenen Anforderungen zur Güte und Sicherheit der Leistung stellen keine unübliche oder gar unsinnige Einschränkung des Vertragsinhaltes dar, zumal es sich um dispositives Recht handelt, von dem laut § 61 Abs. 2 ZGB-DDR ausdrücklich abgewichen werden darf.

Kringe ist allerdings insoweit zuzustimmen, als dass die gesetzlichen Preisvorschriften gem. § 62 ZGB-DDR einen gravierenden Eingriff in die vertragliche Gestaltungsfreiheit darstellen. Seine Auffassung, dass die in § 46 ZGB-DDR geregelten allgemeinen Bedingungen (AB) zur Unübersichtlichkeit des Rechts führen, kann man jedenfalls dann ablehnen, wenn man dem heutigen teilweise vergleichbaren AGB-Recht nicht denselben Vorwurf machen möchte. Dieses stellt striktere Anforderungen an die Einbringung von AGB, doch in § 46 ZGB-DDR werden vergleichbare Anforderungen an die Bekanntgabe in Unternehmen gestellt. Zwar wurden konkrete Ausgestaltungen der AB gem. § 46 Abs. 2 ZGB-DDR von den zuständigen Staatsorganen erlassen, doch deren Einbringung in Verträge stand zumindest der einbringenden Partei gem. § 46 Abs. 1 ZGB-DDR unter Privaten frei. Die AB bieten demnach das Potenzial, erhebliche Einschränkungen des Vertragsinhaltes vorzusehen. Auf rechtlicher Ebene allein ist dadurch unter Privaten jedoch keine erhebliche Einschränkung der Vertragsfreiheit gegeben.

Insgesamt ist damit die sich aus den Rechtsvorschriften zum Vertragsinhalt allein ergebende Einschränkung der Vertragsfreiheit auf die Preisbindung beschränkt. Diese stellt einen gravierenden Eingriff in die Vertragsgestaltung dar. Eine Reduzierung der Vertragsfreiheit allein auf das „Ob“ eines Vertragsschlusses, wie sie Kringe annimmt, lässt sich allein durch diese jedoch nicht begründen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine völlige Verdrängung der Vertragsfreiheit zugunsten einer pauschalen Annahme identitätsgleicher Interessen dem Wortlaut des ZGB nach nicht anzunehmen ist und Wolfs Einschätzung zutrifft. Die sich aus der Preisbindung ergebende erhebliche Einschränkung der Vertragsfreiheit bleibt also lediglich quantitativer Natur. Auf rechtlicher Ebene ist die Vertragsfreiheit folglich nicht auf das „Ob“ eines Vertragsschlusses beschränkt.

#### IV. Praktischer Umfang der Vertragsfreiheit

Womöglich verhält es sich jedoch auf praktischer Ebene mit dem Umfang der Vertragsfreiheit anders. Zunächst ist als praktische Einschränkung die bereits geschilderte Politisierung und die teilweise geforderte Kriminalisierung des Kaufvertrags- und Bereicherungsrechts zu nennen. Diese dürfte zumindest zu Verunsicherung im Umgang mit dem Kaufrecht unter Privaten geführt haben. Verunsicherung in Bezug auf die Rechtslage oder den praktischen Umgang der Rechtsprechung mit dem Kaufrecht sollte meines Erachtens in Hinblick auf die praktische Vertragsfreiheit nicht unberücksichtigt bleiben. Verunsicherung kann auch ohne ausdrückliche Vorschriften zur Selbstrestriktion im Umgang mit Verträgen führen und die Vertragsfreiheit auf praktischer Ebene gleichermaßen einschränken. Wie bereits festgestellt, führte diese Politisierung auch tatsächlich zu einer sehr restriktiven Rechtsprechung des OG hinsichtlich der Vertragsgestaltungsfreiheit. Zum restriktiven Umgang der Rechtsprechung kam auch eine stetige Veränderung der Vorschriften zur Preisbindung hinzu. Beispielhaft dafür sind die vom obersten Gericht im geschilderten Urteil genannten Anordnungen zur Preisbindung. So sah die Anordnung zur Preisbindung vom 08. November 1972 zwar mit kleinen Ergänzungen das Gleiche vor wie die Anordnung von 1957. Diese gleichbleibenden Inhalte waren jedoch in anderen Normen geregelt. Die Vorgaben zum Zeitwert beispielsweise waren nicht mehr in § 3 I, II PreisAO, sondern in § 5 I, II PreisAO geregelt und um zusätzliche Kriterien ergänzt.<sup>70</sup> Auf diese Veränderung wies das oberste Gericht nicht hin, sondern lediglich auf die Vorgaben zum Zeitwert aus § 3 PreisAO, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses galten. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gab es die Preisverordnung vom 08. November 1972 zwar bereits, doch in Kraft trat diese erst mit ihrer Verkündung im Gesetzblatt am 05. Dezember 1972. In dieser waren im § 3 PreisAO nun die Übernahmeverbote geregelt. Hieran zeigt sich deutlich, dass die gewünschte Übersichtlichkeit des ZGB hinsichtlich der PreisAO durch mangelnde Kontinuität in der Praxis nicht gegeben war. Die Kriterien zur Preisbestimmung nach § 5 PreisAO von 1972 waren zwar um einen Kriterienkatalog ergänzt worden, jedoch weiterhin sehr allgemein und insbesondere für Laien wenig hilfreich. Sowohl die ursprüngliche Anordnung als auch deren Neuregelung machten es Privatpersonen in der Praxis fast gänzlich unmöglich den Preis eines gebrauchten Gegenstandes zu ermitteln, der den Vorschriften zur Preisbindung tatsächlich entsprach. Zumal auch die Gerichte, wie am Kreisgerichtsurteil beispielhaft gezeigt werden konnte, ihre Schwierigkeiten bei der Anwendung der Vorschriften hatten, vor allem als diese noch im Zusammenspiel mit den Vorschriften des BGB anzuwenden waren. Neuwaren durften darüber hinaus gem. § 3 I PreisAO von 1972 nicht zwischen Privaten gehandelt werden.<sup>71</sup> Bei diesen wäre durch deren festgelegte Preise zumindest sichergestellt gewesen, dass man

<sup>69</sup>Kringe in Westen/Roggemann, S. 113.

<sup>70</sup>DDR GBl. II 1972 S. 814; <https://www.gvooon.de/gesetzblatt-gbl-ddr-teil-2-1972/seite-814-422287.html> (Letzter Zugriff: 17.03.2024).

<sup>71</sup>DDR GBl. II 1972 S. 814; <https://www.gvooon.de/gesetzblatt-gbl-ddr-teil-2-1972/seite-814-422287.html> (Letzter Zugriff: 17.03.2024).

nicht gegen die Preisanordnung verstößt. Selbst wenn man also die Preisanordnungen bei einem Vertragsschluss unter Privatpersonen berücksichtigen wollte, war kaum absehbar, ob ein vereinbarter Kaufpreis zulässig war.

Hinzukommt, dass der Wortlaut des § 2 ZGB-DDR lediglich vorsieht, dass den Vorschriften zur Preisbindung entsprochen werden muss. Welcher Kaufpreis wirksamer Vertragsbestandteil wurde, wenn keine der Vorschriften unmittelbar einschlägig war, bleibt unklar. Dass es dadurch zu Regelungslücken kam, legt auch die spätere Änderung des § 62 ZGB-DDR nahe. Am 18. Mai 1990 wurde zunächst Absatz 2 geändert, am 28. Juni 1990 fiel der Wortlaut des bis dahin geltenden 1. Absatzes ganz weg. Der § 62 sah mit Inkrafttreten dieser Änderungen vor, dass sich der Kaufpreis, solange keine gesetzlichen Preisfestsetzungen einschlägig waren, nach dem Parteiwillen richte. Es liegt somit nahe, dass diese Regelungslücke praktisch relevant war und zusätzliche Unsicherheiten hervorrief.

Ein weiterer Kritikpunkt Kringes sind die Verhaltensvorschriften im ZGB. Diese sind unkonkret formuliert und lassen somit weiten Auslegungsspielraum, sodass sich auch hier aus dem Wortlaut allein keine Einschränkung ableiten lässt. Von Kringe wenig erörtert bleibt, dass die Auslegung primär dem obersten Gericht oblag und der Durchsetzung der sozialistischen Moral<sup>72</sup> aus § 1 I ZGB-DDR zu dienen hatte.

Vom vage gehaltenen Wortlaut abgesehen, bestand damit durch die Frage der Auslegung der Verhaltensvorschriften ein weiterer Unsicherheitsfaktor. Es war praktisch stets möglich, dass ein Verhalten im Rahmen des Vertragsschlusses gegen die Generalklausel der sozialistischen Moral verstößt. Es bestand die Möglichkeit, diese sehr viel weiter auszulegen als andere Generalklauseln, da es keine konkrete Definition dafür gab, was die sozialistische Moral war<sup>73</sup>. Einschränkend muss man dazu allerdings sagen, dass Generalklauseln immer das Potenzial haben, sehr weit ausgelegt und instrumentalisiert zu werden. So gelten im BGB noch heute gleichlautend dieselben Generalklauseln, welche im Nationalsozialismus zur völligen Umwälzung der Rechtsordnung ohne große Gesetzesänderungen führten.<sup>74</sup> Die Generalklausel zur sozialistischen Moral kann somit ohne Berücksichtigung ihrer konkreten Auslegung im Rahmen der Verhaltensvorschriften kein Argument für eine übermäßige Einschränkung der Vertragsfreiheit darstellen.

Die rechtlichen Einschränkungen des Vertragsinhaltes in Verbindung mit dem praktischen Ausmaß an Politisierung und Sanktionierung im Vertragsrecht, insbesondere bezüglich der Preisbindung, führen schließlich doch zu Kringes Annahme zurück, dass sich die Vertragsfreiheit im ZGB auf das „Ob“ beschränkte. Zu den enormen rechtlichen Einschränkungen, welche vielleicht noch als lediglich quantitativer Natur eingeordnet werden konnten, kamen die enormen praktischen Einschränkungen bis hin zu Forderungen nach Sanktionen. Wenn allein die Wahl, ob man einen Vertrag abschließen möchte oder nicht, als eigenständige Entscheidung bestehen bleibt, kann nicht mehr von einem adäquaten Schutz der Vertragsfreiheit die Rede sein. Gerade der praktische Umgang mit dem

Vertragsrecht führte also zur Verdrängung der Vertragsfreiheit aus dem Zivilrecht der DDR, welche Kringe bereits auf rechtlicher Ebene gegeben sah.

## D. Fazit

Anhand des eingangs dargelegten Urteils wurde deutlich, dass eine erhebliche Politisierung des Kauf- und Bereicherungsrechts in der DDR stattfand sowie eine teilweise Gleichsetzung mit Schwarzhandel. Dies führte unter anderem zu einem sehr restriktiven Umgang der Rechtsprechung mit Kaufverträgen unter Privatpersonen, wobei zumindest anfangs noch große Diskrepanzen zwischen den Instanzen bestanden. Diese Feststellungen zur Bedeutung des Kaufrechts im Zivilrecht der DDR führten zur allgemeineren Frage, ob und inwieweit die Privatautonomie insgesamt im Zivilrecht der DDR geschützt war.

Der Schutzzumfang der Privatautonomie ist wie sich zeigte kein angemessener Maßstab einer sozialistischen Zivilrechtsordnung, welche die Trennung des Individuums und der Gesellschaft allgemein ablehnt. Ohne ein Privatrecht im eigentlichen Sinne anzuerkennen, ist auch dessen autonome Gestaltung als konstituierendes Merkmal dieses Rechtsgebietes nicht möglich. Unter der Annahme, dass die Vertragsfreiheit auch als reine Gestaltung von Vertragsverhältnissen für sich genommen betrachtet werden kann, stellte sich die Frage, ob diese im Zivilrecht der DDR adäquat geschützt war. Dazu galt es zunächst festzustellen, dass im ZGB, anders als von Kringe angenommen, in § 2 ZGB-DDR keine Interessenidentität vorgesehen war, welche dem adäquaten Schutz der Vertragsfreiheit zuwiderliefe. Trotzdem stellen insbesondere die Vorgaben zur Preisbindung, eine erhebliche Einschränkung der Vertragsfreiheit dar. Auf rechtlicher Ebene allein war dennoch keine Reduzierung der Vertragsfreiheit auf das „Ob“ eines Vertrages anzunehmen, was einer gänzlichen Aufhebung der Vertragsfreiheit gleichkäme. In der Praxis kamen jedoch die starke Politisierung des Rechtsgebietes, die restriktive Rechtsprechung und Unsicherheiten durch sich stetig ändernde Anordnungen zur Preisbindung sowie deren sehr vage Preisbestimmungskriterien hinzu. All dies machte es fast unmöglich, einen den Vorschriften entsprechenden Kaufvertrag unter Privatpersonen zu schließen. Auf praktischer Ebene war die Vertragsfreiheit damit aufgehoben und es stand, wenn überhaupt, lediglich das „Ob“ eines Vertragsschlusses zur Disposition. Auch bei staatlichen Betrieben untereinander bestand durch die staatliche Versorgungsplanung keine. Wie anfänglich erwähnt unterlagen die Verträge von Unternehmen mit Privatpersonen strengeren Vorschriften als Verträge unter Privaten, sodass sämtliche Einschränkungen zwischen Privatpersonen mindestens im gleichen Umfang für Verträge von Unternehmen mit Privatpersonen galten.

Über die Ablehnung der Privatautonomie hinaus war somit auch die Vertragsfreiheit sowohl im Kauf- als auch im Bereicherungsrecht auf ein absolutes Minimum

<sup>72</sup>Dahlmann/Schröder, S. 469.

<sup>73</sup>Westen in Westen/Roggemann, S. 53

<sup>74</sup>Rüthers (1988), Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, S. 181 ff.

reduziert. Im sozialistischen Zivilrecht der DDR bestand damit kein adäquater Schutz der Vertragsfreiheit.

# Die Anwendung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots auf marktbeherrschende Intermediäre

Kowol, Emiel\*

## ZUSAMMENFASSUNG

Nach deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht ist marktbeherrschenden Unternehmen eine ungerechtfertigte Diskriminierung ihrer Geschäftspartner versagt, § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB. Dieses kartellrechtliche Diskriminierungsverbot bietet mit seiner auf die Marktoffenheit gerichteten Zielsetzung einen konzeptionellen Anknüpfungspunkt für die wettbewerblichen Gefahren konzentrationsgeneigter mehrseitiger Märkte mit marktbeherrschenden Intermediären, insbesondere in der Digitalökonomie. Der Zugang zu Vermittlungsleistungen kann hier von sachgerechten, angemessenen und diskriminierungsfrei gehandhabten Kriterien abhängig gemacht werden. Sind die Vermittler zudem vertikal integriert, kann aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auch ein Selbstbevorzugungsverbot abgeleitet werden. Trotz neuer Instrumente behält das klassische kartellrechtliche Diskriminierungsverbot auch in solchen Fällen Bedeutung.

**Keywords** Kartellrecht; Digitalwirtschaft; Intermediäre; Netzwerkeffekte; tipping; Europäisches Wettbewerbsrecht; mehrseitige Märkte; Selbstbevorzugungsverbot; Radio Cottbus

## A. Einleitung

Marktbeherrschende Unternehmen werden nach deutschem Recht einer Verhaltenskontrolle am Leitbild des Wettbewerbsschutzes unterworfen.<sup>1</sup> Denn Marktbeherrscher tragen bekanntlich eine besondere Verantwortung dafür, dass durch ihre Verhaltensweisen der Wettbewerbsprozess nicht beeinträchtigt wird. Dabei wird ihnen nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB unter anderem die Diskriminierung ihrer Geschäftspartner untersagt.<sup>2</sup>

In seiner Entscheidung in der Sache *Radio Cottbus*, die einen marktbeherrschenden Intermediär betrifft, hat der BGH nun erstmals Grundsätze aus dem Diskriminierungsrecht auf eine mehrseitige Marktkonstellation übertragen.<sup>3</sup> Besondere Relevanz gewinnt dies vor dem Hintergrund, dass gerade in der Digitalökonomie mehrseitige Märkte mit marktbeherrschenden Vermittlern geradezu (branchen-) immanent sind<sup>4</sup> und dabei oftmals wettbewerbliche Probleme aufwerfen.

Diese Abhandlung soll daher die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbotes des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB auf marktbeherrschende Intermediäre und (insbesondere digitale) Plattformen mit Intermediationsmacht untersuchen. Dazu werden zunächst die wesentlichen Eigenarten von Intermediationskonstellationen skizziert (B.) und es wird die grundlegende Anwendbarkeit des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB bejaht (C.). Dem folgt eine Analyse der Anwendung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes auf nicht vertikal integrierte (D.) und vertikal integrierte (E.) marktbeherrschende Intermediäre, wobei insbesondere Veränderungen und Vergewisserungen durch das Urteil des BGH in *Radio Cottbus* berücksichtigt werden. Trotz der Einführung des § 19a GWB bleibt dem Diskriminierungsverbot auch im Digitalbereich ein gewisser Anwendungsbereich (F.). Die Ergebnisse der Untersuchung werden zuletzt thesenartig zusammengefasst (G.).

## B. Intermediationsmärkte

Intermediäre vermitteln Leistungen zwischen mehreren Marktseiten. Sie sind dabei zentraler Angelpunkt der verschiedenen Seiten in ihren Beziehungen zueinander. So wird Interaktion zwischen mehreren Nachfragern und Anbietern ermöglicht.<sup>5</sup> Kunden fragen vertikal zum Intermediär die Vermittlungsleistung nach; die einzelnen

\*Der Verf. studiert Rechtswissenschaft an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei einer Kanzlei im Kartellrecht. Dem Beitrag liegt eine häusliche Studienarbeit im Schwerpunktbereich Wettbewerb und Märkte bei Prof. Dr. Ruprecht Podszun, LL. M. (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf) aus dem Jahre 2022 zugrunde.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Kowol, Die Anwendung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots auf marktbeherrschende Intermediäre, *FraLR* 2024 (01), S. 20-28. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.83618>

<sup>1</sup>Fikentscher, *WuW* 1958, 257 (262).

<sup>2</sup>§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB enthält die zwei Verbotstatbestände der Behinderung und Diskriminierung. Eine Trennung ist ohne Weiteres nicht möglich und im Hinblick auf den Gleichlauf bei Interessenabwägung und Rechtsfolgen auch nicht vonnöten (siehe insoweit Wiedemann, Wiedemann, *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 62 ff.). Diese Abhandlung legt einen Schwerpunkt auf Diskriminierungsaspekte.

<sup>3</sup>NZKart 2021, 175 = GRUR 2021, 631 – *Radio Cottbus*. Das Hanseatische OLG setzte die vom BGH getroffenen Vorgaben in seinem Urteil vom 12.1.2023 (15 U 29/21, GRUR-RS 2023, 164 – *Radio Cottbus II*) dann um.

<sup>4</sup>Körber, *ZUM* 2017, 93 (94).

<sup>5</sup>BKartA (2016), *Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*, S. 8, 13 f.; Hemelmann/Haucap, *ORDO* 2016, 269 (271); Podszun (2020), *Empfehlungen für eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen? – Gutachten für IV den 73. Deutschen Juristentag 2020 in Hamburg*, S. 5 f.; Tamke, *NZKart* 2018, 503 (504); siehe auch BKartA *WuW* 2018, 164 (Rn. 86) – CTS-Eventim

Vermittlungskunden wiederum stehen horizontal im Wettbewerb.<sup>6</sup> Die Mehrseitigkeit der Märkte zeichnet sich durch eine Vielzahl unterschiedlicher und interdependenter Leistungs- und Lieferbeziehungen aus.

Insbesondere in der Digitalwirtschaft spielen Plattformen eine gewichtige Rolle, deren Betreiber Leistungen zwischen ihren Nutzern vermitteln.<sup>7</sup> Gerade hier fällt ihnen als Bindeglied und Anknüpfungspunkt der Marktseiten eine erhebliche Bedeutung für den Marktzugang zu.<sup>8</sup> Sie sind auf ein gutes Listing bzw. Ranking angewiesen.<sup>9</sup> Oftmals entsteht auf derartigen Märkten eine *bottleneck*-Situation<sup>10</sup> für (mindestens) eine der Marktseiten: Dabei betreibt eine Seite im Wesentlichen *single homing* (Nutzung nur dieser Plattform) statt *multi homing* (Nutzung mehrerer Plattformen nebeneinander). Eine Parallelnutzung scheidet insbesondere bei geringer Wechselbereitschaft der Nutzer aus.<sup>11</sup> Der Plattformbetreiber erlangt dann eine monopolgleiche Marktposition bzgl. dieser Marktseite und wird zum *gatekeeper*.<sup>12</sup>

Leistungsanbieter rutschen mit zunehmender Kanalisierung der Nachfrage auf der Plattform immer unausweichlicher in ein Abhängigkeitsverhältnis zu ihr.<sup>13</sup> Dieser Sogeffekt konzentriert sich auf wenige oder sogar nur einen Anbieter, während anfänglich noch konkurrierende Unternehmen rapide an Bedeutung einbüßen. Gemäß dem *winner-takes-it-all*-Prinzip treten so monopolhafte Gefahrmomente auf.<sup>14</sup> Ursprung von Intermediationsmacht ist also die Möglichkeit des Intermediärs, durch seine Vermittlung den Zugang zur Marktgegenseite zu kontrollieren.<sup>15</sup> Es droht eine Vermachtung auf diesen dann als „gekipp“ bezeichneten Märkten (*tipping*),<sup>16</sup> die später kaum mehr aufzubrechen sein wird.

Eine klare Einordnung solcher Marktconstellationen im Rahmen der Missbrauchskontrolle ist - insbesondere in Hinblick auf die Rolle des Intermediärs entlang der tradierten Denklogik in Lieferketten, Anbieter oder Nachfrager - kaum möglich.<sup>17</sup> Das gilt insbesondere bei den unübersichtlichen Verhältnissen im Digitalbereich, wo zusätzlich einzelne Geschäftsbeziehungen durch Unentgeltlichkeit, die der Annahme eines Marktes bekanntlich nicht entgegensteht (§ 18 Abs. 2a GWB), geprägt sind.<sup>18</sup> Da hier Qualitätsunterschiede nicht durch Preisunterbietungen kompensiert werden können, spielt auch der Innovationswettbewerb (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB) eine viel erheblichere Rolle.<sup>19</sup> Die ökonomischen Besonderheiten und die damit einhergehenden Konzentrationstendenzen wie insbesondere das Markt-*tipping* bei internet- und datenbasierten Geschäften mit mehrseitigen Märkten mit Netzwerkeffekten wird mit dem klarstellend eingeführten § 18 Abs. 3a, 3b GWB bei der Ermittlung der Marktmacht erfasst.<sup>20</sup>

### C. Diskriminierungsverbot und Intermediation

Ausgangspunkt einer jeden Prüfung eines Diskriminierungsmissbrauchs ist der Vergleich zwischen dem vermeintlich diskriminierten Unternehmen und einem anderen Unternehmen, das Geschäftsbeziehungen zum Normadressaten unterhält.

Eine Ungleichbehandlung ist im Rahmen des § 19 GWB erst dann von Relevanz, wenn die betrachteten Unternehmen gleichartig sind.<sup>21</sup> Sie müssen sich hierfür in vergleichbaren marktbezogenen Positionen im Wettbewerbsprozess befinden.<sup>22</sup> Maßgebend ist folglich, ob sie im Sinne eines groben Maßstabes im Großen und Ganzen dieselbe wirtschaftliche Grundfunktion gegenüber der Marktgegenseite – sprich im Verhältnis zum Normadressaten – ausfüllen.<sup>23</sup>

Allerdings untersagt das Diskriminierungsverbot nicht schon, Gleiches unterschiedlich zu behandeln. Auch ein marktbeherrschendes Unternehmen ist grundsätzlich nicht gehindert, durch Ungleichbehandlung seine eigenen wirtschaftliche Interessen zu schützen. Die Differenzierung zwischen Geschäftspartnern wird nämlich erst durch Einsatz wettbewerbsfremder Mittel missbräuchlich.<sup>24</sup>

<sup>6</sup>Küster/Schreiber, BB 2020, 2188 (2189).

<sup>7</sup>BKartA (2016), S. 8; Körber, ZUM 2017, 93 (93 f.); Tamke, NZKart 2018, 503 (504); siehe auch Wolf in MüKo WettbR, 4. Aufl. 2022, § 18 GWB Rn. 19.

<sup>8</sup>Paal, GRUR Int. 2015, 997 (999); Podszun (2018), Digitale Fairness durchsetzen! – Regeln für den B2P2C-Wettbewerb – Gutachten für die Finanzplatz München Initiative, S. 19; siehe auch Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740, Rn. 190 – Google Shopping (bestätigt durch EuG GRUR-RS 2021, 33726 – Google Shopping).

<sup>9</sup>Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 65b unter Verweis auf BGH NJW 2020, 64 – Werblocker III.

<sup>10</sup>Zu diesem competitive bottleneck: Armstrong, The RAND Journal of Economics 37 (2006), 668 (678); BKartA (2016), S. 63 ff., insb. 65 f.; Volmer, NZKart 2020, 170 (171 f.); siehe auch Europäische Kommission, 21.8.2007 – M.4523, Rn. 9 ff. – Travelport/Worldspan; Europäische Kommission, 18.2.2010 – COMP/M.5727, Rn. 102 f., 221 ff. – Microsoft/Yahoo! Search Business.

<sup>11</sup>Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 55.

<sup>12</sup>Ackermann, Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 339; BKartA (2016), S. 65 f.; Podszun (2018), S. 8; ders./Bongartz, BB 2020, 2882 (2882).

<sup>13</sup>Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (2018), Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen – Gutachten des Dusseldorf Institute of Competition Economics im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, S. 57 f., 85 ff.

<sup>14</sup>Evans/Schmalensee, Competition Policy International 3(1) (2007), 151 (164).

<sup>15</sup>BKartA WuW 2016, 198 (Rn. 87 f.) – ASICS (bestätigt durch BGH WuW 2018, 139 – ASICS); BKartA WuW 2016, 142 (Rn. 263) – Booking.com; RegE zur 10. GWB-Novelle, BT-Drs. 19/23492, S. 70; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (2018), S. 95 f.; Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 65b.

<sup>16</sup>Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (2018), S. 21.

<sup>17</sup>Ackermann, Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 322; Körber, ZUM 2017, 93 (98 f.); Louven, RD 2021, 440 (443 f.); Nothdurft in Bunte KartR, 14. Aufl. 2021, § 19 GWB Rn. 486.

<sup>18</sup>Hemelmann/Haucap, ORDO 2016, 269 (275); Louven, RD 2021, 440 (443); Topel, FS Wiedemann, 2020, 57 (57).

<sup>19</sup>BKartA (2016), S. 84 ff.; Körber, ZUM 2017, 93 (98 f.).

<sup>20</sup>Topel, FS Wiedemann, 2020, 57 (57); Körber, ZUM 2017, 93 (99); Kumkar, RD 2022, 347 (347 f.); Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 44 ff., 65a ff. je mwN.

<sup>21</sup>Busche in Kölner Kommentar KartR, 2016, § 19 GWB Rn. 93.

<sup>22</sup>Emmerich/Lange (2021), Kartellrecht, 15. Aufl., § 26 Rn. 57; Westermann in MüKo WettbR, § 19 GWB Rn. 45.

<sup>23</sup>BGH WuW 2013, 977 (Rn. 20) – Rabattstaffel; BGH WuW 2012, 501 (Rn. 12) – Werbeanzeige; BGH GRUR 1969, 629 (631) – Sportartikelmesse II; Bechtold/Bosch in Bechtold/Bosch GWB, 10. Aufl. 2021, § 19 Rn. 37.

<sup>24</sup>Loewenheim in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann KartR, 4. Aufl. 2020, § 19 GWB Rn. 38; Weyer in



Ob ein missbräuchliches, also ein jeglicher sachlichen Rechtfertigung entbehrendes, Verhalten vorliegt, kann nur durch eine sorgfältige und umfassende Abwägung der Interessen der Betroffenen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB entschieden werden, wie es in der üblichen Formel der höchstrichterlichen Rechtsprechung heißt.<sup>25</sup>

Abwägungslegitim ist dabei in erster Linie das Interesse zur freien unternehmerischen Betätigung.<sup>26</sup> Denn auch ein marktbeherrschendes Unternehmen darf frei nach seinem wirtschaftlichen Erfolg streben,<sup>27</sup> auf Marktverhältnisse reagieren und Marktchancen wahrnehmen. Durch § 19 Abs. 1, 2 GWB soll lediglich der Handlungsspielraum des Normadressaten begrenzt, dieser aber nicht dem Wettbewerb entzogen werden.<sup>28</sup> Besondere Relevanz für die Abwägung im Rahmen des Diskriminierungsverbotes kommt der Freiheit des Marktbeherrschers zu, seinen Geschäftsbetrieb und insbesondere sein Vertriebs- oder Bezugssystem nach eigenem Ermessen so gestalten zu dürfen, wie er dies für zweckmäßig, richtig und wirtschaftlich sinnvoll erachtet.<sup>29</sup> Ein Marktbeherrscher ist auch nicht dazu gezwungen, seine eigenen Interessen einem anderen Unternehmen unterzuordnen. Er hat folglich keine Pflicht, fremden Wettbewerb zum eigenen Nachteil zu fördern<sup>30</sup> oder gar für den Bestand seiner Konkurrenten zu sorgen.<sup>31</sup>

Für den Diskriminierten können sein Interesse an der Chancengleichheit im Wettbewerb mit anderen Unternehmen<sup>32</sup> und vor allem sein Interesse am freien Marktzugang<sup>33</sup> geltend gemacht werden.<sup>34</sup>

Das vom Wertungssystem des GWB verfolgte Hauptziel im Rahmen der Interessenabwägung, welches die Rechtsprechung auch mit ihrer oben genannten Formel forciert, ist die Offenhaltung der Märkte.<sup>35</sup> So liegt eine Gleichbehandlung zwar nicht in der Natur des Wettbewerbs; und die Freiheit, bzgl. der Marktgegenseite zu differenzieren, kann sogar Wettbewerbsimpuls sein.<sup>36</sup> Aber im Zuge der Interessenabwägung können die unternehmerische Freiheit zur Gestaltung des Geschäftsbetriebs oder der Grundsatz, wonach auch ein Normadressat keinen fremden Wettbewerb fördern muss, mitunter bis hin zum Kontrahierungszwang begrenzt werden.<sup>37</sup>

Da Intermediäre gerade für den Marktzugang eine entscheidende Rolle spielen, ergibt es sich von selbst, dass das auf die Offenhaltung der Märkte gerichtete Diskriminierungsverbot in so gelagerten Konstellationen zumindest konzeptionell geeignet ist, Abhilfe zu schaffen.<sup>38</sup> Man könnte sagen, dass Plattformen eine Neigung zum Diskriminierungsmissbrauch gewissermaßen immanent ist, befinden sie sich doch aufgrund von *bottleneck*-Situationen regelmäßig in einer hinreichend starken Machtposition und bestehen bei vertikaler Integration oftmals sogar dahingehende Anreizstrukturen.<sup>39</sup>

Freilich genügt für die wettbewerbsrechtliche Einordnung nicht bereits das Vorliegen von Marktmacht mit Netzwerkeffekten; vielmehr ist ihre konkrete Auswirkung auf die Marktverhältnisse – etwa in Form von Marktbarrieren<sup>40</sup> – entscheidend.<sup>41</sup>

Anknüpfungspunkte für eine Erfassung von mehrseitigen Märkten mit Intermediationskonstellationen finden sich

vielfach in den tradierten Grundsätzen des generalklauselartigen Diskriminierungsverbotes. An dessen Fallgruppen sind Anleihen zu nehmen, auch wenn eine exakte Übertragung nicht immer möglich ist. Vielmehr muss in jedem Einzelfall geklärt werden, ob die normativen

Frankfurter Kommentar KartR, 98. Lieferung 12/2020, § 19 GWB Rn. 380 f.

<sup>25</sup>Seit BGH GRUR 1963 86 (98) – Grote-Revers; siehe auch BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 25) – Radio Cottbus; BGH WuW 2020, 478 (Rn. 102) – FRAND-Einwand; BGH WuW 2020, 327 (Rn. 37) – NetCologne II; BGH WuW 2016, 427 (Rn. 48) – NetCologne Einspeiseentgelte; BGH NZKart 2018, 191 (Rn. 35) – Jaguar-Vertragswerkstatt II; BGH NZKart 2015, 535 (Rn. 59) – Porsche-Tuning; BGH GRUR 2003, 893 (895) – Schülertransporte; Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, 7. Aufl. 2024, § 19 GWB Rn. 106; Weyer in Frankfurter Kommentar KartR, § 19 GWB Rn. 396; von Ungern-Sternberg, FS Odersky, 1996, 987 (987 ff.).

<sup>26</sup>BGH GRUR 2003, 893 (895) – Schülertransporte; BGH NJW-RR 1991, 825 (862) – Zuckerrübenlieferungsrecht.

<sup>27</sup>BGH NZKart 2018, 136 (Rn. 17) – Hochzeitsrabatte.

<sup>28</sup>BGH GRUR 1999, 278 (280) – Schilderpräger im Landratsamt.

<sup>29</sup>BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 26) – Radio Cottbus; BGH NZKart 2018, 136 (Rn. 93) – Hochzeitsrabatte; BGH NZKart 2016, 285 (Rn. 31 f.) – Jaguar-Vertragswerkstatt; BGH NZKart 2015, 535 (Rn. 66, 100) – Porsche-Tuning; BGH WuW 2012, 501 (Rn. 29 f.) – Werbeanzeigen; Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 438; von Ungern-Sternberg, FS Odersky, 1996, 987 (991).

<sup>30</sup>BGH NZKart 2015, 535 (Rn. 66, 100) – Porsche-Tuning; BGH NVWZ 2006, 962 (963) – Stadtwerke Dachau; BGH GRUR 1992, 199 (200) – Aktionsbeträge; BGH GRUR 1987, 829 (832) – Krankentransporte; Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 347, 352; von Ungern-Sternberg, FS Odersky, 1996, 987 (992).

<sup>31</sup>Möschel, ORDO 1979, 295 (308 ff.).

<sup>32</sup>BGH GRUR 1969, 629 (631) – Sportartikelmesse II; OLG Frankfurt GRUR 1973, 83 (86) – Kunststoffkästen.

<sup>33</sup>BGH WuW 2012, 72 (Rn. 50) – Grossistenkündigung; von Ungern-Sternberg, FS Odersky, 1996, 987 (993).

<sup>34</sup>Einen Bestandsschutz für wettbewerbsunfähige Unternehmen gewährt § 19 Abs. 1, 2 GWB dagegen nicht (BGH NZKart 2016, 285 (Rn. 31) – Jaguar-Vertragswerkstatt; Loewenheim in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann KartR, § 19 GWB Rn. 21).

<sup>35</sup>BGH WuW 2012, 72 (Rn. 37) – Grossistenkündigung; BGH GRUR 1991, 868 (872) – Krankentransportunternehmen II; Busche (1999), Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 379; Emmerich/Lange (2021), § 26 Rn. 59, 61 ff.; Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 13.

<sup>36</sup>Bechtold/Bosch in Bechtold/Bosch GWB, § 19 Rn. 34.

<sup>37</sup>Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 19 GWB Rn. 118a. Ein aus der missbräuchlichen Verweigerung eines erstrebten Vertragsabschlusses sich ergebender Kontrahierungszwang als verschuldensunabhängiger Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch nach § 33a Abs. 1 GWB kommt immer erst dann in Betracht, wenn das kartellrechtswidrige Verhalten auf andere Weise nicht vermieden werden kann (siehe nur BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 52) – Radio Cottbus; BGH WuW 2015, 1011 (Rn. 42) – Einspeiseentgelt; Kersting in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann KartR, § 33 GWB Rn. 42, 44 je mwN.).

<sup>38</sup>Körber, ZUM 2017, 93 (95); Küster/Schreiber, BB 2020, 2188 (2190 ff.); Louven, RD 2021, 440 (441); Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 486; Paal, GRUR-Beil. 2014, 69 (73); Pohlmann/Lindhauer/Peter, NZKart 2021, 544 (548); ferner Hemelmann/Haucap, ORDO 2016, 269 (293); Wolf in MüKo WettbR, § 19 GWB Rn. 35g.

<sup>39</sup>Ähnlich Wolf in MüKo WettbR, § 19 GWB Rn. 35g; siehe auch Körber, ZUM 2017, 93 (100); ders., NZKart 2016, 303 (308).

<sup>40</sup>BKartA BeckRS 2019, 4895 (Rn. 441 ff.) – Facebook.

<sup>41</sup>Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 53.

Wertungen hergebrachter Fallgruppen sich auf die individuelle Marktsituation übertragen lassen.<sup>42</sup> Hier muss konkret gefragt werden, ob eine Ungleichbehandlung im Sinne eines normativ hinzunehmenden Interessenausgleiches noch als gerechtfertigt erscheint oder bereits ein Marktmachtmissbrauch vorliegt. Die Flexibilität der gesetzlich vorgezeichneten Interessenabwägung erlaubt es, auch den Besonderheiten mehrseitiger Intermediationsmärkte im Einzelfall gerecht zu werden.

Hierbei spielt die Unterscheidung in nicht vertikal integrierte und vertikal integrierte Intermediäre eine wichtige Rolle, da die ihnen zugrundeliegenden Marktgegebenheiten mitunter völlig unterschiedliche Konsequenzen nach sich ziehen können. Bei ersteren nehmen Unternehmen die Intermediationsleistungen in Anspruch, ohne dass sie als Kunden gleichzeitig Wettbewerber der Plattform wären. Vertikal integriert ist ein Intermediär, wenn er sowohl als Vermittlungsdienstleister als auch als Nachfrager der eigenen Intermediationsleistung auftritt und damit in Wettbewerb zu den eigenen Kunden tritt.

#### D. Nicht vertikal integrierte Intermediäre

Befindet sich ein nicht vertikal integrierter Intermediär in einer Normadressatenstellung, unterliegt er dem Diskriminierungsverbot. Er darf seine Vermittlungskunden folglich nicht ungerechtfertigt ungleichbehandeln. Oftmals wird der Zugang zur Vermittlungsdienstleistung aber von der Erfüllung bestimmter Kriterien abhängig gemacht. Diese können etwa die Inhalte des Vermittlungsgegenstandes in qualitativer Weise betreffen. So hatte der Intermediär in *Radio Cottbus* bestimmte Anforderungen (Aufnahmeantrag, Erreichen einer Mindesthörerzahl, Innehaben einer landesweiten Rundfunklizenz) an die Vermittlungspetenten gestellt.<sup>43</sup> In der Internetwirtschaft könnten so zum Beispiel Anforderungen an die zu verkaufende Ware und ihre Präsentation, die Erfüllung bestimmter Standards für die zu vermittelnde Leistung oder quantitative Mindestumsatzvorgaben gestellt werden.

Auch Normadressaten des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB steht es weiterhin frei, ihren Absatz nach eigenem Ermessen zu gestalten. Sie unterliegen insoweit aber dem Diskriminierungsverbot: Beliefern sie prinzipiell bestimmte Nachfrager, müssen sie auch gleichartige Unternehmen beliefern.<sup>44</sup> Für eine weitergehende Selektion ist daher eine besondere Rechtfertigung erforderlich.<sup>45</sup> Bei der Beurteilung der Zugangskriterien kommt es auf eine Interessenabwägung im Einzelfall an, die hier unter spezieller Berücksichtigung der Besonderheiten digitaler Märkte stattzufinden hat.

#### I. Ähnlichkeiten zum Selektivvertrieb und Veranstaltungszugang

Eine Lieferverweigerung gegenüber Abnehmern, die nicht die Anforderungen an die Aufnahme in ein selektives Vertriebssystem erfüllen, ist grundsätzlich sachlich gerechtfertigt.<sup>46</sup> Diese Kriterien allerdings müssen sachgerecht, angemessen sowie zumutbar sein und sind nach objektiven Kriterien festzulegen und diskriminierungsfrei zu handhaben.<sup>47</sup> Es ist sowohl qualitative als auch quantitative Selektion möglich, wobei im Wesentlichen auf die

üblichen Maßstäbe zur Bewertung selektiver Vertriebssysteme verwiesen werden kann.<sup>48</sup>

Zu dieser Situation im Selektivvertrieb besteht eine starke Ähnlichkeit. In beiden Fällen soll über eine einzelne Transaktion hinweg die dauerhafte Teilhabe an einem System von bestimmten Zugangskriterien abhängig gemacht werden.<sup>49</sup> Der Zugang zu einem System – hier einer Plattform – ist durch die *bottleneck*-Situation besonders begehrt; es ergibt sich eine starke Verhandlungsmacht für den Betreiber, der vom *single homing* der Nutzer der einen Marktseite profitiert.<sup>50</sup> Der BGH hat diese grundsätzlich „ähnliche Interessenlage“ erkannt und in *Radio Cottbus* richtigerweise die Grenzen, die das Diskriminierungsverbot der unternehmerischen Vertriebsfreiheit im Rahmen selektiver Systeme setzt, auf Intermediäre übertragen.<sup>51</sup> Auch sie dürfen sachlich angemessene Anforderungen an die Aufnahme in die Vermittlungsstruktur aufstellen, sofern sie diese einheitlich und diskriminierungsfrei anwenden.<sup>52</sup>

Auch zur Fallgruppe des Zugangs zu Märkten, Messen und Ausstellungen, deren Veranstalter Marktbeherrscher ist,<sup>53</sup> besteht eine Parallele.<sup>54</sup> Hier werden aus dem Inbegriff der konkreten Veranstaltungen Anforderungen an die Teilnahmezulassung gestellt. Auch hier ist ein Ausschluss lediglich dann möglich, wenn objektive und nachvollziehbare Zulassungskriterien, die nicht willkürlich angewendet werden, bestehen.<sup>55</sup> Der grundsätzliche Freiraum für die Gestaltung und Zulassung wird durch die marktlichen Entfaltungsmöglichkeiten des Petenten beschränkt.<sup>56</sup> Hierbei spielt der Grad der Bedeutung dieser Veranstaltungen für den Petenten und insbesondere dessen Marktzugang bei der Abwägung eine wesentliche

<sup>42</sup>Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 486.

<sup>43</sup>BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 34 ff.) – Radio Cottbus; und dem folgend OLG Hamburg GRUR-RS 2023, 164 (Rn. 48 ff.) – Radio Cottbus II.

<sup>44</sup>BGH WuW 2003, 395 (397) – Vorleistungspflicht.

<sup>45</sup>Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 19 GWB Rn. 130a.

<sup>46</sup>BGH NZKart 2018, 191 (Rn. 36) – Jaguar-Vertragswerkstatt II; BGH NZKart 2016, 285 (Rn. 33) – Jaguar-Vertragswerkstatt; Bechtold/Bosch in Bechtold/Bosch GWB, § 19 Rn. 24.

<sup>47</sup>BGH GRUR 1976, 711 (713 f.) – Asbach-Fachgroßhändler; BGH GRUR 1987, 459 (462) – Belieferungsunwürdige Verkaufsstellen II; Westermann in MuKo WettbR, § 19 GWB Rn. 54, 57; siehe auch Leitlinie der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen vom 30.6.2022, 2022/C 248/01, Rn. 149.

<sup>48</sup>Siehe zu diesen Busche in Kölner Kommentar KartR, § 19 GWB Rn. 123; Lübbert/Schöner, Widemann, Handbuch des Kartellrechts, 2020, § 23 Rn. 97 ff.

<sup>49</sup>Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 488.

<sup>50</sup>Volmer, NZKart 2020, 170 (171).

<sup>51</sup>BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 28) – Radio Cottbus; OLG Hamburg GRUR-RS 2023, 164 (Rn. 48) – Radio Cottbus II; dazu Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 18 GWB Rn. 138a.

<sup>52</sup>In diese Richtung bereits LG München I BeckRS 2021, 10613 (Rn. 73) – Amazon Kontosperrung I (insoweit nicht enthalten in NZKart 2021, 370).

<sup>53</sup>Siehe etwa BGH GRUR 1969, 629 (631) – Sportartikelmesse II; ausführlich dazu Westermann in MuKo WettbR, § 19 GWB Rn. 61.

<sup>54</sup>Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 488.

<sup>55</sup>BGH GRUR 1969, 629 (631) – Sportartikelmesse II; OLG Düsseldorf WuW 2008, 1103 (1106); OLG Hamburg WuW 1998, 1209 (1210) – Dentalmesse; Lübbert/Schöner, Widemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 123.

<sup>56</sup>OLG Hamburg WuW 1998, 1209 (1210) – Dentalmesse.

Rolle.<sup>57</sup> Auf Plattformen übertragen hieße dies, dass sie aus ihrem Plattformdesign nachvollziehbar abzuleitende Eingrenzungsparameter aufstellen dürfen, um den Kreis ihrer Vermittlungskunden zu beschränken. So könnte ein Vermittler zwischen privaten An- und Verkäufern gewerbliche Nutzer ausschließen; eine Partnervermittlung könnte eine Altersobergrenze gemäß den angesteuerten Vermittlungskundenkreisen festlegen. Will ein marktbeherrschender Onlinevermittler von Nachrichten nur bestimmte Presseverlage in sein System aufnehmen, so muss er dies von klar definierten Auswahlkriterien abhängig machen, die die Auswahl nach besonderer Qualität verlegerischer Angebote ermöglichen.<sup>58</sup> Freilich müssen die Anforderungen diskriminierungsfrei angewendet werden. An die Rechtfertigung der Kriterien sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je wichtiger die Plattform für den Marktzugang des Vermittlungskunden ist.

## II. Abweichungen gegenüber Selektivvertrieb und Veranstaltungszugang

Im Selektivvertrieb aber besteht typischerweise ein Interessengegensatz zwischen dem marktbeherrschenden Hersteller von Waren und dem Petenten darin, dass ersterer die Kontrolle über die Art und Weise der Distribution aus Sorge um das langfristige Produktimage behalten mag, während letzterer – etwa ein Discounter – mit dem Absatz von imageabhängigen Produkten eher kurzfristig Gewinne generieren will.<sup>59</sup> Die Ziele dieser beiden Absatzstrategien divergieren so sehr, dass der Marktbeherrscher typischerweise ein Interesse an der Lieferverweigerung hat und den Kreis der autorisierten Händler möglichst ausgewählt halten will.

Anders gelagert sind die Dinge bei Vermittlungsdienstleistungen: Hier liegt es regelmäßig in der Natur des Geschäftsmodells, möglichst vielen Kunden die Intermediationsdienstleistung zur Verfügung zu stellen. Die Vermittlung ist Wesenskern der Geschäftsbeziehung und Anknüpfungspunkt für Intermediationsgebühren. Das gilt, zumal der Intermediär noch von der Ausweitung des Vermittlungskundenkreises profitiert: Denn diese erweitert zugleich Umfang, Aktualität und Auswahl der Leistungsangebote und damit die Attraktivität für die andere Marktseite. Hierdurch steigert sich wiederum die Nützlichkeit für die Vermittlungskunden. Es bestehen zwischen den Nutzerseiten also starke positive Interdependenzen, sodass der Wert des Vermittlers bzw. der Plattform für sie stetig steigt (indirekte Netzwerkeffekte).<sup>60</sup> Bei digitalen Plattformen tritt noch hinzu, dass aufgrund einer algorithmisierbaren Sortierung und Präsentation ein Überangebot von der Gegenseite nicht negativ wahrgenommen wird.<sup>61</sup> So kann durch Ranking die Qualität einzelner Angebote angemessene Berücksichtigung finden,<sup>62</sup> auch ohne gleich den Zugang für vermeintlich unpässlichere Leistungsangebote verweigern zu müssen.

Ähnliche Begrenzungsinteressen können für den Veranstaltungszugang gelten, der zudem aus tatsächlichen Kapazitätsgründen begrenzt ist. In der Internetökonomie existieren solche natürlichen Grenzen nicht. Vielmehr bestehen oftmals geringe Grenzkosten für eine Steigerung der Nutzer- bzw. Kundenzahl sowie damit verbundene Skaleneffekte.<sup>63</sup> Die Ausweitung der Vermittlungsleistung auf neue Nutzer ist typischerweise sehr niedrigschwellig

hinsichtlich des benötigten Aufwands und der entstehenden Kosten; die Aufnahmekapazität und das Aufnahmeinteresse für die Vermittlungstätigkeit des Intermediärs hingegen ist potenziell sehr hoch.

## III. Zulässigkeit von Zugangsvoraussetzungen unter strengeren Bedingungen

Berücksichtigt man diese Abweichungen der typisierten Interessenlage, sind große digitale Intermediäre bei der Ausgestaltung der Zugangsvoraussetzungen zu ihrer Intermediationstätigkeit in der Regel strengeren Maßstäben zu unterwerfen als in den oben genannten ähnlich gelagerten Fallgruppen.<sup>64</sup> Im Einzelfall können sich dabei freilich erhebliche Abweichungen von dieser Tendenz ergeben, wenn die behindernde Wirkung durch das diskriminierende Wettbewerbsverhalten wenig intensiv ist. Das kann sich etwa daraus ergeben, dass untypische Kostenstrukturen bestehen, eine Plattform eine sehr hohe Spezifität aufweist, wie sie im B2B-Bereich häufig anzutreffen ist,<sup>65</sup> oder die Nutzer bei bevorzugender Darstellung bestimmter Produkte hinreichend über die Verzerrung aufgeklärt wurden und es sich lediglich um eine Informationsfunktion handelt, sodass der Eigenerwerb der angepriesenen Waren erst durch einen weiteren eigenen Suchvorgang eingeleitet werden muss.<sup>66</sup>

## E. Vertikal integrierte Intermediäre

Konstellationen, in denen der Normadressat des § 19 GWB mit einem Belieferungspetenten zugleich horizontal im Wettbewerb steht, sind nicht völlig unbekannt und in manchen Branchen mitunter sogar typisch. Marktsituationen, in denen marktmächtige Intermediäre vertikal integriert sind, können indes häufig vorkommen.<sup>67</sup> Denn sie sind ausgehend von ihrer ursprünglichen Vermittlungstätigkeit mittels massiver Ressourcenüberlegenheit (vgl. § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB) in der Lage, ganze Märkte aufzurollen (*envelopment*) und so dort erstmals zu Wettbewerbern zu werden.<sup>68</sup> Gerade im digitalen

<sup>57</sup>BGH GRUR 1969, 629 (631) – Sportartikelmesse II; OLG Hamburg WuW 1998, 1209 (1210) – Dentalmesse.

<sup>58</sup>Siehe zu dieser Konstellation, die dem Fall Google Showcase (BKartA, Bericht vom 21.12.2022, NZKart 2023, 501 (501 ff.)) zugrunde liegt, Pohlmann/Lindhauer/Peter, NZKart 2021, 544 (548).

<sup>59</sup>Dazu Schöner/Sohtau, Bauer/Rahlmeyer/Schöner, Handbuch Vertriebskartellrecht, 2020, § 28 Rn. 1 f.

<sup>60</sup>Siehe zu den (indirekten) Netzwerkeffekten BKartA (2016), S. 11 f., 14; Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 18 GWB Rn. 70; Haucap/Heimshoff, DICE Discussion Paper Nr. 83, 2013, S. 3 ff.; Hemelmann/Haucap, ORDO 2016, 269 (271); Körber, ZUM 2017, 93 (94); Tamke, NZKart 2018, 503 (504 f.).

<sup>61</sup>Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 489.

<sup>62</sup>Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 489.

<sup>63</sup>Hemelmann/Haucap, ORDO 2016, 269 (271 f.); Paal, GRUR-Beil. 2014, 69 (70).

<sup>64</sup>In diese Richtung wohl bereits Paal, GRUR-Beil. 2014, 69 (76).

<sup>65</sup>Siehe zu den Besonderheiten von B2B-Plattformen Küster/Schreiber, BB 2020, 2188 (2189).

<sup>66</sup>Esser/Höft, Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 233, 277 (für § 19a GWB).

<sup>67</sup>Siehe beispielsweise Europäische Kommission, 8.12.2017 – AT.40208, Rn. 173 – International Skating Union's Eligibility rules.

<sup>68</sup>Grundlegend zum *envelopment* bei Plattformmärkten Eisenmann/Parker/Van Alstyne, Strategic Management Journal 32(12)

Bereich gelingt Plattformbetreibern wegen ihres Zugriffs auf (Markt-) Daten (§ 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB), die sie über lange Zeiträume erhoben haben und die mitunter über die individuelle Verhaltensweisen und Präferenzen einer Vielzahl von Verbrauchern Auskunft verleihen, und dem selbst gestellten Zugang zu Kunden eine vertikale Integration binnen kürzester Zeit.<sup>69</sup>

Bei Sachverhalten mit solchen ökonomischen Rahmenbedingungen stellt sich im Hinblick auf die Anwendung des Diskriminierungsverbotes zunächst die Frage nach der Gleichartigkeit. Denn Dritt- und eigene Tochterunternehmen sind aufgrund des Konzernprivilegs grundsätzlich nicht als gleichartig anzusehen.<sup>70</sup> Konzerninterner Geschäftsverkehr ist keine marktübliche Individualbeziehung und taugt daher nicht zum Vergleichsmaßstab im Rahmen des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB.<sup>71</sup> Eine wirtschaftliche Einheit bildende Unternehmen sind also nicht ohne Weiteres voneinander zu trennen.<sup>72</sup> Das Gleichartigkeitskriterium ist in solchen Fällen dann nicht erfüllt.

Zudem ist Ausgangspunkt einer jeden Abwägung in solchen Fällen das legitime Interesse eines Marktbeherrschers, nicht verpflichtet zu sein, fremden Wettbewerb fördern zu müssen. Ein anerkanntes Bestreben ist es insbesondere, seine eigene wirtschaftliche Einheit gegenüber Konkurrenten zu bevorzugen.<sup>73</sup> Das Diskriminierungsverbot untersagt also nicht schon, Gleiches unterschiedlich zu behandeln, sodass die Gleich- oder gar Besserstellung des eigenen Unternehmens mit fremden Nutzern einer vertieften Analyse bedarf, bei der der Schwerpunkt der Prüfung häufig auf einer Untersuchung der resultierenden Auswirkungen liegt.<sup>74</sup>

Eine Überwindung sowohl des Gleichartigkeitskriteriums als auch des Grundsatzes, wonach fremder Wettbewerb nicht gefördert werden muss, ist bislang nur in seltenen Konstellationen mit Ausnahmecharakter anerkannt worden. Das betrifft die Lieferverweigerung sowie die Konditionengestaltung in wettbewerblichen Gemengelagen, in denen die auf die Offenheit der Marktzugänge gerichtete Zielsetzung des GWB in besonderer Weise gefährdet ist.<sup>75</sup> So geschehen etwa in Fällen, bei denen regulierungsrechtliche Wertungen zu berücksichtigen sind<sup>76</sup> oder ein nachgelagerter Markt mit eigener Wertschöpfung in ein Monopol zu kippen droht.<sup>77</sup> Wichtig für die Beurteilung sind insbesondere die Marktmachtstellung des Normadressaten und der Grad der Abhängigkeit des Petenten: Sind diese stark, kommt auch eine Belieferungspflicht bzw. ein Kontrahierungszwang eher infrage *et vice versa*.<sup>78</sup>

Ohne einer Würdigung von diskriminierenden Verhaltensweisen im Einzelfall vorgreifen zu können und zu wollen, sind bei einer typisierten Betrachtung vertikal integrierter marktbeherrschender Vermittlungsdienstleister insbesondere in der Internetwirtschaft einige Besonderheiten zu beobachten, die im Rahmen einer Abwägung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB aufgrund des dann bestehenden wettbewerblichen Gefahrenmoments geeignet scheinen, die Voraussetzung der Gleichartigkeit und den Grundsatz, wonach kein fremder Wettbewerb gefördert werden muss, zu überwinden. Solche Intermediäre müssten dann auch im Verhältnis zu sich selbst das Diskriminierungsverbot einhalten und unterlägen somit einem Selbstbevorzugungsverbot.

## I. Besonderes wettbewerbliches Gefahrenpotenzial bei hybriden Intermediären

Aus der besonderen Interessenlage bei der Doppelstellung eines vertikal integrierten Vermittlers, bei dem die Marktzugangsschaffung für Vermittlungskunden und der eigene Marktzugang zusammenfallen, folgt ein besonders starker Missbrauchsanreiz: Hybride Plattformen profitieren von der Zugangsverweigerung bzw. -erschwerung (etwa durch Bevorteilung eigener Angebote) im Vertikalverhältnis gegenüber ihren Vermittlungskunden-Wettbewerbern im Wettbewerb mit diesen auf Horizontalebene.<sup>79</sup> Das gilt gerade für die Digitalwirtschaft, wo ein hohes technisches Differenzierungspotenzial besteht: So kann ein hybrider Intermediär bei entsprechender Marktposition etwa durch die Konfigurierung von Suchalgorithmen<sup>80</sup> oder die Veränderung von Rankings, Listings und Nutzeroberflächen den Marktzugang kontrollieren, eigene Produkte bevorzugen oder die Bekanntheit und Reputation von Konkurrenten steuern.<sup>81</sup> Wettbewerber können sich hier nicht

2011, 1270 (passim); Condorelli/Padilla, *Journal of Competition Law Economics* 16(2) 2020, 143 (passim); und zu § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB: Esser/Hoft, Bien/Kaseberg/Klumpe/Korber/Ost, *Die 10. GWB-Novelle*, 2021, Kap. 1 Rn. 242 ff.; Polley/Kaub, *NZKart* 2020, 113 (117); Schweitzer in Immenga/Mestmacker *WettbR*, § 19a GWB Rn. 174 ff.

<sup>69</sup>Bechtold/Bosch in Bechtold/Bosch *GWB*, § 19a Rn. 27.

<sup>70</sup>Busche in *Kölner Kommentar KartR*, § 19 GWB Rn. 93; Fuchs in Immenga/Mestmacker *WettbR*, § 19 GWB Rn. 103.

<sup>71</sup>Emmerich, *NZKart* 2015, 114 (115); siehe auch BGH *WuW* 2012, 501 (Rn. 13 ff.) – Werbeanzeigen.

<sup>72</sup>BGH *WuW* 2012, 72 (Rn. 31, 38) – Grossistenkündigung; BGH *GRUR* 1987, 393 (396) – Freundschaftswerbung. Es ist insoweit die gesetzgeberische Wertung des § 36 Abs. 2 GWB zu berücksichtigen, wonach die wirtschaftliche Einheit als ein einheitliches Unternehmen gilt (BGH *WuW* 2013, 627 (Rn. 41) – Gasversorgung Ahrensburg).

<sup>73</sup>Siehe etwa BGH *WuW* 2012, 501 (Rn. 15) – Werbeanzeige; BGH *WuW* 2012, 72 (Rn. 31) – Grossistenkündigung; BGH *GRUR* 1987, 393 (396) – Freundschaftswerbung.

<sup>74</sup>De Bronett, *WuW* 2009, 899 (903); Ostendorf/Grün, *WuW* 2008, 950 (952, 958 f.); Wolf in *MüKo-WettbR*, § 19a GWB Rn. 41.

<sup>75</sup>BGH *NVwZ* 2006, 962 (963) – Stadtwerke Dachau; Nothdurft in *Bunte KartR*, § 19 GWB Rn. 12, 413; Weyer in *Frankfurter Kommentar KartR*, § 19 GWB Rn. 287; siehe auch BGH *GRUR* 1995, 618 (620) – Importarzneimittel.

<sup>76</sup>Siehe etwa BGH *NZKart* 2021, 509 (Rn. 18 ff.) – Gasnetz Berlin und BGH *NZBau* 2014, 303 (Rn. 31) – Stromnetz Heiligenhafen (mit Rekurs auf §§ 46 f. *EnWG*); OLG Düsseldorf 19.3.2003, U (Kart) 20/02, juris Rn. 41 (insoweit nicht in *WuW* 2003, 1310 enthalten) – *Infra-Card-Tarif* (mit Rekurs auf § 9 Abs. 1 *AEG*, §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 8 *EIBV* sowie unionsrechtliche Grundlagen); Nothdurft in *Bunte KartR*, § 19 GWB Rn. 365 ff.; siehe auch Fuchs in Immenga/Mestmacker *WettbR*, § 19 GWB Rn. 103 mwN.

<sup>77</sup>BGH *NZKart* 2015, 535 (Rn. 65 ff., 95, 101) – Porsche-Tuning; BGH *WuW* 2012, 501 (Rn. 14, 20, 31, 35) – Werbeanzeigen mwN.; siehe auch OLG Düsseldorf BB 2007, 738 (740 f.).

<sup>78</sup>BGH *NZKart* 2016, 285 (Rn. 30) – Jaguar-Vertragswerkstatt; BGH *NZKart* 2015, 535 (Rn. 30) – Porsche-Tuning; BGH *WuW* 2012, 501 (Rn. 30) – Werbeanzeigen; Nothdurft in *Bunte KartR*, § 19 GWB Rn. 420 f.

<sup>79</sup>Paal, *GRUR-Beil.* 2014, 69 (70); ders., *GRUR Int.* 2015, 997 (999); Podszun (2018), S. 19; ders. (2020), S. 38 ff.; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (2018), S. 107 f.; Wolf in *MüKo WettbR*, § 18 GWB Rn. 65b.

<sup>80</sup>Höppner, *K&R* 2020, 24 (31); Kühling/Gauß, *ZUM* 2007, 881 (885); Paal, *GRUR Int.* 2015, 997 (999).

<sup>81</sup>Paal, *GRUR-Beil.* 2014, 69 (74); ders., *GRUR Int.* 2015, 997 (999); Podszun (2018), S. 12, 22; siehe aus der Fallpraxis

mehr in einem Leistungswettbewerb um den Zugang zum Intermediationsdienst bzw. dessen besten (Listing- bzw. Ranking-) Plätzen gegen das vermittelnde Unternehmen behaupten.<sup>82</sup> Die Macht auf dem Intermediationsmarkt wird unter Umgehung des Leistungswettbewerbs auf vor- und nachgelagerte Märkte übertragen (*leveraging*).<sup>83</sup>

Paradigmatisch für diese Fallgruppe – vertikal integrierter marktbeherrschender Intermediär, der also zeitgleich Vermittler und Nutzer des eigenen Vermittlungsdienstes ist, fördert die eigene wirtschaftliche Entfaltung unter Umgehung des Leistungswettbewerbs durch Privilegierung der eigenen Leistungen bei der Vermittlung (*self preferencing*) – ist wohl die Kommissionentscheidung in der Sache *Google Shopping*.<sup>84</sup> Hier hatte die Europäische Kommission die Bevorzugungsstrategie einer privilegierten Darstellung des *Google*-Preisvergleichsdienstes in den Ergebnissen der *Google*-Suchmaschine als Missbrauch im Sinne des Art. 102 AEUV qualifiziert.<sup>85</sup> Die Bevorzugung der eigenen Angebote bei der Darstellung durch das vermittelnde Unternehmen verstärkte die Marktstellung des Vermittlers bei gleichzeitigem Entzug der Reichweite der Wettbewerber, was – ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung – einen Verstoß gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs darstelle.<sup>86</sup> Bei ihrer Würdigung hatte die Kommission die Eigenheiten digitaler Märkte besonders berücksichtigt. Dies war hier insbesondere die Wichtigkeit des Wettbewerbsfaktors der Auffindbarkeit und Sichtbarkeit von Leistungsangeboten, die mitunter nur durch die Nutzung einer bestimmten monopolhaft konsolidierten Plattform zu erreichen ist. Der integrierte Betreiber einer solchen Plattform kann zu seinen Gunsten dann nämlich Sichtbarkeitsvorteile ausspielen, die zur Verdrängung der Wettbewerber und endlich zu einer dann marktübergreifenden Verfestigung seiner eigenen Position führen. Die Marktmacht aus dem Betreiben einer Intermediationsplattform wird also auf andere Märkte übertragen, auf denen bislang noch keine Netzwerkeffekte oder Sogwirkungen zugunsten des Intermediärs bestanden haben.

Bei einer entsprechenden wettbewerblichen Ausgangslage bei digitalen marktbeherrschenden vertikal integrierten Intermediären besteht wegen der Kontrolle des Zugangs zu den Nutzern der Marktgegenseite über die spezifische Ausgestaltung der Plattform also ein hohes wettbewerbliches Gefährdungsrisiko.

## II. Besonderheiten bei der Interessenlage hybrider Intermediäre

Bei mehrseitigen Märkten ist eine genau Analyse der Zusammenhänge einzelner Geschäftsbeziehungen<sup>87</sup> und der individuellen Interessenlagen unentbehrlich. Dabei ist auf die Verteilung der wirtschaftlichen Chancen und Risiken zu achten.<sup>88</sup>

Zu berücksichtigen ist hier, dass es dem vertikal integrierten Anbieter von Intermediationsleistungen im Rahmen seiner Vertriebsgestaltungsfreiheit durchaus freisteht, ganz grundsätzlich lediglich die eigenen Leistungen an die Marktgegenseite zu vermitteln. Denn der Umstand, dass der Normadressat durch die Belieferung fremden Wettbewerb fördern würde, genügt an sich noch nicht

zur Rechtfertigung einer Liefersperre.<sup>89</sup> Aber die unternehmerische Grundentscheidung, mit gleichartigen Unternehmen gar keine Geschäftsbeziehungen einzugehen, ist an sich wettbewerbskonform.<sup>90</sup> Indem der Marktbeherrscher aber seine Intermediationstätigkeit auch für seine Wettbewerber öffnet, hat er sich gleichzeitig gegen den Grundsatz entschieden, wonach er fremden Wettbewerb nicht fördern muss. Er selbst hat autonom eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses vorgenommen. Aus seiner Grundsatzentscheidung folgt, dass der Schwerpunkt des Beziehungsgeflechts gegenüber seinen Vermittlungskunden-Wettbewerbern tendenziell eher im Vertikal- denn im Horizontalverhältnis zu suchen ist.<sup>91</sup> Folgerichtig sollten daher auch die oben genannten Grundsätze für reine Vertikalverhältnisse Anwendung finden.<sup>92</sup>

Weiterhin ist auf den oben ausgeführten Wesenskern von Intermediationstätigkeiten zu verweisen. Gerade in der Digitalwirtschaft ergeben sich aus ihrem Grundcharakter und damit einhergehenden Netzwerkeffekten regelmäßig sowohl ein starkes wirtschaftliches Interesse an möglichst vielen Vermittlungskunden als auch eine potenziell grenzenlose Aufnahmekapazität.<sup>93</sup> Das gilt bei vertikaler Integration umso mehr, als der hybride Intermediär von Netzwerkeffekten gleich doppelt profitiert: Nicht nur steigt der Wert der Plattform selbst, sondern auch der Wert der Intermediationsleistung, die dieser auch für sich selbst in Anspruch nimmt.<sup>94</sup>

auch Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740, Rn. 190, 589 ff. – *Google Shopping* (Schlechtere Positionierung anderer Preisvergleichsanbieter); BKartA WuW 2016, 198 (Rn. 87 f.) – ASICS (Relevanz der *Google*-Suchmaschine für Aufspürbarkeit von Warenangebot); BKartA WuW 2016, 142 (Rn. 263) – *Booking.com* (Behinderung der Sichtbarkeit von Hotelangeboten).

<sup>82</sup>Schweitzer/Schallbruch/Wambach (2019), Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft – Working Paper No. 7 des Forschungsinstituts für Recht und digitale Transformation, S. 53 f.

<sup>83</sup>Paal, GRUR Int. 2015, 997 (999); siehe auch Nothhelfer (2006), Die leverage theory im europäischen Wettbewerbsrecht, passim; Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740, Rn. 589 ff. – *Google Shopping*.

<sup>84</sup>Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740 (bestätigt durch EuG GRUR-RS 2021, 164 – *Google Shopping*) und dazu Höppner, CoRe 2017, 208 (208 ff.). Die Europäische Kommission führte vor ähnlichem Hintergrund etliche Verfahren, siehe neben *Google Shopping* insbesondere auch AT.40592 – *Google for Jobs* und AT.40585 – *Google Local Search*. Dieser Entscheidungspraxis nachgebildet ist auch der neue § 19a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GWB, mit dem vertikal oder konglomerat integrierten Unternehmen eine Selbstbevorzugung im Vergleich zu ihren Wettbewerbern untersagt werden kann.

<sup>85</sup>Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740, Rn. 331 ff., 341 – *Google Shopping*.

<sup>86</sup>Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740, Rn. 653 ff. – *Google Shopping*; siehe auch Schweitzer/Schallbruch/Wambach (2019), S. 53.

<sup>87</sup>Louven, RD 2021, 440 (443 f.).

<sup>88</sup>Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 486; ferner Körber, ZUM 2017, 93 (98 f.).

<sup>89</sup>BGH GRUR 1989, 220, (212 f.) – Lüsterbehangsteine.

<sup>90</sup>Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 19 GWB Rn. 129.

<sup>91</sup>Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 493; ähnlich auch Wolf in MüKo WettbR, § 19a GWB Rn. 65c.

<sup>92</sup>Siehe oben unter III.

<sup>93</sup>Siehe oben unter IV. 2.

<sup>94</sup>Haucap/Heimshoff, DICE Discussion Paper Nr. 83, 2013, S. 3 ff.

Durch geringe Grenzkosten für die Aufnahme zusätzlicher Angebote bei gleichzeitig hohem Grenznutzen für den Betreiber in der Digitalökonomie ist die Größe der Plattform typischerweise skalierbar (*economies of scale*).<sup>95</sup> Regelmäßig sind im Sinne eines Skalenvorteils zudem jene (Plattform-) Anbieter Profiteure von Selbstverstärkungs- bzw. Sogeffekten, die zuerst eine kritische Masse an Nutzern erreichen<sup>96</sup> bzw. der großmaßstäbliche Marktführer (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB) sind. Das eigene Nutzungsinteresse des hybriden Intermediärs an der Vermittlungsleistung wird durch die Inanspruchnahme rivalisierender Unternehmen auch nicht nachteilig tangiert.<sup>97</sup> Die konkurrierende Nutzung schließt den eigenen Nutzungserfolg somit nicht aus.

### III. Berücksichtigung gesetzgeberischer Wertungen nach der 10. GWB-Novelle

Die Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbes gerichteten Zielsetzung des GWB als Maßstab der Beschränkung der Handlungsfreiheit der Normadressaten umfasst nicht nur den Schutzzweck des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, sondern schließt alle freiheitssichernden und wettbewerbsöffnenden Vorschriften des GWB mit ein.<sup>98</sup> Bei der Interessenabwägung sind daher auch die Wertungen anderer dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit verpflichteten Regelungen des GWB zu berücksichtigen. So gilt es zu bedenken, dass der Gesetzgeber mit seiner 10. Novellierung im Jahr 2021 neue Sonderregeln für den Umgang mit Intermediationsmacht und die Einhegung marktstarker Plattformen und Intermediäre im GWB verankert hat.

In § 18 Abs. 3b GWB wurde für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens ausdrücklich geregelt, dass auch die Intermediationsmacht und die mit ihr einhergehende Bedeutung für den Marktzugang Dritter Berücksichtigung finden muss.<sup>99</sup> Nach § 20 Abs. 1 S. 2 GWB soll das Intermediationsmacht-Konzept gerade auch auf einseitige Verhaltensweisen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle ausgeweitet werden.<sup>100</sup> Das neuartige Regelungsinstrumentarium in § 19a GWB, das eine kartellbehördliche Intervention auch bereits unter der Marktbeherrschungsschwelle für sogenannte Unternehmen mit marktüberragender Bedeutung für den Wettbewerb ermöglicht,<sup>101</sup> enthält zudem zwei Untersagungstatbestände für Vermittlungskonstellationen (§ 19a Abs. 2 Nrn. 1, 2 GWB). Zum einen wird sich auf die Selbstbevorzugung eigener Angebote bezogen;<sup>102</sup> zum anderen geht es um die Behinderung von Marktzugängen.<sup>103</sup> Auch die Bedeutung von Plattformen für den Marktzugang (§ 18 Abs. 3b GWB) wurde herausgehoben. Bei Vermittlung eines (Markt-) Zugangs ist ein Unternehmen Intermediär im Sinne der §§ 18 Abs. 3b, 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB.

Insgesamt lässt sich jedenfalls sagen, dass das Regelungs- werk für Intermediäre vor allem vor dem Hintergrund ihrer hohen Bedeutung für den Marktzugang Dritter erheblich gestrafft wurde. Die so erfolgten gesetzgeberischen Wertungen müssen im Rahmen der Interessenabwägung im Sinne des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB normativ berücksichtigt werden.<sup>104</sup>

### IV. Rechtsprechung des BGH

Auch in der BGH-Rechtsprechung noch vor der jüngsten Novellierung – für *Radio Cottbus* war die Rechtslage noch vor der 8. GWB-Novelle maßgebend<sup>105</sup> – finden sich dahingehende Tendenzen, mit dem Grundsatz, nach dem fremder Wettbewerb nicht gefördert werden muss, aufgrund der Interessenkonflikte bei hybriden Intermediären zu brechen.<sup>106</sup>

In der Sache hatte der BGH geurteilt, dass ein Intermediär, der Leistungen an die andere Marktseite nicht nur vertreibt, sondern diese zuvor nach bestimmten Kriterien strukturiert und bündelt, bereits bei Auswahl und Anwendung dieser Kriterien auf ihre Sachgerechtigkeit, Angemessenheit und Diskriminierungsfreiheit zu achten habe. Darauf sei insbesondere dann zu achten, wenn der Intermediär oder sein Gesellschafter auch selbst als Leistungsanbieter tätig und daher hybrid ist.<sup>107</sup> Der BGH zeigt also eine Neigung dazu, die von einem Intermediär im Verhältnis zur Markgegenseite gesetzten Regelrahmen auch im Verhältnis zu sich selbst dem Diskriminierungsverbot zu unterwerfen.<sup>108</sup>

Ganz ähnlich äußerte sich der BGH bereits 2012 in seiner Entscheidung *Werbeanzeigen*: Eine Spaltung der Konditionen zwischen der eigenen Tochter eines Normadressaten und einem Kunden-Wettbewerber verstoße gegen § 19 II Nr. 1 GWB, wenn dadurch eine nicht ausgleichende Verschlechterung der Marktposition dieses Unternehmens auf einem nachgelagerten Markt eintrete.<sup>109</sup> Auch hier wird für wettbewerbslich besonders krasse Fälle und Gemengelage mit erheblicher Intermediationsmacht eines Marktbeherrschers eine Überwindbarkeit des Diktums, fremden Wettbewerb nicht fördern zu müssen, angenommen, um im Einzelfall einen leistungsgerechten Interessenausgleich besser sicherstellen zu können.

<sup>95</sup>Hemelmann/Haucap, ORDO 2016, 269 (271 f.); Körber, ZUM 2017, 93 (94); Paal, GRUR-Beil. 2014, 69 (70).

<sup>96</sup>Europäische Kommission, 3.10.2014 – COMP/M.7217, Rn. 119 – Facebook/WhatsApp.

<sup>97</sup>Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 497.

<sup>98</sup>BGH GRUR 1982, 60 (64) – Original-VW-Ersatzteile II; Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 19 GWB Rn. 2, 114; Weyer in Frankfurter Kommentar KartR, § 19 GWB Rn. 369.

<sup>99</sup>Ackermann, Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 332 f.

<sup>100</sup>Ackermann, Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 334.

<sup>101</sup>Käseberg, Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 188.

<sup>102</sup>Esser/Höft, Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 231; Schweitzer in Immenga/Mestmacker WettbR, § 19a GWB Rn. 147 ff.; Wagner-von Papp in BeckOK KartR, § 19a GWB Rn. 51 ff.; Wolf in MüKo WettbR, § 19a GWB Rn. 41 ff.

<sup>103</sup>Esser/Höft, Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 236 ff.; Schweitzer in Immenga/Mestmacker WettbR, § 19a GWB Rn. 161 ff.; Wagner-von Papp in BeckOK KartR, § 19a GWB Rn. 60 ff.

<sup>104</sup>Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 496.

<sup>105</sup>BGH GRUR 2021, 631 (Rn. 19) – Radio Cottbus (insoweit nicht abgedruckt in NZKart 2021, 175).

<sup>106</sup>So auch Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 495.

<sup>107</sup>BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 28) – Radio Cottbus; OLG Hamburg GRUR-RS 2023, 164 (Rn. 48) – Radio Cottbus II).

<sup>108</sup>So auch Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 495.

<sup>109</sup>BGH WuW 2012, 501 (Rn. 35) – Werbeanzeige.

## V. Selbstbevorzugungsverbot für marktbeherrschende Intermediäre

Damit lassen sich das Kriterium der Gleichartigkeit und der in der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, wonach kein Unternehmen verpflichtet ist, fremden Wettbewerb zum eigenen Schaden zu fördern, bei *self preferencing*-Praktiken marktbeherrschender Intermediäre jedenfalls im Einzelfall überwinden bzw. diese in ihrer Reichweite reduzieren.

Auch der konkrete Grad der Marktbeherrschung ist normativ bei der Bemessung des Handlungsspielraumes, den der Normadressat im Rahmen der Abwägung zugesprochen bekommt, von Bedeutung. Die Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung liegen höher und der Verhaltensspielraum ist geringer, je stärker die Marktaktivitäten den Wettbewerb beeinträchtigen und die Abhängigkeit vom Marktbeherrscher ist.<sup>110</sup> Bei der konkreten Abwägung gilt es also im Sinne eines gleitenden Maßstabes insbesondere den Grad der Marktstärke und die damit verbundene Abhängigkeit vom Intermediär zu berücksichtigen: Je stärker eine Plattform ist (vgl. in diesem Zusammenhang auch § 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB), desto eher kann eine Zugangsbeschränkung zur Marktabschottung führen<sup>111</sup> und desto eher ist eine Neutralitätspflicht auch gegenüber sich selbst anzunehmen.

Einem marktbeherrschenden Intermediär (insbesondere im Digitalbereich) kann wegen seiner allgemeinen Verantwortung, die er aufgrund seiner Marktstellung für die Wettbewerbsordnung trägt, dann ein Selbstbevorzugungsverbot auferlegt werden.<sup>112</sup> Die wettbewerbliche Gefahrenlage ist dann so groß, dass nur die Annahme eines Selbstbevorzugungsverbots noch einen leistungsge-rechten Interessenausgleich zu schaffen vermag.

## F. Bleibende Relevanz der klassischen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB

Dass das tradierte kartellrechtliche Diskriminierungsverbot auch für den Digitalbereich mit wegweisenden Fällen wie *Google Shopping* nicht der Vergangenheit angehören muss, ergibt sich bereits daraus, dass das neuartige Regelungsinstrumentarium in § 19a GWB lediglich sogenannte Unternehmen mit marktüberragender Bedeutung für den Wettbewerb adressiert.<sup>113</sup> Sachverhalte, die bereits diese Hürde nicht nehmen, können weiterhin über § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB gelöst werden.

Zu beachten ist überdies, dass sich das Selbstbevorzugungsverbot wie es der neue § 19a GWB konstituiert, lediglich auf das Vermitteln des Zugangs zu Bezugs- und Absatzmärkten beschränkt. Sonstige (Selbst-) Bevorteilungen durch eigene Dienste wie privilegierte Daten- und Technologiezugänge sowie Quersubventionierungspraktiken sind nicht erfasst, sodass jedenfalls keine vollständige Neutralität des Plattformbetreibers unter Aufhebung jeglichen Konzernprivilegs und des Grundsatzes, wonach fremder Wettbewerb nicht gefördert werden muss, verlangt ist.<sup>114</sup> Dies ist dann die Lücke, in die das alte Diskriminierungsverbot des § 19 GWB neben den neuen § 19a GWB tritt. Ein Gebot ganzheitlicher Neutralität des Plattformbetreibers kann sich also aus der klassischen

Missbrauchsaufsicht ergeben<sup>115</sup> und lässt sich einzelfallgerecht aus einer Ergänzung dieser mit unterschiedlichen Verboten des § 19a Abs. 2 GWB konstruieren. Eine derartige parallele Verfahrensführung nach §§ 19, 20, 19a GWB ist insoweit gewollt<sup>116</sup> und wird auch entsprechend praktiziert.<sup>117</sup>

## G. Zusammenfassung in Thesen

1. Mit seiner auf die Marktoffenheit gerichteten Zielsetzung bietet das Diskriminierungsrecht im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB einen konzeptionellen Anknüpfungspunkt für die wettbewerblichen Gefahrenkonzentrationsgeneigter mehrseitiger Märkte mit marktbeherrschenden Intermediären.
2. Auch der Zugang zu Vermittlungsleistungen kann von sachgerechten, angemessenen und diskriminierungsfrei gehandhabten Anforderungen abhängig gemacht werden (BGH in *Radio-Cottbus*). Bei der sachlichen Rechtfertigung sind dabei regelmäßig strenge Maßstäbe anzusetzen.
3. Vertikal integrierte Intermediäre sind – je nach Lage des Einzelfalls – nicht nur gegenüber ihren Kunden-Wettbewerbern, sondern auch im Verhältnis zu sich selbst dem Diskriminierungsverbot aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB unterworfen. Sie unterliegen dann einem Selbstbevorzugungsverbot.
4. Ob eine hinreichende wettbewerbliche Gefahrenlage vorliegt, die dies zu begründen vermag, hängt dabei im Sinne eines gleitenden Maßstabes vor allem auch vom Grad der Marktstärke des Intermediärs ab.
5. Diese Spielart des klassischen kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes bei Sachverhalten mit Bezug zur Digitalwirtschaft kann neben oder über die Anwendung des § 19a (Abs. 2) GWB hinaus Bedeutung behalten.

<sup>110</sup>BGH NZKart 2020, 473 (Rn. 121 f.) – Facebook; BGH NZKart 2018, 136 (Rn. 17) – Hochzeitsrabatte; BGH NZKart 2015, 535 (Rn. 59) – Porsche-Tuning; BGH GRUR 1996, 808 (810) – Pay-TV-Durchleitung.

<sup>111</sup>Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 496; Podszun/Bongartz, BB 2020, 2882 (2889); Pohlmann/Lindhauer/Peter, NZKart 2021, 544 (548); Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 53, 58.

<sup>112</sup>So auch Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 333, 492ff.

<sup>113</sup>Wolf in MüKo WettbR, § 19a GWB Rn. 14 ff.

<sup>114</sup>Höppner, K&R 2020, 24 (31).

<sup>115</sup>Wolf in MüKo WettbR, § 19a GWB Rn. 43.

<sup>116</sup>Wagner-von Papp in BeckOK KartR, § 19a GWB Rn. 12.

<sup>117</sup>So geschehen im Verfahren des BKartA gegen Facebook/Oculus (BKartA, Pressemitteilung vom 28.1.2021).

civil law

# Consumer Protection regarding stablecoins

Denk, Lucas\*

## ABSTRACT

Virtual currencies have gained popularity as part of the digital transformation of the financial system. In particular stablecoins are becoming increasingly popular with consumers. The tokens, which are pegged to a value and - according to their name - promise price stability, pose significant risks from which consumers need to be protected. This article focuses first on consumer-specific risks (B.) and German consumer protection law and in particular on the applicability of a right of withdrawal from the acquisition of stablecoins (C.). Subsequently, the EU legislator's effort to minimize price stability as well as transparency and exchangeability risks, the Markets in Crypto-assets Regulation (2023/1114), is examined in terms of its consumer protection instruments (D.).

**Keywords** Stablecoins; Virtual Currencies; Tokens; Crypto-Assets; Financial Regulation; MICAR; Consumer Protection; Right of Withdrawal

## A. Introduction to stablecoins

“As with all periods of rapid innovation, there is the potential for excessive hype, fads and hyperbole”<sup>1</sup>. The past has shown that breakthrough innovations are often followed by a phase of exaggeration before this gives way to reality and interest in the innovation fades.<sup>2</sup> It is uncertain which phase stablecoins, as the latest development in the digitalization of the financial market, are currently in.

In May 2022, distortions occurred on the crypto market. The decisive factor was the crash of the algorithmic stablecoin TerraUSD (UST). After the price decline began on 9<sup>th</sup> May 2022, nearly EUR 40 billion in value was wiped out during the following days.<sup>3</sup> Investors of UST lost about EUR 18.5 billion.<sup>4</sup> Retail holders lost billions of euros.<sup>5</sup> This incident shows in a depressing way that investors and especially consumers need to be protected from the risks of this new market.

### I. Stablecoins as a virtual currency

Cryptocurrencies are digital means of payment without physical equivalent value that are often but not exclusively based on a blockchain.<sup>6</sup> Users can exchange them via so-called wallets, virtual purses, in a completely decentralized manner against other cryptocurrencies or on centralized exchanges. The enormous volatility of cryptocurrencies is often considered critical and is depriving large parts of this asset class of their potential as an alternative means of payment.

Stablecoins as a special form of cryptocurrencies have been in circulation since 2014 and rely on stabilization instruments to minimize volatility compared to other currencies.<sup>7</sup> The tokens thereby strive to facilitate monetary transactions and international payments outside of existing currency areas with lower to no fees.<sup>8</sup> While this is considered to be revolutionary and can change the way transactions are processed, stablecoins are currently also used to trade cryptocurrencies. They can be divided into two categories: stablecoins that achieve their stability of value through collateralization (fiat-collateralized

\*The author is a law student at Goethe University Frankfurt am Main. This article is an edited version of a seminar paper from the Law and Finance specialisation written in 2023.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Denk, Consumer Protection regarding stablecoins, FraLR 2024 (1), S. 29-37. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.83612>

<sup>1</sup>Arner et al., ‘Stablecoins: Risks, potential and regulation’ (2020) BIS Working paper No. 905, 2, [www.bis.org/publ/work905.pdf](http://www.bis.org/publ/work905.pdf) (accessed 26 January 2023).

<sup>2</sup>Fischer, ‘The Debt-Deflation Theory of Great Depressions’ (1933) *Econometrica* Vol. 1 337, 338-349; Minsky, ‘The Financial-Instability Hypothesis: Capitalist Processes and the Behavior of the Economy’ in Kindleberger/Laffargue (eds) *Financial Crises: Theory, History, and Policy* (Cambridge University Press 1982), 14-17; Steinert/Leifert, ‘Scrutinizing Gartner’s hype cycle approach’ (2010) *Picmet 2010 Technology Management for Global Economic Growth* 254, 255, 256, [http://www.researchgate.net/profile/Martin-Steinert/publication/224182916\\_Scrutinizing\\_Gartner%27s\\_hype\\_cycle\\_approach/links/543005400cf29bbc1273c7e1/Scrutinizing-Gartners-hype-cycle-approach.pdf](http://www.researchgate.net/profile/Martin-Steinert/publication/224182916_Scrutinizing_Gartner%27s_hype_cycle_approach/links/543005400cf29bbc1273c7e1/Scrutinizing-Gartners-hype-cycle-approach.pdf) (accessed 26 January 2023).

<sup>3</sup>Falk/Hammer, ‘Comprehensive Approach to Crypto Regulation’ (2023) *The University of Pennsylvania Journal of Business Law* 415, 432-433.

<sup>4</sup>ibid, 433.

<sup>5</sup>Yaffe-Bellany/Griffith, ‘How a Trash-Talking Crypto Founder Caused a \$ 40 Billion Crash’ *NY Times* (18 May 2022), [www.nytimes.com/2022/05/18/technology/terra-luna-cryptocurrency-do-kwon.html](http://www.nytimes.com/2022/05/18/technology/terra-luna-cryptocurrency-do-kwon.html) (accessed 26 January 2023).

<sup>6</sup>Möllenkamp, *Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehr* (Hoeren/Sieber/Holznapel issue 58 2022), ch 13.6 para 13.

<sup>7</sup>ECB Crypto-Asset Task Force, ‘Stablecoins: Implications for monetary policy, financial stability, market infrastructure and payments, and banking supervision in the euro area’ (2020) Occasional Paper Series No. 247, 7, [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op247~fe3df92991.en.pdf](http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op247~fe3df92991.en.pdf) (accessed 26 January 2023).

<sup>8</sup>G7, IMF and Bank for International Settlements (Committee on Payments and Markets Infrastructure), ‘Investigating the impact of global Stablecoins (2019), 3, 4, [www.bis.org/cpmi/publ/d187.pdf](http://www.bis.org/cpmi/publ/d187.pdf) (accessed 26 January 2023); Financial Stability Board, ‘Regulation, Supervision and Oversight of “Global Stablecoin” Arrangements: Final Report and High-Level Recommendations’ (2020), 7,



stablecoins, off-chain-collateralized stablecoins, on-chain-collateralized stablecoins) and stablecoins that base their stability on an algorithm that seeks to establish parity of the stablecoin and the reference asset by controlling demand and supply (algorithmic stablecoins).<sup>9</sup>

*1. Collateralized stablecoins* Fiat-collateralized stablecoins attempt to achieve monetary parity with one official currency through fiat-collateralization. The largest stablecoins such as Tether (USDT) or USD Coin (USDC) are pegged to the US Dollar (USD). META's Libra or Diem would also have been a fiat-based stablecoin.<sup>10</sup> They are issued by a central issuer that stores the collateral which is to be deposited.<sup>11</sup> On demand, the holder of the token must request the payout from the collateral at the market price of the token.<sup>12</sup> Fiat-based stablecoins are considered the safest, provided that the assets are dutifully kept and invested, but they are also considered to pose challenges and risks to the financial system if global stablecoins, coins that reach a global or substantial footprint,<sup>13</sup> emerge.<sup>14</sup>

Off-chain-collateralized stablecoins are tokens that attempt to achieve parity with a fiat currency or the underlying commodity, but are always backed by commodities or similar as collateral. The most prominent example might be PAX Gold (PAXG), a coin that replicates the price of gold.

Furthermore, there are on-chain-collateralized stablecoins. It should be noted that due to the volatility of cryptocurrencies, up to 200% of the amount paid out in stablecoins must be deposited as collateral.<sup>15</sup> If the price of the deposited cryptocurrency falls below a certain threshold, the holders of the tokens can be forced to liquidate them and in return receive their deposited securities back.<sup>16</sup> If the price of the deposited cryptocurrency does not fall, the holders can still demand the exchange of their tokens at market price. The best-known stablecoin backed by cryptocurrencies is Dai (DAI), which is managed by MakerDAO, a decentralized organization.

*2. Algorithmic stablecoins* Finally, there are stablecoins for which an algorithm attempts to establish parity with the reference currency. UST is one such stablecoin that has a one-to-one peg to the cryptocurrency Luna and thus attempted to establish parity with USD by allowing investors to exchange one USD in UST for one USD in Luna. If the price of UST fell below one USD, a protocol exchanged Luna for UST, thus artificially increasing demand to stabilize the price. However, there was no collateral behind Luna and UST, so the concept only worked as long as the market capitalization of Luna exceeded that of UST.<sup>17</sup> This scheme could only be upheld by the influx of speculative users.<sup>18</sup> After the market capitalization of Luna fell below that of UST, the Ponzi scheme collapsed and a bank run ensued, in which holders exchanged their UST for Luna in order to be able to sell it in turn for USD. Against the momentum, the protocol failed because of the shrinking number of buyers.<sup>19</sup> The price of UST and Luna fell by 99% within a few days. Algorithmic stablecoins at the current technical level pose significant risks in terms of ensuring price stability.

## II. How do retail holders acquire stablecoins?

Stablecoins can be acquired directly from the issuer or be traded on centralized as well as decentralized exchanges. In the context of primary/original acquisition, the coins are acquired by sending the collateral in exchange for tokens. The contract then exists between the retail holder and the issuer. The main difference to the acquisition via trading exchanges is that the tokens need to be created on the blockchain first (issuance).<sup>20</sup> This is a result and therefore a contract for work and services pursuant to Section 631(2) of the German Civil Code (BGB).<sup>21</sup>

At the current stage of the market, the purchase by retail holders is most likely to be executed via a centralized trading platform such as Coinbase or Binance.<sup>22</sup> In case of this so-called secondary/derivative acquisition, the transaction is processed through the operator as a market maker, with the consequence that the contract for the purchase and, if applicable, the custody of the assets is concluded between the customer and the operator.<sup>23</sup> The issuer does not become part of the contract. Further markets are decentralized P2P exchanges, where users can trade with each other. Since such trading exchanges do not act as market makers, the contract exists directly between the parties involved. The transaction is initiated by the users and settled on the blockchain with the help of a so-called automated market maker, so that the greatest advantage of a decentralized trading platform is the independence of the users from the exchange.<sup>24</sup> In any case, a purchase agreement within the meaning of

[www.fsb.org/wp-content/uploads/P131020-3.pdf](http://www.fsb.org/wp-content/uploads/P131020-3.pdf) (accessed 26 January 2023); Arslanian, *The Book of Crypto: The Complete Guide to Understanding Bitcoin, Cryptocurrencies and Digital Assets* (Palgrave Macmillan 2022), 150.

<sup>9</sup>Financial Stability Board (n 8), 5; ECB Crypto-Asset Task Force (n 7), 7.

<sup>10</sup>Braunack, 'Libra-Coin: Gefährliche Geldpolitik durch Facebook' (2019) vol 73 WM 1911, 1912; Arner et al., 9.

<sup>11</sup>ECB Crypto-Asset Task Force (n 7), 8.

<sup>12</sup>ECB Crypto-Asset Task Force (n 7), 8.

<sup>13</sup>G7, IMF and BIS (Committee on Payments and Markets infrastructure) (n 8), 2.

<sup>14</sup>Wilmarth, 'It's Time to Regulate Stablecoins as Deposits and Require Their Issuers to Be FDIC-Insured Banks' (2022) GW Law School Public Law and Legal Theory, 41 Banking & Financial Services Policy Report No. 2 1, 3, [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2834&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2834&context=faculty_publications) (accessed 26 January 2023); G7, IMF and BIS (Committee on Payments and Markets infrastructure) (n 8), 11 ff; ECB Crypto-Asset Task Force, 5 (n 7), 22-24, 26, 28; Financial Stability Board (n 8), 12 seqq.

<sup>15</sup>Arslanian (n 8), 157.

<sup>16</sup>Arslanian (n 8), 158.

<sup>17</sup>Bank for International Settlement, 'Annual Economic Report 2022' (2022), 82, [www.bis.org/publ/arpdf/ar2022e.pdf](http://www.bis.org/publ/arpdf/ar2022e.pdf) (accessed 26 January 2023).

<sup>18</sup>ibid, 82.

<sup>19</sup>ibid, 82.

<sup>20</sup>Weber, 'Stablecoin Protocols' (*Medium* 18 February 2019), [medium.com/@wew\\_8484/stablecoin-protocols-9f9e5a9ea71b](https://medium.com/@wew_8484/stablecoin-protocols-9f9e5a9ea71b) (accessed 26 January 2023).

<sup>21</sup>Beck/König, 'Bitcoin: Der Versuch einer vertragstypologische Einordnung von kryptographischem Geld' (2015) vol 70 JZ 130, 133.

<sup>22</sup>Machacek, 'Die Anwendung der neuen MiCA-Verordnung auf Dezentrale Finanzanwendungen' (2021) vol 32 EuZW 923, 926.

<sup>23</sup>ibid, 926.

<sup>24</sup>ibid, 926.

Sections 453(1)(1) and 433(1) BGB is concluded between the parties, since stablecoins are virtual objects and a virtual currency, fulfill the characteristic of incorporeality and are for these reasons other objects.<sup>25</sup>

With the rise of stablecoins representing currencies other than USD, there will be a diversification of the supply and the issuer field, so that the original acquisition can become market-dominant. For this reason, the following elaborations also refer significantly to the acquisition of stablecoins from the issuer.

## B. Consumer-specific risks

Many international institutions warn that a threat to monetary policy, international monetary systems, financial stability and fair competition could emerge especially if global stablecoins become system-relevant.<sup>26</sup> Furthermore, there are consumer-specific risks in the market of virtual currencies. Consumers are subject to a structural imbalance due to information asymmetry as well as psychological and economic vulnerability.<sup>27</sup> This exposes them to a greater risk of losing their assets.<sup>28</sup> Nevertheless, they are irreplaceable as a systemically relevant market player. Consequently, they are particularly in need of legislative protection.<sup>29</sup> The consumer-specific risks in the market at hand can be divided into the systemic risk, the issuer risk and the information deficit.<sup>30</sup>

### I. The systemic risk

Operational failure of the protocol can lead to the collapse of the system if too many investors try to exchange their tokens for the deposit at the same time in a bank run.<sup>31</sup> Even the most secure stablecoin is only a representation of an official currency, not the currency itself, which is why stability cannot be guaranteed by any public institution such as governments or central banks.<sup>32</sup>

### II. The issuer risk

The issuer not only holds the underlying collateral, which is essential for the stable value of the tokens, as otherwise no payout would be possible, and therefore has access to the transferred assets of the depositors, but also invests the assets in the vast majority of cases. Thus, the investor's trust is not only that the issuer or a commissioned trustee will dutifully and sensibly preserve the assets in order to at least maintain them, but also that the latter will not be misappropriated. If this occurs, there might no longer be sufficient collateral deposited for each unit of stablecoins and price dislocations and bank runs could result. The Terra-Luna-crash showed that in such cases consumers cannot sell their coins on trading exchanges for their equivalent value. For consumers, the risk of misappropriation is particularly significant, as they are often less informed than professional investors and can thus be defrauded of their assets by untrustworthy companies, while large investors have the knowledge and the appropriate tools to identify a credible provider. Further issuer risks include the consequences of arbitrary Terms and Conditions, the centralization of providers, risks associated with crypto-lending<sup>33</sup>, market power abuse and bargaining imbalance.<sup>34</sup> Since Regulation (EU)

2023/1114 on Markets in Crypto-assets (MiCAR) has entered into force and will be applied from mid-2024 respectively 2025 onwards, market participants will be subject to uniform regulation. This stricter regulation helps mitigating the issuer risk.

### III. Information deficit

Finally, the information deficit must be added to the risks for consumers. Consumers may use stablecoins without understanding the risks involved. As for information material, private investors are often left alone with the white papers or marketing communications of the issuers on the respective product, which, however, due to the current lack of international standards, often conceal risks and cannot be compared with each other satisfactorily.<sup>35</sup>

## C. Consumer protection under national law

A large number of consumer protection provisions can be found under German law. The prerequisite for their applicability is first of all that German law applies. Since many crypto-asset service providers are located abroad, this must be determined on the basis of Regulation (EC) 593/2008 (Rome I). When trading with stablecoins, the right of withdrawal according to Sections 312 seqq and 355 seqq BGB as well as the regulations on information duties for consumer contracts according to Sections 312d-f, 312i and 312j BGB are most relevant.

### I. Application of German consumer protection law

Art. 6 Rome I covers all contracts of sale, delivery of goods or provision of services and thus also the issuance

<sup>25</sup>Wegge, 'Kryptowährungen, Fan-Tokens und NFTs – ein Blick durch die Sportbrille' (2022) vol 29 SpuRT 354, 356.

<sup>26</sup>G7, IMF and BIS (Committee on Payments and Markets Infrastructure) (n 8), 2; Financial Stability Board (n 8), 13, 14; ECB Crypto-Asset Task Force (n 7), 5, 6; Adrian/Mancini-Griffoli (IMF), 'The rise of digital money' (2019) Fintech Notes, 9 ff, [www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2019/07/12/The-Rise-of-Digital-Money-47097](http://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2019/07/12/The-Rise-of-Digital-Money-47097) (accessed 26 January 2023).

<sup>27</sup>Tamm, *Verbraucherschutzrecht: Rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Rechtsdurchsetzung: Beratungshandbuch*, vol. 2 (Tamm/Tonner 2016) ch 1 paras 7, 10, 14, 42.

<sup>28</sup>Cf. *ibid*, ch 1 paras 5, 6; Emmerich, 'Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung' in Lange/Nörr/Westermann (eds) *Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*, (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1993) 857, 870.

<sup>29</sup>Tamm (n 27), ch 1 para 6.

<sup>30</sup>European Commission, 'Commission Staff Working Document: Impact Assessment: Accompanying the document: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets and amending Directive (EU) 2019/1937' (2020) SWD (2020) 380 final, 16, 17, [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0380](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0380) (accessed 26 January 2023).

<sup>31</sup>Wilmarth (n 14), 3.

<sup>32</sup>ESA, 'EU financial regulators warn consumers on the risks of crypto-assets' (2022) ESA 2022 15, [http://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esa\\_2022\\_15\\_joint\\_esas\\_warning\\_on\\_crypto-assets.pdf](http://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esa_2022_15_joint_esas_warning_on_crypto-assets.pdf) (accessed 26 January 2023).

<sup>33</sup>Grebe/Hänchen, *Kryptowährungen und Token* (Omlor/Link 2021), ch 14 para 85.

<sup>34</sup>European Commission (n 30), 17, 18.

<sup>35</sup>*ibid*, 16.

of and trading with stablecoins between a consumer and a trader. Similar to Section 13 BGB, the consumer status is given if a party concludes the contract for a purpose that can be attributed neither to his professional nor to his commercial activity. For the CJEU, a private purpose is given if the individual undertakes the transaction to meet his own needs.<sup>36</sup> Since stablecoins can be used for both commercial and private purposes, the decisive factor for the primary acquisition is whether the acquirer plans to use them in the context of a private business.<sup>37</sup> In case of doubt, private use is to be assumed.<sup>38</sup> Tradership is similar to Section 14 BGB and is assumed if the person enters the market to carry out commercial activities and wishes to be subject to the rules for businesses. If the entity competes independently, in a planned manner and for a certain period, it can be assumed that it is active on the market.<sup>39</sup> The issuance of stablecoins regularly constitutes a commercial activity. If the trader does not carry out the activity in Germany, the decisive factor according to Art. 6(1)(b) Rome I is whether the activity is directed towards Germany. This sales activity in Germany is present if the conclusion of the contract is to be carried out for the consumer via the Internet and no factual obstacles exist.<sup>40</sup> German law is then applicable if the consumer has his or her habitual residence within Germany (Art. 6(1) Rome I).

According to Art. 6(4)(e) in conjunction with Art. 4(1)(h) Rome I, Art. 6(1)-(2) Rome I does not apply if contracts are concluded within a multilateral trading facility that complies with the requirements of Art. 4(1)(17) Directive 2004/39/EC. This is determined by Art. 4(1)(22) of Directive 2014/65/EU (MiFID II). The trading of stablecoins via crypto exchanges constitutes purchases and sales within a multilateral trading facility and fulfills the requirements of Art. 6(4)(e) Rome I, since Art. 4(1)(h) Rome I only reproduces the wording of Art. 4(1)(22) MiFID II, and consequently the existence of a financial instrument is not required.<sup>41</sup> Thus, the exclusion according to Art. 6(4)(e) in connection with Art. 4(1)(h) Rome I applies to secondary acquisitions. The primary acquisition of tokens does not meet the requirements. The law applicable to the contract is then determined by the law applicable to the multilateral trading facility. German consumer protection law will be applicable if the operator has a registered office in Germany.

## II. A right of withdrawal due to distance contracts

Consumers can withdraw from a distance contract by exercising an existing right of withdrawal according to Sections 355(1), 312g(1) and 312c BGB.

1. *Particularities for the applicability of Sections 312 seqq BGB* The applicability is determined by Section 312(1) and 310(3) BGB. The primary emphasis here is on the identification of the consumer and the trader status. Sections 13-14 BGB impose the same requirements as Art. 6(1) Rome I. In this case, however, the problem of the recognizability of the status of consumer or trader arises again.

a) *Consumer and trader status* In the case of secondary purchases outside of crypto exchanges, the decisive factor is whether the parties deal anonymously or the consumer

status is recognizable.<sup>42</sup> If the secondary purchase takes place via a decentralized crypto exchange, the consumer status cannot be determined on a regular basis due to the anonymity of the transaction. In addition, the trader status of the other side is unknown, which is why there is often a so-called "double blind" constellation.<sup>43</sup> In this case, one view sees the trader in a privileged position due to ignorance and assumes in double blind constellations that there is no consumer contract.<sup>44</sup> The BGH (Federal Court of Justice) would also come to the same conclusion, as it assumes that contracting parties must generally presume that the counterparty is a consumer.<sup>45</sup> On the other hand it can be assumed that a consumer contract exists despite the unidentifiability of the counterparty, provided that the counterparty factually fulfills the consumer characteristics. However, this perspective overlooks the fact that it is impossible for the trader on decentralized crypto exchanges to determine the counterparty. Consequently, they would be expected to provide notice about a right of withdrawal that might not even exist to a market participant they cannot get in contact with.<sup>46</sup> This is unacceptable for the trader. As a result, a consumer contract will not exist in the vast majority of cases when acquiring stablecoins via decentralized crypto trading venues.

In the case of centralized crypto exchanges, the contract of the seller and the buyer is concluded with the operator. For the operator as a trader, consumer status must and can be determined, as users must, among other things, create a profile on the platform. For trading venues located in Germany, such as the Stuttgart Stock Exchange, registration with an ID card is required, so that, in these cases in particular, consumer status can be identified.

In the case of primary purchases, consumer status can also be determined by the issuer that regularly fulfills the trader status.

b) *Payment of a price* The requirement to pay a price is not problematic if the consumer acts on the acquirer side and commits to paying fiat money. However, the situation may be different for off-chain-collateralized or on-chain-collateralized stablecoins. All values other than digital representations of a value are recognized as a method of payment, provided that the value fulfills the function of a

<sup>36</sup>Case C-269/95 *Benincasa v Dentalkit* (1997) ECR I-03767, para 17.

<sup>37</sup>Maume, *Rechtshandbuch Kryptowerte: Blockchain, Tokenisierung, Initial Coin Offerings* (Maume/Maute/Fromberger 2020), ch 8 para 17.

<sup>38</sup>BGH NJW 2009, 3780; Maume, *Rechtshandbuch Kryptowerte*, ch 8 para 17.

<sup>39</sup>BGH NJW 2002, 368.

<sup>40</sup>Joined Cases C-585/08 and 144/09 *Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* and *Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller* (2010) ECR I-12527.

<sup>41</sup>Maume, *Rechtshandbuch Kryptowerte* (n 37), ch 8 para 11.

<sup>42</sup>Maume, *Rechtshandbuch Kryptowerte* (n 37), ch 8 para 18.

<sup>43</sup>Maume, *Rechtshandbuch Kryptowerte* (n 37), ch 8 para 33.

<sup>44</sup>Heinrichs, 'Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes: Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch den Bundesgesetzgeber' (1996) vol 49 NJW 2190, 2191; Fornasier, in Sacker/Rixecker/Oetker/Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 2 and 3 (C.H.BECK 9th edn. 2022) § 310 para 82.

<sup>45</sup>BGH NJW 2009, 3780.

<sup>46</sup>Maume, *Rechtshandbuch Kryptowerte* (n 37), ch 8 para 34.

method of payment according to the parties' agreement.<sup>47</sup> This will be the case for cryptocurrencies such as BTC, ETH and stablecoins as digital representations of a state currency.<sup>48</sup> If issuers demand payment of a commodity for the issuance of off-chain collateralized stablecoins, then this is a means of payment according to the parties' agreement and also a price in the individual case.

*c) Remote communications* If stablecoins are offered for issuance on websites and there is otherwise no contact between the parties, the requirement of means of distance communication in the meaning of Section 312c(2) BGB is met. The same applies if trading takes place via app- or web-based exchanges.

*2. Exclusion of the right of withdrawal according to Section 312g(2)(8) BGB* For most financial services, Section 312g(2)(8) BGB stipulates an exclusion of the right of withdrawal.

*a) Contract for the supply of goods or the provision of services including the provision of financial services* Stablecoins are tokenizations on a blockchain. They exist only in a database and are thus not physical objects, so they are neither things nor goods within the meaning of Section 241a(1) BGB. Consequently, the parties do not conclude a contract for the supply of goods during primary or secondary acquisition. Since the creation of new tokens is a contract to produce a work pursuant to Section 631(2) BGB and a commercial activity within the meaning of Art. 57(2)(a) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the parties conclude a contract for the provision of services. In contrast to the primary acquisition, a purchase agreement within the meaning of Sections 453(1)(1) and 433(1) BGB exists for the secondary acquisition. Such a purchase agreement fulfills the requirements of a service within the meaning of Art. 57(2)(a) TFEU in connection with Art. 3(1)(16)(c)-(g) MiCAR. Since stablecoins are primarily used to make payments, both the primary and secondary acquisition constitute a financial service within the meaning of Section 312(5)(1) BGB. This result is confirmed by recital 79 of the Preamble to MiCAR, according to which crypto-asset services are to be considered financial services within the meaning of Directive 2002/65/EC.

*b) Dependence on fluctuations* The consumer should not be granted a right of withdrawal that they exercise in the event of unfavorable price developments and does not exercise in the event of book profits.<sup>49</sup> However, the situation with stablecoins is complex.

*(aa)* One view is based on the assumption that currency tokens, like foreign exchange trading and, moreover, trading in volatile cryptocurrencies on the financial markets, are subject to fluctuations, and for this reason the right of withdrawal is excluded.<sup>50</sup> The BGH has ruled that the price of the contractual object is subject to market fluctuations even if the underlying asset indirectly influencing the market price is itself subject to fluctuations on the financial market.<sup>51</sup> Since stablecoins reflect a currency that is subject to fluctuations compared to other currencies, the price of the token is dependent on market fluctuations. Furthermore, stablecoins do not represent a nominal value as their price is based on market developments.<sup>52</sup>

*(bb)* On the other hand, it can be argued that the comparison with foreign exchange trading shows the significant difference between these two financial instruments. In foreign exchange trading, market participants speculate on price gains or losses by buying or selling state-recognized currencies. However, this always involves comparing two currencies whose values may develop differently. The market price here indicates how much one currency is worth in comparison to another currency. Due to the different economies behind a state-recognized currency, there can be exchange rate gains or losses in comparison to the referenced currency. However, when mapping a currency, the same economy stands behind both the mapped currency and the referenced currency. Both develop in the same way compared to a third currency. In comparison to each other, no significant exchange rate gains or losses can be determined in the long term. Another argument would be the example of the gold ring, which is excluded from the scope of Section 312g(2)(8) BGB, although its price is also subject to fluctuations on the financial market.<sup>53</sup> The BGH argued that such transactions are not speculative in nature and that other value-forming factors play a role in the formation of the price.<sup>54</sup> However, the same would have to apply to stablecoins, since transactions involving them do not have a speculative character as users do not acquire them for profits but rather for utility reasons.

*(cc)* If the first view is adopted, the right of withdrawal is excluded, since the presence of financial market dependent fluctuations means that all requirements of Section 312g(2)(8) BGB are met. If, on the other hand, the second view, which is preferred here, is followed, Section 312g(2)(8) BGB does not exclude the right of withdrawal. Subsequently, the question arises how the right of withdrawal competes with a right of redemption under Arts 39(1) and 49(2)–(4) MiCAR.<sup>55</sup>

*c) Legal consequences* Pursuant to Section 355(1)(2) BGB, the recipient of the exercised right of withdrawal is the trader. Not only the exercise, but the existence of the right of withdrawal has far-reaching legal consequences for both parties. If the consumer is not correctly informed about the right of withdrawal according to Section 356(3)(1) BGB, Art. 246a Section 1(2)(1) of the Introductory Act to the German Civil Code (EGBGB), the withdrawal period of 14 days does not begin. As a

<sup>47</sup>Wendehorst, in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (eds), *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 2 and 3 (C.H.BECK 9th edn. 2022) § 312 para 39; Recital 23 Digital Content Directive; BT-Drucksache 19/27653, 35, [dserver.bundestag.de/btd/19/276/1927653.pdf](https://dserver.bundestag.de/btd/19/276/1927653.pdf) (accessed 26 January 2023).

<sup>48</sup>Wendehorst (n 48), § 312 para 40.

<sup>49</sup>Wendehorst (n 48), § 312g para 11.

<sup>50</sup>Grüneberg, in Grüneberg/Ellenberger/Götz (eds) *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 312g para 11; Maume, *Rechtshandbuch Kryptowerte* (n 37), ch 8 para 53.

<sup>51</sup>BGH NJW 2013, 1223.

<sup>52</sup>Broemel, 'Regulating Virtual Currencies' in Kettemann/Peukert/Spiecker gen. Döhmann (eds), *The Law of Global Digitality* (Routledge 2022), 215, [library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/57619/1/9781000603767.pdf](https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/57619/1/9781000603767.pdf) (accessed 26 January 2023).

<sup>53</sup>Wendehorst (n 48), §312g para 41.

<sup>54</sup>BGH NJW 2013, 1223.

<sup>55</sup>See D. IV. 2.

result, consumers can withdraw from their declaration of intent for up to one year and 14 days. According to Section 357(3)(1) BGB, the consumer will recover the deposit provided as consideration.

Furthermore, the information requirements pursuant to Sections 312d-312f BGB apply. Section 312j BGB requires business transactions with consumers, issuers and central trading places to provide further information on their websites. Failure to comply with information requirements may result in claims for damages under Sections 280(1), 241(2) and 311(2) BGB or the voidability of the contract under Sections 119 seqq, 142-143 BGB, whereby it will be difficult for the consumer to prove the causality of the damage.<sup>56</sup>

### *III. No application of the law on consumer contracts for digital products and the sale of goods consumer law*

The provisions on digital content pursuant to Sections 327 seqq BGB are not applicable to stablecoins due to the absence of characteristic of a digital product, since their sole purpose as digital representations of a value is to serve as a payment method, and therefore they are not considered as digital content or digital service themselves.<sup>57</sup> Since crypto-assets do not constitute movable things, the provisions on the sale of consumer goods according to Sections 474 seqq BGB do not apply.<sup>58</sup>

## **D. Effective consumer protection through MiCAR?**

The EU is considered the most important driver of consumer protection standards and has issued a comprehensive set of regulations since 1970.<sup>59</sup> With regard to the regulation of blockchain technology, the European Commission has launched a number of legislative projects as part of its package on the digitalization of the financial sector.<sup>60</sup> Key parts of this package are the DLT Pilot Regime, the Digital Operational Resilience Act, the Transfer of Funds Regulation, and MiCAR, which, as the centerpiece of the package, contains a number of consumer protection provisions.

### *I. Is there an alternative to MiCAR with regard to consumer protection?*

During the legislative process for MiCAR, different approaches to the regulation of crypto-assets, markets and crypto-asset service providers were discussed. Those ranged from regulating stablecoins under Directive 2009/110/EC (E-Money Directive) to a de facto ban of stablecoins. The European legislator has given preference to full harmonization over opt-in regulations regarding crypto-asset service providers. A decisive point was the protection of investors, which was to be better ensured by full harmonization.<sup>61</sup> Also discussed were options in the context of regulating cryptocurrencies, which are considered financial instruments as defined by MiFID II.<sup>62</sup> There were three main options for stablecoins: 1) specific legislation to address the risks posed by stablecoins; 2) regulation of stablecoins under the E-Money Directive; and 3) measures to limit the use of stablecoins within

the EU. The option of creating a new category of “cryptocurrencies” in the list of financial instruments in Annex I C MiFID II was rejected, although this would have been a time-saving and target-oriented option, if only because of the similarity of financial instruments under MiFID II and stablecoins.<sup>63</sup>

The Commission chose a mixture of options 1 and 2 for MiCAR, with option 1 being the most preferable measure in the impact assessment for achieving the objectives, including consumer protection.<sup>64</sup> Nevertheless, option 3 offered consumer protection and market integrity benefits compared to no legislative action.<sup>65</sup> It is possible that the risks in terms of financial stability, monetary policy and currency sovereignty would outweigh the benefits for consumers, namely making cheap, global and efficient payments, as consumers in the EU already enjoy these benefits through SEPA.<sup>66</sup> However, the overall picture indicates that a ban on stablecoins in the EU would lead to negative effects for users. In addition to missing EU objectives such as promoting innovation in the financial sector, investors would be forced to use third-country offerings on the grey market and expose themselves to avoidable risks due to a lack of offerings.<sup>67</sup> As a result, consumers would face fraud, cyber risks and misinformation with no protection under European law if they rely on offers from third countries.<sup>68</sup> A stablecoin ban offers consumer protection benefits only if merely the private issuance is limited. As soon as a government institution such as the ECB assumes the role of issuer and offers consumers payment benefits as well as limiting the risks for consumers, the consumer protection benefits could outweigh those of options 1 and 2. The prerequisite for this is that the ECB strives to adopt this role, which is not the case at present.<sup>69</sup>

<sup>56</sup>Wendehorst (n 48), § 312i paras 108, 109.

<sup>57</sup>Recital 23 Digital Content Directive.

<sup>58</sup>Grunewald, in Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (eds), *Kommentar zum BGB*, (Dr. Otto Schmidt 16th edn. 2020) § 474 para 3.

<sup>59</sup>Alexander, *Verbraucherschutzrecht* (C.H.BECK 2015), ch.1 para 2; Valant, *Verbraucherschutz in der EU: Übersicht über die Politik* (European Parliamentary Research Service 2015) PE 565.904, 5, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/565904/EPRS\\_IDA\(2015\)565904\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/565904/EPRS_IDA(2015)565904_EN.pdf).

<sup>60</sup>Hirzle/Hugendubel, ‘Die Entwicklung des Kryptorechts im Jahr 2022’ (2022) vol 22 BKR 821, 821.

<sup>61</sup>European Commission (n 30), 32-34, 44.

<sup>62</sup>European Commission (n 30), 35 ff, 45-51.

<sup>63</sup>European Commission (n 30), 39, 95; Securities and Markets Stakeholder Group (ESMA), ‘Advice to ESMA: Own Initiative Report on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets (ESMA22-106-1338)’ (2018), paras 47, 48, [www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma22-106-1338\\_smsg\\_advice\\_-\\_report\\_on\\_icos\\_and\\_crypto-assets.pdf](http://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma22-106-1338_smsg_advice_-_report_on_icos_and_crypto-assets.pdf) (accessed 26 January 2023).

<sup>64</sup>European Commission (n 30), 56.

<sup>65</sup>European Commission (n 30), 57.

<sup>66</sup>European Commission (n 30), 55.

<sup>67</sup>Maume, ‘Die Verordnung über Märkte für Kryptowerte (MiCAR): Stablecoins, Kryptodienstleistungen und Marktmissbrauchsrecht’ (2022) vol 2 RDi, 497, 505; European Commission, 57.

<sup>68</sup>European Commission (n 30), 56.

<sup>69</sup>Although the ECB is working on a digital euro. The project is currently in its investigation phase; Brauneck, ‘Die verfehlte Rolle der EZB bei der EU-Regulierung von Kryptowerten durch MiCA’ (2022) vol. 2 RDi, 10, 10, 12, 14.

## II. Coexistence of MiCAR and other consumer protection regimes

The objective of MiCAR is to create a single Union framework for crypto assets, markets and crypto-asset service providers as well as promote alternative payment methods and minimize crypto-specific risks.<sup>70</sup> MiCAR includes regulations on previously unregulated instruments. E-money supervised under the E-Money Directive, financial instruments regulated under MiFID II and central banks with their plans on a digital euro are excluded from the material or personal scope of application.<sup>71</sup> Likewise, legal protection is not excluded from other consumer protection instruments. This follows from recital 37 of the Preamble to MiCAR, according to which the right of withdrawal pursuant to Directive 2002/65/EC is excluded if there is a right of withdrawal under Art. 13 MiCAR. Vice versa, other regulations apply in addition to MiCAR.<sup>72</sup> A primacy of MiCAR due to *lex specialis* is not justified in the context of effective consumer protection. This is confirmed by the legislative process of Directive (EU) 2023/2673.<sup>73</sup> In the EU Commission's proposal, the right of withdrawal under national law was supposed to be excluded.<sup>74</sup> In the adopted act, there is no such exclusion. Therefore, the historical as well as the teleological interpretation support the coexistence of both consumer protection regimes, even if certain rights overlap.

## III. Systematics of MiCAR

Titles III and IV MiCAR are most relevant for consumers, as they impose comprehensive requirements on issuers of stablecoins to protect consumers and to ensure system stability. The classification of stablecoins is based on Art. 3(1)(5)–(7) MiCAR.

1. *Categorization of stablecoins in MiCAR* According to Art. 3(1)(5) MiCAR, crypto-assets are a digital representation of a value or a right which may be transferred or stored electronically using distributed ledger technology or similar technology. Furthermore, MiCAR distinguishes between three categories: electronic money token (EMT), asset-referenced token (ART) and crypto-assets that are not EMT or ART.

According to Art. 3(1)(7) MiCAR, EMT means a type of crypto-asset that purports to maintain a stable value by referencing the value of one official currency. Most stablecoins fall under this category. Pursuant to Art. 3(1)(6) MiCAR, ART means a type of crypto-asset that is not an EMT and that purports to maintain a stable value by referencing another value or right or a combination thereof, including one or more official currencies. In practice, this means most stablecoins that are not considered as EMT. As recital 41 of the Preamble to MiCAR states, algorithmic stablecoins can either be EMT or ART as long as they fulfill the category's requirements. If not, they will be treated as crypto-assets under Title II.

2. *Admission requirement of issuers* ART and EMT require authorization in order to be traded on public platforms (Art. 16(1) and 48(1) MiCAR). While only a registered office of the issuing company in the EU is required for the authorization of the issuance of ART, the authorization

for the issuance of EMT even requires an authorization as a credit institution or as an e-money institution within the meaning of the E-Money Directive. The regulation of EMT issuers basically aligns with the requirements for credit institutions. A license can be dispensable due to the requirement of proportionality if the token does not exceed certain size benchmarks (e.g. Art. 16(2) MiCAR). The requirement of establishment in the EU facilitates the judicial as well as extrajudicial pursuance of consumer protection. In the absence of an addressee of a regulatory measure, MiCAR is not applicable to decentralized services.<sup>75</sup>

## IV. Consumer protection through retail holder protection?

MiCAR has set itself the objective of providing a legal framework to promote the protection of private holders on markets for crypto-assets.<sup>76</sup> Particular attention was paid to ensuring protection in the case of stablecoins, as these can be very popular among users as a means of transfer or payment.<sup>77</sup> Accordingly, the most important means for achieving this objective is to compensate for the information deficit. During the legislative process of MiCAR, the term "consumer" has been replaced by "retail holder". In this way, MiCAR aligns the terminology with other regulations in the financial sector such as MiFID II or the Prospectus Regulation 2017/1129, in which the term consumer cannot be found either. However, the relevant provisions of MiCAR materially constitute consumer protection law and the definition of private holder under Art. 3(1)(37) MiCAR is the same as that of the consumer in previous versions of MiCAR and under Art. 2(1) of the Consumer Rights Directive 2011/83/EU.

1. *Provision of information* One of the most important consumer protection instruments is the provision of information, so that private investors can make decisions based on reliable information. MiCAR implements this objective through the requirement to publish a white paper, the regulation of marketing communications and the obligation to act honestly, fairly and professionally in the best interest of holders.

a) *Obligation to publish a white paper* In order for stablecoins to be offered to the public, the issuers of ART or EMT must publish a white paper. This results

<sup>70</sup>Patz, 'Überblick über die Regulierung von Kryptowerten und Kryptodienstleistern' (2021) vol 21 BKR 725, 733.

<sup>71</sup>Baur, 'MiCA („Regulation on Markets in Crypto-Assets“) - Ein europäischer Rechtsrahmen für Kryptowerte kommt' (2021) jurisPR-BKR; Patz (n 70), 736.

<sup>72</sup>Maume, 'Die Verordnung über Märkte für Kryptowerte (MiCAR). Zentrale Definitionen sowie Rechte und Pflichten beim öffentlichen Angebot von Kryptowerten' (2022) vol 2 RDi 461, 468.

<sup>73</sup>Directive (EU) 2023/2673 of the European Parliament and of the Council of 22 November 2023 amending Directive 2011/83/EU as regards financial services contracts concluded at a distance and repealing Directive 2002/65/EC (2023).

<sup>74</sup>Art. 16b(2)(a) of the EU Commission's Procedure 2022/0147 stated that the right of withdrawal does not apply to crypto-assets as defined in Art. 3(1)(2) MiCAR (Art. 3(1)(5) MiCAR in the adopted act).

<sup>75</sup>Hirzle/Hugendubel (n 61), 825.

<sup>76</sup>Recital 5 of the Preamble to MiCAR.

<sup>77</sup>Recitals 5 and 40 of the Preamble to MiCAR.

for ART from Art. 17(1)(a) MiCAR and for EMT from Art. 48(1)(b) MiCAR

(aa) *Content* The content of the white paper for ART is based on Art. 19, Annex II MiCAR. Pursuant to this, the published file must contain information, among others, about the issuer and the token to be issued as well as the risks and the reserve of assets. According to Art. 19(4) MiCAR, issuers must add a statement on the document which clearly and unambiguously states that ART may lose value, may not always be transferable and liquid and are not covered by the investor compensation schemes under Directive 97/9/EC and the deposit-guarantee schemes according to Directive 2014/49/EU. Pursuant to Art. 19(2) MiCAR, these disclosures shall be fair, clear and not misleading in any way. To ensure that the most relevant points are quickly apparent to consumers, the detailed information must be preceded by a summary. This in particular shows that the white paper is supposed to mitigate the information deficit consumers face. Significant changes must be reported to the competent authorities in accordance with Art. 25(1) MiCAR. The content of the white paper for EMT is based on Art. 51, Annex III MiCAR and substantially corresponds to the requirements for ART.

(bb) *No strict liability and standard of liability* Art. 26 MiCAR for ART and Art. 52 MiCAR for EMT order the liability of issuers for damages of holders due to incomplete, unfair or unclear as well as misleading information. In addition to the issuer, the members of the management board are also liable. However, a fault standard is not included in Arts 26 and 52 MiCAR. But this does not result in strict liability.<sup>78</sup> Rather, a comparison with other financial market regulations should be performed, according to which strict liability appears to be out of system, since the European legislator often leaves it to the national legislator to establish a standard of fault.<sup>79</sup> Therefore, issuer liability should be limited to negligent or grossly negligent breaches of duty, depending on the respective national standards of fault.<sup>80</sup> However, this is contrary to the will of the European Legislator to adopt a fully harmonized regulation. Civil liability under national law remains unaffected in accordance with Arts 26(5), 52(5) MiCAR. Claims for damages under Sections 280(1), 311(2), 241(2) BGB as well as Sections 823 seqq BGB can therefore be asserted side by side with claims pursuant to MiCAR.

For courts to assess if an issuer or members of the management board have violated white paper regulations, it is necessary to determine which perspective violations are to be judged from. The Prospectus Regulation, which is comparable to MiCAR and, in particular, to the white paper regulations, can provide a point of reference. According to this, the determination of whether a misstatement has occurred is based on the recipient's horizon.<sup>81</sup> Initially, one could take the position that the assessment is made from the point of view of an expert.<sup>82</sup> In addition, there are opinions that assess this from the point of view of a reasonable investor<sup>83</sup> as well as the perspective of an uninformed layperson.<sup>84</sup>

Correctly, the determination of the degree of liability should depend on the group of investors to which the issuer is addressing the information.<sup>85</sup> Since MiCAR intends to protect the retail holder rather than the

consumer, information provided by the issuer in the context of stablecoin offerings violates the regulation if it is misleading or misunderstandable to the average retail holder, rather than the average consumer. According to the case-law of the BGH, the average investor can read a balance sheet, but is not necessarily familiar with the language used in initiated circles.<sup>86</sup> The average consumer, on the other hand is considered less educated in the financial sector compared to the average investor.<sup>87</sup> Among other things, the change of term professionalizes the language requirements for the white paper. This has the effect of reducing consumer protection if the average consumer does not understand the information and then makes incorrect decisions based on this lack of information. Companies could exploit this to conceal risks in complex formulations. It remains to be seen how the standard of liability will develop and to which extent this is due to the change in MiCAR's concept from consumer to retail holder.

b) *Regulation of marketing communications including liability* The provision of a white paper is complemented by the regulation of marketing communications. According to Art. 29(1) MiCAR, marketing communications on ART shall be fair, clear and not misleading. In addition, the information shall be consistent with the contents of the white paper, refer to it and may only be distributed after the white paper has been published. The same applies to EMT within the meaning of Art. 53 MiCAR, whereby the marketing communications must be supplemented by an unambiguous statement that the holders have a right to return their tokens at par value at any time.

c) *Commitment to act in the best interest of the holders* According to Art. 27 MiCAR, issuers of stablecoins are obliged to act honestly, fairly and professionally and communicate to (potential) holders in a fair, clear and not misleading manner. There is no parallel provision for EMT, although it should be mentioned here that issuers of EMT must fulfill the requirements pursuant to Titles II and III of the E-Money Directive by reference

<sup>78</sup>Zickgraf, 'Primärmarktpublizität in der Verordnung über die Märkte für Kryptowerte (MiCAR) – Teil 2' (2021) vol 21 BKR 362, 368; Maume, 'Verordnung über Märkte für Kryptowerte. Part 1, p. 467.

<sup>79</sup>Maume, 'Die Verordnung über Märkte für Kryptowerte (MiCAR). Zentrale Definitionen sowie Rechte und Pflichten beim öffentlichen Angebot von Kryptowerten' (2022) vol 2 RD, 461, 467.

<sup>80</sup>Maume, 'Die Verordnung über Märkte für Kryptowerte (MiCAR). Zentrale Definitionen sowie Rechte und Pflichten beim öffentlichen Angebot von Kryptowerten' (2022) vol 2 RD, 461, 467.

<sup>81</sup>König, *Anlegerleitbilder und Anlegerschutz im Kapitalmarktrecht* (in Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (AGK), vol 200 2022), 74.

<sup>82</sup>LG Düsseldorf BeckRS 1980, 1722.

<sup>83</sup>Bauerschmidt, 'Die Prospektverordnung in der europäischen Kapitalmarktunion' (2019) vol 19 BKR 324, 331.

<sup>84</sup>Wunderlich, 'Haftungsfragen im Zusammenhang mit öffentlich angebotenen Vermögensanlagen' (1975) vol 13 DSTR, 688, 690.

<sup>85</sup>Assmann/Kumpan, *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, (Assmann/Schütze/Buck-Heeb 5th edition 2020), ch 5 para 139.

<sup>86</sup>BGH NJW 1982, 2823.

<sup>87</sup>Koppensteiner, 'Verbraucherleitbilder bei der Bewerbung von Kapitalanlagen' in Alexander/Bornkamm/Buchner et al. (eds) *Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag* (C.H.Beck 2014), 376.

to Art. 48(3) MiCAR and are thus obliged to act in a trustworthy manner.

2. *Right of redemption* As stablecoins will be ART or EMT, retail holders who acquire stablecoins will not have a right of withdrawal pursuant to Art. 13 MiCAR. Instead, Art. 39(1) MiCAR provides holders of ART with a redemption right against the issuer or the trustee of the reserve assets at any time. According to Art. 39(2) MiCAR, the respective issuer is obliged to take back the issued tokens against payment of money or against return of the deposited assets at market value. Holders of EMT have a redemption claim at par value under Art. 49(2)–(4) MiCAR. The major advantage of a right of redemption compared to the right of withdrawal under German consumer contract law is the unlimited period of enforcement as the right of redemption is not limited to 14 days. However, as Arts 39(1) and 49(2)–(4) MiCAR state, this right of redemption is to be exercised against the issuer of the respective token or the trustee of the assets only. The recipient of a right of withdrawal on the other side is the trader according to Section 355(1)(2) BGB. While this can be the issuer in the case of primary acquisition, it will be the operator of the exchange in the event of acquisition via a centralized exchange. Since both rights to alter the legal relationship coexist, consumers can choose if they prefer to exercise the right of withdrawal according to Sections 355(1), 312g(1) and 312c BGB against the operator or if they give preference to the redemption right pursuant to Art. 39(1), respectively Art. 49(2)–(4) MiCAR.

## E. Evaluation and outlook

MiCAR constitutes an attempt to prevent Libra or Diem and a response to other cryptocurrency projects by big tech companies.<sup>88</sup> Moreover, the legislative process overlapped with the highly dynamic development of the still emerging market for stablecoins.<sup>89</sup> The most relevant consumer protection instruments under MiCAR are the obligation to publish a white paper as well as the white paper liability and the right of redemption. The latter is supposed to complement and improve the right of withdrawal under German consumer protection law. This is not contradictory to other financial markets regulation, because the market for stablecoins involves risks and opportunities different from those in markets for typical financial products. Particular attention is to be paid to the gradual decline of consumer protection. While earlier drafts of MiCAR listed consumer protection as one of the main objectives, the final draft as well as the adopted act already contained significantly fewer references to consumer protection. Instead, the objective of consumer protection got replaced by retail holder protection. There may be consequences with regard to the wording of the white paper and potential claims against the issuer and the members of its management boards arising from false information. Furthermore, this linguistic alignment to other financial markets regulations reveals the European legislator's view of stablecoins mainly as an investment asset and not as a means of payment.

Recent events and scandals surrounding the Terra-Luna crash may signal the rock bottom of an otherwise promising technology. After all, Gartner's hype cycle, a

model that shows the typical progression of an emerging technology towards market adaption,<sup>90</sup> also states that the phase of fading interest is followed by the slope of enlightenment,<sup>91</sup> a phase in which the technology can prove its potential. It remains to be seen whether stablecoins will use their potential to turn the financial system upside down and establish a third layer in making payments alongside cash payments and wire transfers or whether they will end up as a gimmick after the hype about them fades.

<sup>88</sup>Meier/Kotovskaia, 'Das Machtpotenzial der Kryptowährungen von BigTechs: Finanzmarktregulatorische, währungs- und wettbewerbsrechtliche Problemstellungen' (2021) vol 21 BKR, 348-350, 355.

<sup>89</sup>Brauneck, 'Zur heiklen Rolle des Emittenten in der EU-Regulierung von Kryptowerten durch MiCA' (2022) vol 76 WM 1258, 1258.

<sup>90</sup>Steinert/Leifert (n 2), 255.

<sup>91</sup>Steinert/Leifert (n 2), 256.



# Soll das bloße Anlegen von Feindeslisten strafbar sein?

## § 126a StGB auf dem Prüfstand

Marcel Grosser\*

### ZUSAMMENFASSUNG

Mit dem am 22. September 2021 neu in Kraft getretenen § 126a StGB, der nun explizit das Anlegen von Feindeslisten unter Strafe stellt, sollen Menschen (noch) besser gegen Hass und Hetze im Internet geschützt werden. So legitim diese Intention auch ist, drängt sich gleichsam die Frage auf, ob diesem Phänomen wirkungsvoll mit dem Strafrecht entgegen werden kann und aus rechtsstaatlicher Perspektive überhaupt werden darf. Unter dieser Prämisse wird kritisch eruiert, ob und inwiefern sich § 126a StGB in das dogmatische Gerüst des Strafrechts einordnen lässt. Dabei ist § 126a StGB dem modernen Präventionsstrafrecht zuzuordnen. Dieses verfolgt den Ansatz, durch eine Vorverlagerung der Strafbarkeit das Strafrecht als funktionales Mittel zur Erhöhung des Sicherheitsgefühls zu instrumentalisieren. Nach der Bewertung der tatsächlichen Bedrohungslage wird der Handlungsunwert der Verbreitung von Feindeslisten analysiert. Daneben werden weitere Grenzen der strafrechtlichen Vorverlagerung beleuchtet, namentlich die fundamentalen Prinzipien des Tatstrafrechts, des Bestimmtheitsgebots und des Ultima-Ratio-Grundsatzes, an denen sich § 126a StGB messen lassen muss.

**Keywords** Feindeslisten; §126a StGB; Verbreiten personenbezogener Daten

### A. Einleitung

Feindeslisten – allein dieser Terminus suggeriert schon eine gewisse Drohkulisse. Darunter werden Zusammenstellungen von persönlichen Daten einzelner oder mehrerer Personen verstanden, welche – vornehmlich über das Internet – verbreitet werden und häufig mit subtilen Aufrufen, wie etwa XY „könne ja mal Besuch bekommen“, versehen sind.<sup>1</sup> Solche Feindeslisten mit aufgeführten Personen aus Politik, Zivilgesellschaft und Journalismus, wie etwa der ehemalige Kasseler Regierungspräsident Walter Lübcke, der in der Nacht vom 02. Juni 2019 von Stephan E. ermordet wurde,<sup>2</sup> werden bereits seit längerer Zeit von politisch extremen Gruppen für den „Tag X“ geführt.<sup>3</sup> Die Verbreitung von Feindeslisten war bislang jedoch nur in Ausnahmefällen strafbar, weil es bei potenziell einschlägigen Straftatbeständen regelmäßig an einem hinreichend konkreten deliktischen Sinnbezug mangelte.<sup>4</sup> In Reaktion auf diese (vermeintliche) Strafbarkeitslücke ist § 126a StGB durch das Gesetz zur Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen Feindeslisten am 22. September 2021 in Kraft getreten, der nunmehr das „gefährdende Verbreiten personenbezogener Daten“ unter Strafe stellt.<sup>5</sup>

### B. § 126a StGB – besserer strafrechtlicher Schutz oder strafprozessuales Instrument zur Intervention gefahrgeneigter Geschehensabläufe?

Ob § 126a StGB tatsächlich – wie intendiert – zu einem erhöhten strafrechtlichen Schutz führen kann oder sich als bloßer Initiator für strafprozessuale Mittel zur frühzeitigen Intervention gefahrgeneigter Geschehensabläufe entpuppt, wird sich bei genauerer Betrachtung zeigen.

#### I. § 126a StGB als „Vorbereitungsdelikt“

§ 126a StGB zielt auf die Strafbewehrung der öffentlichen Verbreitung personenbezogener Daten<sup>6</sup> gebündelt in Form einer sogenannten Feindesliste, sofern diese Verbreitung *geeignet* und nach den Umständen *bestimmt* ist, die aufgelistete oder eine ihr nahestehende Person der Gefahr eines Verbrechens oder gegebenenfalls eines Vergehens auszusetzen.<sup>7</sup> Der Straftatbestand soll – so der Gesetzesentwurf – dem verbesserten strafrechtlichen Schutz der allgemeinen Rechtssicherheit und des friedlichen Zusammenlebens der Bürger dienen und das Vertrauen auf den

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität in Frankfurt am Main. Er befindet sich derzeit in der Vorbereitung auf das erste juristische Staatsexamen und arbeitet nebenher als Werkstudent in einer Strafrechtsboutique.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Grosser, Soll das bloße Anlegen von Feindeslisten strafbar sein? - § 126a StGB auf dem Prüfstand, FraLR 2024 (01), S. 38-45. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.83614>

<sup>1</sup>BT-Drs. 19/28678, S. 1.

<sup>2</sup>Stephan E. wurde für die Tat rechtskräftig wegen Mordes verurteilt, siehe BGH BeckRS 2022, 29364.

<sup>3</sup>Beukelmann, NJW-Spezial 2021, 248.

<sup>4</sup>BT-Drs. 19/28678, S. 8.

<sup>5</sup>BT-Drs. 19/28678, S. 1 f.

<sup>6</sup>Gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO sind darunter alle Informationen zu verstehen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen.

<sup>7</sup>Heger in Lackner/Kühl et al., StGB, § 126a Rn. 1 f.

Erhalt dieses Zustands schützen.<sup>8</sup> Schutzgut des § 126a StGB ist demnach der öffentliche Friede.<sup>9</sup>

Der Friedensstörungstatbestand ist als *potenzielles Gefährdungsdelikt* ausgestaltet. Dabei handelt es sich um eine Untergruppe der abstrakten Gefährdungsdelikte mit der konkretisierenden, normativen Einschränkungsklausel in Form der *Eignung*.<sup>10</sup> Es kommt somit nicht auf den Eintritt und erst recht nicht auf die Realisierung der Tatbegehungsgefahr an. Vielmehr genügt die potenzielle Gefahr einer Tatbegehung durch einen Dritten auf Grundlage der veröffentlichten Feindesliste.<sup>11</sup> Damit ist § 126a StGB als sogenanntes Vorbereitungsdelikt zu charakterisieren. Ein solches zeichnet sich gerade dadurch aus, dass eine Verhaltensweise kriminalisiert wird, die für sich genommen keinen unmittelbaren (Teil-)Beitrag zur versuchten oder vollendeten Schädigung des in Frage stehenden Interesses leistet, sondern lediglich eine Situation schafft, auf die zu deliktischen Zwecken aufgebaut werden kann.<sup>12</sup>

## II. Präventionsstrafrecht – funktionales Mittel zur Erhöhung des Sicherheitsgefühls

Aufgrund der damit einhergehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit ist § 126a StGB folglich dem Präventionsstrafrecht zuzuordnen. Das Präventionsstrafrecht rechtfertigt dabei sowohl die Androhung als auch die Verhängung von Strafe mit der Verhinderung künftiger Straftaten, wohingegen im klassischen repressiven Schuldstrafrecht allein die Tatsache der schuldhaften Tatbegehung als Begründung und Rechtfertigung der Strafe genügt.<sup>13</sup> Das tradierte Konzept strafrechtlicher Sanktionen sieht dabei vor, dass die Androhung einer solchen ein „Unlustgefühl“ bei einem potenziellen Straftäter hervorruft und dieser hierdurch bereits im Vorfeld von der Straftatverwirklichung abgehalten werden soll.<sup>14</sup> Insofern erscheint es zur Verhinderung potenzieller Straftaten zweckmäßig, eine solche Verhaltenssteuerung frühzeitig durch eine umfassende Strafbewehrung von bloßen Vorbereitungshandlungen vorzunehmen. Hinter dem Präventionsstrafrecht verbirgt sich jedoch – insbesondere vor dem Hintergrund der nach wie vor nur geringen tatsächlich erreichten Verhaltenskonformität durch Androhung von Strafe<sup>15</sup> – vielmehr ein strafprozessualer Ansatz. Das Vorbereitungsstrafrecht wird überwiegend als Vehikel zum Einsatz strafprozessualer (Zwangs-)Maßnahmen genutzt, die neben dem Ziel der Aufklärung eines konkreten strafrechtlich relevanten Sachverhalts zunehmend auch die Aufdeckung von Strukturen und einen milieubezogenen Erkenntnisgewinn zum Ziel haben.<sup>16</sup> Je weiter dabei die materielle Norm eine Strafbarkeit im Vorfeld definiert, desto früher können Ermittlungsbehörden bei Vorliegen eines Anfangsverdachts im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO entsprechende Ermittlungsmaßnahmen einleiten und potenziell geplante Straftaten bereits in der Anbahnungsphase erfolgreich verhindern. Damit soll der Eintritt einer Rechtsgutsverletzung durch eine strafrechtlich initiierte, aber strafprozessual bewirkte Intervention gefahrgeneigter Geschehensabläufe verhindert werden.<sup>17</sup>

## 1. Voraussetzungen für die Vorverlagerung der Strafbarkeit

Wegen der zahlreichen Sicherungen und Garantien, die mit dem Strafrechtsregime einhergehen – wie etwa die verfassungsrechtlich in Art. 103 Abs. 2 GG gewährte und in § 46 Abs. 1 StGB verankerte Beschränkung des Strafrechts auf schuldhaft verwirklichtes Unrecht – ist ein als Strafrecht etikettiertes Gefahrenabwehrrecht rechtsstaatlich jedoch unhaltbar.<sup>18</sup> Denn schon aus dem Identitätskern unserer Verfassung entspringt das Verbot der Degradierung eines Menschen zum bloßen Objekt staatlicher Ziele (Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>19</sup> Insofern muss es sich bei dem kriminalisierten Verhalten einer Vorfeldstrafbarkeit auch beziehungsweise gerade trotz des legitimen Ziels der Prävention um strafwürdiges Unrecht handeln und auch allgemeine Grundprinzipien des Strafrechts müssen penibel eingehalten werden.<sup>20</sup>

a) *Feindeslisten – eine ernstzunehmende Bedrohung für den öffentlichen Frieden?* Abstrakten Gefährdungsdelikten ist inhärent, dass sie nicht die Verletzung oder konkrete Gefährdung eines Rechtsguts pönalisieren, sondern an eine mutmaßliche Gefährlichkeit eines Verhaltens anknüpfen. Deshalb bedarf es zur Legitimation eines solchen zunächst einer *berechtigten* Sorge der Gefährlichkeit des inkriminierten Verhaltens.<sup>21</sup> Bei der Verbreitung personenbezogener Daten besteht die Sorge darin, dass sich diese schädlich auf den Meinungspluralismus und damit auf die Demokratie auswirken, indem ein Klima der Angst entstehe.<sup>22</sup> Es wird angenommen, dass die Verbreiter einer solchen Liste darauf abzielen, betroffenen Personen und der Öffentlichkeit die subtile Botschaft zu vermitteln, dass diese schutzlos seien und infolgedessen Opfer einer Straftat werden sollen.<sup>23</sup> Das könne dazu führen, dass sich die Betroffenen weder in der realen noch in der virtuellen Welt fortan unbefangen bewegen werden.<sup>24</sup>

<sup>8</sup>BT-Drs. 19/28678, S. 2.

<sup>9</sup>Die h.M. versteht darunter den Zustand eines von der Rechtsordnung gewährleisteten, frei von Furcht voreinander verlaufenden Zusammenlebens der Bürger und das Vertrauen mindestens einer nicht unbeträchtlichen Personenzahl in der Bevölkerung, in die Fortdauer dieses Zustands, siehe Heger in Lackner/Kühl et al., StGB, § 126 Rn. 1 mwN.

<sup>10</sup>Fischer, StGB, § 126 Rn. 7.

<sup>11</sup>Eschelbach in Kindhäuser/Neumann et al., StGB, § 126a Rn. 25.

<sup>12</sup>Siehe ausführlich Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 328.

<sup>13</sup>Kaspar in Brunhöber (Hrsg.), Strafrecht im Präventionsstaat, S. 61.

<sup>14</sup>Weißer, JZ 2008, 388 (393).

<sup>15</sup>Albrecht, Diskurs 1995, 15 (21).

<sup>16</sup>Kritisch hierzu Puschke, StV 2015, 457.

<sup>17</sup>So auch Singelstein in Brunhöber (Hrsg.), Strafrecht im Präventionsstaat, S. 49.

<sup>18</sup>So auch Sieber, NStZ 2009, 353 (357) mwN.

<sup>19</sup>Zur Objektformel eindrücklich BVerfGE 30, 1 (25 f., 39 ff.).

<sup>20</sup>Zöller, Terrorisiusstrafrecht, S. 585.

<sup>21</sup>Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 287; Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, S. 288 f.

<sup>22</sup>BT-Drs. 19/28678, S. 1 f., 8.

<sup>23</sup>BT-Drs. 19/28678, S. 1 f., 8.

<sup>24</sup>Kubicicel, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 3; Snyder/Doerfler et al., IMC'17, 432 (443 f.).

Allerdings lässt sich erheblich daran zweifeln, ob Feindeslisten tatsächlich eine „von jedermann wahrnehmbare Bedrohung“<sup>25</sup> darstellen und diese für den öffentlichen Frieden potenziell schädliche Bedrohungslage auf das kriminalisierte *Veröffentlichen* zurückzuführen ist. Die Erkenntnisse aus den vergangenen Jahren zeigen, dass Feindeslisten regelmäßig (bloß) intern oder jedenfalls klandestin geführt wurden. So dienten etwa die Feindeslisten des NSU der Markierung politischer Gegner und waren allenfalls dem Kerntrio bekannt.<sup>26</sup> Überwiegend stellen die geheimgehaltenen Listen somit eine Art „To-Do-Liste“ dar und bündeln diverse Informationen, die für etwaige *eigens* geplante Angriffe auf die Betroffenen relevant sind.<sup>27</sup> Solche sind aber mangels Kenntnisnahme durch die Bevölkerung für sich betrachtet ungeeignet, den öffentlichen Frieden nennenswert zu beeinträchtigen,<sup>28</sup> weshalb sie mangels einer Veröffentlichung gar nicht erst von § 126a StGB erfasst werden. Das erscheint kriminalpolitisch defizitär, sind doch gerade die Urheber solcher Listen aufgrund der bereits vorhandenen Tatneigung oder gar eines Tatentschlusses besonders gefahrgeneigt.<sup>29</sup>

Laut einer Statistik des Bundeskriminalamtes sind derzeit lediglich 27 tatsächlich veröffentlichte Listen bekannt.<sup>30</sup> Die Dunkelziffer an intern oder klandestin geführten Listen dürfte diese Zahl übersteigen.<sup>31</sup> Öffentlichkeitswirksam wurden letztere jedoch erst, nachdem sie bei der Vollstreckung von Durchsuchungsbeschlüssen im Rahmen von Ermittlungen wegen Rechtsterrorismus gegen Angehörige der extrem rechten Szene gefunden wurden.<sup>32</sup> Im Wege polizeilicher Gefährdungsbewertungen wurde die konkrete Gefahr für die Betroffenen bislang aber als gering eingeschätzt.<sup>33</sup>

Mit dem Erlass des § 126a StGB geht kurioserweise nun die gesetzgeberische Wertung einher, es handele sich bei der Verbreitung von Feindeslisten *erfahrungsgemäß* um gefährliches Verhalten. Von welchen Erfahrungen sich der Gesetzgeber hier zu der Annahme der allgemeinen Gefährlichkeit dieses Verhaltens nunmehr hat leiten lassen, irritiert. Es ist bis dato nicht zweifelsfrei bewiesen, dass es auf Grundlage einer veröffentlichten Feindesliste tatsächlich jemals zu einer Anschlussstat seitens eines Dritten gekommen ist.<sup>34</sup> Die Besorgnis vor einer omnipräsenten Bedrohung entlarvt sich somit dem Anschein nach als politisch affektiert und beinahe agitatorisch. Auch eine bloß alltagspsychologisch gemutmaßte Störung des vagen und kaum messbaren „Sicherheitsgefühls der Bevölkerung“<sup>35</sup> kann die Gefährlichkeitseinstufung dieses Verhaltens nicht legitimieren.<sup>36</sup>

*b) Handlungsunwert des kriminalisierten Verhaltens* Bei Gefährungsdelikten – wie auch bei einer Versuchsstrafbarkeit im Allgemeinen gem. §§ 22, 23 StGB – wird die strafbare Handlung in das Vorfeld der Verletzung des Rechtsguts verlagert, wobei der Fokus auf dem *Handlungsunwert* liegt.<sup>37</sup> Somit lässt sich allein aus dem Ausbleiben einer tatsächlichen Rechtsgutsverletzung das Vorliegen von Unrecht jedenfalls nicht kategorisch bestreiten.<sup>38</sup> Freilich muss aber auch einem solchen Verhalten eine sozialschädliche Komponente immanent sein. Jedes strafbare Verhalten muss ein missbilligtes, unerlaubtes und dem Täter zurechenbares Risiko für das geschützte Rechtsgut umschreiben.<sup>39</sup>

Es lässt sich nicht leugnen, dass der Verbreitung personenbezogener Daten das generelle Risiko des Missbrauchs zur Begehung von Straftaten innewohnt.<sup>40</sup> Vor dem Hintergrund der globalisierten Informationsgesellschaft drängt sich allerdings die Frage auf, ob es sich dabei um ein für eine Strafandrohung notwendiges *relevantes* Risiko handelt. Ein solches geht nicht von als typischerweise sozialadäquat eingestuften Verhaltensweisen aus, die vollkommen legal sind, sich im Rahmen des allgemeinen Lebensrisikos bewegen oder Risiken bloß in rechtlich unbeachtlicher Weise erhöhen.<sup>41</sup>

Die Verbreitung *nichtöffentlicher* personenbezogener Daten wird in § 203 Abs. 2 S. 2 StGB wie auch in § 42 BDSG bereits als rechtswidrig eingestuft. Ein rechtlich relevantes Risiko wird hier berechtigterweise lediglich für die informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG der Betroffenen gesehen<sup>42</sup> und nicht in dem Universalrechtsgut des öffentlichen Friedens.

Weder im Strafgesetzbuch noch im Nebenstrafrecht existiert jedoch ein Tatbestand, der bereits *öffentliche* personenbezogene Daten für schützenswert und eine Verbreitung solcher als strafwürdiges Unrecht einstuft. Ergo war dieses Verhalten bislang völlig legal.<sup>43</sup> Das rechtfertigt sich aus der trivialen Überlegung, dass die informationelle Selbstbestimmung in einem solchen Falle nicht tangiert sein kann, weil der Betroffene über die Preisgabe bereits öffentlicher personenbezogener Daten schlicht nicht (mehr) eigenständig verfügen kann. Die Schutzwürdigkeit personenbezogener Daten in verschiedenen Tatbeständen nunmehr unterschiedlich zu bewerten, droht jedenfalls dem Topos der Einheit der Rechtsordnung zuwiderzulaufen.<sup>44</sup>

Hier manifestiert sich dann zugleich die rechtsstaatliche Misere, die sich aus der Rückführung auf den öffentlichen Frieden als Rechtsgut ergibt. Dieses lässt sich insofern

<sup>25</sup>BT-Drs. 19/28678, S. 8.

<sup>26</sup>RAV, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678, S. 1.

<sup>27</sup>Korenke/Kühne, NK 2022, 456 (460).

<sup>28</sup>So auch Golla, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 2.

<sup>29</sup>Eschelbach in Kindhäuser/Neumann et al., StGB, § 126a Rn. 15.

<sup>30</sup>Schneider, WD-BT 23/21, S. 1.

<sup>31</sup>So auch Vogt/Martens, DRiZ 2021, 224 (224).

<sup>32</sup>BT-Drs. 19/3628, S.1 f.

<sup>33</sup>Wuttke, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678, S. 5.

<sup>34</sup><https://www.welt.de/politik/deutschland/article233802470/Bundesregierung-sind-27-veroeffentlichte-Feindeslisten-bekannt.html> (zuletzt aufgerufen am 10.02.2024).

<sup>35</sup>BT-Drs. 19/28678, S. 6.

<sup>36</sup>So auch Basar, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 4.

<sup>37</sup>Sieber, NStZ 2009, 353 (357).

<sup>38</sup>So auch Burghardt in Brunhöber (Hrsg.), Strafrecht im Präventionsstaat, S. 99 f.

<sup>39</sup>Sieber, NStZ 2009, 353 (357) mwN.

<sup>40</sup>Vassilaki, K & R 2021, 764 (765).

<sup>41</sup>Rengier, Strafrecht-AT, 15. Auflage 2023, § 13 Rn. 51.

<sup>42</sup>Eisele in Schönke/Schröder, StGB, § 203 Rn. 3; Frenzel in Paal/Pauly, DS-BDSG, § 42 Rn. 1 f.

<sup>43</sup>So auch Korenke/Kühne, NK 2022, 456 (460, 469).

<sup>44</sup>So auch Korenke/Kühne, NK 2022, 456 (460, 469), die ein einheitliches Verständnis für geboten erachten.

zur Begründung strafwürdigen Verhaltens instrumentalisieren, als dass angeführt wird, die Strafwürdigkeit rühre nicht allein aus der Datenverbreitung, sondern aus der Eignung zur Gefahrschaffung einer potenziellen Anschlussstat.<sup>45</sup> Dabei sei es unerheblich, ob die Daten bereits zugänglich sind oder nicht, denn derjenige, der eine Straftat zu Lasten einer aufgelisteten Person begeht, hätte möglicherweise sonst nicht den Tatentschluss gefasst oder die Daten selbst recherchiert.<sup>46</sup> Daraus ließen sich ebenso den öffentlichen Frieden empfindlich störende Effekte ableiten.<sup>47</sup> Dabei werden jedoch drei grundlegende Doktrinen missachtet:

*Erstens* fehlt es bei der Verbreitung personenbezogener Daten bereits an der Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos für den öffentlichen Frieden. Es entspricht vielmehr dem allgemeinen Lebensrisiko, dass ein Dritter personenbezogene Daten zur Begehung von Straftaten missbraucht.<sup>48</sup> Das gilt neben *nicht*öffentlichen umso mehr bei bereits öffentlichen personenbezogenen Daten, deren Attraktivität im kriminellen Milieu zudem marginal sein dürfte. Außerdem entspricht es dem Wesen und der Dynamik einer globalisierten Informationsgesellschaft, dass insbesondere bereits öffentliche personenbezogene Daten etwa über Social Media-Plattformen verbreitet werden. Dieses Verhalten – sofern es berechtigt und ohne Schädigungsabsicht erfolgt (vgl. die gesetzliche Wertung aus § 42 Abs. 1, 2 BDSG) – kann sogar als sozialadäquat angesehen werden.<sup>49</sup>

*Zweitens* liegt bei abstrakten Gefährdungsdelikten der Legitimations- und Bestrafungsgrund darin begründet, dass der Täter eine Gefahrensituation geschaffen, diese unkontrolliert aus der Hand gegeben und es dem *Zufall* überlassen hat, ob es zu einer Verletzung des gefährdeten Tatobjekts oder Rechtsguts kommt.<sup>50</sup> Dem Veröffentlichenden einer Feindesliste haftet für sich genommen – selbst in tausendfacher Wiederholung – noch kein eigenständiges Risiko zur Verwirklichung eines Verbrechens (§ 126a Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder aber der versuchten oder gar vollendeten Verletzung eines der enumerativ aufgezählten Rechtsgüter (Nr. 2) an.<sup>51</sup> *Conditio-sine-qua-non* zur Begründung eines solchen Risikos ist hier zwingend, dass eine weitere Person – und zwar nicht irgendeine, sondern ein potenzieller Anschlussstäter – hinzutritt. Der nebulöse *Zufall* erscheint daher als Bestrafungsgrund untauglich.<sup>52</sup> Dieses Legitimationsproblem wird umgangen, indem der öffentliche Friede als – ohnehin umstrittenes und vages<sup>53</sup> – Rechtsgut instrumentalisiert wird, dessen Gefährdung auch ohne Hinzutreten eines Dritten möglich ist.<sup>54</sup>

*Drittens* ist ein etwaiges Risiko zur Begehung einer Anschlussstat, welches sich – wie gezeigt – erst aus dem zwingenden Hinzutreten eines Dritten ergibt, dem Verbreiter einer Feindesliste grundsätzlich nicht objektiv zu-rechenbar.<sup>55</sup> Die objektive Zurechnung verlangt gerade zur Eingrenzung der Konturenlosigkeit einer bloßen naturalistischen Ursächlichkeitsbetrachtung, dass sich der Erfolgseintritt als Werk des Täters offenbart.<sup>56</sup> Dem stehen hier jedoch grundsätzlich die Prinzipien der Eigenverantwortlichkeit des Anschlussstäters und der Vertrauensgrundsatz normgemäßen Verhaltens Dritter entgegen.<sup>57</sup> In Anbetracht des deliktischen und mitunter schädigungs-intentionalen Sinnbezugs solcher Feindeslisten lässt sich

aber über spezielle Zurechnungs- und Legitimationsbegründungen nachdenken.<sup>58</sup>

Bei einer Anschlussstat kann jedenfalls der Erfolg dann noch als Werk des Täters zu betrachten sein, wenn etwa die verbreiteten Informationen ausschließlich deliktisch genutzt werden können oder in besonders hohem Maße gefährlich sind.<sup>59</sup> Personenbezogene Daten ebnet aufgrund ihres überwiegend informativen Gehalts weder zwangsläufig und ausschließlich den Weg zur Begehung einer Straftat, noch ist ihnen *a priori* – also von vornherein – ein besonders hohes Gefährdungspotenzial inhärent. Sie sind nur so gefährlich, wie ein Anschlussstäter diese eigens zum Einsatz einer Straftat missbraucht.

Eine Zurechnung des fremden Risikos liegt ebenfalls nahe, wenn das Verhalten des Ersthandelnden – wie etwa bei der Anleitung (§ 130a StGB) respektive der öffentlichen Aufforderung (§ 111 StGB) zu Straftaten – einen spezifischen Anleitungs- oder Aufforderungscharakter hat beziehungsweise, wenn der Ersthandelnde sicher weiß, dass seine Verhaltensweise eine deliktische Anschlussstat fördert.<sup>60</sup> In Feindeslisten teilweise enthaltene subtile Aufforderungen zur Straftatbegehung vermitteln für sich genommen aber noch keine konkreten Kenntnisse darüber, wie eine bestimmte Straftat vorbereitet oder ausgeführt werden kann. Sie erschöpfen sich vielmehr in einer Weitergabe banaler Informationen, die vom Tatbestand des § 130a StGB gerade nicht erfasst werden.<sup>61</sup> Auch für eine Aufforderung im Sinne des § 111 StGB fehlt es an einem hinreichend konkreten Appellcharakter.<sup>62</sup> Die Erklärung, eine Straftat sei begrüßenswert, notwendig oder unvermeidbar, ist keine Aufforderung zu Straftaten, selbst wenn damit das Einverständnis mit einer Straftat gemeint sein sollte.<sup>63</sup> Das ergibt sich nicht zuletzt aus der Gesetzessystematik des Strafgesetzbuchs, welches für die bloße Billigung von (zukünftigen) Straftaten gem. § 140 StGB einen

<sup>45</sup>So auch Eisele, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 4 f.

<sup>46</sup>Eisele, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 4 f.

<sup>47</sup>Lohse, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 2 f.

<sup>48</sup>So auch Eisele, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 3.

<sup>49</sup>So auch Hannig, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678, S. 3 f.

<sup>50</sup>Sieber, NStZ 2009, 353 (358 f.) mwN.

<sup>51</sup>So auch Basar, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 4.

<sup>52</sup>Basar, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 4.

<sup>53</sup>Hierzu umfassend Fischer, NStZ 1988, 159 (163) mwN.

<sup>54</sup>Basar, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 4.

<sup>55</sup>So auch Eisele, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 3.

<sup>56</sup>Rengier, Strafrecht-AT, 15. Auflage 2023, § 13 Rn. 48 mwN.

<sup>57</sup>Sieber, NStZ 2009, 353 (358 f.) mwN.

<sup>58</sup>Sieber, NStZ 2009, 353 (358 f.).

<sup>59</sup>Sieber, NStZ 2009, 353 (358 f.) mwN.

<sup>60</sup>Sieber, NStZ 2009, 353 (358 f.).

<sup>61</sup>Zum Begriff der Anleitung Feilcke in MüKo StGB, § 130a Rn. 14.

<sup>62</sup>Zum Begriff der Aufforderung Hamel, ZJS 2019, 10 (11).

<sup>63</sup>BGH NJW 1984, 1631 mwN.

eigenen Straftatbestand bereithält. Ein *genereller Aufruf* zur Begehung *irgendwelcher* Straftaten reicht für eine Aufforderung – vergleichbar zur dafür sinnbildlichen Anstiftung gem. § 26 StGB – nicht aus.<sup>64</sup> Der Verbreiter einer Feindesliste befürwortet schlicht jegliche Form des Straffälligwerdens. Freilich wirkt das an der Schaffung eines psychischen Klimas mit. Es wird jedoch nicht in einem für die objektive Zurechnung erforderlichen Maß Einfluss auf die Willensentschließung Dritter genommen.<sup>65</sup>

Gesetzt den Fall ein äußerst willensschwacher Anschlussstäter fühlt sich dennoch hierdurch zur Anschlussstat ermuntert, so ist dies aufgrund des freiverantwortlichen intrinsischen Entschlusses heraus allein dem Verantwortungsbereich des Dritten zuzuordnen und daher dem Ersthandelnden nicht zurechenbar.<sup>66</sup> Die Gefahr einer Anschlussstat entpuppt sich somit als Werk des Dritten. Keinesfalls ist sie – wie es § 126a StGB normiert – das Werk des Verbreiters der Feindesliste. Insofern ist diesem Verhalten kein strafwürdiger Handlungsunwert inhärent.

*c) Einhaltung fundamentaler Grundprinzipien des Strafrechts* Eine Vorfeldstrafbarkeit muss ferner den allgemeinen Grundprinzipien des liberal-rechtsstaatlichen Strafrechts genügen. Zu denken ist insbesondere an das in Art. 103 Abs. 2 GG normierte Gesetzlichkeitsprinzip und seinen Ausprägungen, an die der Strafgesetzgeber gem. Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist.<sup>67</sup>

*aa) Einhaltung des Tatstrafrechts* Der Tatbezug in Art. 103 Abs. 2 GG („Eine Tat kann nur bestraft werden [...]“) bringt unmissverständlich zum Ausdruck, dass das Strafrecht nicht die Gedanken, sondern nur die äußeren Handlungen der Bürger kontrollieren und sanktionieren soll. Es ist nur als Tatstrafrecht und nicht als Gesinnungs- oder Täterstrafrecht legitim.<sup>68</sup> Von einer solchen Tat im strafrechtlichen Sinne kann grundsätzlich nur gesprochen werden, wenn ein Wille, eine Körperbewegung und ein Erfolg kumulativ vorliegen.<sup>69</sup>

Der *Erfolg* im Sinne des Tatstrafrechts ist nicht notwendigerweise gleichbedeutend mit solchen von der Tathandlung abtrennbaren sichtbaren Außenwelterfolgen klassischer Erfolgsdelikte,<sup>70</sup> wie etwa der Tod bei einem Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB. Von der Rechtsordnung sind auch andere, weniger sichtbare *Erfolge* etwa in Form einer konkreten oder abstrakten Gefahrbegründung oder aber das unmittelbare Ansetzen der Versuchsstrafbarkeit (§§ 22, 23 StGB) anerkannt. Insbesondere bei abstrakten Gefährdungsdelikten soll der Rechtsgüterschutz dadurch erreicht werden, dass der Rechtsunterworfenen bereits von einer generell objektiv als gefährlich beurteilten Handlung abgehalten wird.<sup>71</sup>

§ 126a StGB ist als potenzielles Eignungsdelikt ausgestaltet. Insofern wird die Verbreitung personenbezogener Daten (als willentliche Körperbewegung) kriminalisiert, sofern diese *geeignet* ist, die Person selbst oder eine ihr nahestehende Person der Gefahr einer (in Nr. 1 und 2 aufgezählten) Straftat auszusetzen. Tatbestandlich wird weder vorausgesetzt, dass ein Individualrechtsgut tatsächlich verletzt wird, noch dass eine konkrete oder abstrakte Gefahr für ein solches eintritt. Zwar sind potenzielle Gefährdungsdelikte – insbesondere im Umweltstrafrecht oder auch in den §§ 130 Abs. 1, § 311 Abs. 1 StGB – anerkannt, sodass auch die Eignung zur Gefahr grundsätzlich als

Erfolg im Sinne des Tatstrafrechts zu werten ist. Das kann allerdings nicht bei Vorfeldstrafbarkeiten gelten, für die ohnehin bereits restriktivere Anforderungen bestehen. Ein auf den Rechtsgüterschutz bezogenes Tatstrafrecht verlangt ein festgeschriebenes, bedeutungsvolles – über die bloße Eignung hinausgehendes – Handeln in Bezug auf die Gefährdung eines Rechtsgutes in objektiver Hinsicht. Daher muss bei Vorfeldstrafbarkeiten die inkriminierte Handlung eine Veränderung in der Außenwelt verursachen, die nicht gleichermaßen der Vorbereitung einer strafwürdigen Rechtsgutsbeeinträchtigung sowie anderen (legalen) Zwecken dienen kann.<sup>72</sup>

Dafür streitet der Umstand, dass mit einer Kriminalisierung eines Verhaltens in der Regel auch das mitunter grundrechtlich geschützte Interesse des Individuums an der Ausübung der sanktionierten Handlungsweise beeinträchtigt wird und das bei Vorfeldstrafbarkeiten sogar bereits zu einem Zeitpunkt, zu dem es (noch) nicht zu einer Rechtsgutsverletzung gekommen ist.<sup>73</sup> Die Unter-sagung der Verbreitung einer Feindesliste durch § 126a StGB stellt unweigerlich einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG und – sofern auch subtile Aufforderungen enthalten sind – einen Eingriff in die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG dar. Geschützt werden subjektive Werturteile jeder Art unabhängig ihres Wertes, die darauf gerichtet sind, im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung eine Überzeugung zu bilden.<sup>74</sup> Darunter fallen auch ebensolche subtilen Äußerungen. Die Meinungsfreiheit untersagt den staatlichen Zugriff auf die Gesinnung und ermächtigt erst dann zum Eingriff, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre des Für-Richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutsverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen.<sup>75</sup> Die Verbreitung personenbezogener Daten kann und wird hingegen regelmäßig auch neutralen Zwecken dienen und ist nicht ausnahmslos als eine typische Vorbereitungshandlung zu betrachten (siehe B. II. 1. b)).

Die Herstellung eines deliktischen Sinnbezugs kann daher bei Vorfeldstrafbarkeiten lediglich über die subjektive Tatseite erfolgen,<sup>76</sup> da die gemutmaßte Gefährlichkeit eines Verhaltens hierbei gerade über die Intention des Täters

<sup>64</sup>BGH NJW 1984, 1631.

<sup>65</sup>So analog zu anderen Hetzformen im Internet Bosch, JURA 2016, 381 (383).

<sup>66</sup>So auch Eisele, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 3.

<sup>67</sup>Hierzu umfassend Kaiser, Grenzen der strafrechtlichen Vorverlagerung, S. 19 f., 29.

<sup>68</sup>Sieber, NStZ 2009, 353 (356) mwN.

<sup>69</sup>Kaiser, Grenzen der strafrechtlichen Vorverlagerung, S. 35 mwN.

<sup>70</sup>Siehe zu Erfolgsdelikten Rengier, Strafrecht-AT, 15. Auflage 2023, § 10 Rn. 3.

<sup>71</sup>Puschke in Hefendehl (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, S. 32.

<sup>72</sup>Puschke in Hefendehl (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, S. 32.

<sup>73</sup>Puschke in Hefendehl (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, S. 32.

<sup>74</sup>Jarass in ders./Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 5 f.

<sup>75</sup>BVerfGE 124, 300 (330).

<sup>76</sup>So auch Gazeas/Grosse-Wilde et al., NStZ 2009, 593 (599) bezogen auf § 89a StGB.

konstruiert wird.<sup>77</sup> Insofern muss sich aus Handlungsweisen, die typischerweise eine Rechtsgutsverletzung vorbereiten, in Zusammenhang mit der Schädigungsabsicht ein hinreichender rechtsgutsbezogener Gefährdungszusammenhang ergeben.<sup>78</sup> Bereits hier ist die Tendenz vom Tatstrafrecht hin zum Täter- und Gesinnungsstrafrecht augenscheinlich.<sup>79</sup> Paradoxe Weise setzt § 126a StGB eine solche *Schädigungsabsicht* tatbestandlich nicht voraus. Der Täter des Verbreitens braucht sich nicht einmal eine konkrete Anschlussstat vorzustellen, geschweige denn eine solche im Sinne des *dolus directus* 1. Grades beabsichtigen. Unter dieser Prämisse fällt es sogar schwer, überhaupt noch von einem *Gesinnungsstrafrecht* zu sprechen.<sup>80</sup>

Die Kombination zwischen der Vorverlagerung der Strafbarkeit – die eine gemutmaßte Gefährlichkeit der Handlung aufgrund der weiten zeitlichen Zäsur zwischen Tathandlung und einer tatsächlich eintretenden Rechtsgutsverletzung gerade über die *Intention* des Täters konstruieren *müsste*<sup>81</sup> – und der Ausgestaltung als potenzielles Gefährdungsdelikt – die dann aber bloß an die Eignung des Verhaltens zur Gefährlichkeit anknüpft – lassen keinen hinreichenden Unrechtserfolg erkennen. § 126a StGB überstrapaziert somit in eklatanter Weise das verfassungsrechtliche Gefüge des Tatstrafrechts.<sup>82</sup>

*bb) Einhaltung des Bestimmtheitsgebots* Weiterhin verlangt Art. 103 Abs. 2 GG, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben hat, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind oder sich durch Auslegung ermitteln lassen.<sup>83</sup> Da mangels rechtsgutsverletzenden Erfolges nicht hieraus auf die Strafwürdigkeit der Tathandlung geschlossen werden kann, ist dieser Grundsatz in besonders hohem Maße bei Vorbereitungsdelikten zu wahren.<sup>84</sup>

Die Verbreitung soll in einer Art und Weise erfolgen, die objektiv *geeignet* und nach den Umständen *bestimmt* ist, die betroffene Person oder eine ihr nahestehende Person der möglichen *Gefahr* eines Verbrechens (Abs. 1 Nr. 1) oder eines der in Abs. 1 Nr. 2 aufgezählten Vergehen auszusetzen.<sup>85</sup> Für die objektiv zu bestimmende Eignung der Gefahrbegründung sind insbesondere die Begleitumstände, wie etwa die extremistische Ausrichtung der Internetseite, auf der die Daten verbreitet werden, die Zuordnung zu einer Gruppierung aus dem extremistischen Spektrum oder der Bezug zu Straftaten oder aber die Anonymität des Verfassers, sowie subtile Andeutungen ausschlaggebend.<sup>86</sup> Eine hieraus drohende und höchst bedenkliche Konturenlosigkeit des Tatbestands dürfte im Hinblick auf die generelle Eignung von publizierten personenbezogenen Daten zur Förderung von Straftaten nicht überraschen.<sup>87</sup> Zur vermeintlichen Eingrenzung des weiten Tatbestandes muss deshalb die Tat auch *nach den Umständen bestimmt* sein, die Gefahr einer Straftat zu begründen. Darunter soll – entsprechend der §§ 86 Abs. 1 Nr. 4, 89a Abs. 1 und 130a Abs. 1 StGB – als subjektives Element die „Zielsetzung des Täters zum Zeitpunkt der Tathandlung“<sup>88</sup> zu verstehen sein. Ob dies allerdings zu der gewünschten Eingrenzung führt, lässt sich bezweifeln. Bereits beim nahezu gleichlautenden

§ 89a Abs. 1 S. 2 StGB als „rechtsstaatlichen Tiefpunkt des materiellen Terrorismusstrafrechts“<sup>89</sup> wird teilweise vertreten, die Differenzierung *bestimmt* und *geeignet* sei „rechtlich mehr als ziemlich inhaltsarm“ und stelle eine bloße Tautologie dar.<sup>90</sup> Nach anderer Ansicht gebiete es die drohende Konturenlosigkeit, das Merkmal *bestimmt* als ein Absichts-Erfordernis (mindestens *dolus directus* 2. Grades) auszulegen.<sup>91</sup> Dieses uneinheitliche Verständnis der Begrifflichkeiten setzt sich in der Rechtswissenschaft analog bei § 126a StGB fort.<sup>92</sup> Bei letzterem Verständnis wäre der subjektive Tatbestand des § 126a StGB immerhin im Sinne der Einheit der Rechtsordnung kongruent mit dem des § 42 Abs. 1, 2 BDSG, der subjektiv eine Schädigungsabsicht bei der Verbreitung nichtöffentlicher personenbezogener Daten erfordert.

Dabei ist zu bedenken, dass die Würdigung der Strafbarkeit des konkreten Verhaltens wegen der Ausgestaltung als potenzielles Gefährdungsdelikt bereits erheblich auf das Tatgericht verlagert wird.<sup>93</sup> Zusätzlich wird es maßgeblich davon abhängen, *wie* die ausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale vom jeweiligen Tatrichter ausgelegt und konkretisiert werden. Zwar ist eine nachfolgende Konkretisierung durch die Rechtsprechung nicht per se unzulässig.<sup>94</sup> Ein unterschiedliches Verständnis zur Auslegung der Begrifflichkeiten determiniert allerdings erhebliche Rechtsunsicherheiten. Weder für den Normadressaten noch für den Normanwender werden somit hinreichend klare Kriterien erkennbar, nach denen sich die Prüfung der objektiven Handlung richten könnte.<sup>95</sup>

*cc) Einhaltung des Ultima-Ratio-Prinzips* Wie gesehen, untersagt § 126a StGB solche Handlungsweisen, die sich weit im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung befinden. Dadurch wird in besonders intensiver Weise in diverse Grundrechtspositionen (siehe B. II. 1. c) aa)) eingegriffen.

<sup>77</sup> So auch Puschke in Brunhöber (Hrsg.), *Strafrecht im Präventionsstaat*, S. 120.

<sup>78</sup> Puschke in Hefendehl (Hrsg.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, S. 32 mwN.

<sup>79</sup> So auch Puschke in Brunhöber (Hrsg.), *Strafrecht im Präventionsstaat*, S. 119.

<sup>80</sup> Puschke in Brunhöber (Hrsg.), *Strafrecht im Präventionsstaat*, S. 119 bezogen auf § 202a Abs. 1.

<sup>81</sup> Puschke in Brunhöber (Hrsg.), *Strafrecht im Präventionsstaat*, S. 119.

<sup>82</sup> Siehe Basar, *Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a.*, S. 6.

<sup>83</sup> Puschke, *StV* 2015, 457 (463).

<sup>84</sup> Puschke in Hefendehl (Hrsg.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, S. 37.

<sup>85</sup> Heger in Lackner/Kühl et al., *StGB*, § 126a Rn. 4.

<sup>86</sup> BT-Drs. 19/28678, S. 11.

<sup>87</sup> Vassilaki, *K & R* 2021, 764 (765).

<sup>88</sup> BT-Drs. 19/31115, S. 10.

<sup>89</sup> Puschke, *StV* 2015, 457 (464).

<sup>90</sup> Paeffgen in Neumann/Kindhäuser et al., *StGB*, § 89a Rn. 25.

<sup>91</sup> So etwa Hungerhoff, *Vorfeldstrafbarkeit und Verfassung*, S. 149 f.

<sup>92</sup> Siehe etwa Fischer, *StGB*, § 126 Rn. 8, der die Bestimmung als rein objektives Tatbestandsmerkmal versteht; während etwa Korenke/Kühne, *NK* 2022, 456 (469) für ein Absichtserfordernis plädieren.

<sup>93</sup> Lohse, *Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a.*, S. 2 f.

<sup>94</sup> BVerfGE 126, 170 (199).

<sup>95</sup> Puschke in Hefendehl (Hrsg.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, S. 37 bezogen auf § 89a StGB.

Dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspringt, dass die Sanktionierung bestimmter Verhaltensweisen durch das Strafrecht „Ultima Ratio“ sein muss. Wo andere weniger freiheitsinvasivere Maßnahmen ausreichenden Schutz gewähren, tritt das Strafrecht folglich zurück (sogenannte Subsidiarität des Strafrechts).<sup>96</sup>

Zunächst lässt sich nicht bagatellisieren, dass sensible personenbezogene Daten, die mitunter zur Erstellung von Feindeslisten sowie zur Vorbereitung und Ausübung von Straftaten genutzt wurden, zu einem erheblichen Anteil aus unberechtigten Datenabfragen durch Behördenmitarbeitende stammen.<sup>97</sup> Dass die Weitergabe von vertraulichen Informationen aus dem Behördenkreis an kriminelle Vereinigungen trotz umfassender Strafandrohung in den § 203 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 und § 353b StGB<sup>98</sup> ein andauerndes Phänomen ist, zeigt imposant, dass diese Krux nicht (allein) durch das Strafrecht gelöst werden kann. Das gilt erst recht auch für § 126a StGB. Es ist überaus zweifelhaft, dass sich ein fanatisch agierender Täter von dieser Vorschrift überhaupt hinreichend abschrecken lässt.<sup>99</sup>

Darüber hinaus wurde es den aufgelisteten Personen größtenteils verwehrt, eigene Sicherheitsvorkehrungen wie etwa besondere Verhaltensweisen oder im Extremfall sogar einen Wechsel des Wohnortes ergreifen zu können.<sup>100</sup> Bisweilen wurden Betroffene von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich, nicht oder teils erst sehr spät über eine entsprechende Auflistung informiert.<sup>101</sup> Das ist besonders misslich, können diese doch erst mit Kenntniserlangung der Verbreitung diverser nichtöffentlicher personenbezogener Daten einen zur Strafverfolgung obligatorischen Strafantrag gem. § 42 Abs. 2 S. 3 BDSG stellen. Auch ein zweckdienlicher Antrag auf Sperrung ihrer Daten im Melderegister gem. § 51 Abs. 1 S. 1 BMG, sofern ihre Wohnadressen noch nicht Teil solcher Datensammlungen sind, setzt denklogisch die Kenntnis der Auflistung voraus.<sup>102</sup> Es mag sein, dass eine Informierung der Betroffenen zu einer zusätzlichen Verunsicherung führen und damit ungewollt Ziele der Täter bedient werden könnten.<sup>103</sup> Gleichwohl ist zu erkennen, dass die Alternative – potenziell drohende Rechtsgutsverletzungen – schwerer wiegt. Hinzukommt, dass Betroffene immer wieder beklagen, sie würden sich „allein gelassen“ fühlen und es würden keine ausreichenden Schutzmaßnahmen seitens der Behörden ergriffen.<sup>104</sup> Das liegt darin begründet, dass seitens der Polizei regelmäßig eine Gefährdungsbewertung vorgenommen wurde, die überwiegend zu dem Ergebnis führte, dass keine konkrete Gefährdung vorliegt.<sup>105</sup> Dass allerdings einer Feindesliste eine potenzielle Eignung zur Gefahr begründung innewohnen kann, gesteht sich der Gesetzgeber offensichtlich mit dem Erlass des § 126a StGB ein. Doch mit diesem Gefahrenpotenzial sollen die Betroffenen paradoxerweise allein gelassen werden. Weil weniger invasive Maßnahmen bislang nicht in toto ausgeschöpft wurden, umgeht der Gesetzgeber mit dem Erlass des § 126a StGB das Ultima-Ratio-Prinzip.

## 2. „Plot-Twist“: *Einschüchterung durch den vermeintlichen Schutz vor Einschüchterung*

Schließlich scheidet eine Rechtfertigung für die Sanktionierung eines Verhaltens aus Präventionsgründen aus, wenn der hierdurch bewirkte Schaden größer ist als der

dadurch abgewendete Schaden.<sup>106</sup> Es lässt sich nach dem Vorstehenden nicht leugnen, dass § 126a StGB erhebliche Rechtsunsicherheiten schafft und massiv in diverse Grundrechtspositionen eingreift.

§ 126a StGB führt zu einer Kriminalisierung nahezu der gesamten Bevölkerung und auch Berichterstattungen über Personen des öffentlichen Lebens wären kaum mehr möglich.<sup>107</sup> Selbst der Abdruck einer Adresse einer Lokalpolitikerin im Telefonbuch kann *geeignet* im Sinne des § 126a StGB sein, ihre Gesundheit zu gefährden, wofür dann der Verbreiter dieser personenbezogener Daten strafrechtlich belangt werden würde.<sup>108</sup> Zwar ließen sich derartige Probleme in der Praxis der Strafverfolgung möglicherweise über das Vorsatzerfordernis korrigieren. Dennoch rühren allein aus dem vagen Tatbestand bereits erhebliche für den Meinungspluralismus schädliche und freiheitsinvasive Einschüchterungseffekte.<sup>109</sup> Der in § 126a Abs. 3 StGB enthaltene Verweis auf § 86 Abs. 4 StGB dokumentiert zwar Bemühungen zur Eingrenzung des weiten Tatbestands, erfasst jedoch nicht sämtliche relevante Tätigkeiten, wie etwa Laienjournalisten und Blogger.<sup>110</sup> Eine Kriminalisierung ebendieser Personen erscheint vor dem Hintergrund des dem § 126a StGB innewohnenden Ziels der Bekämpfung von Rechtsextremismus besonders kontradiktorisch, leisten diese doch mitunter sogar einen wesentlichen Beitrag zur Bekämpfung demokratiegefährdender Netzwerke etwa durch „Outings“ aktiver Neonazis.<sup>111</sup>

Einschüchterungseffekte, die aus dem sehr weiten Tatbestand für die Allgemeinheit folgen können, wiegen dann besonders schwer, wenn die Verfolgung der eigentlich bedrohlichen Verhaltensweisen praktisch kaum gelingt – dann stehen geringen Erträgen der Verschärfung des Strafrechts unangemessen hohe Freiheitsrisiken entgegen.<sup>112</sup> Im Bereich der Internetkriminalität fehlt es insgesamt nicht an materiellen Normen, sondern an geeigneter

<sup>96</sup>Pörner, NStZ 2021, 336 (340).

<sup>97</sup>Hierzu umfassend Patz, KriPoZ 2021, 223 (226).

<sup>98</sup>Korenke/Kühne, NK 2022, 456 (466).

<sup>99</sup>So auch Vassilaki, K & R 2021, 764 (766).

<sup>100</sup>Korenke/Kühne, NK 2022, 456 (471).

<sup>101</sup>Beukelmann, NJW-Spezial 2021, 248 mwN.

<sup>102</sup>Patz, KriPoZ 2021, 223 (225).

<sup>103</sup>Lohse, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 2 f.

<sup>104</sup>Siehe etwa <https://www.tagesschau.de/investigativ/fakt/feindeslisten-101.html> (zuletzt aufgerufen am 10.02.2024).

<sup>105</sup>Wuttke, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678, S. 5.

<sup>106</sup>Burghardt in Brunhöber (Hrsg.), Strafrecht im Präventionsstaat, S. 84.

<sup>107</sup>Patz, KriPoZ 2021, 223 (224).

<sup>108</sup>Golla, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 3.

<sup>109</sup>Golla, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 3.

<sup>110</sup>Golla, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 3 mit dem zu befürwortenden Vorschlag der Erweiterung des Tatbestandsausschlusses in § 126a Abs. 3 StGB um ebensolche Personengruppen.

<sup>111</sup>Patz, KriPoZ 2021, 223 (224).

<sup>112</sup>So auch Golla, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678 u.a., S. 3.

personeller und technischer IT-Ausstattung der Ermittlungsbehörden.<sup>113</sup> Insofern erscheint auch die künstliche Schaffung eines materiellen Unrechtstatbestandes in Form des § 126a StGB zur Initiierung ebensolcher – voraussichtlich erfolgloser – strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen widersinnig.<sup>114</sup> Selbst wenn die Ermittlungen gelingen, so steht das Tatgericht vor der (generellen) Herausforderung, dem Täter einen Vorsatz gem. § 15 StGB nachzuweisen. Weil es wohl kaum gelingen wird, zu belegen, der Täter habe bei der Verbreitung gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB längst alle Eventualitäten einer potenziellen Anschlussstat (jedenfalls) billigend in Kauf genommen, wird § 126a StGB bestenfalls ein Schatten-dasein haben.<sup>115</sup>

Zu erwägen ist auch, dass von der Gesellschaft als ungerecht empfundene Strafen zwangsläufig ihre verhaltenssteuernde Wirkung verlieren,<sup>116</sup> was etwa die Historie des § 88a StGB a.F. („Verfassungsfeindliche Befürwortung von Straftaten“) exemplarisch zeigt. Diese in Zeiten der Roten Armee Fraktion-Bekämpfung im Jahr 1976 eingeführte Strafvorschrift sollte verhindern, dass durch das Gutheißen von bestimmten schweren Delikten ein psychisches Klima geschaffen wird, in dem entsprechende Straftaten gedeihen können.<sup>117</sup> Die Ähnlichkeit zur hiesigen Gesetzesbegründung ist evident: § 126a StGB nimmt den Grundgedanken des § 88a StGB a.F. – ähnlich wie der gleichsam verfassungsrechtlich bedenkliche § 140 StGB n.F.<sup>118</sup> – wieder auf. Ebendiese Strafvorschrift wurde bereits fünf Jahre nach ihrem Erlass vom Gesetzgeber mit der Begründung wieder aufgehoben, die Regelung sei nicht nur praktisch nahezu bedeutungslos, sondern sie habe darüber hinaus für das geistige Klima und die Meinungsfreiheit mehr Schaden als Nutzen angerichtet.<sup>119</sup> Selbiges Schicksal wird auch § 126a StGB ereilen, sollte die Vorschrift nicht zuvor sogar aufgrund der geäußerten Bedenken vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt werden.

## C. Fazit

Nach dem Vorstehenden ist die Frage, ob das bloße Anlegen von Feindeslisten gem. § 126a StGB strafbar sein soll, entschieden mit „Nein“ zu beantworten. Wenn man sich einmal darauf besinnt, was das Strafrecht überhaupt zu leisten fähig ist, dürfte schnell einleuchten, dass dieses „[...] nicht alle, nicht einmal viele, vielleicht gar nur ganz spezifische Probleme [...] lösen kann.“<sup>120</sup> Das zentrale der Veröffentlichung von Feindeslisten immanente „Problem“ – um bei diesem Ausdruck zu bleiben – ist jedenfalls ein anderes als eine ausfüllungsbedürftige Strafbarkeitslücke. Stattdessen ist es das Gefühl der Schutzlosigkeit der Betroffenen, welches nur durch geeignete präventive behördliche Schutzmaßnahmen gestärkt werden kann. Eine bloße *a posteriori* – auf die Vergeltung eines begangenen (vermeintlichen) Unrechts gerichtete – repressive Bestrafung des Verbreiters einer solchen Liste kann dabei die Furcht vor einem potenziell noch bevorstehenden Unrecht seitens eines Dritten wohl kaum kompensieren. In Anbetracht des defizitären staatlichen Umgangs mit Feindeslisten überrascht es nicht, dass es sich bei § 126a StGB indessen um eine

bloße symbolische Ersatzreaktion des Strafgesetzgebers handelt, die öffentliche Angst und Empörung immerhin zu beschwichtigen.<sup>121</sup>

Wie gezeigt, (über-)kriminalisiert § 126a StGB in seiner Ausgestaltung als potenzielles Eignungsdelikt ein strafunwürdiges Verhalten. Eine etwaige Anschlussstat kann dem Verbreiter einer Feindesliste jedenfalls nicht ohne gleichzeitige Umgehung der Lehre der objektiven Zurechnung zur Last gelegt werden. Auch den fundamentalen und rechtsstaatlich zwingenden Grundprinzipien des Strafrechts genügt § 126a StGB nicht. § 126a StGB enthält keinen hinreichenden Erfolg im Sinne des Tatstrafrechts, sondern kriminalisiert als Kombination zwischen Eignungs- und Vorfelddelikt die Begründung der „Gefahr einer Gefahr“, die weder dem präventiv ausgerichteten Polizeirecht als Gefahrenabwehrrecht und erst recht nicht dem repressiven Strafrecht bekannt ist.<sup>122</sup> Obendrein bedingt der nicht ausreichend bestimmte Tatbestand eine Überkriminalisierung, die sich unweigerlich schädlich auf den Meinungspluralismus auswirken wird. Weil § 126a StGB jeglichen Bezug zur Strafwürdigkeit ebendieses Verhaltens missen lässt und in seiner unbestimmten Ausgestaltung keine adäquate Verhaltenssteuerung zulässt, bewerkstelligt der Gesetzgeber keinen verbesserten strafrechtlichen Schutz vor Feindeslisten. Stattdessen dient § 126a StGB ausschließlich als künstlich geschaffener Unrechtstatbestand dazu, die Ermittlungsbefugnisse der Strafprozessordnung für die Gefahrenabwehr einsetzbar zu machen. Das ist nach dem Vorstehenden rechtsstaatlich untragbar. Zur Vermeidung eines schonungslosen Missbrauchs dieses „strafprozessualen Hintertürchens“, empfiehlt sich daher eine restriktive Anwendung des § 126a StGB. Eine solche kann insbesondere durch das Absichtserfordernis auf subjektiver Ebene erreicht werden.

<sup>113</sup><https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/justizminister-herbstkonferenz-kinderrechte-verbraucherschutz-richterbesoldung/> (zuletzt aufgerufen am: 10.02.2024).

<sup>114</sup>Im Ergebnis so auch Wuttke, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678, S. 13.

<sup>115</sup>So auch Vassilaki, K & R 2021, 764 (766).

<sup>116</sup>Marzahn, Das Feindstrafrecht als Komponente des Präventionsstaats?, S. 217.

<sup>117</sup>Engländer, NStZ 2021, 385 (387).

<sup>118</sup>Ostendorf/Kuhli in Kindhäuser/Neumann et al., StGB, § 140 Rn. 5.

<sup>119</sup>Engländer, NStZ 2021, 385 (387); BT-Drs. 9/135, S. 3.

<sup>120</sup>Prittitz in Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, S. 170.

<sup>121</sup>Zum Symbolcharakter umfassend Hassemer, NStZ 1989, 553 (554).

<sup>122</sup>RAV, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/28678, S. 1.



# Klima-Proteste, strafrechtliche Rechtfertigung und Unrechtsbewusstsein

Kupczik, Philipp/ Wenglarczyk, Fynn\*

## ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag knüpft an die vergangenes Jahr intensiv geführte Debatte um die strafrechtliche Bewertung von Klima-Protessen an und lenkt die Aufmerksamkeit auf einen bislang kaum beachteten Aspekt, nämlich die Frage, ob sich Klima-Aktivistinnen und Aktivisten dem Unrecht ihres Verhaltens im Rahmen von Protestaktionen mit Blick auf die mögliche „Klimakatastrophe“ (stets) bewusst sind und entfaltet erste Überlegungen im Hinblick auf mögliche Verbotsirrtümer. In diesem Zusammenhang geht der Beitrag auch auf die Frage ein, ob eine Rechtfertigung von Protestaktionen wegen eines rechtfertigenden (Klima-)Notstands oder eines möglichen verfassungswidrigen Staatshandelns im Zusammenhang mit der Klimaschutzpolitik denkbar ist.

**Keywords** Klima-Proteste; Unrechtsbewusstsein; Letzte Generation; Verbotsirrtum

## A. Einführung

Die Klima-Proteste der „Letzten Generation“ haben einige (altbekannte) strafrechtsdogmatische Probleme zum Vorschein gebracht. Das spiegelt sich auch in der beachtlichen Anzahl an Beiträgen wider, die sich in den vergangenen Monaten etwa mit der Nötigungsstrafbarkeit von Klima-Aktivistinnen und -Aktivisten<sup>1</sup> bei Sitzblockaden im Straßenverkehr durch Festkleben auf dem Asphalt,<sup>2</sup> mit dem Vorliegen eines rechtfertigenden (Klima-)Notstands i.S.d. § 34 StGB,<sup>3</sup> der Möglichkeit und den Grenzen eines Notwehrrechts von Autofahrern,<sup>4</sup> der rechtlichen Relevanz von zivilem Ungehorsam<sup>5</sup> oder mit der Frage beschäftigt haben, ob die „Letzte Generation“ oder Teile dieser Bewegung eine kriminelle Vereinigung darstellen.<sup>6</sup> Ein Thema wurde in der Diskussion um die strafrechtliche Behandlung von Klima-Protessen aber bislang kaum beachtet. Es geht um die Frage, ob sich Klima-Aktivisten im Rahmen ihrer Proteste der strafrechtlichen Bedeutung ihres Tuns bewusst sind oder ob sie im Einzelfall im Verbotsirrtum i.S.d. § 17 StGB handeln.<sup>7</sup>

Dass möglichen Irrtümern im Zusammenhang mit Strafbarkeitsfragen der Klima-Proteste weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung bislang Beachtung geschenkt wurde, überrascht angesichts der zahlreich auf X (ehemals Twitter), anderen sozialen Plattformen und sonstigen Medien zu vernehmenden Aussagen von Klima-Aktivisten im Anschluss an Proteste oder strafgerichtliche Verurteilungen. Dort begründen sie ihren Protest häufig damit, sich angesichts des drohenden „Klimakollaps“ und „dieses Verbrechen[s] an der Menschheit“<sup>8</sup> für „gerechtfertigt“ zu halten oder meinen, ihr Protest etwa durch Sitzblockaden sei im Angesicht der uns drohenden Klimakatastrophe straflos. Sicherlich liegt es nicht fern, dass derartige Aussagen zum Teil Schutzbehauptungen sind, zumal die Berufung auf zivilen Ungehorsam oder Widerstand gerade das Entstehen für die (straf-)rechtlichen Konsequenzen impliziert.<sup>9</sup>

Aber deshalb pauschal anzunehmen, dass sich Klima-Aktivisten der strafrechtlichen Bedeutung ihres Handelns stets bewusst sind und mit ihrer Protestform auf eine strafprozessuale Verurteilung abzielen, wie Fischer es andeutet,<sup>10</sup> dürfte sich schon vor dem Hintergrund

verbieten, dass selbst in der Strafrechtswissenschaft nicht gänzlich unumstritten ist, ob Klimaproteste im Einzelfall

\*Fynn Wenglarczyk ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie von Prof. Dr. Matthias Jahn (Goethe-Universität). Philipp Kupczik ist studentische Hilfskraft an diesem Lehrstuhl.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Kupczik/Wenglarczyk, Klima-Proteste, strafrechtliche Rechtfertigung und Unrechtsbewusstsein, FraLR 2024 (01), S. 46-52.  
DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.83616>

<sup>1</sup>Ab hier all genders included.

<sup>2</sup>Zimmermann/Griesar, JuS 2023, 401; Erb, NStZ 2023, 577 (578 f.); Preuß, NZV 2023, 60; Sobota, StudZR 2023, 123; Leitmeier, jM 2023, 38 (40 f.); Lund, NStZ 2023, 198.

<sup>3</sup>Siehe etwa Engländer, JZ 2023, 255 (Anm. zu AG Flensburg); Horter/Zimmermann, GA 2023, 440; Rönnau, JuS 2023, 112; Nestler, JURA 2022, 1508 (Anm. zu OLG Celle); Schmidt, KlimR 2023, 16; Bönte, HRRS 2021, 164; Zieschang, JR 2023, 141 (Anm. zu AG Flensburg); Magnus, JR 2023, 9; Homann, JA 2023, 649.

<sup>4</sup>Mitsch, JZ 2023, 230; Gafus, Verfassungsblog v. 16. November 2022, <https://verfassungsblog.de/gewaltfantasien-und-gewaltmonopol>, zuletzt abgerufen wie alle nachfolgenden URL am 05.01.2024.

<sup>5</sup>Eidam, JZ 2023, 224; Rönnau, JuS 2023, 112; Preuß, NZV 2024, 61; Jahn/Wenglarczyk, JZ 2023, 885 zu den strafverfassungsrechtlichen Implikationen organisierter Klimaproteste.

<sup>6</sup>Singelstein/Winkler, NJW 2023, 2815; Kuhli/Papenfuß, KriPoZ 2023, 71; Jahn/Wenglarczyk, JZ 2023, 885 (890 ff.); Heger/Huthmann, KriPoZ 2023, 259; Ebbinghaus, HRRS 2023, 318; Heil/Vogt, JA 2023, 881; Heinze/Steinmetz, NK 2023, 387.

<sup>7</sup>Dass die Schuld wegen eines Verbotsirrtums nicht ausgeschlossen sei, weil dieser jedenfalls vermeidbar sei, wird allenfalls am Rande erwähnt, vgl. Rönnau/Saathoff, JuS 2023, 439 (443); Rönnau, JuS 2023, 112 (114).

<sup>8</sup><https://letztegeneration.org/wer-wir-sind/>.

<sup>9</sup>Pointiert Jahn, JuS 2023, 82, 84: „Es wäre (...) widersprüchlich, wenn man sich bei einem Akt, der die Befolgung der Mehrheitsregel in Frage stellt, auf eine Rechtfertigung innerhalb der Mehrheitsregel berufen wollte“.

<sup>10</sup>Fischer, LTO v. 22.5.2023, der davon spricht, dass die Täter die „Strafbarkeit bestreiten und Rechtfertigungsgründe behaupten“, <https://www.lto.de/recht/meinung/m/kriminelle-vereinigung-thomas-fischer-letzte-generation/>; hierzu auch Bayer, Verfassungsblog v. 6. Oktober 2022, <https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/>.

beispielsweise wegen eines rechtfertigenden Notstands gerechtfertigt sein können.<sup>11</sup>

Soweit sich Klima-Aktivisten damit im Einzelfall möglicherweise vorstellen, ihr Verhalten im Rahmen von Klima-Protesten sei rechtlich erlaubt, kann auch das Vorliegen eines Verbotsirrtums nicht von vornherein ausgeschlossen werden, mag er im Ergebnis regelmäßig auch vermeidbar sein (§ 17 S. 2 StGB). Für die mit Klima-Protesten befassten Strafgerichte gilt jedenfalls, dass diese zumindest bei entsprechenden Einlassungen der Angeklagten dazu verpflichtet sind, ausdrückliche Feststellungen zum Unrechtsbewusstsein im Urteil zu treffen.<sup>12</sup>

Das aber ist bisher, soweit in veröffentlichten Entscheidungen ersichtlich,<sup>13</sup> nicht geschehen.

## B. Grundlagen zum Verbotsirrtum

### I. Unrecht, Schuld und Unrechtsbewusstsein

Im System der strafrechtlichen Zurechnung wird zwischen Unrecht (der Tat) und Schuld (des Täters) unterschieden.<sup>14</sup> Die Kategorie des Unrechts behandelt die Frage, ob die Abweichung von den Sollensnormen der Rechtsordnung insgesamt als rechtswidrig anzusehen ist. Die Kategorie der Schuld betrifft hingegen die Frage nach der *persönlichen Vorwerfbarkeit* der rechtswidrigen Tat.<sup>15</sup> Auf Grundlage des normativen Schuldbegriffs gilt eine Tat dann als persönlich vorwerfbar, wenn der Täter im Tatzeitpunkt hätte anders handeln können.<sup>16</sup> Ein davon ausgehender Schuldvorwurf setzt voraus, dass dem Täter das Unrecht (Tatbestand und Rechtswidrigkeit i.e.S.) bewusst ist. Anderenfalls könnte ihm keine tadelnswerte Gesinnung vorgeworfen werden. Umgekehrt bedeutet dies aber nicht, dass allein ein vorhandenes Unrechtsbewusstsein dazu führt, jemandem eine Tat persönlich vorwerfen zu können.<sup>17</sup>

Dem Gesetz lässt sich allerdings weder entnehmen, was mit Unrechtsbewusstsein gemeint ist, noch, was den *Gegenstand* des Unrechtsbewusstseins darstellen soll. Der herrschenden Meinung zufolge genügt das Bewusstsein, dass die „Tat gegen die verbindliche materiale Werteordnung des Rechts verstößt und daher rechtlich verboten ist“<sup>18</sup>. Der BGH bringt diese Ansicht auf die in der Komplexität reduzierte Formel „Bewusstsein der Rechtswidrigkeit bedeutet: Der Täter weiß, dass das, was er tut, rechtlich nicht erlaubt, sondern verboten ist“<sup>19</sup>. Auf die Kenntnis des formellen strafrechtlichen Verbots, also die Kenntnis explizit der Strafbarkeit, soll es also gerade nicht ankommen.<sup>20</sup>

### II. Arten von Verbotsirrtümern

Im Ausgangspunkt kann der direkte von dem indirekten Verbotsirrtum unterschieden werden. Ein direkter Verbotsirrtum liegt vor, wenn der Täter die sein Verhalten verbietende Norm überhaupt nicht kennt. Kennt der Täter hingegen die Norm, irrt aber über die Existenz oder die Grenzen eines Erlaubnissatzes zum Zeitpunkt der Tat (vgl. § 8 S. 1 StGB), handelt es sich um einen indirekten Verbotsirrtum entweder in Form eines Erlaubnisirrtums, eines Erlaubnisgrenzirrtums oder eines Bestandsirrtums.<sup>21</sup> Als direkter Verbotsirrtum wird in der Literatur zudem der sog. Gültigkeitsirrtum behandelt.<sup>22</sup> Hier kennt der Täter

zwar die sein Verhalten verbietende Norm, hält diese Norm aber etwa wegen des Verstoßes gegen höherrangiges Recht (irrtümlich) für nicht gültig bzw. nichtig.<sup>23</sup> Der Anwendungsbereich ist allerdings auf Fälle beschränkt, in denen sich der Täter in dem Glauben befindet, Gerichte würden auch entsprechend der eigenen rechtlichen Einschätzung entscheiden.

### III. Beweismäßige Feststellung von Unrechtsbewusstsein und Schuld

In der Praxis stellt sich die Frage, wie Unrechtsbewusstsein und Schuld festgestellt werden können. Schuld und Unrechtsbewusstsein sind Gegenstand der Beweisaufnahme in einer strafgerichtlichen Hauptverhandlung (§ 244 Abs. 2 StGB).<sup>24</sup> Das Unrechtsbewusstsein ist dabei (ebenso wie der Vorsatz) eine innere Tatsache. Die beweismäßige Feststellung steht in der Praxis insofern vor der Herausforderung, dass innere Tatsachen nicht sinnlich wahrnehmbar sind. Ein Zeuge etwa (§§ 48 ff. StPO) kann nicht zu inneren Vorgängen des Angeklagten befragt werden. Auf die Schuld und damit auf das Unrechtsbewusstsein zum Zeitpunkt der Tat muss deshalb aus den objektiven Umständen als Indiz und damit auf Grundlage der in die Hauptverhandlung eingeführten Beweistatsachen geschlossen werden. Insoweit gilt, dass über das Ergebnis der Beweisaufnahme in freier richterlicher Beweiswürdigung (§ 261 StPO) entschieden wird.<sup>25</sup>

Vor der Herausforderung, auf innere Tatsachen zu schließen, stehen auch die vorliegenden Ausführungen. Soweit von Aussagen von Klima-Aktivisten auf das

<sup>11</sup>Die Möglichkeit eines rechtfertigenden (Klima-)Notstands bejaht zuletzt Magnus, JR 2024, 9.

<sup>12</sup>Siehe hierzu OLG Jena, NJW 2006, 1892, 1894; OLG Hamm, StV 2014, 225; Neumann in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, StGB § 17 Rn. 106 mwN.

<sup>13</sup>Vgl. – exemplarisch – AG Berlin-Tiergarten, NStZ 2023, 242; AG Berlin-Tiergarten, BeckRS 2022, 50575; BayObLG 2023, BeckRS 2023, 8998; AG Flensburg, BeckRS 2023, 32594; AG München, BeckRS 2023, 22735; AG München, BeckRS 2022, 43646.

<sup>14</sup>Vgl. hierzu Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 13 Rn. 619.

<sup>15</sup>Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 13 Rn. 619.

<sup>16</sup>Heger in Lackner/Kühl/Heger, Vorb. § 13 Rn. 23.

<sup>17</sup>Zum Verhältnis von Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum siehe auch Neumann in: NK-StGB, § 17 Rn. 9.

<sup>18</sup>Heger in: Lackner/Kühl/Heger, StGB § 17 Rn. 2; BGHSt 52, 227, 240 = NStZ 2009, 275; vgl. auch Neumann in: NK-StGB, § 17 Rn. 17.

<sup>19</sup>BGHSt 2, 196; siehe hierzu auch Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 21 Rn. 12.

<sup>20</sup>BGHSt 2, 194, 202; BGHSt 10, 35, 41; Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, § 17 Rn. 3; Sternberg-Lieben/Schuster in: Schönke/Schröder, § 17 Rn. 5; a.A. Neumann in: NK-StGB, § 17 Rn. 21.

<sup>21</sup>Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 1332.

<sup>22</sup>Roxin/Greco, Strafrecht AT I, § 21 Rn. 25 ff.

<sup>23</sup>Neumann in: NK-StGB § 17 Rn. 47; Roxin/Greco, Strafrecht AT I, § 21 Rn. 22.

<sup>24</sup>Neumann in: NK-StGB § 17 Rn. 104.

<sup>25</sup>Vgl. zum Schluss von objektiven Tatumständen als Indiz für die subjektive Tatseite etwa die Rspr. zur „Hemmschwellentheorie“ (BGH, NStZ 1983, 407), wobei der BGH in neueren Entscheidungen klargestellt hat, dass es sich bei der „Hemmschwellentheorie“ lediglich um einen Hinweis auf die freie richterliche Beweiswürdigung handelt (siehe etwa BGH, NStZ 2015, 241; BGH, NStZ 2016, 24; BGHSt 63, 88).

(Nicht-)Vorliegen von Unrechtsbewusstsein geschlossen und damit die Frage erörtert werden soll, ob Klima-Aktivisten im Verbotsirrtum handeln, ist zu berücksichtigen, dass es sich teilweise um einen angenommenen Sachverhalt handelt, der die Strafbarkeit des jeweiligen Protest-Verhaltens und die Ernsthaftigkeit der Äußerungen von Klima-Aktivisten voraussetzt.

## C. Überlegungen zum Unrechtsbewusstsein von Klima-Aktivisten

### I. Aussagen von Klima-Aktivisten zur Rechtfertigung und zur Begründung des Protestes

Dass Klima-Proteste im Einzelfall Straftaten darstellen, wird von Klima-Aktivisten, von Ausnahmen abgesehen, kaum bestritten. Ganz im Gegenteil liegt es sogar mehr als nahe, dass ihnen bewusst ist, dass sie Straftatbestände erfüllen. Die „Letzte Generation“ etwa bezeichnet die Klima-Proteste angelehnt an den Begriff des „zivilen Ungehorsams“ als „zivilen Widerstand“<sup>26</sup>. Dabei stellt es gerade ein Wesensmerkmal von zivilem Ungehorsam dar, dass er strafbar ist oder jedenfalls persönliche rechtliche Konsequenzen für den Aktivist nach sich zieht, da es dem Protest anderenfalls an öffentlicher Aufmerksamkeit und Symbolkraft mangelt.<sup>27</sup> In der Tat bringen viele Klima-Aktivisten deshalb zum Ausdruck, für die strafrechtlichen Folgen ihres Protestes auch eintreten zu wollen. Andererseits halten viele ihre Proteste – explizit auch strafrechtlich – für gerechtfertigt und begründen ihr Handeln mit einem „Verbrechen an der Menschheit“, dem drohenden „Klimakollaps“ oder mit einem Handeln im (Klima-)Notstand. Viele Aussagen lassen damit darauf schließen, dass das Verhalten im Rahmen von Protestaktionen im Ergebnis (doch) für nicht strafbar erachtet wird.<sup>28</sup> Dass das nur auf den ersten Blick widersprüchlich ist, legen wir weiter unten dar.

Nach einer – freilich nicht repräsentativen – Durchsicht zahlreicher Aussagen von Klima-Aktivisten in Videos, die im Internet kursieren, lassen sich im Wesentlichen zwei unterschiedliche Begründungs- bzw. Rechtfertigungstopoi zugunsten einer Straflosigkeit unterscheiden:

1. *Handeln im (Klima-)Notstand* Viele Klima-Aktivisten begründen ihr Handeln und ihre Protestaktionen damit, dass sie wegen des Klimawandels und dem nahenden Erreichen irreversibler Kippunkte Gefahren für die Umwelt, die natürlichen Lebensgrundlagen, die Gesellschaft und letztlich für die Menschen abwenden wollen. Teils äußern sie vor diesem Hintergrund ausdrücklich, dass „wir“ uns im Klimanotstand befänden und ein Handeln deshalb gerechtfertigt sei. In diesem Sinne erkennen Klima-Aktivisten meist explizit an, dass sie Strafgesetze brechen, verweisen aber darauf, angesichts der (drohenden) Klima-Katastrophe in einem Notstand zu handeln. Als Beispiel für diese Art von Aussagen sei auf ein Video verwiesen, dass auf X angeklickt werden kann und einen Aktivist namens *Edmund Schultz* im Anschluss an seine Verurteilung vor dem Amtsgericht Ahrweiler zeigt. Der Aktivist musste sich dort (wohl) u.a. wegen der Störung öffentlicher Betriebe gem. § 316 StGB verantworten, weil er „fünf Mal Erdölpipelines abgedreht“ hatte. In dem Video äußert er sich wie folgt:

„Das ist nicht anders zu erwarten, weil ich habe natürlich als zivilen Ungehorsam geltende Gesetze gebrochen, aber es ist gerechtfertigt nach dem Notstandsparagrafen, denn was uns als Menschheit erwartet, das ist die größte Katastrophe, die die Menschheit jemals erlebt hat.“<sup>29</sup>

2. *„Verfassungsbruch“ der Bundesregierung und übergesetzliche Rechtfertigung* Als weitere Begründung dient Klima-Aktivisten spätestens seit dem „Klima-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021<sup>30</sup> das (angeblich) mit Blick auf die im „Klima-Beschluss“ aufgestellten Vorgaben zur gesetzlichen Planung des Regierungshandelns in Bezug auf den Verbrauch von CO<sub>2</sub>-Emissionen auch nach 2030 *verfassungswidrige Regierungshandeln*.<sup>31</sup> Die Ausführungen auf der Webseite von der „Letzten Generation“ zum „Verfassungsbruch“ zielen im Kern auf eine grundrechtliche Schutzpflichtverletzung ab. Zum Hintergrund: Das Bundesverfassungsgericht konnte eine grundrechtliche Schutzpflichtverletzung damals („derzeit“<sup>32</sup>) noch nicht feststellen.<sup>33</sup> Die „Letzte Generation“ argumentiert hingegen weiterhin, die Bundesregierung stehe verfassungsrechtlich in der Verantwortung, „unsere Freiheit und unsere Lebensgrundlagen zu schützen.“<sup>34</sup> Vor kurzem hat die Deutsche Umwelthilfe zudem mit den Beschwerdeführern im Verfahren des „Klima-Beschlusses“ erneut eine Verfassungsbeschwerde beim BVerfG anhängig gemacht, mit der das durch das am 4. Oktober 2023 nach § 9 Abs. 1 KSG beschlossene Klimaschutzprogramm mit Blick auf die Verletzung des Gebots der intertemporalen Freiheitssicherung gerügt wird.<sup>35</sup>

Der „Verfassungsbruch“-Argumentation lassen sich zahlreiche Aussagen zuordnen, die in den sozialen Medien zu finden sind. So wird etwa *Carla Hinrichs*, Sprecherin der „Letzten Generation“, in einem Post der „Letzten Generation“ auf X folgendermaßen zitiert:

„Unsere Verfassung wird gebrochen & CO<sub>2</sub>-Reduktionen passieren viel zu langsam. Momentan rutschen wir immer weiter Richtung

<sup>26</sup><https://letztegeneration.org/ziviler-widerstand/>.

<sup>27</sup>Hierzu Jahn/Wenglarczyk, JZ 2023, 885.

<sup>28</sup>Davon zu unterscheiden sind Aussagen, in denen zum Ausdruck gebracht wird, dass das Verhalten nicht strafbar sein *sollte*. Hier ist die Kenntnis um das Verbotensein des Verhaltens gegeben.

<sup>29</sup><https://twitter.com/AufstandLastGen/status/1681752960055799812?s=20>.

<sup>30</sup>BVerfGE 157, 30 (= DÖV 2021, 738); vgl. zu möglichen Konsequenzen und Handlungsalternativen des Beschlusses jüngst RiBVerfG Christ, NVwZ 2023, 1193.

<sup>31</sup>Vgl. hierzu auch Dießner, StV 2023, 547 (557).

<sup>32</sup>BVerfGE 157, 30 Rn. 168: „derzeit“.

<sup>33</sup>Zu den grundrechtlichen Umweltschutzpflichten siehe die – vor BVerfGE 157, 30 entstandene – Arbeit von Weinrich, Die grundrechtlichen Umweltschutzpflichten des Staates, 2022; zudem die – nach BVerfGE 157, 30 entstandene – Arbeit von van Leuween, Klimawandel und Grundgesetz – Umfang und Grenzen eines verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Klimaschutz, 2023.

<sup>34</sup><https://letztegeneration.org/verfassungsbruch/>.

<sup>35</sup>Die Verfassungsbeschwerdeschrift ist hier abrufbar: [https://www.duh.de/fileadmin/user\\_upload/download/Projektinformation/Klimaschutz/Klimaklagen/Verfassungsbeschwerde\\_KSP.geschwaertzt.pdf](https://www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Projektinformation/Klimaschutz/Klimaklagen/Verfassungsbeschwerde_KSP.geschwaertzt.pdf).

unwiederbringlicher Zerstörung unserer Lebensgrundlagen ab“<sup>36</sup>

In einem anderen Video, das sie nach einer Verurteilung vor dem Amtsgericht Berlin aufgenommen hat, sagt sie:

„Und ich frag‘ mich ganz ehrlich, [...] hier müssen alle Aspekte einbezogen werden, auf dem Weg in eine Krise, in eine absolute Katastrophe. Wenn unsere Lebensgrundlage und unsere Gesellschaft zusammenbrechen, müssen wir uns alle fragen: Können wir diesen Kurs noch mittragen? Nicht nur als Bürger:innen dieses Landes, die Widerstand leisten, sondern auch als Richterinnen und Richter, die hier meinen Protest verurteilen, anstatt ihn freizusprechen, wie sie es eigentlich müssten.“<sup>37</sup>

Schließlich äußerte sich die „Letzte Generation“ selbst zu einer Protestaktion, bei der Verkehrsblockaden im Münchener Stadtgebiet organisiert wurden, folgendermaßen:

„Hier holen wir den Verfassungsbruch der Bundesregierung ins Licht der Öffentlichkeit, weil wir wissen, dass dieser Protest gerechtfertigt ist.“<sup>38</sup>

## II. Ziviler Ungehorsam und Strafflosigkeit – ein selbstbelastender Widerspruch?

Dass Klima-Aktivist:innen im Rahmen ihres zivilen Widerstandes für die strafrechtlichen Konsequenzen ihres Protestes bereit sind einzustehen, teilweise aber zugleich annehmen, der Protest sei wegen eines (Klima-)Notstandes oder des verfassungswidrigen Regierungs- bzw. Staatshandelns gerechtfertigt und damit im Ergebnis straflos, scheint zunächst ein Widerspruch zu sein und könnte das Pochen auf Strafflosigkeit als Schutzbehauptung entlarven.<sup>39</sup> Denn soweit Klima-Aktivist:innen gerade den Begriff des zivilen Ungehorsams für die moralische oder politische Rechtfertigung ihres Handelns in Stellung bringen,<sup>40</sup> dürfte ihnen in aller Regel bewusst sein, dass ziviler Ungehorsam eine Protestform darstellt, bei der mit Regelbrüchen und Straftaten auf die öffentliche Meinungsbildung Einfluss genommen werden soll.

Aber es handelt sich nur auf den ersten Blick um einen Widerspruch, zivil ungehorsam zu sein und gleichzeitig Straffreiheit zu fordern oder auch Rechtsmittel gegen seine Verurteilung einzulegen. Wie schon Roxin zur Frage der Rechtfertigungsfähigkeit von zivilem Ungehorsam auf den Punkt brachte, handelt es sich um eine „Definitionsfrage“. Natürlich, so Roxin, könne man den „Regelverstoß, soweit er das Strafrecht betrifft, als tatbestandsmäßiges Verhalten [...] bestimmen, dieses aber wegen der von den Protestierenden verfolgten höherrangigen Interessen für gerechtfertigt [...] erklären.“<sup>41</sup> Von juristischen Laien und daher von (den meisten) Klima-Aktivist:innen kann nicht erwartet werden, dass sie sich juristisch exakt ausdrücken.<sup>42</sup>

Darüber hinaus setzt das Begriffsmerkmal des Einstehens für die strafrechtlichen Konsequenzen nicht zwingend

die nachträglich gerichtlich festgestellte Strafbarkeit des Protestes voraus. Was ebenso gut gemeint sein kann, ist, dass Protestierende sicht- und identifizierbar vor Ort sein müssen, um eine staatliche Inkulpatation, also die Einleitung eines Strafverfahrens, zu ermöglichen. Denn bereits mit dem Strafverfahren sind Strafwirkungen und persönliche Konsequenzen verbunden. Der Ausgang des Verfahrens hängt indes vom Einzelfall ab und ob Verhaltensweisen im Rahmen von Protesten gerechtfertigt sind, wird von den Gerichten zwar mit Wirkung *ex tunc*, aber dennoch erst nachträglich festgestellt. *Prima facie* bleibt der Protest im öffentlichen Raum dann aber trotzdem ein für alle sichtbarer Regelbruch.

## III. Rechtliche Annäherung

Diese beiden Begründungs- bzw. Rechtfertigungstopoi sollen zunächst einmal materiell-strafrechtlich eingeordnet werden. Denn soweit tatsächlich eine Rechtfertigung in Betracht kommt, stellen sich Fragen des Schuldausschlusses wegen eines Verbotsirrtums nicht.

### 1. Materiell-strafrechtliche Würdigung der Aussagen

a) *Kein (Klima-)Notstand i.S.d. § 34 StGB* Eine Rechtfertigung des tatbestandlichen Verhaltens unter dem Gesichtspunkt des rechtfertigenden (Klima-)Notstands i.S.d. § 34 StGB wird ganz überwiegend und zu Recht verneint.<sup>43</sup>

Im Zusammenhang mit der Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit, wozu das Klima gezählt werden kann, wird darauf verwiesen, dass der Grundsatz des Vorrangs staatlicher Gefahrenabwehr und des staatlichen Gewaltmonopols gilt.<sup>44</sup> Eine Rechtfertigung ist demnach so lange ausgeschlossen, wie staatliche Hilfe rechtzeitig zur Abwendung der Gefahrenlage in Anspruch genommen

<sup>36</sup><https://twitter.com/AufstandLastGen/status/1693887658022330702?s=20>.

<sup>37</sup><https://twitter.com/AufstandLastGen/status/1634145691193810944?s=20>.

<sup>38</sup><https://twitter.com/AufstandLastGen/status/1694611282463203449?s=20>.

<sup>39</sup>Vgl. etwa Jahn, JuS 2023, 82 (84): „Ziviler Ungehorsam lebt vom begrenzten Regelbruch. Erst dieser eröffnet dem symbolischen Protest in der öffentlichen Wahrnehmung die Dimension des Existentiellen, er verlangt die Bereitschaft, für die rechtlichen Folgen der Normverletzung einzustehen“. [...] Damit ist das Pochen auf eine Rechtfertigung unverträglich“.

<sup>40</sup>Zur rechtfertigenden Funktion von zivilem Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat siehe Akbarian, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, S. 99 ff; Habermas, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 29.

<sup>41</sup>Roxin, Festschrift Schüler-Springorum, S. 441 (443).

<sup>42</sup>Ähnlich bereits Roxin, in: Festschrift Schüler-Springorum, S. 441 (443) zur Frage, ob die Rechtfertigung von zivilem Ungehorsam überhaupt ein diskutables Thema sei.

<sup>43</sup>Anstatt vieler etwa OLG-Celle, BeckRS 2022, 21494; Erb, NSZ 2023, 577 (580 ff.); a.A. Bönte, HRRS 2021, 164; Magnus, JR 2024, 9; differenzierend J. Wolf/Wenglarczyk, JuWissBlog v. 3. Februar 2023, <https://www.juwiss.de/2-2023/>; Dießner, StV 2023, 547 (557 f.) hält eine Rechtfertigung auch nicht für ausgeschlossen. Zur Frage eines rechtfertigenden (Klima-)Notstands verneinend siehe Jahn, JuS 2023, 82 (84); Rönnau, JuS 2023, 112 (114); Schmidt, KlimR 2023, 16; Engländer, JZ 2023, 255; Eidam, JZ 2023, 224 (229 f.).

<sup>44</sup>Siehe hierzu, iZm. Klima-Protesten etwa Schmidt, KlimR 2023, 16, 19 f.; Engländer, JZ 2023, 255, 258 f.; allgemein Bock, ZStW 131 (2019), 555 (567) mwN. – auch zur Rspr.

werden kann.<sup>45</sup> Insoweit wird auf das Demokratieprinzip und den Vorrang der Mehrheitsregel verwiesen.<sup>46</sup> Der Staat könne es nicht durch die Anerkennung einer strafrechtlichen Rechtfertigung für rechtmäßig erklären, dass „durch legale Mehrheitsbeschlüsse zustande gekommene Entscheidungen von einer Minderheit mit illegalen Mitteln [...] bekämpft werden. Das wäre ein ‚Widerspruch in sich selbst‘. [...] Darin läge eine Selbstaufgabe der Demokratie, ein Verzicht auf die Durchsetzung der Mehrheitsregel, der rechtlich unmöglich ist.“<sup>47</sup>

Dass aber auch der Mehrheitsregel im demokratischen Rechtsstaat Grenzen gesetzt sind, die etwa darin bestehen, keine irreversiblen Entscheidungen treffen zu dürfen,<sup>48</sup> die aktuelle Minderheiten im politischen Meinungskampf auch für die Zukunft auf Dauer etwa dadurch diskriminieren,<sup>49</sup> dass der Klimawandel samt seiner Auswirkung nicht rückgängig gemacht werden kann, wird dabei selten berücksichtigt, wobei es auch fernliegt, diese Aspekte in die Notstandsdogmatik zu integrieren.<sup>50</sup>

Ob sich die herrschende Meinung in Literatur und in der Rechtsprechung auf Dauer halten lässt, lässt sich natürlich nicht sicher vorhersehen. Klimawandel und staatliche Klimaschutzpolitik sind gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie durch die Verantwortung für den Verbrauch des endlichen CO<sub>2</sub>-Restbudgets stetig irreversible Zustände hervorbringen. Mit Blick auf die weitere zeitliche Entwicklung des Klimawandels und der Klimaschutzpolitik könnte die am Gewaltmonopol und am Demokratieprinzip orientierte Argumentation zu kurz greifen. Wer mit der Auffassung im Schrifttum die Grenze bürgerlicher Duldungspflichten, den Vorrang des staatlichen Gewaltmonopols also, bei einem Staatsversagen zieht, das in die Kategorie der Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten fällt,<sup>51</sup> der wird mit Blick auf die vom BVerfG verwendeten Signalwörter im „Klima-Beschluss“ überlegen müssen, inwieweit dies in der Zukunft im Rahmen einer Rechtfertigungsdogmatik berücksichtigt werden und zum Ausdruck kommen kann.

Diese Signalwörter lauten: „derzeit“<sup>52</sup>, „aktuell“<sup>53</sup> und „jedenfalls gegenwärtig“<sup>54</sup>. Sie beziehen sich in der Entscheidung jeweils auf die Frage der staatlichen Schutzpflichtverletzung, die nach dem BVerfG eben nur *derzeit* noch nicht bejaht werden könne. Das könnte im Umkehrschluss heißen, dass es *normative Kippunkte* gibt, deren Erreichen und Überschreiten eine Schutzpflichtverletzung bedeuten und bei weiterer Untätigkeit der Politik in den nächsten Jahrzehnten nicht ausgeschlossen werden kann. Die Feststellung hierüber obliegt weiterhin dem BVerfG, sodass eine weitere Entscheidung abzuwarten ist. Jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt lässt sich ein rechtfertigender (Klima-)Notstand *de lege lata* nicht bejahen und dürfte abseits konkret existentieller Gefahrensituationen kaum denkbar sein.

b) „Verfassungsbruch“ der Bundesregierung und übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund Die Argumentation zugunsten eines „Verfassungsbruchs“<sup>55</sup>, die das gegenwärtige Regierungshandeln als – gemessen an dem aus Art. 20a GG ableitbaren staatlichen Schutzauftrag<sup>56</sup> – verfassungswidrig bezeichnet, ist indes nicht völlig abwegig.<sup>57</sup> Zumindest das jüngste Zweijahresgutachten des Expertenrats für Klimafragen<sup>58</sup> und die jüngste Stellungnahme dieses

Rats zum Entwurf des Klimaschutzprogramms 2023<sup>59</sup> sowie der Projektionsbericht 2021 des Umweltbundesamts<sup>60</sup>, demzufolge Deutschland die gesetzlichen Vorgaben mit den derzeit beschlossenen Klimaschutzmaßnahmen *verfehle*, lassen diesen Schluss zu. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG eine mit Blick auf die Verfehlung von Sektorenzielen eingereichte Verfassungsbeschwerde Anfang 2022 nicht zur Entscheidung angenommen und auch sonst nicht noch einmal mit der aus § 31 Abs. 1 BVerfGG folgenden Gesetzeskraft festgestellt hat, dass das *gegenwärtige*, auf den Klima-Beschluss bzw. die Novelle des Klimaschutzgesetzes<sup>61</sup> folgende Regierungshandeln verfassungswidrig ist. Einige Verfassungsrechtler sind zudem der Auffassung, dass das gegenwärtige Regierungshandeln weder mit Blick auf die Vorgaben aus dem „Klima-Beschluss“ noch hinsichtlich des „Modernisierungspakts für den Klimaschutz“, mit dem die Sektorenziele abgeschafft werden, verfassungswidrig sei.<sup>62</sup> Die Rechtslage dürfte also zumindest als umstritten gelten.

<sup>45</sup>Bock, ZStW 131 (2019), 555, (567).

<sup>46</sup>So z.B. OLG Celle, NStZ 2023, 113 (Rn. 12).

<sup>47</sup>Roxin, Festschrift Schüler-Springorum, S. 441 (448).

<sup>48</sup>Hierzu Hohnerlein, Recht und demokratische Reversibilität, 2022.

<sup>49</sup>Frankenberg, JZ 1984, 266 (273 f.); zum Problem der Irreversibilität demokratischer Entscheidungen jüngst Schwarz, DÖV 2024, 11.

<sup>50</sup>Hierzu aber im Kontext der Rechtfertigung Jahn/Wenglarczyk, JZ 2023, 885 (890), die eine Rechtfertigungsfähigkeit im Ergebnis verneinen.

<sup>51</sup>So Bock, ZStW 131 (2019), 555 (573) mit Verweis zur staatlichen Schutzpflicht als Gegenpol zur bürgerlichen Friedenspflicht etwa auf Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, 2. Aufl. 1995, § 13 Rn. 82; Hummler, Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr, 1998, S. 191 ff.; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, § 22 Rn. 22; Horn in Stern/Becker, Grundrechte Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 73.

<sup>52</sup>BVerfGE 157, 30 Rn. 168.

<sup>53</sup>BVerfGE 157, 30 Rn. 163.

<sup>54</sup>BVerfGE 157, 30 Rn. 165.

<sup>55</sup><https://letztegeneration.org/verfassungsbruch/>.

<sup>56</sup>Vgl. hierzu die beiden in Fn. 43 zitierten Arbeiten von Weinrich und van Leuween.

<sup>57</sup>So auch Jahn/Wenglarczyk, JZ 2023, 885 (887).

<sup>58</sup>Expertenrat für Klimafragen, Zweijahresgutachten 2022. Gutachten zu bisherigen Entwicklungen der Treibhausgasemissionen, Trends der Jahresemissionsmengen und Wirksamkeit von Maßnahmen (gemäß § 12 Abs. 4 Bundes-Klimaschutzgesetz), S. 29: „Eine Fortschreibung der beobachteten Entwicklung in die Zukunft belegt für nahezu alle Sektoren wie auch für die Emissionen insgesamt, dass die Ziele des Klimaschutzgesetzes für das Jahr 2030 bei gleichbleibender Minderungsrate signifikant verfehlt würden.“

<sup>59</sup>Expertenrat für Klimafragen, Stellungnahme zum Entwurf des Klimaschutzprogramms 2023, S. 34 f.: „Der Expertenrat stellt daher fest, dass das vorgelegte Klimaschutzprogramm 2023 nicht die Anforderungen des Bundes-Klimaschutzgesetzes an ein Klimaschutzprogramm gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 KSG erfüllt.“

<sup>60</sup>Vgl. den Projektionsbericht 2021 des Umweltbundesamtes, abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/daten/klima/treibhausgasminderungsziele-deutschlands#nationale-treibhausgasminderungsziele-und-deren-umsetzung>.

<sup>61</sup>Bundes-Klimaschutzgesetz, BGBl. I, 2019, S. 2513 sowie Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes, BGBl. I, 2021, S. 3905.

<sup>62</sup>Hecker, Verfassungsblog v. 12. September 2023, <https://verfassungsblog.de/schwach-aber-rechtmasig/>.

Aber selbst, wenn man von Verfassungswidrigkeit ausgeht, folgt daraus für die strafrechtliche Rechtfertigung der Klima-Proteste zunächst einmal nichts. Das gilt auch für die Frage, ob mit Blick auf die Verpflichtung des Staates, sich schützend vor das Leben zu stellen und die Lebensgrundlagen zu erhalten, ein (übergesetzlicher) Rechtfertigungsgrund besteht. Dass (zivil)er Widerstand gegen „in legalen Formen auftretendes Unrecht“<sup>63</sup> der beispielsweise nur noch nicht festgestellten Verfassungswidrigkeit moralisch oder politisch legitim sein kann, führt nicht zu einer strafrechtsdogmatischen Rechtfertigung von Formen der Selbstjustiz im demokratischen Rechtsstaat. Aus Art. 20 Abs. 4 GG folgt, dass – mit Straftaten einhergehender – Widerstand im Falle von verfassungswidrigem Staatshandeln erst dann gerechtfertigt ist, wenn die in Art. 20, 79 Abs. 3 GG beschriebene Verfassungsordnung zu beseitigen versucht wird. Dass das gegenwärtig der Fall ist, ist abwegig.

2. *Würdigung der Aussagen unter dem Gesichtspunkt des Unrechtsbewusstseins* Für das Vorliegen von Verbotsirrtümern stellt sich damit die Frage, ob Klima-Aktivisten, die sich in der wiedergegebenen Art und Weise zugunsten der Straflosigkeit ihres Protestes einlassen, *Fehlvorstellungen über das Verbotensein des fraglichen Verhaltens* unterliegen. Direkte Verbotsirrtümer dürften dabei regelmäßig fernliegen, da davon ausgegangen werden kann, dass Klima-Aktivisten die strafrechtlichen Verbotsnormen, die im Zusammenhang mit Sitzblockaden, dem Besprühen fremder Sachen mit Farbe oder dem Bekleben von Gemälden mit Sekundenkleber einschlägig sind (u.a. §§ 240, 303, 304, 123 StGB), grundsätzlich bekannt sind. Die Aussagen könnten aber auf das Vorliegen indirekter Verbotsirrtümer hindeuten. Denn soweit sich Klima-Aktivisten auf eine Rechtfertigung wegen eines Klima-Notstandes oder eines verfassungswidrigen Staatshandelns berufen, gehen sie zwar davon aus, strafatbestandsmäßig zu handeln, halten jedoch einen Erlaubnissatz für gegeben.

In Fällen, in denen Klima-Aktivisten tatsächlich der Vorstellung unterliegen, ihr Handeln sei durch einen rechtfertigenden (Klima-)Notstand gerechtfertigt, dürfte es sich dann regelmäßig um Erlaubnisgrenzirrtümer handeln. Denn mit § 34 StGB liegt zwar grundsätzlich eine Erlaubnisnorm vor, die jedenfalls grundsätzlich auch für die Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit, wie z.B. das Klima, greift. Allerdings scheinen Klima-Aktivisten die rechtlichen Grenzen dieses Rechtfertigungsgrundes zu verkennen, wenn sie der Auffassung sind, zur Abwehr von Klimagefahren für die Allgemeinheit berufen zu sein und das Recht gewissermaßen in die eigenen Hände nehmen zu dürfen. Ihre Fehlvorstellung bezieht sich damit auf die normativen Rechtfertigungstatbestandsmerkmale der „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ der Notstandshandlung.<sup>64</sup>

Wie oben unter C. III. 1. a) ausgeführt, lässt sich ein Handeln Privater zur Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit aus Gründen des Vorrangs staatlicher Gefahrenabwehr und dem Demokratieprinzip aber nicht unter den Rechtfertigungstatbestand subsumieren.<sup>65</sup> Wem diesbezügliche Fehlvorstellungen nachgewiesen werden können, der handelt in einem Erlaubnisgrenzirrtum.<sup>66</sup>

Daneben ist zu berücksichtigen, dass eine Rechtfertigung in Klima-Protestfällen nach § 34 StGB von der praxisanleitenden Judikatur bereits in zahlreichen Entscheidungen abgelehnt wurde und diese praxisanleitende Judikatur Klima-Aktivisten mittlerweile auch – nicht zuletzt vermittelt durch Medienberichterstattung – bekannt sein dürfte. Allerdings halten nun viele Klima-Aktivisten die Entscheidungen der Amts- und wohl auch der Obergerichte für rechtlich ebenso verfehlt, wie Strafverteidiger und Klima-Aktivist *Mathis Bönnte*, der sich zu einer entsprechenden Entscheidung auf X wie folgt vernehmen ließ:

„Wir haben auf den Klimanotstand plädiert, auf den rechtfertigenden Notstand nach § 34. Hätte das Gericht den angewandt, dann hätte er freigesprochen werden müssen. [...] Wie erwartet hat das Gericht das nicht gemacht, dafür hätte es nicht nur eine weitreichende Entscheidung treffen müssen, sondern auch sich mit der komplexen Thematik der Klimakrise auseinandersetzen müssen [...] Wir werden aber trotzdem versuchen, den Klima-Notstand weiter vor Gericht zu bringen in der Hoffnung, dass sich irgendwann ein Gericht damit ernsthaft auseinandersetzt.“<sup>67</sup>

Fälle, in denen eine praxisanleitende obergerichtliche Rechtsprechung zwar bekannt ist, diese aber für verfehlt gehalten wird, werden unter dem Begriff des Gültigkeitsirrtums diskutiert.<sup>68</sup> Hier irrt der Täter auch über die rechtliche Bedeutung seines Tuns, weil er der Überzeugung ist, dass die Judikatur etwa gegen höherrangiges Recht verstößt und dies nur irgendwann erkannt werden müsste. Allerdings hat der Täter in diesen Fällen durchaus *Unrechtszweifel* und diese implizieren das Bewusstsein, dass gegen eine institutionell ordnungsgemäß

<sup>63</sup>Habermas, in: Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 38.

<sup>64</sup>Insoweit stellen sich komplizierte Abgrenzungsfragen vom Verbotsirrtum zum Erlaubnistatbestandsirrtum, der nämlich nicht nur einen reinen Tatsachenirrtum darstellt, sondern in gewissen Grenzen auch Irrtümer bei der Bewertung umfassen kann (vgl. Wesels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Rn. 764; Herzberg, *JZ* 1993, 1017). Der Irrtum bezieht sich vorliegend allerdings nicht auf die Sachlage, also die Tatsache, dass und ob der Klimawandel eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt, sondern auf die Bewertungsgrundlage, nämlich dass zur Abwehr derartiger Gefahren vorrangig der Staat zuständig ist.

<sup>65</sup>So im Ergebnis auch unter Berücksichtigung demokratietheoretischer Einschränkungen Jahn/Wenglarczyk, *JZ* 2023, 885 (890).

<sup>66</sup>Ob wegen des Irrtums über normative (Rechtfertigungs-)Tatbestandsmerkmale (Erforderlichkeit und Angemessenheit) auch ein Vorsatzausschluss, ggf. als Erlaubnistatbestandsirrtum (siehe Fn. 84), in Betracht kommt (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB), bemisst sich danach, ob Klima-Aktivisten zumindest den rechtlich-sozialen Gehalt dieser Merkmale auf Basis einer Parallelwertung in der Laiensphäre erfassen. Wenn dies der Fall ist, ist ein vorsätzliches Handeln zu bejahen. Diese Frage kann hier ohne Bezugnahme auf einen konkreten Fall und entsprechenden Tatsachenfeststellungen zur Vorstellungswelt der potenziellen Täter nicht beantwortet werden.

<sup>67</sup><https://twitter.com/AufstandLastGen/status/1521840876531638275?s=20>.

<sup>68</sup>Zum Gültigkeitsirrtum siehe unter B.II.

zustande gekommene Entscheidung mit Rechtskraft verstoßen wird.<sup>69</sup> In diesen Fällen dürfte Unrechtsbewusstsein also regelmäßig vorliegen. Soweit für die Rechtfertigung der Protestaktionen auf das „Verbrechen an der Menschheit“ und die „Klimakatastrophe“ hingewiesen wird, scheint schließlich nicht ausgeschlossen, dass Klima-Aktivisten an das Bestehen eines von der Rechtsordnung nicht anerkannten gesetzlichen oder übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes in der Art eines Widerstandsrechts gegen verfassungswidrig handelnde Organe glauben. Sofern hier nur die Grenzen des Rechtfertigungsgrundes des Widerstandsrechts aller Deutschen gem. Art. 20 Abs. 4 GG verkannt werden, indem Klima-Aktivisten glauben, der Anwendungsbereich dieses Rechtfertigungstatbestandes sei wesentlich weiter und erfasse bereits verfassungswidriges Staatshandeln mit Bezug zu den natürlichen Lebensgrundlagen als materielle Grundlagen der verfassungsmäßigen Ordnung, wäre diese auf Basis der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung als Fehlvorstellung einzuordnende Annahme wiederum als Erlaubnisgrenzirtum einzuordnen. Soweit darüber hinaus an das Bestehen eines gesetzlich überhaupt nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes geglaubt wird, ist diese Fehlvorstellung als Erlaubnisnormirrtum einzustufen.

#### D. Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums (§ 17 S. 2 StGB) und Rechtsfolgen

Aus § 17 S. 1, 2. Hs. StGB ergibt sich, dass potenzielles Unrechtsbewusstsein für einen Schuldvorwurf genügt. Denn der Täter handelt nur dann „ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte“. Aus dieser Formulierung folgt, dass Schuld auch dann vorliegen kann, wenn die Einsicht, Unrecht zu tun, zwar fehlt, der Täter aber die Möglichkeit hatte, das Unrecht der Tat zu erkennen.<sup>70</sup> Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verhaltens können nach überwiegender Auffassung als *bedingtes Unrechtsbewusstsein* ebenfalls zu einem Schuldvorwurf führen.<sup>71</sup>

An die Unvermeidbarkeit eines tatsächlichen Irrtums über das Verbotensein der Tat, hier: das Vorliegen eines Erlaubnistatbestandes, stellt die Rechtsprechung sehr hohe Anforderungen. Unvermeidbarkeit wird nur dann angenommen, wenn es dem Täter aufgrund seiner sozialen Stellung und nach seinen individuellen Fähigkeiten auch bei der ihm zumutbaren Anspannung seines Gewissens und unter Zuhilfenahme anderer möglicher Erkenntnisquellen nicht möglich war, das Unrecht der Tat einzusehen.<sup>72</sup>

Daraus folgt zwanglos, dass ein Verbotsirrtum vermeidbar war, wenn dem Täter schon leiseste Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens gekommen sind. In Fällen unklarer Rechtslage gilt dies erst recht: Wenn – in Schrifttum und vor allem Rechtsprechung – nicht zweifelsfrei geklärt ist, ob ein bestimmtes Verhalten in einer bestimmten Situation gerechtfertigt und damit strafbar ist, ist die Strafbarkeit eben *zweifelhaft* und es besteht *zumindest* die Möglichkeit, dass das Verhalten tatsächlich strafbar ist. In diesen Fällen ist der Verbotsirrtum daher vermeidbar.

In den o.g. Beispielfällen wird ein Irrtum in aller Regel vermeidbar (gewesen) sein. Bei Eingriffen in Rechte Dritter besteht ein konkreter Anlass, das Verhalten auf den möglichen Unrechtsgehalt zu überprüfen. In Anbetracht der relativ eindeutigen Linie der Rechtsprechung bei Bewertung der Strafbarkeit von Klima-Protestaktionen ist es ohne weiteres möglich, das Unrecht der Tat in Betracht zu ziehen.

Soweit Verbotsirrtümer von Klima-Aktivisten damit regelmäßig vermeidbar sind, stellt sich aber die Frage, welche Rechtsfolge dies nach sich zieht. Gemäß § 17 S. 2 StGB kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Im Rahmen der Strafzumessung ist dabei zu berücksichtigen, inwieweit der Irrtum eine besonders gravierende Abweichung von der „normalen“ Rechtstreue offenbart, also auf Rechtsfeindschaft oder -blindheit beruht.<sup>73</sup> Hier ist eine Entscheidung im Einzelfall zu fällen. Angesichts der rechtlichen Kontroverse innerhalb des Themenkreises „Strafbarkeit von Klima-Aktivisten“ kann es nicht fernliegen, über eine Strafmilderung im Einzelfall nachzudenken.<sup>74</sup>

#### E. Fazit

Es ist nicht ausgeschlossen, dass einigen „überzeugten“ Klima-Aktivisten das Verbotensein ihrer Verhaltensweisen im Rahmen von Protestaktionen tatsächlich unbekannt ist und sie davon überzeugt sind, dass ihr Verhalten straffrei bzw. gerechtfertigt ist. Verbotsirrtümer, die in diesen Fällen als Erlaubnisgrenz- und Erlaubnisnormirrtümer auftreten, sind aber angesichts der nahezu einhelligen Rechtsprechung zur Strafbarkeit von Sitzblockaden und anderen Protestformen vermeidbar. Vor dem Hintergrund, dass die Strafe in diesen Fällen gem. § 17 S. 2 StGB gemildert werden kann und entsprechende Aussagen von Klima-Aktivisten häufig nicht nur auf Videos in sozialen Netzwerken, sondern auch als Einlassung vor Gericht vorgetragen werden (dürften), sollten die Gerichte zumindest die Beweisaufnahme auf Fragen des Unrechtsbewusstseins erstrecken.

<sup>69</sup>Becker/Rönnau, JuS 2022, 491 (493).

<sup>70</sup>Becker/Rönnau, JuS 2022, 491 (493); Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 680.

<sup>71</sup>Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 680 mit Verweis auf BGH, NStZ 2016, 460; BGH, NJW 2011, 1236, 1239 mwN.

<sup>72</sup>BGHSt 35, 347, 350; Eisele/Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil für Studienanfänger, Rn. 730.

<sup>73</sup>Joecks/Kulhanek in: MüKoStGB, § 17 Rn. 80; Neumann in NK-StGB, § 17 Rn. 83, jeweils mwN.

<sup>74</sup>Wider härteren Strafen gegenüber Klima-Aktivisten siehe Wenglarczyk, Verfassungsblog v. 10. November 2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/feindbild-klimaaktivismus/>; ders./J. Wolf, Verfassungsblog v. 2. Mai 2023, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/warum-haftstrafen-fur-klima-kleber-die-falsche-antwort-sind/>.

 frankfurt\_law\_review

 fralawreview

 Frankfurt Law Review

 Frankfurt Law Review

**01/2024**