



SRZ

SAARBRÜCKER RECHTSZEITSCHRIFT
Studentische Rechtszeitschrift an der Universität des Saarlandes

Aufsätze

Dipl.-Jur. Dominik Casper

Einkommensteuerliche Behandlung der Erstausbildungskosten

Christian Volkmar Bongers, M.Sc. | Dipl.-Jur. Lea-Marie Müller |

RA David Karhan

Zur Einzelvollstreckbarkeit in „non fungible token“

Studium und Didaktik

Dipl.-Jur. Jan Marcel Stammkötter

Ist die Zahlung eines „Lösegeldes“ bei Ransomware strafbar?

Dipl.-Jur. Bianca Zentes

Übungsfall Mietvertragsrecht „Neu ist immer besser?!“

Rezension und Varia

Univ.-Prof. Dr. Christian Gomille

Der Feind in meinem Haus – (Vertragliche) Ansprüche auf Sicherheitsupdates

Unterstützt durch:



RECHTSWISSENSCHAFTLICHE
FAKULTÄT
UNIVERSITÄT DES SAARLANDES

Verlag Alma Mater



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-946851-49-3

ISSN 2749-9766

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig.

Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag Alma Mater. 2023
www.verlag-alma-mater.de

Druck und Bindung: Conte, St. Ingbert

Saarbrücker Rechtszeitschrift



Herausgegeben von

Veris-Pascal Heintz

Rechtsanwalt und Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität des Saarlandes

Matthias Michael Thielen

Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Universität des Saarlandes

AUSGABE 1
SAARBRÜCKEN 2023

INHALTSVERZEICHNIS

AUFSÄTZE

Dipl.-Jur. Dominik Casper

Einkommensteuerliche Behandlung der Erstausbildungskosten 1

Christian Volkmar Bongers, M.Sc. | Dipl.-Jur. Lea-Marie Müller | RA David Karhan

Zur Einzelvollstreckbarkeit in „non fungible token“ 17

STUDIUM UND DIDAKTIK

Dipl.-Jur. Jan Marcel Stammkötter

Ist die Zahlung eines „Lösegeldes“ bei Ransomware strafbar? 35

Dipl.-Jur. Bianca Zentes

Übungsfall Mietvertragsrecht „Neu ist immer besser?!“ 61

REZENSION UND VARIA

Univ.-Prof. Dr. Christian Gomille

Der Feind in meinem Haus – (Vertragliche) Ansprüche auf Sicherheitsupdates 81

A bissel was Privates geht immer

Die einkommensteuerliche Behandlung der Erstausbildungskosten als Beispiel für die weitreichende Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG

A. Einfachrechtliche Ausgangslage: Studienkosten als Werbungskosten

Das Studium stellt nicht erst seit der aktuellen Hochinflationsphase eine finanzielle Herausforderung dar. Seit jeher ist es mit beachtlichen Kosten verbunden (Umzug, Unterkunft am Studienort, Lernmaterialien, Laptop, Fahrtkosten, Semesterbeitrag etc.). Früher oder später stellt sich die Frage, ob man diese Kosten irgendwie nutzen, z.B. im Rahmen der Einkommensteuererklärung steuermindernd ansetzen kann.

Dies wäre unproblematisch möglich, wenn es sich diesen Aufwendungen um Werbungskosten nach § 9 Abs. 1 S. 1, 2 EStG handelte. Dann würden die Ausgaben im Jahr der Zahlung¹ mit den Einnahmen verrechnet werden, da nach § 2 Abs. 1, 2 EStG der Einkommensteuer die Einkünfte im Sinne einer um die Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben bereinigten Nettogröße unterliegen. Wenn die Berufsausbildungsaufwendungen die Einnahmen übersteigen oder man keine Einnahmen erzielt, findet ein Verlustvortrag oder ein Verlustrücktrag in andere Jahre gem. § 10d EStG statt. Die Aufwendungen stünden also zum Abzug bereit.

Sollte es sich hingegen nicht um Werbungskosten handeln, könnten die Aufwendungen bis zu einer Höhe von 6.000 € jährlich nur als sogenannte Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 7 S. 1 EStG berücksichtigt werden. Wenn man während des Studiums Einnahmen erzielt, ändert diese Einordnung im Ergebnis nichts. Falls aber im Jahr der Zahlung ein rechnerischer Verlust anfällt, kommt nun keine Verlustfeststellung mehr in Betracht, da diese nach § 10d Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EStG nur für „negative Einkünfte, die bei der Ermittlung des Gesamtbetrages der

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht (Univ.-Prof. Dr. Christian Gomille) an der Universität des Saarlandes und ehemaliger Finanzbeamter des Bundeszentralamts für Steuern (BZSt).

¹ Sogenanntes Abflussprinzip nach § 11 Abs. 2 EStG; BeckOK-EStG/Widmann, Stand 01.07.2023, § 11 Rn. 8.

Einkünfte nicht ausgeglichen werden“ möglich ist. Nach § 2 Abs. 3, Abs. 4 EStG meint dies, dass der Verlust ohne den Abzug möglicher Sonderausgaben entstanden sein muss. Kurzum eine Verlustverschiebung in andere Jahre schiefe aus.

Die Krux der gesamten Thematik besteht also darin zu ermitteln, ob die Kosten der Erstausbildung, zu denen auch ein universitäres Studium zählt, (zumindest teilweise) Werbungskosten oder „nur“ Sonderausgaben darstellen, da letztere für die Mehrzahl der Studenten mangels Einnahmen ins Leere liefern.²

I. Werbungskosten als veranlasste Aufwendungen

Werbungskosten sind Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen (§ 9 Abs. 1 S. 1 EStG). Die Anforderungen an das Vorliegen von Werbungskosten sind eher gering: Es bedarf insbesondere – entgegen des Wortlauts „zur“ – keiner Finalität zwischen den Ausgaben und den angestrebten Einnahmen, vielmehr genügt eine wirtschaftliche Veranlassung (Veranlassungsprinzip).³ Daher sind auch sogenannte „vorweggenommene Werbungskosten“, die zeitlich bereits vor der Einnahmenerzielung anfallen, anzuerkennen, solange ein hinreichender Bezug zu einer späteren Einkunftsart ersichtlich wird.⁴ Sollte es sich um Werbungskosten handeln, ginge diese Einordnung nach § 10 Abs. 1 S. 1 EStG dem Sonderausgabenabzug vor.

1. Historie der Rechtsprechung zu Erstausbildungskosten

Für die Beurteilung der Berufsausbildungskosten entwickelte der Reichsfinanzhof 1937 die sogenannte „Lebenskampfhese“⁵, wonach man durch die Berufsausbildung primär Kenntnisse und Fähigkeiten erlange, die der allgemeinen Lebensführung zugutekommen. In Fortentwicklung dieser Linie lehnte es die Finanzrechtsprechung über Jahrzehnte hinweg ab, Studiums- und Promotionskosten als Werbungskosten zu betrachten und ließ nur Fortbildungskosten innerhalb einer bereits ausgeübten

² Maciejewski, FR 2020, 545 (546).

³ BeckOK-BGB/*Straßburger*, Stand 01.07.2023, § 9 EStG Rn. 85; vgl. auch § 50 Abs. 1 S. 2 EStG. Hintergrund ist die Gleichbehandlung zu den Betriebsausgaben nach § 4 Abs. 4 EStG (ausführlich hierzu H/H/R/*Kraft/Bergkemper*, Juli 2023, § 9 EStG Rn. 23).

⁴ BeckOK-BGB/*Straßburger*, Stand 01.07.2023, § 9 EStG Rn. 87 unter Verweis auf BFH, Urteil vom 22.07.2003 - VI R 137/99 = BStBl. II 2004, 888 ff.

⁵ RFH, Urteil vom 24.06.1937 – IV A 20/36, RStBl. 1937, 1089 (1090). Bereits die Terminologie verdeutlicht die nationalsozialistische Denkweise des Gerichts *Mueller-Franken*, DStZ 2007, 59 (62); vgl. auch *Stöcker*, NJW 2004, 249.

Tätigkeit zum Abzug zu.⁶ Aufwendungen, die „nur“ die Voraussetzungen dafür schaffen, später einen Beruf ergreifen zu können, seien demnach nicht einmal beruflich mitveranlasst. Da sie bloß das Tor zu einer Lebensführung aufstoßen, handelte es sich nach § 12 Nr. 1 EStG um Kosten der Lebensführung, die vom Werbungskostenabzug grundsätzlich ausgenommen sind.⁷ Nur in kasuistisch zersplitterten Einzelfällen ordnete die Finanzrechtsprechung Studien- und Promotionskosten doch den Werbungskosten zu.⁸

Diese Generallinie weichte der BFH 2002 für den Fall einer beruflichen Umschulung auf.⁹ Das Gericht reagierte hiermit auf Kritik, dass anderenfalls die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit erschwert und die Realität eines immer flexibleren Arbeitsmarktes ignoriert werde, der häufiger als früher einen Berufswechsel erforderlich mache.¹⁰ Dogmatisch ging das Urteil aber über diese rechtspolitischen Argumente hinaus, da es maßgeblich auf das Veranlassungsprinzip rekurrierte: Jede objektiv feststellbare Förderung einer späteren Einkommensquelle genügt demnach, um Aufwendungen als Werbungskosten zu qualifizieren.¹¹ Schließlich erkannte der BFH im Jahr 2006 an, dass auch die Kosten eines (Erst-)Studiums grundsätzlich beruflich veranlasst seien. Der notwendige Veranlassungszusammenhang zwischen einer angestrebten späteren Tätigkeit und dem Studium bestehe darin, dass ein Studium die notwendigen Bedingungen schaffe, um die Tätigkeit ausüben zu können; es sei denn man studierte „gleichsam ins Blaue“ hinein.¹²

2. Kritik der Literatur: Die Persönlichkeitsentwicklung dominiert

Gegen diese neue Linie wenden sich Teile der Literatur: Wer außerhalb eines Dienstverhältnisses studiert, habe sowohl zeitlich als auch inhaltlich keine ausreichende Berührung zu einem späteren Beruf.¹³ Jene Stimmen betrachten das

⁶ Grundlegend BFH, Urteil vom 16.03.1967 – IV R 266/66 = BStBl. III 1967, 723 ff.; BFH, Urteil vom 04.12.2002 – VI R 120/01 = NJW 2003, 533 (533 f.); *Drenseck*, DStR 2004, 1766 (1767); *Förster*, DStR 2012, 486 (488).

⁷ BFH, Urteil vom 04.12.2002 - VI R 120/01 = NJW 2003, 533 (534).

⁸ Näher hierzu *Drenseck*, DStR 2004, 1766 (1767).

⁹ BFH, Urteil vom 04.12.2002 - VI R 120/01 = NJW 2003, 533 (534).

¹⁰ BFH, Urteil vom 04.12.2002 - VI R 120/01 = NJW 2003, 533 (534 ff.); darstellend *Drenseck*, DStR 2004, 1766 (1767).

¹¹ BFH, Urteil vom 04.12.2002 - VI R 120/01 = NJW 2003, 533 (535 ff.); darstellend *Drenseck*, DStR 2004, 1766 (1767).

¹² BFH, Urteil vom 20.07.2006 - VI R 26/05 = DStR 2006, 1546 (1547).

¹³ Brandis/Heuermann/*Thürmer*, Stand Mai 2023, § 9 EStG Rn. 685.

durchschnittliche Studium lediglich als ein Art Angebot. Studenten können sich hieraus bloß berufliche Perspektive erhoffen, ohne aber, dass bereits eine wirklich belastbare Beziehung zur späteren Tätigkeit bestehe. Das durchschnittliche Studium sei gerade nicht auf eine konkrete Berufsausbildung gerichtet, sondern vermittelt Fähigkeiten in wissenschaftlicher Art und Weise. Diese Konzeption forme und entwickle primär die Persönlichkeit und befähige bloß abstrakt zur Arbeitsaufnahme.¹⁴ Dahinter steht auch die Vorstellung, dass mit dem Akademikerstatus ein vor allem der Privatsphäre zuzurechnender gesellschaftlicher Prestigegewinn einhergehe.¹⁵ Überspitzt ausgedrückt lernt man fürs Leben, nicht für den Beruf.¹⁶

In der Kritik der Literatur spiegeln sich etwas romantisierende Vorstellungen wider, die eine Nähe zum Humboldt'schen Bildungsideal aufweisen¹⁷, aber die gegenwärtige Realität nicht vollständig abbilden. Die Hochschullandschaft befindet sich seit geraumer Zeit in einem Veränderungsprozess, der immer speziellere und somit zumindest indirekt immer stärker berufsbezogene Studiengänge hervorbringt. Insbesondere Fachhochschulen orientieren sich stark an den Anforderungen, die an die Absolventen im Arbeitsmarkt gestellt werden. Sie werben gezielt mit ihrer Praxisnähe.¹⁸ Aber auch Universitäten verschließen sich der stärkeren Berufsbezogenheit nicht:¹⁹ Man denke nur an das Stichwort Bologna-Prozess.²⁰ Überdies misst die Psychologie dem Studium keine übermäßige Bedeutung für die

¹⁴ *Fischer*, jurisPR-SteuerR 7/2020 Anm. 2, C und D; dies gelte insbesondere für geisteswissenschaftliche Studiengänge wie Geschichte oder Philosophie, die mit keinem festen Berufsbild verknüpft sind *Thiemann*, JZ 2015, 866 (867 Fn. 9).

¹⁵ Darstellend *Thiemann*, JZ 2015, 866 (867); *kritisch Pfab*, Die Behandlung von Bildungsaufwendungen im deutschen Einkommensteuerrecht, S. 211 f., der dies als „anachronistische“ Betrachtung wertet. Ein gesellschaftlicher Ansehensgewinn stellt als Reaktion der Durchschnittsbevölkerung höchstens einen unbeachtlichen Reflex dar, da es nur auf die individuellen Intentionen des Steuerpflichtigen ankommt.

¹⁶ Vgl. <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-2bvl22-27-14-aufwendungen-erstausbildung-werbungskosten-nicht-absetzbar-steuer/>, abgerufen am 15.09.2023.

¹⁷ *Fischer*, jurisPR-SteuerR 7/2020 Anm. 2, C; darstellend *Kanzler*, FR 2020, 313 (325).

¹⁸ Exemplarisch die FH Aachen www.fh-aachen.de/fachbereiche/wirtschaft/ueber-uns/praxisnah, abgerufen am 15.09.2023.

¹⁹ Zum Ganzen *Kanzler*, FR 2020, 313 (325).

²⁰ *Hey*, FR 2020, 578 (583); *Pfab*, Die Behandlung von Bildungsaufwendungen im deutschen Einkommensteuerrecht, S. 210.

Persönlichkeitsbildung bei.²¹ Das stellt freilich nicht in Abrede, dass die Mehrzahl der Studenten nach Neigung und Interesse und somit ohne den unbedingten Willen, einen ganz konkreten Beruf zu ergreifen, studiert. Typischerweise besteht ein gewisser Ansatzpunkt für eine private Mitveranlassung in Gestalt der Selbstverwirklichung.²² Daher sind Bildungsaufwendungen in einem ersten Schritt tatsächlich als „multikausal“ oder „-final“²³ verursacht einzuordnen.

II. Nur wesentliche Ursachen sind steuerrechtlich relevant

Entscheidend ist aber, welche Konsequenz man hieraus zieht. Man darf dieses Zwischenfazit nicht nämlich mit der endgültigen Entscheidung verwechseln, ob die für § 9 Abs. 1 S. 1 EStG notwendige maßgebliche berufliche Veranlassung besteht. Keine Ausgabe und auch keine Einnahme ist astrein, pur erwerbsbezogen. Argumentativ lässt sich stets ein gewisser Bezug zur privaten Lebensführung konstruieren – a bissel was Privates geht immer²⁴. Besonders deutlich wird dies, wenn man die Perspektive wechselt und die Erwerbsbezogenheit der Einnahmenseite betrachtet: Wer sich selbst in seinem Traumberuf verwirklicht und hieraus Einnahmen generiert, wird gegenüber dem Finanzamt mit dem Argument, er befriedige partiell private Bedürfnisse, nicht erfolgreich Teile seiner Einnahmen verkürzen können.²⁵ Somit ist sogar die Berufsausübung als solche multikausal verursacht, sie einen Teil der Lebensführung darstellt.²⁶ Hieran indes stört sich der Gesetzgeber nicht. Warum sollte das Studium als der notwendige Vorbereitungsakt eine gänzlich andere Behandlung erfahren?²⁷ Nicht jeder privaten Mitveranlassung kann Relevanz zugesprochen werden, vielmehr bedarf es nach der Theorie der wesentlichen Bedingung einer normativen Selektion, welcher Anhaltspunkt

²¹ *Specht*, Charakterfrage, 2018, S. 67 ff.: Die „Reifung“ der Persönlichkeit findet ein Leben lang. Starke Veränderungen im Zeitalter zwischen dem 18 und 30 Lebensjahr sind eher auf die gesellschaftlichen Freiheiten und daraus folgenden Entfaltungsmöglichkeiten als auf die Studieninhalte zurückzuführen.

²² *Fischer*, jurisPR-SteuerR 7/2020 Anm. 2, D.

²³ BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (319 Rn. 111) drückt hiermit die Mischveranlassung aus.

²⁴ Um Monaco Franze abzuwandeln, vgl. www.sueddeutsche.de/kultur/helmut-dietls-memoiren-a-bissel-was-geht-immer-stimmt-tatsaechlich-1.3153791, abgerufen am 15.09.2023.

²⁵ Zum Ganzen *Drenseck*, DStR 2004, 1766 (1768).

²⁶ *Drenseck*, DStR 2004, 1766 (1768).

²⁷ Ähnlich *Drenseck*, DStR 2004, 1766 (1768).

derartiges Gewicht besitzt, dass er Berücksichtigung verdient.²⁸

III. Vermutung, dass ein Studium regelmäßig beruflich veranlasst ist

Letztlich muss zwar im Einzelfall²⁹ entschieden werden, ob der Student einen subjektiv hinreichenden Berufsbezug glaubhaft darlegen kann. Es lässt sich jedoch die plausible Vermutung aufstellen, dass ein Student in erster Linie zur Berufsbefähigung statt zur Persönlichkeitsformung studiert.³⁰ Bereits nach allgemeiner Lebenserfahrung bewirbt sich die absolute Mehrheit der Hochschulabsolventen nicht trotz, sondern gerade wegen ihrer durch Prüfungen dokumentierten Fähigkeiten erfolgreich um einen Arbeitsplatz bzw. setzt sie selbständig erwerbsgerichtet ein. Berufsabschlüsse und vor allem Hochschulabschlüsse schützen nachweislich vor Arbeitslosigkeit.³¹ Die Formung der Persönlichkeit ist in der Regel bloße (unbeabsichtigte) Nebenfolge.³² Anderes gilt nur in besonderen Lagen: vor allem beim Seniorenstudium.³³

In Zweifelsfällen kommt dem Studiengangskonzept eine gewisse Indizwirkung zu: Wenn es objektiv in ausreichendem Maße *geeignet* ist berufsbezogene Fähigkeiten zu vermitteln, so erscheint die Geltendmachung von Werbungskosten grundsätzlich als plausibel. Eine *Intention* der Hochschule zur Berufsausbildung ist indes irrelevant.³⁴

Bei hochspezialisierten Studiengängen wie Zahnmedizin, Computerspieldesign

²⁸ Ausführlich hierzu *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Auflage 2021, Rn. 8.219 ff und H/H/R/Fissenewert, Stand Oktober 2022, § 12 EStG Rn. 60 f.: völlig untergeordnete Veranlassungsbeiträge sind unbeachtlich.

²⁹ *Thiemann*, JZ 2015, 866 (868).

³⁰ *Drenseck*, DStR 2004, 1766 (1768); *Ismer*, Bildungsaufwand im Steuerrecht, S. 338; a.A. *Kanzler*, FR 2020, 313 (325).

³¹ *Pfab*, Die Behandlung von Bildungsaufwendungen im deutschen Einkommensteuerrecht, S. 206 f.

³² *Hey*, FR 2020, 578 (583); s. auch H/H/R/Fissenewert, Stand Juli 2023, § 12 EStG Rn. 95 wonach die Nutzbarkeit von Erkenntnissen im privaten Bereich als zwangsläufiger Effekt außer Betracht bleibt.

³³ *Stöcker*, NJW 2004, 249 (254); *Förster*, DStR 2012, 486 (493) weist zu Recht daraufhin, dass in der Regel nicht einmal der Abzug als Sonderausgaben möglich ist, da auch dieser einen gewissen Berufsbezug voraussetzt.

³⁴ An dieser Stelle nur auf die objektive Ausrichtung des Studienganges abzustellen, wäre im Hinblick auf die nicht notwendige Finalität des Veranlassungsprinzips problematisch. Entscheidend ist, ob die Möglichkeit geboten wird auf einen Beruf hinzulernen. Das notwendige Erwerbsmotiv ist nämlich vorrangig subjektiv, ohne Rücksicht auf die objektive Üblichkeit oder Zweckmäßigkeit und somit aus Sicht des Studenten als Steuerpflichtigem zu bestimmen; vgl. *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Auflage 2021, Rn. 8.213 und 8.231.

oder bei der Verkehrspilotenausbildung³⁵ lassen sich (reine) Werbungskosten kaum jemals ernsthaft bestreiten.³⁶

Aber auch generell stellen die durch das Studium verursachten Kosten grundsätzlich reine Werbungskosten dar.³⁷ *Einfachrechtlich* wäre indes sogar die Einordnung der Kosten als gemischt veranlasst keine zwangsläufige „Katastrophe“. Nach Maßgabe der neueren Rechtsprechung zu § 12 Nr. 1 EStG (Aufteilungsgebot) bedingt die Mitveranlassung, sofern objektiv möglich, lediglich eine quantitative Ausgabenteilung.³⁸ *Verfassungsrechtlich* kommt der teilweisen privaten Mitveranlassung aber eine alles entscheidende Bedeutung zu (dazu sogleich).

B. Reaktion des Gesetzgebers auf die neue Rechtsprechungslinie – das Abzugsverbot nach § 9 Abs. 6 EStG

Können Studenten somit die aus den Studienkosten resultierenden negativen Einkünfte als Verlust iSd § 10d EStG feststellen lassen?

Leider nein. Dem stehen § 9 Abs. 6 EStG und § 4 Abs. 9 EStG, die eine Reaktion auf obige Urteile darstellen und den früheren § 12 Nr. 5 EStG ersetzen,³⁹ entgegen. Hiernach werden Berufsausbildungskosten nur dann als Werbungskosten oder Betriebsausgaben berücksichtigt, wenn sie entweder im Rahmen eines

³⁵ Dies ist der markanteste Fall, da einerseits die Ausbildungskosten regemäßig sehr hoch und andererseits der enge Berufsbezug kaum bestreitbar ist. Daher wählte der BFH diesen Fall bewusst als Vorlagefall *Thiemann*, JZ 2015, 868 (867 Rn. 9). Selbst das BVerfG räumt ein, dass die Berufspilotenausbildung eine Besonderheit darstellt BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (322 Rn. 130 ff.).

³⁶ a.A. *Fischer*, jurisPR-SteuerR 7/2020 Anm. 2, D.

³⁷ Freilich muss hinsichtlich der einzelnen Kostenposition geprüft werden, ob sie einen hinreichenden Erwerbsbezug aufweist oder doch (teilweise) der Lebensführung dient, wie etwa das Semesterticket.

³⁸ Zu den exakten Voraussetzungen der Aufteilung im Anschluss an die Entscheidung des BFH, Beschluss vom 21.09.2009 - GrS 1/06 = BStBl. II 2010, 672; *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Auflage 2021, Rn. 8.239 ff. Das BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (322 Rn. 134) stellt sich auf den Standpunkt, dass Bildungsaufwendungen unmöglich aufteilbar seien. Die Beurteilung dieser Frage obliegt aber den Fachgerichten.

³⁹ Kurioserweise bestanden die Regelungen der §§ 9 Abs. 6, 12 Nr. 5 EStG zeitweise inhaltlich identisch nebeneinander. Dies geht auf eine stark kritisierte Auslegung des § 12 Nr. 5 EStG aF durch den BFH im Urteil vom 28.07.2011 – VI R 7/10 zurück. In Reaktion hierauf verankerte der Gesetzgeber das Abzugsverbotes zusätzlich in § 9 EStG, um der studentenfreundlichen Rechtsprechung den Boden zu entziehen (BeckOk-EStG/*Straßburger*, Stand 01.07.2023, § 9 Rn. 677). Zur starken Kritik an diesem Urteil statt vieler: *Eisgruber*, SteuK 2011, 369 (369) und *Ismer*, FR 2011, 846 ff.

Dienstverhältnisses (vor allem als duale Berufsausbildung oder als duales Studium) anfallen oder wenn sie nach einer abgeschlossenen ersten Berufsausbildung oder Erststudium anfallen, also eine Zweiterberufsausbildung betreffen.⁴⁰ Das Gros der Studenten wird hierdurch bewusst vom Abzug ausgeschlossen. § 9 Abs. 6 S. 2, 3 EStG definieren ausführlich den Begriff der Erstausbildung, da in der Vergangenheit Kinder, allen voran steuerlich gut beratener Eltern, mittels Crashkursen zu Ski- oder Yoga-Lehrern⁴¹ etc. „ausgebildet“ wurden, einzig zum Zweck, die Kosten des sich anschließenden Studiums absetzbar zu machen. Diesen Gestaltungen schob der Gesetzgeber gezielt einen Riegel vor.⁴²

§ 9 Abs. 6 S. 1 EStG stellt eine Fiktion⁴³ dar, da die Finanzrechtsprechung den Erwerbsbezug der Aufwendungen für die Mehrzahl der erfassten Fälle zu Recht bejahte. Die letzte Hoffnung für das Heer der „normalen“ Studierenden besteht daher in einem Angriff auf die Verfassungsmäßigkeit der § 9 Abs. 6, § 4 Abs. 9 EStG. In der Tat legte der VI. Senat des BFH den § 9 Abs. 6 EStG dem BVerfG zur Prüfung vor, da er ihn als mit dem allgemeinen Gleichheitssatz unvereinbar erachtete.⁴⁴

C. Verfassungsmäßigkeit des § 9 Abs. 6 EStG

I. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

Generell verstößt eine Norm dann gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, wenn sie wesentlich Gleiches ungleich behandelt oder aber wesentlich Ungleiches gleichsetzt.⁴⁵ Im Steuerrecht hat sich zur Konkretisierung dieser Formel ein „bereichsspezifischer Sonderweg“ für die direkten Steuern, zu der auch die Einkommensteuer zählt, herausgebildet.⁴⁶ Maßstab der Feststellung, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt ist demnach das Besteuerungssystem selbst. Hieraus abgeleitet muss der Gesetzgeber die systemimmanente Steuergerechtigkeit

⁴⁰ BeckOk-EStG/*Straßburger*, Stand 01.07.2023, § 9 Rn. 676, 744; Brandis/Heuermann/*Thürmer*; Stand Mai 2023, § 9 EStG Rn. 687b.

⁴¹ Brandis/Heuermann/*Thürmer*; Stand Mai 2023, § 9 EStG Rn. 687b.

⁴² Zum Ganzen Schmidt/*Krüger*, 42. Auflage 2023, § 9 EStG Rn. 346.

⁴³ Wie hier H/H/R/*Bergkemper*, Stand Juli 2023, § 9 EStG Rn. 606.

⁴⁴ BFH, Beschluss vom 17.07.2014 – VI R 2/12 = DSTRE 2015, 5 ff.

⁴⁵ BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = DSr 2020, 93 (97 Rn. 95).

⁴⁶ BeckOK-GG/*Kischel*, Stand 15.05.2023, Art. 3 Rn. 141 ff.; BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (317 Rn. 96).

wahren, die im Bereich der Einkommensteuer das Prinzip der Besteuerung nach der objektiven Leistungsfähigkeit umfasst.⁴⁷ Das geschaffene Grundsystem der Einkommensteuer muss der Gesetzgeber folgerichtig⁴⁸ ausgestalten. Dieses Momentum der Vergleichsbildung anhand der einfachrechtlichen Grundsystematik wirkt sich unmittelbar auf den Prüfungsmaßstab aus (s. III 2 b). Das Vorgehen räumt dem Gesetzgeber bewusst einen weiten Gestaltungsspielraum ein, um ihm den Umfang der steuerlichen Belastung als vorrangig politische Entscheidung anheimzustellen, indem er sowohl den Steuergegenstand als auch die Belastungshöhe recht frei bestimmen darf.

Vorliegend besteht die Ungleichbehandlung darin, dass einerseits Studenten, die in einem Dienstverhältnis stehen oder bereits eine Erstausbildung absolviert haben, ihre Aufwendungen vollumfänglich als Werbungskosten geltend machen können, wohingegen „sonstige“ Studenten die Kosten nur als Sonderausgaben berücksichtigen dürfen, obwohl zumindest eine gemischte Veranlassung vorliegt, sodass die zweite Gruppe eigentlich einfachrechtlich ebenfalls (teilweise) Werbungskosten verausgabt. Es wird weniger die reale Lage, dass beide Gruppen im selben Hörsaal der gleichen Vorlesung folgen und deshalb prinzipiell gleiche Ausgaben tätigen, sondern die erst durch die gesetzlichen Entscheidungen geformte Leistungsfähigkeit⁴⁹ miteinander verglichen.⁵⁰

II. Rechtfertigung durch Typisierung

Da nach § 2 Abs. 1 und 2 EStG grundsätzlich nur die „Netto-Einkünfte“ versteuert werden dürfen, durchbricht das Abzugsverbot von beruflich/betrieblich (mit-)veranlassten Kosten nach § 9 Abs. 6 EStG die einkommensteuerliche Grundwertung der Besteuerung nach der objektiven Leistungsfähigkeit, sodass es einer Rechtfertigung bedarf.⁵¹ Selbige darf sich indes nicht in bloßen

⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (318 Rn. 99).

⁴⁸ Dürig/Herzog/Scholz/P. Kirchhof, Stand Januar 2023, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 422; BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (318 Rn. 100). Interessanterweise geht das BVerfG im Laufe der Entscheidung auf das Gebot im Folgenden nicht mehr ein, obwohl der Vorlagebeschluss maßgeblich hierauf rekurrierte. Näher zur dogmatischen Verortung des äußerst umstrittenen Gebots Thiemann, JZ 2015, 866 ff.

⁴⁹ Dürig/Herzog/Scholz/P. Kirchhof, Stand März 2023, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 422.

⁵⁰ Thiemann, JZ 2015, 866 (869).

⁵¹ BFH, Beschluss vom 17.07.2014 – VI R 61/11 = BeckRS 2014, 96235 Rn. 63; allgemein Dürig/Herzog/Scholz/P. Kirchhof, Stand März 2022, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 422.

fiskalischen Erwägungen erschöpfen.⁵² Anerkannt ist, dass der Gesetzgeber aus Verwaltungsvereinfachungsgründen durch typisierende Regelungen ungleichbehandeln darf. Eine solche Typisierung liegt auch § 9 Abs. 6 EStG zu Grunde: Zweitausbildungen und Erstausbildungen im Rahmen von Dienstverhältnissen seien stets voll beruflich, normale Erstausbildung hingegen maßgeblich privat veranlasst.

Damit die Typisierung ihre rechtfertigende Wirkung entfalten kann, muss sie folgenden drei Voraussetzungen genügen: für eine Massenerscheinung herbeiführen,⁵³ indem sie realitätsgerecht den typischen Fall zur Norm erhebt, ohne aber, dass die Ungleichbehandlung ein unerträgliches Maß erreicht.

Die Verwaltungsvereinfachung liegt unproblematisch darin begründet, dass es bei Millionen von Studenten/Auszubildenden keiner Einzelfallermittlung bedarf, ob und in welchem Umfang ein hinreichender Erwerbsbezug vorliegt. Entscheidend ist daher die Frage, ob das Gesetz eine realitätsgerechte Ausgestaltung anhand des typischen Falls⁵⁴ erfahren hat. In concreto müsste der durchschnittliche Student weniger durch einen späteren Berufswunsch zum Studium veranlasst sein als die privilegierte Gruppe.

1. BFH und Teile der Literatur verneinen die Realitätsgerechtigkeit

Der BFH stellt sich auf den Standpunkt, dass die Normierung realitätswidrig sei, da in der Mehrzahl der Fälle ein wesentlicher Erwerbsbezug vorliege.⁵⁵ Dass eine gewisse Persönlichkeitsbildung stattfindet, ändert hieran nichts, da die (oftmals unbeabsichtigte) privatnützige Entwicklung qualitativ nicht die Typik der Berufsausbildungssituation prägt.⁵⁶

2. BVerfG teilt hingegen die gesetzgeberische Einschätzung

Das BVerfG schließt sich dem nicht an und teilt die Sichtweise des Gesetzgebers, wonach eine Erstberufsausbildung außerhalb eines Dienstverhältnisses stark die

⁵² BFH, Beschluss vom 17.07.2014 – VI R 61/11 = BeckRS 2014, 96235 Rn. 88.

⁵³ Jarass/Pieroth/Jarass, 17. Auflage 2022, Art. 3 GG Rn. 36, 53.

⁵⁴ Hömig/Wolff/Wolff, 13. Auflage 2022, Art. 3 GG Rn. 7; BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (318 Rn. 102).

⁵⁵ BFH, Beschluss vom 17.07.2014 – VI R 61/11 = BeckRS 2014, 96235 Rn. 84, 87.

⁵⁶ Hey, FR 2020, 578 (583).

Persönlichkeit präge und somit multikausal veranlasst sei. Das Gericht erblickt also in den Berufsausbildungsaufwendungen untrennbare Mischkosten. Der Gesetzgeber verfüge bei solchen „Lebenssachverhalten im Schnittbereich zwischen beruflicher und privater Sphäre [...] verfassungsrechtlich [...] über erhebliche Gestaltungs- und Typisierungsspielräume“, ob und unter welchen Voraussetzungen er sie zum Abzug zulässt, die er nicht überschritten habe.⁵⁷ Dass die Aufwendungen innerhalb von Dienstverhältnissen abziehbar sind, folge der sachlichen Unterscheidung, dass sodann regelmäßig eine Pflicht zur Teilnahme an den Lehrveranstaltungen bestehe. Die ebenfalls abzichbaren Zweitberufsausbildungen entzögen sich wegen der heterogenen Interessenlage ohnehin einer Typisierung.⁵⁸

Das BVerfG betrachtet somit § 9 Abs. 6 EStG als kohärente Ausgestaltung des Besteuerungssystems. Die Norm forme das Gesamtsteuersystem bloß zulässig aus, da es einer Entscheidung bedürfe, was mit Mischkosten geschieht,⁵⁹ sodass die zutreffende Subsumtion unter den Werbungskostenbegriff gerade nicht „hinwegtypisiert“⁶⁰ wird. Demnach sei die Norm realitätsgerecht ausgestaltet. Weiterhin stünden die Vorteile der Typisierung im rechten Verhältnis zu der mit ihr notwendig verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung, da letztlich höchstens bei der ungewöhnlichen Berufspilotenausbildung, die aber quantitativ völlig unbedeutend sei, eine ungerechte Differenzierung im Bereich des Möglichen liege.⁶¹

⁵⁷ BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (319 Rn. 108 und 321 Rn. 123 ff.); s. auch Brandis/Heuermann/Thürmer, Stand Mai 2023, § 9 EStG Rn. 685 ff. und BeckOK-EStG/G. Kirchhof, Stand 01.07.2023, § 12 Rn. 71 f.

⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (322 Rn. 135 ff.).

⁵⁹ BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (319 Rn. 111) spricht von einer notwendigen Bewertung durch den Gesetzgeber.

⁶⁰ So aber BFH, Beschluss vom 17.07.2014 – VI R 61/11 = BeckRS 2014, 96235 Rn. 84.

⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (318 Rn. 103, 322 Rn. 130).

III. Die Norm ist verfassungsgemäß

Daher erklärte das BVerfG die Regelung der §§ 9 Abs. 6, 4 Abs. 9 EStG für verfassungskonform.

IV. Kritische Würdigung der Entscheidung

Prinzipiell ist es unter der Ägide der bereichsspezifischen Auslegung stringent dem Gesetzgeber für Mischkosten einen weiten Gestaltungsspielraum einzuräumen, der den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab absenkt. Abzugsverbote für Mischkosten durchbrechen weniger die Besteuerung nach Leistungsfähigkeit als Abzugsverbote für reine Werbungskosten/Betriebsausgaben. Dennoch bietet das konkrete Vorgehen Anlass für Kritik. Das BVerfG verortet nämlich den Gedanken der weiten Gestaltungsmöglichkeit bei der Realitätsgerechtigkeit der Typisierungsbefugnis. Es wäre methodisch sauberer diesen Aspekt auf Ebene der Verhältnismäßigkeit anzusiedeln.⁶² Letztlich beschränkt sich das Gericht nämlich auf eine reine Willkürkontrolle und untersucht daher leider die verhältnismäßige Ausgestaltung gar nicht erst.⁶³ Mehr noch, räumt der gewählte Begründungsweg dem Gesetzgeber indirekt ein Auslegungsprimat über das einfache Steuerrecht ein, was originäre Aufgabe der Finanzrechtsprechung ist.

V. Vermischung der Prüfungsmaßstäbe

Das Vorgehen deckt im besonderen Maße die Gefahr auf, die aus der Verquickung von einfachem Recht mit Verfassungsrecht durch die bereichsspezifische Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GG entsteht und bereits starke Kritik erfahren hat: Einfachrechtliche Fragen und Prinzipien werden hierdurch in die Verfassungsebene projiziert.⁶⁴ Eigentlicher Prüfungsmaßstab des BVerfG ist aber das Grundgesetz und somit gerade nicht das einfache Recht in der Gestalt, ob denn nun Erstausbildungskosten Werbungskosten darstellen. Der BFH als das zuständige letztinstanzliche Fachgericht hat diese Frage abschließend geklärt. Er hat verbindlich unter § 9 Abs. 1

⁶² So sind durchaus stärkere einfachrechtliche Differenzierungen mittels pauschaler Kostenaufteilung, Abzugsdeckelungen oder aber eine stärkere Differenzierung nach der Ausbildungsart als mildere Mittel durchaus denkbar.

⁶³ Gleichfalls kritisch *Hey*, FR 2020, 578 (579).

⁶⁴ BeckOK-GG/*Kischel*, Stand 15.05.2023, Art. 3 Rn. 142 mwN; s. auch *Lepsius*, JZ 2009, 260 (261); *Thiemann*, JZ 2015, 866 (870).

bzw. § 4 Abs. 4 EStG subsumiert und den Gesetzgeber lediglich an seinem eigenen Wertungssystem gemessen.⁶⁵ Mit seinem Beschluss ignoriert das BVerfG schlicht die fachgerichtliche Auslegung des Werbungskosten- und Betriebsausgabenbegriffs für die Mehrzahl der Fälle. Soweit *Thiemann* vor diesem Hintergrund fürchtet, dass der einfachrechtlichen Judikatur eine unzulässige Bindungswirkung für die Verfassungsrechtsprechung zukommen könnte,⁶⁶ spricht dies aber nur dafür, die Prüfung des Gleichheitssatzes im Steuerrecht naturalistischer zu vollziehen. Die Kritik zeigt auf, dass der „Sonderweg“ ein dogmatischer Irrweg ist, der die Prüfungsmaßstäbe verschwimmen lässt.

VI. Fehlender Nachweis der Realitätsgerechtigkeit

Um nicht zur Superrevisionsinstanz zu verkommen, hätte das BVerfG jedenfalls gut daran getan, vom Gesetzgeber empirische Belege einzufordern, die seine Rechtsansicht der beachtlichen Privatveranlassung stützen. Vorbildfunktion kommt den jüngsten Entscheidungen im Bereich der Erbschaft- und Grundsteuer zu: Dortige Regelungen wurden deshalb als mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt, weil sie auf veralteten und somit in tatsächlicher Hinsicht falschen Daten beruhten.⁶⁷ Der Gedanke ist verallgemeinerungsfähig und gilt auch für Typisierungen, da unzutreffende Tatsachen per se ungeeignet sind, Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen.⁶⁸ Ohne kritische Prüfung der Tatsachenbasis läuft die Typisierungskontrolle leer.⁶⁹ Dem Gesetzgeber dürfen zwar keine unzumutbaren statistischen Erhebungen auferlegt werden.⁷⁰ Die Gesetzesbegründung führt aber gar keine empirischen Belege an, sondern verweist lediglich darauf, dass die gewählte Einschätzung einen Gleichklang mit dem Sozialrecht herbeiführe,⁷¹ was freilich schon deshalb keine hinreichende Tatsachenbasis darstellt, weil dies nur auf eine normative Gleichstellung abzielt. Dass die Finanzgerichte Bildungsaufwendungen jahrzehntelang selbst (fälschlicherweise) als rein privat veranlasst einordneten,

⁶⁵ *Hey*, FR 2020, 578 (578 f.).

⁶⁶ *Thiemann*, JZ 2015, 866 (870) ähnlich bereits *Lepsius*, JZ 2009, 260 (261).

⁶⁷ U.a. BVerfG, Urteil vom 10.04.2018 – 1 BvL 11/14 = NJW 2018, 1451 (1460 Rn. 150 ff.); darstellend BeckOK-GG/*Kischel*, Stand 15.05.2023, Art. 3 Rn. 157.

⁶⁸ BeckOK-GG/*Kischel*, Stand 15.05.2023, Art. 3 Rn. 157.

⁶⁹ *Hey*, FR 2020, 578 (583).

⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 (255) = DSrR 2010, 2392 (2398).

⁷¹ BT-Drs. 17/7524 vom 26.10.2011, S. 10.

gibt dem Gesetzgeber kein Recht zur Fehlerperpetuierung ohne Beleg.⁷² Ohne empirische Absicherung droht ein Stück weit die faktische Kraft des Normativen, da es der Gesetzgeber letztlich selbst in der Hand hat zu entscheiden, was er als wesentlich privat veranlasst betrachtet und somit indirekt die nur oberflächliche Willkürkontrolle zu determinieren. Für die Rechtfertigung genügt sodann „irgendein“ sachlicher Differenzierungsgrund, der sich nahezu stets finden lässt.⁷³

VII. Absenken des Prüfungsmaßstab nur bei einfachrechtlich anerkannten Mischkosten

Daher ist für die Absenkung des Prüfungsmaßstabs als Mindestanforderung zu stellen, dass überhaupt einfachrechtlich anerkannt Mischkosten vorliegen.⁷⁴ Hinsichtlich des *Wie* der gesetzlichen Ausgestaltung darf der Gesetzgeber sodann seinen Gestaltungsspiel ausschöpfen. *Ob* aber überhaupt eine relevante multikausale Veranlassung vorliegt, sollte dem Gesetzgeber nicht mittels einer weitreichenden Subsumtionsprärogative freigestellt sein. Jedenfalls ist ihm zumutbar, engmaschiger „Beweis“ zu führen, weshalb er eine relevante Privatveranlassung annimmt. Indem das BVerfG der Sichtweise des Gesetzgebers einen Auslegungsvorrang einräumt, verstößt es gegen seinen eigenen Anspruch, dass es nicht seine Aufgabe sei, dogmatische Streitfragen des Steuerrechts zu lösen.⁷⁵ So aber haftet der Entscheidung ein gewisser Nachgeschmack an,⁷⁶ wo doch die Gesetzesbegründung unumwunden einräumt, dass die Abzugsverbote vor allem Steuerausfällen vorbeugen sollen.⁷⁷

⁷² So aber BVerfG, Beschluss vom 12.5.2009 – 2 BvL 1/00, BVerfGE 123, 111 = DStRE 2009, 922 (926 Rn. 40): Eine langjährige Judikatur schließe zumindest die Annahme gesetzgeberischer Willkür aus; zust. *Thiemann*, JZ 2015, 866 (870).

⁷³ Deshalb zu Recht äußerst kritisch *Hey*, FR 2020, 578 (582).

⁷⁴ A.A. BeckOK-EStG/G. *Kirchhof*, Stand 01.07.2023, § 12 Rn. 71 f., der ein gegenteiliges Vorgehen präferiert, sodass bei Zweifeln über die private Veranlassung dem Gesetzgeber eine Deutungshoheit zusteht.

⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 12.5.2009 – 2 BvL 1/00, BVerfGE 123, 111 = DStRE 2009, 922 (925).

⁷⁶ *Hey*, FR 2020, 578 (578 f.): spricht zu Recht „von einem faden Beigeschmack, weil es dem Gesetzgeber wieder einmal gelungen ist die einkommensteuersystematisch überzeugende Rechtsprechung des BFH außer Kraft zu setzen“; H/H/R/*Kreft/Bergkemper*, Stand Juli 2023, § 9 EStG Rn. 608 kritisieren, dass das BVerfG viele Aspekte des Vorlagebeschlusses nicht beachtete und ergebnisorientiert urteilte.

⁷⁷ Der Gesetzgeber befürchtete Steuermindereinnahmen iHv 1,5 Mrd. € jährlich, BT-Drs. 15/3339 vom 16.06.2004, S. 2; *Drenseck*, DStR 2004, 1766 (1772) spricht von dem eigentlichen, verschleierte Grund; *Hey*, FR 2020, 578 (582) meint, dass es auf der Hand liegt, dass dies die Triebfeder des Gesetzgebers darstellt; ebenfalls sehr kritisch H/H/R/*Kreft/Bergkemper*, Stand Juli 2023, § 9 EStG Rn. 606.

Selbst, wenn man mit dem BVerfG die Abgrenzung von Erwerbs- und Privatsphäre bei Bildungsaufwendungen für ungewöhnlich komplex erachtete, ist es bloß geboten, dies als Argument im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen.⁷⁸

D. Rechtspolitische Erwägungen

Die Verfassungskonformität sollte vom Gesetzgeber nicht als Bescheinigung verstanden werden, dass die gegenwärtige Rechtslage gerecht ausgestaltet ist. Sie privilegiert wohlhabende Familien, da nur sie durch Gestaltungen Einkunftsquellen auf ihre studierenden Kinder verlagern können und so den Sonderausgabenabzug tatsächlich ausschöpfen.⁷⁹ Der Mehrzahl der Studenten gereicht es gerade nicht zum Vorteil, dass der Sonderausgabenabzug mit gegenwärtig 6.000 € zwar der Höhe nach die anfallenden Kosten realitätsgerecht abbildet,⁸⁰ da sie höchstens geringe Einnahmen erzielen.⁸¹ Es ist wünschenswert im großzügigeren Maße diejenigen, die in ihre Bildung investieren, zu unterstützen.⁸² Sie verbessern nicht nur ihre eigene Zukunftsperspektive, sondern sichern auch ein Stück weit auch das künftige Steueraufkommen.⁸³ Anderenfalls wirken die politischen Sonntagsreden über den Stellenwert der Bildung hohl.⁸⁴

Neue Abzugsperspektiven für Jurastudenten haben sich jüngst dadurch eröffnet, dass immer mehr Universitäten einen integrierten Bachelor of Laws anbieten. Nach Erwerb des Abschlusses kann man die zeitlich danach anfallenden Kosten, insbesondere die Repetitoriumsgebühren, steuerlich geltend machen.⁸⁵ In der Folge kommt es zu einer nahezu grotesk anmutenden steuerlichen Spaltung der Examenskandidaten mit einer Benachteiligung der reinen Staatsexamensstudenten. Rein von der steuerlichen Warte aus, nötigt § 9 Abs. 6 EStG einen Studienanfänger förmlich zur Wahl des integrierten Bachelors. Dies zeigt nochmals eindrucksvoll, wie unausgereift und realitätsfern der Ausbildungskostenabzug derzeit ausgestaltet ist.

⁷⁸ Vorschlag *Hey*, FR 2020, 578 (580): (bloßes) Indiz für erhöhtes staatliches Vereinfachungsinteresse.

⁷⁹ *Maciejewski*, FR 2020, 545 (550 f.); *Hey*, FR 2020, 578 (586); *Hilbert*, BB 2020, 735 (736).

⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 19.11.2019 – 2 BvL 22-27/14 = FR 2020, 315 (324 Rn. 147.)

⁸¹ *Hey*, FR 2020, 578 (580 f.); *Maciejewski*, FR 2020, 545 (550 f.).

⁸² *Drenseck*, DStR 2004, 1766.

⁸³ *Hey*, FR 2020, 578 (584).

⁸⁴ *Drenseck*, DStR 2004, 1766.

⁸⁵ *Paschke/Hillers*, DStR 2023, 1989 (1993 f.).

Zur Einzelvollstreckbarkeit in „non fungible token“

A. Kunst auf der „blockchain“ als juristische *terra incognita*

Im März 2021 erlangte Kunst im Zusammenhang mit der „blockchain“-Technik mediale Aufmerksamkeit, als es dem britischen Auktionshaus *Christie's* gelang, einen Datenbankeintrag für ein rein digitales Kunstwerk zu versteigern.¹ Kurioserweise ist das Kunstwerk selbst, die Digitalkollage „Everydays: The First 5000 Days“ des amerikanischen Digitalkünstlers *Beeple* (bürgerlich *Mike Winkelmann*), öffentlich einsehbar und kann von jedem als 319 Megabyte große JPG-Datei heruntergeladen werden. Dennoch brachte der zugehörige Datenbankeintrag („token“) auf der „blockchain“ dem britischen Traditionshaus einen Zuschlagspreis von ca. 69,3 Millionen US-Dollar ein. Da der Kunsthandel den Datenbankeintrag und das Kunstwerk gleichsetzt, wurde der erzielte Zuschlagspreis als dritthöchstes Auktionsergebnis gefeiert, das jemals für das Kunstwerk eines noch lebenden Künstlers erzielt wurde.² Der Handel mit solchen Datenbankeinträgen stellt keinen Einzelfall dar, sondern findet tagtäglich auf digitalen Marktplätzen wie *OpenSea*, *Nifty Gateway* oder *Rarible* statt. Die entsprechenden Umsätze schätzen Kunstmarktexperten für das Jahr 2021 auf insgesamt 2,6 Milliarden US-Dollar.³ In

* Christian Volkmar Bongers, M. Sc. ist Doktorand am Institut für Wirtschaftsprüfung von Univ.-Prof. Dr. Michael Olbrich an der Universität des Saarlandes. Dipl.-Jur. Lea-Marie Müller ist Doktorandin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, deutsches und europäisches Finanz- und Steuerrecht von Univ.-Prof. Dr. Christoph Gröpl an der Universität des Saarlandes. David Karhan ist Rechtsanwalt bei DURY LEGAL Rechtsanwälte.

¹ Statt vieler Fundstellen wird hier nur das digitale Auktionslos von *Christie's* referenziert, online abrufbar unter <https://onlineonly.christies.com/s/beeple-first-5000-days/beeple-b-1981-1/112924> (zuletzt abgerufen am 31.03.2023).

² *Trebing*, Artikel im Monopol-Magazin vom 12.03.2021, online abrufbar unter: <https://www.monopol-magazin.de/das-sind-die-teuersten-lebenden-kuenstler> (zuletzt abgerufen am 31.03.2023).

³ Dies geht aus dem jährlichen Marktbericht der internationalen Kunstmesse *Art Basel* in Zusammenarbeit mit der Schweizer Großbank *UBS* hervor. Der Marktbericht gilt innerhalb der Kunstszene als verlässliche Quelle zur empirischen Auswertung des Kunstmarktes. Verantwortlich für seine Erstellung ist derzeit die irische Ökonomin *Clare McAndrew*, vgl. *McAndrew*, *The Art Market 2022: An Art Basel & UBS Report*, S. 42, online abrufbar unter: <https://d2u3kfw92fzu7.cloudfront.net/Art%20Market%202022.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.03.2023).

Anlehnung an die kryptografische Verschlüsselung von „blockchains“ hat sich für diese „Kunstwerke“ der Gattungsbegriff *Kryptokunst* etabliert. Die mehrheitlich hinter Kryptokunstwerken liegende *Ethereum*-„blockchain“ stellt Datenbanknutzern sogar eine virtuelle Spielwelt namens *Decentraland*⁴ zur Verfügung, in der Datenbanknutzer u.a. auch ihre Kryptokunstwerke ausstellen können⁵.

Bei den Datenbankeinträgen hinter Kryptokunstwerken handelt es sich um „*non-fungible token*“ (fortan: NFT), deren mögliches Anwendungsspektrum sich nicht nur auf den Kunsthandel beschränkt⁶. Die juristische Einordnung solcher NFT ist bislang eine rechtswissenschaftliche *terra incognita*, um deren Erschließung sich die Literatur in den vergangenen Jahren intensiv bemüht hat. Entstanden ist dabei ein breitgefächertes Schrifttum, das NFT im Kontext unterschiedlicher Rechtsgebiete diskutiert hat.⁷ Weniger Aufmerksamkeit erhielt dabei das Vollstreckungsrecht,⁸ mithin die Frage, ob und, falls ja, inwiefern solche Datenbankeinträge Gegenstand einer Zwangsvollstreckung (§§ 704 ff. ZPO) sein können. Mit dem vorliegenden Beitrag wird eine Verringerung der Forschungslücke in Bezug auf die genannte Fragestellung angestrebt. Gleichzeitig soll jungen Nachwuchsforschern, an die sich die SRZ vordergründig richtet, ein Einblick in die Kryptowelt gewährt werden, um diese als mögliches Forschungsgebiet ins Bewusstsein zu rücken.

⁴ Decentraland ist im Internet abrufbar unter www.decentraland.org (zuletzt abgerufen am 31.03.2023).

⁵ Weiterführend hierzu *Rapp/Bongers*, DB 2022, 156 (157), allerdings im umsatzsteuerlichen Kontext.

⁶ Zu NFT als Authentizitätsnachweis für Luxusgüter etwa *Lissner*, DSRITB 2020, 847 (859 ff.), ausführlich zu den Einsatzmöglichkeiten von NFT im deutschen Recht *Tobler*, DSRITB 2021, 251.

⁷ Grundsätzlich zur juristischen Einordnung von NFT *Kaulartz/Matzke*, NJW 2018, 3278; *Hoeren/Prinz* CR 2021, 565; *Otto Ri* 2021, 31; *Denga*, BKR 2022, 288 (290 f.); *Guntermann*, RD 2022, 200; *Kleiber*, MMR-Aktuell 2022, 445475. Exemplarisch für das Steuerrecht etwa *Rapp/Bongers*, DStR 2021, 2179 ff.; *Rapp/Bongers/Engelhardt*, UR 2021, 493 ff.; *Figatowski/Feser*, NWB 2022, 705 ff.; *Liegmann/Farruggia-Weber*, UR 2022, 441 ff., *Moskat/Schaar*, BB 2022, 28 ff. Exemplarisch für das Urheberrecht etwa *Heine/Stang*, MMR 2021, 755 ff.; *Kleiber*, MMR-Aktuell 2022, 445475; *Denga*, BKR 2022, 288 (290); *Henke*, JZ 2022, 222 ff.; ferner aber auch *Denga*, BKR 2022, 288 (291 ff.) im Bank- und Kapitalmarktrecht.

⁸ Bislang nur *Bauer in Trauth et al.*, Monetarisierung von technischen Daten, 2021, S. 55 ff. sowie *Kütük/Sorge*, MMR 2014, 643 ff. zur Vollstreckung in *Bitcoin* und *d'Avoine/Hamacher*, ZIP 2022, 6 (9 ff.) zur Vollstreckung in Kryptowerte im Allgemeinen.

B. Wirtschaftliche und technische Grundlagen

„Rechtlich einordnen kann man nur, was man verstanden hat.“⁹ Dieses trivial klingende Axiom juristischer Arbeitsweise hat auch im IT-Bereich einen erheblichen Stellenwert. Deshalb muss sich eine juristische Einordnung von NFT zunächst dem wirtschaftlichen „*Warum?*“ (Unterkapitel I) und anschließend dem technischen „*Wie?*“ (Unterkapitel II) zuwenden.

I. Kunst als Wirtschaftsgut

Handel kann nur mit wirtschaftlichen, mithin knappen, Gütern entstehen.¹⁰ Knappheit bedeutet, dass nicht genügend Einheiten eines marktfähigen Guts verfügbar sind, um die Bedürfnisse aller Nachfrager zu befriedigen. Damit ein solches Knappheitsverhältnis entstehen kann, muss das Angebot eines Guts begrenzt sein. *Körperliche Kunstgegenstände* sind nur in begrenzter Stückzahl (Auflagenkunst), gewöhnlich sogar nur als einziges Original exemplar (handgefertigte Kunst), verfügbar. Eine Vervielfältigung scheidet bei handgefertigten Kunstgegenständen grundsätzlich aus. „Selbst[,] wenn ein Künstler mehrere auf den ersten Blick identisch scheinende Fassungen von einem Bild geschaffen hat, gilt jedes als Unikat, da es vom Künstler selbst mit der Hand gefertigt ist und jede Fassung sich damit von der anderen unterscheidet.“¹¹ Bei Auflagenkunst (Grafik und Fotografie) schränkt der Künstler die Vervielfältigung stark ein, um die Entstehung bzw. den Fortbestand eines Knappheitsverhältnisses zu ermöglichen bzw. zu sichern.¹² Übersteigt die Nachfrage anschließend das begrenzte Angebot, wird der Kunstgegenstand zum knappen, mithin zum wirtschaftlichen, Gut. Das Angebot digitaler Kunstwerke ist hingegen unbegrenzt. Dateien können schnell, einfach und beliebig oft vervielfältigt werden, ohne dass sich die angefertigten Kopien vom Original unterscheiden. Der Künstler kann sein Angebot anders als in Fällen der Auflagenkunst auch nicht beschränken, weil grundsätzlich jedermann beliebig viele Kopien eines

⁹ Herberger, NJW 2018, 2825.

¹⁰ Dazu, auch im Folgenden, Menger, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, 1871, S. 51–57; von Wieser in HdStW, Band V, 3. Aufl. 1910, S. 205 (206); Mayer in HdStW, Band IV, 4. Aufl. 1927, S. 1272 (1273 ff.); Chmielewicz in Koisol, Handwörterbuch des Rechnungswesens, 1970, Sp. 1943 (1943 f.).

¹¹ Holtmann, Keine Angst vor Kunst, 1999, S. 173.

¹² Vogel, Zeitgenössische Druckgrafik, 1982, S. 23–29; Holtmann, Keine Angst vor Kunst, S. 173.

veröffentlichten Digitalkunstwerks anfertigen kann.¹³ Mangels Knappheit besteht folglich kein Anreiz, Handel mit Digitalkunstwerken zu betreiben.

Genau diesem Problem wirken Digitalkünstler mit der Erzeugung eines NFT für ihr Kunstwerk auf einer öffentlich einseharen „blockchain“ entgegen. Alle Datenbankeinträge auf einer „blockchain“ sind einzigartig und können nicht vervielfältigt werden. Die Besonderheit von NFT besteht darin, dass diese – im Gegensatz zu Datenbankeinträgen für Kryptowährungen („currency token“) – nicht austauschbar (fungibel) sind.¹⁴ Dies entspricht den Sacheigenschaften von Geld und Kunst in der realen Welt: Geldscheine sind aufgrund ihrer Seriennummer zwar einzigartig, werden aber – hinsichtlich des Wertes – nach ihrem Nennbetrag bestimmt. Bei Kunstgegenständen handelt es sich hingegen um nicht austauschbare Sachen. Die Einzigartigkeit des NFT begrenzt dessen Angebot, sodass bei entsprechender Nachfrage ein Knappheitsverhältnis entsteht. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass NFTs nicht aufteilbar sind und somit nur als Ganzes gehandelt werden können; demgegenüber werden „currency token“ regelmäßig beim Bezahlen in mehrere Datenbankeinträge aufgeteilt, indem ein Rückgeld überwiesen wird. Obwohl es sich bei dem Datenbankeintrag nicht um das Kunstwerk selbst handelt und der „Eigentümer“ eines NFT niemanden davon abhalten kann, das Kunstwerk beliebig oft herunterzuladen, erzielen NFT enorme Marktpreise. Auch bei realen Kunstgegenständen ist die Möglichkeit, als Sammler seine Kunstsammlung der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, um sich als Eigentümer zu präsentieren, von Wert (Geltungsnutzen¹⁵).¹⁶ Dadurch, dass ein NFT auf einer „blockchain“ immer nur einem Benutzerkonto zugeordnet werden kann und diese Zuordnung öffentlich einsehbar ist, gelingt dem „owner“ des Datenbankeintrags genau das. Daher werden NFT gelegentlich auch als Angeberrechte („bragging rights“) bezeichnet.¹⁷ Der digitale Kunsthandel schlägt aber auch anderweitig die Brücke zur realen Welt, indem er versucht, den Datenbankeintrag gedanklich mit dem verknüpften Kunstwerk gleichzusetzen: obwohl lediglich ein Datenbankeintrag gehandelt wird, wird so getan, als würde mit dem digitalen Kunstwerk selbst gehandelt.

¹³ *Hoeren/Prinz*, CR 2021, 565 (Rn. 1).

¹⁴ Dazu, auch im Folgenden, *Heine/Stang*, MMR 2021, 755 (756).

¹⁵ *Wagenführ*, Kunst als Kapitalanlage, 1965, S. 57 f. Ähnlich *Stolz*, Die Kunst im Steuerrecht, 1999, S. 115, der vom Sozialprestige der Kunst spricht.

¹⁶ *Heine/Stang*, MMR 2021, 755 (757).

¹⁷ Etwa *Reichert*, Krypto-Kunst, 2021, S. 51.

II. Technische Grundlagen

1. „blockchains“

Das Fundament von NFT bildet die „blockchain“-Technik. Dieses besondere Datenbankkonzept wurde erstmals im November 2008 unter dem Pseudonym *Satoshi Nakamoto* veröffentlicht, um damit ein weltweites Geldsystem zu schaffen, das ohne Vertrauen in zentrale Institutionen wie Regierungen und Banken auskommt.¹⁸ Das Geldsystem samt zugehöriger „blockchain“-Datenbank startete im Januar 2009 unter dem Namen *Bitcoin* und ist heute die vermutlich bekannteste Kryptowährung der Welt. In den Folgejahren entstand eine Vielzahl weiterer Implementierungen von „blockchains“, mit denen ein breiteres Anwendungsspektrum als nur der bloße Zahlungsverkehr abgedeckt werden soll. Die für Kryptokunst relevante „blockchain“ ist die zuvor bereits genannte *Ethereum*-„blockchain“¹⁹. Diese ermöglicht insbesondere die Implementierung von „smart contracts“²⁰, die auch zur Erzeugung von NFT genutzt werden.²¹ Bei gängigen „blockchains“ wie der *Ethereum*-„blockchain“ handelt es sich um dezentral organisierte, kryptografisch verschlüsselte, nahezu unveränderliche und für jeden einsehbare Datenbanken, in denen Transaktionen zwischen den Datenbanknutzern als chronologische Kette in Datenblöcken abgelegt werden.²² Die Speicherung der Datenblock-Kette erfolgt nicht auf einem zentralen Hauptrechner („server“). Stattdessen befindet sich auf dem Rechner jedes Datenbanknutzers eine vollständige Kopie der „blockchain“ (verteilte Speicherung).

Die „blockchain“ komprimiert ihre Daten mittels Streuwertfunktionen („hash“-Funktionen), die eine Zeichenfolge beliebiger Länge durch eine Zeichenfolge

¹⁸ *Nakamoto*, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, online abrufbar unter: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.03.2023).

¹⁹ Online abrufbar unter: <http://www.ethereum.org> (zuletzt abgerufen am 31.03.2023).

²⁰ Der Begriff „*smart contract*“ wird im Kapitel II.2 erläutert.

²¹ Im juristischen Schrifttum dazu bereits etwa *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431; *Kaulartz/Heckmann*, CR 2016, 618.

²² Im Wortlaut ähnlich *Figatowski/Feser*, NWB 2022, 705 (705 f.), die jedoch die Möglichkeit, die „blockchain“ mit entsprechendem Aufwand zu verändern, übersehen. Vgl. weiterführend, auch im Folgenden, zur „blockchain“-Technik etwa *Kaulartz* CR 2016, 474 (474–477), zu den Eigenschaften einer Blockchain etwa *Heine/Stang*, MMR 2021, 755.

fester Länge (den Streu- bzw. „hash“-Wert) abbilden.²³ Die Streuwerte können anschließend schneller miteinander verglichen werden. Die Transaktionen werden kryptografisch durch ein asymmetrisches Verschlüsselungsverfahren verschlüsselt. Jeder Datenbanknutzer erhält ein Schlüsselpaar, bestehend aus einem öffentlichen Schlüssel und einem privaten Schlüssel.²⁴ Der öffentliche Schlüssel („public key“) wird als Benutzername bzw. Kontonummer im Geschäftsverkehr auf der „blockchain“ verwendet. Der private Schlüssel („private key“) ist ausschließlich dem jeweiligen Datenbanknutzer bekannt. Mit ihrem privaten Schlüssel signieren Datenbanknutzer ihre Transaktionen, um nachzuweisen, dass sie berechtigt sind, über Datenbankeinträge zu verfügen. Die signierte „Verfügung“ wird anschließend mit dem öffentlichen Schlüssel des Empfängers verschlüsselt, sodass letzterer die Transaktion bei Erhalt mit seinem privaten Schlüssel entschlüsseln kann und die Signatur des Senders mit dessen öffentlichem Schlüssel überprüfen kann. Zur Erleichterung des täglichen Geschäftsverkehrs besitzen die meisten Datenbanknutzer eine digitale Geldbörse („wallet“), in der all ihre getätigten Transaktionen zusammengetragen sind und in der das Schlüsselpaar aufbewahrt wird – sozusagen ein Tresor für wichtige Dokumente. Hinterlegt ist einerseits der Handel mit anderen Datenbanknutzern, sprich die Übertragung und der Erhalt von Datenbankeinträgen. Andererseits stellt aber auch die Erschaffung neuer Datenbankeinträge in Interaktion mit der „blockchain“ selbst eine Transaktion dar. Die verschlüsselten Transaktionsdaten werden in Datenblöcken zusammengefasst und nochmals per Streuwertfunktion als „hash“-Wert abgebildet, bevor sie zur Validierung (s.u.) bereitgestellt werden.²⁵ Neben den Transaktionsdaten selbst fließt der Streuwert des chronologisch vorangegangenen Datenblocks mit in die Berechnung ein. Dadurch werden die Datenblöcke miteinander verknüpft. Jegliche Datenmanipulation würde eine Neuberechnung aller nachfolgenden Streuwerte erfordern. Der damit verbundene Rechenaufwand macht Manipulationen wirtschaftlich unrentabel, technisch aber nicht unmöglich. Insoweit gelten „blockchains“ lediglich als *nahezu* unveränderlich.

²³ Weiterführend dazu, auch im Folgenden, *Dobertin*, DuD 1997, 18 ff.; *Sorge/Krohn-Grimberghe*, DuD 2012, 479; *Kaulartz* CR 2016, 474 (475).

²⁴ Dazu, auch im Folgenden, *Küttik/Sorge*, MMR 2014, 643 (643 f.)

²⁵ Weiterführend dazu, auch im Folgenden, *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431 (1431 f.); *Schlund/Pongratz*, DStR 2018, 598 (598 f.); *Hillemann*, CR 2019, 830 (831).

Um die Integrität der Daten auf der „blockchain“ zu gewährleisten, müssen sämtliche Transaktionen von den angeschlossenen Rechnersystemen („nodes“) validiert werden.²⁶ Dazu müssen Datenblöcke zunächst anhand eines festgelegten Konsensmechanismus validiert werden, bevor sie an die „blockchain“ gehangen werden. Um als vertrauenswürdig zu gelten, müssen angeschlossene Rechnersysteme ihr ernsthaftes Interesse an der „blockchain“ nachweisen. Im Fall der *Bitcoin*-„blockchain“ erfolgt dies durch einen Arbeitsnachweis („proof-of-work“), d.h. indem ein mathematisches Rätsel durch den kostenintensiven Einsatz von Rechenkapazität gelöst wird („mining“). Der schnellste Rätsellöser darf den Datenblock an die „blockchain“ hängen und erhält im Gegenzug dafür neugeschaffene Kryptowährungs-„token“, mithin *Bitcoin*. Der „proof-of-work“-Mechanismus geriet aufgrund seines hohen Energieverbrauchs in die Kritik,²⁷ weswegen aus der Kryptoszene das „proof-of-stake“-Verfahren als Alternative hervorging.²⁸ Dieses Verfahren wird inzwischen auch auf der *Ethereum*-„blockchain“ verwendet. Hierbei müssen Datenbanknutzer einen Kryptowährungsbetrag als Sicherheitsleistung („stake“) bei der „blockchain“ hinterlegen, um Transaktionen validieren zu dürfen. Welches Rechnersystem den nächsten Datenblock anhängen darf und hierfür mit neuen Kryptowährungs-„token“ belohnt wird, ergibt sich beim „proof-of-stake“-Verfahren per Zufall. Die Gewichtung der einzelnen Rechnersysteme bei der Zufallsauswahl bestimmt sich nach der Höhe der hinterlegten Sicherheitsleistung. Durch ihre technische Ausgestaltung kommt die „blockchain“ ohne zentrale Institutionen aus und ermöglicht eine transparente, unveränderliche Transaktionsaufzeichnung, die jedoch mit hohen Energiekosten (zumindest bei „proof-of-work“) und längeren Wartezeiten als bei herkömmlichen Datenbanken erkaufte wird.

²⁶ Dazu weiterführend, auch im Folgenden, *Fraunhofer-Gesellschaft*, Blockchain und Smart Contracts, Positionspapier vom 26.11.2017, S. 17 f., online abrufbar unter: https://www.iuk.fraunhofer.de/de/news-web/2017/20171126_blockchain-positionspapier.html (zuletzt abgerufen am 31.03.2023).

²⁷ Die *Cambridge Universität* schätzte den Energieverbrauch der *Bitcoin*-„blockchain“ für das Jahr 2019 auf 141,3 Terrawattstunden. Zum Vergleich: Der Gesamtverbrauch Norwegens lag im Jahr 2019 lediglich bei 124,3 Terrawattstunden. Die Daten sind online abrufbar unter <https://ccaf.io/cbeci/index> (zuletzt abgerufen am 31.03.2023).

²⁸ Ursprünglich vorgestellt durch *King/Nadal*, PPCoin: Peer-To-Peer Crypto-Currency with Proof-of-Stake, online abrufbar unter: <https://decred.org/research/king2012.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.03.2023).

2. „non-fungible token“

Die Erzeugung und Verwaltung von NFT erfolgt technisch durch „smart contracts“. Bei einem „smart contract“ handelt es sich um „eine Software [...], die rechtlich relevante Handlungen (insbesondere einen Leistungsaustausch) in Abhängigkeit von digital prüfbar Ereignissen steuert, kontrolliert und/oder dokumentiert, mit deren Hilfe aber unter Umständen auch [...] dingliche und/oder schuldrechtliche Verträge geschlossen werden können.“²⁹ Die Bedingungen, unter denen ein „smart contract“ Befehle auf der „blockchain“ ausführt, werden einmalig festgelegt, d.h. sie lassen sich im Nachhinein nicht mehr verändern. Bei der Erzeugung eines NFT („minting“) wird festgelegt, dass der Erzeuger des NFT dessen Eigentümer auf der „blockchain“ ist und seine Eigentümerschaft („ownership“) an andere Datenbanknutzer übertragen kann. Ebenso kann bestimmt werden, in welcher Auflage der NFT erstellt werden soll („scarcity“),³⁰ d.h. ob es sich um ein Unikat handelt oder etwa um Auflagenkunst. Überträgt ein „owner“ einen NFT auf der „blockchain“, kann fortan nur noch der Erwerber darüber verfügen. Die „blockchain“ zeichnet die „owner“ chronologisch als Übertragungshistorie im „smart contract“ auf. Daneben kann im „smart contract“ eine prozentuale Beteiligung am Kaufpreis („royalty“) festgelegt werden, die dem ursprünglichen Erzeuger des NFT (i.d.R. dem Künstler) bei jeder nachfolgenden Weiterveräußerung des NFT automatisch als Kryptowährungsbetrag von der „blockchain“ überwiesen wird.

In einem NFT ist nicht das digitale Kunstwerk selbst abgelegt, um die Datenspeicherauslastung auf den Rechnern der Datenbanknutzer und das Datenvolumen für die Netzwerkknoten der „blockchain“ möglichst gering zu halten.³¹ Ein Abspeichern größerer Bilddateien in der Datenbank selbst, brächte die „blockchain“ schnell an ihre Grenzen. Deshalb werden größere Dateien im *Interplanetary File System* (fortan: *IPFS*), einem externen verteilten Speichernetzwerk, das ähnlich wie eine Datenwolke funktioniert, ausgelagert. In den Datenbankeinträgen auf der „blockchain“, sprich in den NFT, wird lediglich eine Verknüpfung zum IPFS als „hash“-Wert abgelegt. Dabei handelt es sich nicht um den „hash“-Wert der Bilddatei selbst, sondern um den einer Textdatei, in der die Metadaten des Bildes enthalten sind. Diese Metadatei ähnelt

²⁹ Kaulartz/Heckmann, CR 2016, 618.

³⁰ Heine/Stang, MMR 2021, 755 (756).

³¹ Dazu, auch im Folgenden, Otto, Ri 2021, 31 (39–41), Figatowski/Feser, NWB 2022, 705 (707).

einem „Ausstellungsschild“³², das neben einem physischen Kunstgegenstand im Museum angebracht wird. Dieses digitale Museumsschild enthält neben einer Bildbeschreibung im Fall der Kryptokunst einen weiteren „hashwert“, der die Verknüpfung zur eigentlichen Bilddatei im *IPFS* darstellt.³³ In der Metadattendatei kann aber auch auf reale Gegenstände Bezug genommen werden,³⁴ etwa auf die obere Hälfte der Mona Lisa im Pariser Louvre. Im Rahmen einer Transaktion zwischen zwei Datenbanknutzern findet keine tatsächliche Verschiebung der im NFT bzw. im *IPFS* abgelegten Daten statt, sondern es wird lediglich der „public key“ auf der „blockchain“ ausgetauscht, der mit dem NFT verknüpft ist.

C. Rechtsnatur von NFT

Die Rechtsnatur von NFT ist umstritten. Die Meinungen reichen vom verbrieften Recht³⁵ bis (richtigerweise) hin zum rechtlichen Nullum³⁶. Überzeugend erscheint die Trennung von reiner Verfügungsgewalt und deren Übergang *am* „token“ und der rechtlichen Aufladung des Übergangs. Es steht den am Rechtsverkehr beteiligten Personen grundsätzlich frei, den Bedeutungsgehalt von Zeichen, Gesten und anderen Ausdrucksformen zu definieren. Sprache selbst ist letztendlich Konvention. Insofern haben es die Parteien auch im Hinblick auf NFT in der Hand, den Übergang des an sich „leeren“ NFT mit dem Übergang bestimmter Rechte zu „kombinieren“. Es handelt sich dabei um einen digitalen Handschlag, der ein entsprechendes Verfügungsgeschäft begründet. Das bewirkt aber nicht, dass das Eigentum oder das Immaterialgüterrecht untrennbar mit dem NFT verbunden ist. Der zukünftige Inhaber des NFT *und* des gleichzeitig übertragenen Rechts kann – erneut – mit weiterer Übertragung des NFT eine dingliche Übertragung des Rechts erklären. Er kann aber auch über das übertragene Recht verfügen und den NFT schlicht ignorieren. Eine zwingende Verknüpfung dieser beiden Positionen scheidet schon an § 137 Satz 1 BGB.³⁷ Insofern hat der „owner“ eines NFT keine rechtliche Position inne.³⁸

³² *Otto*, Ri 2021, 31 (44).

³³ Vgl. *Otto*, Ri 2021, 31 (39–43), *Reichert* (Fn. 20), S. 26 f., *Figatowski/Feser*, NWB 2022, 705 (706 f.).

³⁴ *Polleit Riechert*, dpn 2021, 52 (55–57); *Völkle*, MMR 2021, 539 (542).

³⁵ *Figatowski/Feser*, NWB 2022, 705 (707); *Rapp/Bongers*, DStR 2021, 2179; *Rapp/Bongers/Engelhardt*, UR 2021, 493; *Völkle*, MMR 2021, 539 (542)

³⁶ *Richter*, NJW 2022, 3469 (3474); *Denga*, BKR 2022, 288 (290).

³⁷ So auch *Richter*, NJW 2022, 3469 (3474).

³⁸ Im Ergebnis auch für *Bitcoin*: *Weiss*, NJW 2022, 1343 (1344) insb. Fn. 8 zum Meinungsstand.

D. Einzelvollstreckbarkeit von NFT

Fraglich ist, inwiefern in eine NFT-Position vollstreckt werden kann. Vollstreckung lebt davon, auf die Mitwirkung des selbst nach Titulierung des Anspruchs noch unwilligen Schuldners nicht mehr angewiesen zu sein. Der Gerichtsvollzieher darf nach § 758 Abs. 3 ZPO unter den dort genannten Voraussetzungen polizeiliche Hilfe in Anspruch nehmen. Spätestens jetzt – will der Schuldner nicht Erfahrungen mit dem staatlichen Gewaltmonopol oder sogar § 113 Abs. 1 StGB machen – ist sein Widerstand unbeachtlich und der Gläubiger kann seinen Anspruch auch gegen einen maximal unwilligen Schuldner durchsetzen. Auch bei anderen Vollstreckungen gibt die Rechtsordnung dem Gläubiger Mittel an die Hand, um den faktischen Widerstand des Schuldners zu brechen, beispielsweise das schlichte „Überschreiben“ des störrischen Willens nach § 894 Satz 1 ZPO.

Was aber, wenn technische Gegebenheiten einer staatlichen Unterstützung entgegenstehen? Anschaulich sind hier die Fälle, in denen ein Einzug³⁹ (§§ 73 ff. StGB) oder Arrest⁴⁰ (§ 111e StPO) zwar vorliegen, der tatsächlichen Verwertung aber das fehlende Passwort⁴¹ entgegensteht. Hier stößt staatlicher Zwang schlicht an seine Grenzen.

Das Vollstreckungsrecht der Zivilprozessordnung unterscheidet grundsätzlich in Vollstreckung wegen Geldforderungen einerseits (§§ 802a ff. BGB) und zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen andererseits (§§ 883 ff. BGB). Zwei Fälle sind im Zusammenhang mit NFT denkbar:⁴² Im ersten Fall ist der titulierte Anspruch ein unmittelbarer Anspruch auf Einwirkung auf den NFT selbst, beispielsweise auf seine Übertragung. Im zweiten Fall ist eine beliebige Geldforderung titulierte und der Vollstreckungsgläubiger begehrt zur vollständigen Befriedigung eine Verwertung einer NFT-Position, die sich im – möglicherweise sonst nicht zur Befriedigung ausreichenden – Vermögen befindet.

³⁹ Näher dazu: *Rettke*, NZWiSt 2020, 45 (50 f.).

⁴⁰ Näher dazu: *Rettke*, NZWiSt 2020, 45 (51 ff.).

⁴¹ Dazu Artikel auf Heise Online vom 04.02.2021, online abrufbar unter: <https://www.heise.de/news/Millionen-Euro-in-Bitcoins-beschlagnahmt-Passwort-fehlt-5046385.html> (zuletzt abgerufen am 31.03.2023).

⁴² So schon für Bitcoin: *Kütuk/Sorge*, MMR 2014, 643 (644 f.).

I. Unmittelbarer Anspruch

Sollte der Gläubiger einen Titel auf Einwirkung auf den NFT in Händen halten, richtet sich die Vollstreckung nach den §§ 883 ff. BGB.

a) Wegen der fehlenden Sachqualität kann jedenfalls nicht nach § 883 Abs. 1 ZPO (Herausgabe bestimmter beweglicher Sachen) vollstreckt werden. Es ist ohnehin schwer vorstellbar, wie der Gerichtsvollzieher den NFT „wegnehmen“ soll. Er müsste Zugriff auf den privaten Schlüssel des Schuldners erhalten, um den NFT anschließend übertragen zu können. Selbst eine Wegnahme des privaten Schlüssels wäre nicht möglich, sondern nur die Wegnahme des ihn enthaltenden Speichermediums (USB-Massenspeicher, Festplatte, o.Ä.). Ob vom Titel auf Einwirkung auf den NFT die Herausgabe des physischen Mediums, auf dem sich der private Schlüssel befindet, umfasst ist, erscheint mehr als fraglich.

b) Eine Vollstreckung nach § 887 Abs. 1 ZPO setzt voraus, dass der titulierte Anspruch auf eine vertretbare Handlung gerichtet ist, d.h. deren Vornahme auch durch einen Dritten erfolgen kann. Handlungen, die nicht durch einen Dritten vorgenommen werden können (nicht vertretbare Handlungen), werden demgegenüber nach § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO vollstreckt. Die Abgrenzung zwischen § 887 und § 888 ZPO ist nicht immer eindeutig möglich; welche Art der Vollstreckung zur Anwendung kommt kann sich u.U. auch erst im Laufe der Vollstreckung herausstellen.⁴³

Hier stellt sich *das* Krypto-Problem: wie ist mit Passwörtern und privaten Schlüsseln umzugehen? Bisweilen wurde – jedenfalls hinsichtlich *Bitcoin* – vertreten⁴⁴, dass es sich gerade wegen der Notwendigkeit der Passwordeingabe um eine unvertretbare Handlung i.S.d. § 888 handle. Dies hat zur Folge, dass der Schuldner allenfalls durch die Verhängung eines Zwangsgeldes von bis zu maximal 25.000 EUR (vgl. § 888 Abs. 1 Satz 2 ZPO) oder unter strengen Voraussetzungen durch Zwangshaft zur Übertragung gezwungen werden kann. Dementsprechend urteilte das LG Berlin⁴⁵ – allerdings nur im Orientierungssatz –, dass die Einwirkung auf die dortige Kryptowährung *Ether* nur demjenigen möglich sei, der über die entsprechenden Zugangsdaten verfüge und sich deshalb die Vollstreckung nach § 888 ZPO zu richten habe. Dieser Ansicht ist das OLG Düsseldorf in einem

⁴³ Stürner in BeckOK ZPO, § 887 Rn. 2.

⁴⁴ So schon für *Bitcoin*: Kütuk/Sorge, MMR 2014, 643 (644 f.).

⁴⁵ LG Berlin, Urt. v. 07.04.2021, 66 O 20/21 — juris.

anders gelagerten Fall⁴⁶ mit Beschluss vom 19.01.2021⁴⁷ entgegengetreten: Da der Schuldner nur verurteilt wurde, an das „wallet“ des Gläubigers 0,9 *Bitcoin* zu übertragen, gehe aus dem Wortlaut des Tenors nicht hervor, dass die Einheit aus dem „wallet“ des Schuldners stammen müsse. Vielmehr könne der Gläubiger sein prozessrechtliches Selbstvornahmerecht nach § 887 Abs. 1 ZPO nutzen, um die titulierten *Bitcoin*-Einheiten seinem „wallet“ hinzuzufügen. Mit anderen Worten: Der Gläubiger erwirbt die Kryptowerte selbst am Markt. Die dafür notwendigen Kosten erhält er anschließend über § 788 Abs. 1 ZPO und einen entsprechenden Kostenfestsetzungsbeschluss vom Schuldner. Alternativ kann der Gläubiger zusammen mit dem Antrag nach § 887 Abs. 1 ZPO einen Antrag auf Kostenvorauszahlung stellen (vgl. Abs. 2). Der Auffassung des OLG Düsseldorf hat sich auch das LG Heilbronn⁴⁸ angeschlossen. Die beiden Entscheidungen zeigen, dass die Frage, wie man *generell* in NFTs vollstrecken kann, nicht isoliert vom titulierten Anspruch beantwortet werden kann. Wegen der Eigenart des Phänomens der NFT, nämlich dass gerade keine Austauschbarkeit vorliegt, dürften Titel, die nach § 887 ZPO zu vollstrecken sind, wohl eher die Seltenheit sein.

c) Bisher gerichtlich noch nicht in Erscheinung getreten ist in diesem Zusammenhang der Fall des „verlorenen“ Schlüssels. Die Einwirkung auf Kryptowerte ist – jedenfalls nach jetzigem Stand der Technik – untrennbar mit Kenntnis des privaten Schlüssels verbunden. Ein verlorener Schlüssel bedeutet in der Regel einen nutzlosen Wert; als stünde man mit seinen 39 Mitinhabern vor dem Felsen und niemand erinnert sich an „Sesam öffne dich“.⁴⁹ Denkbar ist, dass der Schuldner eines titulierten Anspruchs, der nach § 888 ZPO zu vollstrecken ist, in der Vollstreckung schlicht – unabhängig vom Wahrheitsgehalt – genau das behauptet: wegen verlorener Schlüssel fehle ihm die faktische Einwirkungsmöglichkeit auf den NFT. Ein solcher Fall dürfte hinsichtlich des materiellen Anspruchs wohl nach § 275 Abs. 1 BGB zu beurteilen sein. Der Unmöglichkeitseinwand ist für den Vollstreckungsschuldner auch im Verfahren nach § 888 ZPO möglich.⁵⁰ Auch

⁴⁶ Zutreffend, dass es sich dabei nicht um Widersprüche handelt: *Bachert*, CR 2022, 332 (335).

⁴⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.01.2021, I-7 W 44/20, 7 W 44/20 — juris Rn. 13.

⁴⁸ LG Heilbronn, Beschl. v. 03.03.2021, Sa 8 O 368/20, BeckRS 2021, 39668.

⁴⁹ *Böhm*, Artikel vom 13.01.2021, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/bitcoin-passwort-vergessen-stefan-thomas-hat-noch-zwei-versuche-um-an-200-millionen-euro-zu-kommen-a-69e7dd73-c700-4a54-b529-b53bbbd3e46e> (Abruf: 13.01.2021).

⁵⁰ Argec. BGH, Beschl. v. 27.11.2008, I ZB 46/08, NJW-RR 2009, 443 (444); *Gruber* in MüKo BGB, § 888 Rn. 13.

wenn der Vollstreckungsschuldner dafür zwar nicht die Beweislast, dafür aber eine Darlegungslast trägt,⁵¹ wird wohl – gerade, wenn der Schuldner vorträgt, er erinnere sich nicht mehr an das Passwort zu seinem „wallet“ – die Frage aufwerfen, ob er sich damit seiner Darlegungslast entledigen konnte. Zu behaupten, man habe das Passwort schlicht vergessen, kann bekanntlich jeder; andererseits: was soll der Schuldner – angenommen, er hat es tatsächlich (endgültig) vergessen – sonst noch vortragen? Dass man sich an das ein oder andere Passwort nicht mehr erinnert, dürfte nur den wenigsten Lesern eine fremde Erfahrung sein. Sollte es im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass es „nur“ von der freien richterlichen Beweiswürdigung abhängig ist, ob der Schuldner sich „glaubhaft“ nicht mehr erinnert? Dem Gläubiger dürften die §§ 283 BGB, 893 ZPO nur wenig Trost spenden, wenn das sonstige Vermögen des Schuldners nicht zur Tilgung ausreicht. Der Weg über §§ 129 ff. InsO oder §§ 1 ff. AnFG könnte im Einzelfall helfen, ist für den Gläubiger aber vermutlich nicht unbedingt attraktiv.

Für den kreativen Schuldner – die §§ 263, 283 StGB dahingestellt – könnte hier ein schwarzes Loch entstehen, in dem er beliebig Vermögen bis zur technischen Möglichkeit der Wiederbeschaffung (Quantencomputer?) versenken kann. Dass neuartige technische Phänomene der Rechtsordnung Probleme bereiten, wohnt wohl ihrem innovativen Charakter notwendigerweise inne.⁵² Darf es der Staat aber verfassungsrechtlich zulassen, dass solche schwarzen Löcher entstehen? Bedarf es *de lege ferenda* einer Pflicht zur Hinterlegung eines „Vollstreckungsschlüssels“? Mit der Verordnung über Märkte für Kryptowerte (MiCAR)⁵³ wurde zumindest ein genereller Regulierungsbedarf erkannt.

II. Wegen Geldforderung

Die ZPO unterscheidet bei der Vollstreckung *wegen* Geldforderungen weiter zwischen der Vollstreckung *in* Sachen (§§ 808 ff. BGB) und der Vollstreckung *in* Forderungen und andere Vermögensrechte (§§ 828 ff. BGB).

⁵¹ Gruber in MüKo BGB, § 888 Rn. 13; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 19.10.2022; 8 W 32/22, ZRI 2022, 941 (941).

⁵² Siehe beispielsweise zur „Pfändung“ einer Domain: BGH, Beschl. v. 05.07.2005, VII ZB 5/05, GRUR 2005, 969 (969 ff.).

⁵³ Näher dazu *Maume*, RDt 2022, 461 (461 ff.).

Wegen fehlender Körperlichkeit des NFT kann hier keine Pfändung nach § 808 ZPO erfolgen.

Die z.T. vorgeschlagene analoge Anwendung⁵⁴ des § 808 ZPO stößt auf Bedenken. Die für die Anwendung einer Analogie erforderliche vergleichbare Interessenlage ist nicht schon dann zu bejahen, wenn eine Vorschrift schlicht „am besten passt“. Getragen wird der Gedanke wohl von einem Verständnis des „private keys“ als physischer Schlüssel und der Notwendigkeit einer praktischen Lösung. Spätestens dann, wenn der clevere Inhaber den „private key“ schlicht mehrfach vorhält, ist diese Lösung jedoch hinfällig. Der Schuldner könnte nach erfolgter Pfändung des Speichermediums den (zweiten) privaten Schlüssel verwenden, um den „token“ zu übertragen.⁵⁵ Die Pfändung eines Fahrzeugschlüssels wäre im Vergleich auch eher sinnlos, wenn der Besitzer des ungepfändeten Fahrzeugs mit dem Zweitschlüssel davonfährt. Damit verliert der private Schlüssel auf dem gepfändeten Medium – nach seiner Transaktion – seinen Wert. Dass private Schlüssel mehrfach vorgehalten werden, ist angesichts der Konsequenzen des Schlüsselverlusts wohl schon gebotene Sorgfalt. Praktische Probleme wirft die Pfändung nach § 808 ZPO auch dann auf, wenn der private Schlüssel gar nicht auf vorhandenen physischen Medien abgelegt ist, sondern ausschließlich auf „cloud“-Speichern.

Eine Geldforderung im Sinne des § 829 ZPO liegt ebenfalls nicht vor.

Somit bleibt nur die Pfändung nach § 857 ZPO. Voraussetzung dafür ist aber, dass es sich bei dem NFT um ein anderes Vermögensrecht handelt. Schon der Wortlaut von § 857 macht deutlich, dass nicht alles, was „etwas wert ist“, hiernach gepfändet werden kann. Das Gepfändete muss nicht nur Teil des Vermögens sein, sondern zudem ein Vermögensrecht darstellen. So sind bloße Befugnisse i.S.v. Handlungsmöglichkeiten, die nicht als verkehrsfähige, pfändbare Rechte ausgestaltet sind, der Pfändung nach § 857 ZPO nicht unterworfen.⁵⁶ Die Rechtsprechung⁵⁷ konkretisiert ein Vermögensrecht im Sinne des § 857 ZPO derart, dass hiervon alle Rechte umfasst sind, die einen Vermögenswert derart verkörpern, dass die Pfandverwertung zur Befriedigung des Geldanspruchs des Gläubigers führen kann.

⁵⁴ So vertreten von Rückert, MDR 2016, 295 (297).

⁵⁵ Zu weiteren praktischen Problemen im Hinblick auf den Schlüssel (jedenfalls für *Bitcoin*): Effer-Uhle, ZZZP 2018, 513 (524).

⁵⁶ Smid in MüKo ZPO, § 857 Rn. 9.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 20.12.2006, VII ZB 92/05 — juris Rn. 20.

Dass der Inhaber eines NFT diesen gewinnbringend verwerten kann, steht außer Frage. Mit der oben vorgenommenen Charakterisierung – kein isolierter rechtlicher Wert – kann die NFT-Position aber konsequenterweise kein Vermögensrecht darstellen. Sollten mit dem „digitalen Handschlag“ hingegen weitere Rechte übertragen worden sein, können diese freilich Gegenstand der Pfändung sein.⁵⁸ Aufgrund der vorgenannten Erwägungen kommt daher rechtssystematisch in den Fällen, in denen es zu keiner Übertragung weiterer Rechte kommt, allenfalls eine analoge⁵⁹ Anwendung des § 857 ZPO in Betracht. Allerdings sieht sich der Vollstreckungsgläubiger auch in den Fällen der analogen Anwendung des § 857 ZPO derselben Situation ausgesetzt, wie bei der Vollstreckung des unmittelbaren Anspruchs: Bei der anschließenden Verwertung – unabhängig davon, ob sie über § 835 ZPO oder durch anderweitige Verwertung, beispielsweise⁶⁰ Versteigerung, erfolgt –⁶¹ würden sich dieselben Probleme hinsichtlich der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit manifestieren wie unter D. 1. c) dargestellt.⁶² Welchen Wert ein „token“ bei einer Versteigerung erzielt, dessen privater Schlüssel „verschollen“ ist, bedarf keiner Rechnung.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass das letzte Wort in Sachen (Einzel-) Vollstreckbarkeit in NFT noch nicht gesprochen ist. Dies liegt nicht zuletzt an den komplexen technischen Zusammenhängen, die es zunächst zu verstehen gilt, um den NFT zivilrechtlich überhaupt einordnen zu können. Sodann zeigt sich, dass die derzeit vorhandenen Vorschriften des zivilprozessualen Vollstreckungsrechts kaum geeignet sind, dem Institut des NFT hinreichend zu begegnen. Dies gilt einerseits rechtlich; andererseits sind der Vollstreckung in NFT häufig rein faktisch Grenzen gesetzt („verlorener“ privater Schlüssel). Soll künftig eine rechtssichere Vollstreckung in NFT möglich sein, ist de lege ferenda ein gesetzgeberisches

⁵⁸ Anschaulich wird hier insb., dass bei einer Identität von Nutzungsrecht und „token“-Inhaberschaft der „token“ und das danebenstehende Recht auseinanderlaufen: der Gläubiger pfändet schlicht das vermeintlich im „token“ steckende Recht und ignoriert den „token“. Wäre jetzt beides untrennbar verbunden, könnte der Vollstreckungsgläubiger faktisch in keine Rechte mehr vollstrecken, die mit dem NFT verknüpft sind, ohne auf die tatsächliche Mitwirkung des Vollstreckungsschuldners angewiesen zu sein.

⁵⁹ Koch, DGVZ 2020, 85 (87 f.); Effer-Uhle, ZZP 2018, 513 (524 f.).

⁶⁰ BGH, Beschl. v. 23.10.2008, VII ZB 92/07, NJW-RR 2009, 411 (412).

⁶¹ Riedel in BeckOK ZPO, § 857 Rn. 12.

⁶² Verschiedene praktische Probleme beleuchtend: Effer-Uhle, ZZP 2018, 513 (525).

Handeln erforderlich. Möglicherweise wird hierfür in Zukunft eine präventive Herausgabe der privaten Schlüssel an staatliche Stellen gefordert, mithin ein „escrow“-Gesetz zur Sicherung staatlichen Zugriffs. Denkbar wäre auch die Verpflichtung zur Nutzung einer „software“, die eine spezielle staatliche Schnittstelle implementiert: bei entsprechendem hoheitlichem Schlüssel des Gerichtsvollziehers müssten sämtliche Rechnersysteme, die an die „blockchain“ angeschlossen sind, die Transaktion schlicht akzeptieren.

Ist die Zahlung eines „Lösegeldes“ bei Ransomware strafbar?

A. Einleitung

Die Technisierung und Digitalisierung des alltäglichen Lebens schreiten schnellen Fußes voran. Angefangen im privaten Bereich erstreckt sich dieser Wandel nun auch immer weiter auf die Berufswelt – doch neben den immensen Vorteilen, die dieser Wandel hin zu einer digitalen Gesellschaft mit sich bringt, gilt es insbesondere auch, die Augen nicht vor den Schattenseiten der steigenden Technisierung zu verschließen: Im Laufe der letzten Jahre ist ein starker Anstieg der Fallzahlen im Bereich der Cyberkriminalität feststellbar.

Eine Schlüsselrolle innerhalb der Cyberkriminalität nimmt der Phänomenbereich der sog. Ransomware ein. Hierbei werden Datenbestände bzw. Datensysteme der Betroffenen durch einen meist gezielten Angriff kompromittiert und verschlüsselt. Ziel der Angreifer ist es, den Betroffenen für die Freigabe bzw. Entschlüsselung der Datenbestände zu einer Lösegeldzahlung zu motivieren. Im Rahmen eines solchen Ransomware-Angriffes und einer damit einhergehenden Verschlüsselung der Daten und Dateisysteme stellt sich den Betroffenen somit die Frage, ob sie der Forderung der Täter, ein in der Höhe näher bestimmtes Lösegeld zur Freigabe der Daten und Dateisysteme zu zahlen, Folge leisten sollen. Mag dieser Gedanke aus unternehmerischer bzw. betriebswirtschaftlicher Sicht durchaus seine Berechtigung haben, so stellt sich auf juristischer Ebene unmittelbar die Frage, ob eine Zahlung des geforderten Lösegeldes eine strafrechtlich relevante Handlung darstellt.

Ziel der nachfolgenden Arbeit ist es, mögliche Strafbarkeitsrisiken bei der Zahlung eines Lösegeldes im Falle eines Ransomware-Angriffes aufzuzeigen und eine Hilfestellung zur Minimierung des möglichen Strafbarkeitsrisikos zu geben. Hierzu werden in einem ersten Teil zunächst der Phänomenbereich Cybercrime bzw. Ransomware vorgestellt, mögliche Angriffsvektoren aufgezeigt und die aktuelle Bedrohungslage erörtert. Im zweiten Teil der Arbeit erfolgt eine Analyse der in Betracht kommenden Straftatbestände. Der Schwerpunkt dieser Erörterung wird auf der Prüfung einer Strafbarkeit wegen Unterstützung einer kriminellen

Vereinigung, strafbar gem. § 129 Abs. 1 S. 2 StGB und weiteren Tatbeständen des Strafgesetzbuches, mithin dem Kernstrafrecht, liegen. Daneben werden auch Strafbarkeitsrisiken im Bereich des Finanz- und Steuerstrafrechts erörtert.

B. Cybercrime

I. Cybercrime, Ransomware und Angriffsvektoren

Längst haben sich Straftaten im digitalen Raum etabliert. Bei diesen Straftaten wird zwischen der Cyberkriminalität im engeren Sinne und Cyberkriminalität im weiteren Sinne differenziert. Während letzterer Begriff all die Straftaten beschreibt, die mithilfe des Tatmittels Internet begangen werden, beschreibt erstgenannter Begriff der Cyberkriminalität im engeren Sinne all die Straftaten, die sich gegen das Internet, Datennetze, informationstechnische Systeme oder deren Daten richten.¹ Letztgenanntem Deliktsfeld unterfällt auch der Phänomenbereich Ransomware.

Der Begriff Ransomware, zusammengesetzt aus den englischen Worten „ransom“ und „malware“, beschreibt eine Unterkategorie von Schadsoftware. Ziel der hinter einem Ransomware-Angriff stehenden Cyberkriminellen ist es allgemein, die Datensysteme der Betroffenen zu verschlüsseln und für die Freigabe der Daten ein Lösegeld zu erpressen.² Im Falle der Nichtzahlung des Lösegeldes wird regelmäßig die Veröffentlichung der Daten angedroht. Bei dieser Form eines Ransomware-Angriffes handelt es sich um eine sog. „Double Extortion“. Daneben existieren – mit untergeordneter Relevanz - die Modi Operandi der Triple Extortion, bei der zusätzlich die Durchführung von DDoS-Attacken auf die IT-Systeme der Betroffenen angedroht wird, wodurch die betroffenen Systeme durch diverse Anfragen überlastet und somit vorübergehend nicht verfügbar sind³, sowie die Fälle sog. Second Stage Extortion, bei der zusätzlich zum eigentlichen Betroffenen

* „Der Verfasser ist Rechtsreferendar am Landgericht Bielefeld. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine Studienarbeit aus dem LL.M.-Studiengang „IT und Recht“, welche im Sommersemester 2022 im Seminar „KI, Legal Tech und das IT-Strafrecht“ bei Herrn Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn) verfasst wurde. Das Seminar wurde mit 15 Punkten bewertet. Die Veröffentlichungsfassung wurde um bis September 2023 veröffentlichte Literatur ergänzt.“

¹ *Dreißigacker et al.* in *Cyberkriminologie*, S. 320.

² *Vogelgesang / Möllers*, *JM* 2016, 381, 381.

³ *Schröder/Lantwin*, *ZD* 2021, 614, 615.

auch die Kunden selbiger mit der Veröffentlichung der erlangten Daten im Falle der Nichtzahlung des Lösegeldes erpresst werden.⁴

Eine Infizierung mit Ransomware kann über verschiedenste Wege erfolgen: Häufigstes Einfallstor sind Spam- und Phishing-Nachrichten, die durch Social-Engineering, dem bewussten Ausnutzen menschlicher Eigenschaften wie Vertrauen, Hilfsbereitschaft oder Angst mit dem Ziel der Manipulation des Gegenübers⁵, immer weiter professionalisiert und von zumeist unbedarften IT-Anwendern geöffnet werden. Die Schadsoftware befindet sich sodann zumeist als Downloader in beigefügten Dokumenten, die als Geschäftsunterlagen getarnt werden und im allgemeinen Betriebsablauf unverdächtig erscheinen. Wird der Anhang geöffnet, so wird im Hintergrund die eigentliche Schadsoftware heruntergeladen und ausgeführt.⁶ Weiterhin möglich sind Infektionen der IT-Systeme durch sog. Drive-By-Downloads, bei der die Schadsoftware automatisch bei Besuch einer infizierten Webseite heruntergeladen wird,⁷ sowie eine Ransomware-Infektion durch nicht ausreichend abgesicherte (Heim-) Server⁸ und Fernzugänge sowie Schwachstellen in IT-Anwendungen⁹. Immer häufiger gehen die Ransomware-Angreifer dazu über, die Verschlüsselung der Daten erst einige Zeit nach dem unentdeckten Eindringen in das Netzwerk vorzunehmen. Dies führt dazu, dass der Betroffene aufgrund von Beschränkungen bei der Versionierung von Backups nicht ohne Weiteres ein älteres, noch nicht mit der Schadsoftware infiziertes Backup einspielen und der Datenverschlüsselung so entgehen kann.¹⁰

II. Aktuelle Bedrohungslage

In der Vorstellung des Bundeslagebildes Cybercrime für das Jahr 2021 am 09.05.2022 beschreibt die Vize-Präsidentin des Bundeskriminalamts Martina Link die Bedrohungslage durch Ransomware als „immens“ und „als die Erscheinung von

⁴ BKA, BLB Cybercrime 2021, S. 2.

⁵ Müller, NZWiSt 2020, 96, 97.

⁶ *Maihold* in Hdb. BankR, § 33 Rn. 57.

⁷ *Borges*, NJW 2012, 2385, 2386; *Moos* in Taeger/Gabel, TTDSG, § 19 Rn. 32; *Schmidt/Pruf* in Hdb. IT- u. DSR, Teil A § 3 Rn. 266.

⁸ *Beukelmann*, NJW-Spez. 2017, 376, 376.

⁹ S. hierzu z.B. die Schwachstellen log4j (CVE-2021-44228) und Microsoft Exchange (CVE-2021-26855; 26857).

¹⁰ *Kölmel*, Digitale Welt 01/2022, 44, 45.

Cyberkriminalität mit dem höchsten Schadpotential¹¹: Die Zahl an Straftaten im Bereich der Cyberkriminalität im engeren Sinne ist erneut um 12% im Vergleich zum Vorjahr angestiegen, die Aufklärungsquote beträgt inzwischen nur noch weniger als 30%. Während allgemein die Anzahl an Straftaten leicht rückläufig ist, nimmt die Zahl an Cyberstraftaten entgegen diesem Trend stark zu.¹² Der finanzielle Schaden durch Ransomware im Berichtsjahr 2021 beläuft sich auf ca. 24,3 Milliarden Euro, sodass sich dieser innerhalb von zwei Jahren in etwa verfünffacht hat.¹³ Das durchschnittlich geforderte Lösegeld pro Ransomware-Fall beläuft sich hierbei auf rund 204.695 US-Dollar.¹⁴

Ebenfalls alarmierend sind die kürzlich veröffentlichten Zahlen des Virenschutzherstellers Sophos: Hiernach waren 66% der befragten Unternehmen im vergangenen Jahr von Ransomware-Angriffen betroffen, 65% der Angriffe resultierten in einer erfolgreichen Verschlüsselung von Daten. Unter anderem aus Angst vor einem vollständigen Datenverlust wurde in 46% der Fälle das geforderte Lösegeld gezahlt, allerdings konnten nur rund 61% der verschlüsselten Daten nach erfolgter Lösegeldzahlung entschlüsselt werden. Lediglich 4% der Unternehmen, die ein Lösegeld zahlten, erhielten die Daten vollständig zurück.¹⁵

Die Auswirkungen für Betroffene eines Ransomware-Angriffes können enorm sein und weit über bloße Unannehmlichkeiten hinausgehen – angefangen bei der Verschlüsselung privater Daten wie Unterlagen und Fotos auf Heimservern über die Verschlüsselung von Waren- und Wirtschaftssystemen über die Verschlüsselung ganzer kommunaler Datenbestände und -systeme bis hin zur Verschlüsselung ganzer medizinischer Fachsysteme können die Auswirkungen existenz- bzw. gar lebensbedrohlich werden. Neben den Behörden, die eindringlich vor einer Lösegeldzahlung warnen und eine solche auch nicht unterstützen, haben sich nunmehr auch aufgrund dieser dramatischen Auswirkungen, die mit einer Ransomware-Verschlüsselung einhergehen können, diverse IT-Sicherheitsforscher und Netzaktivisten in einem offenen Brief an die Bundesregierung gewandt¹⁶ und u.a. den Erlass wirksamer Maßnahmen zur Unterbindung von Lösegeldzahlungen bei

¹¹ BKA, PK-BLB Cybercrime 2021, Min. 07:31.

¹² BKA, PK-BLB Cybercrime 2021, Min. 02:43.

¹³ BitKom e.V./BfV, Wirtschaftsschutz 2021, Folie 10.

¹⁴ BKA, BLB Cybercrime 2021, S. 2.

¹⁵ Sophos, State of Ransomware 2022, S. 3, 4.

¹⁶ Bodden, Ransomletter, zul. abgerufen am 28.06.2022.

Ransomware-Erpressungen sowie die Abschaffung der steuerlichen Absetzbarkeit von Lösegeldzahlungen nach § 33 EstG gefordert.

C. Strafbarkeitsrisiken bei Zahlung des Lösegeldes

Fraglich ist somit, ob die Zahlung eines Lösegeldes im Rahmen eines Ransomware-Angriffes strafrechtlich relevant ist. Strafbarkeitsrisiken des Lösegeldzahlenden ergeben sich hierbei aus dem Kernstrafrecht sowie dem Nebenstrafrecht in Form des Außenwirtschaftsgesetzes sowie der Abgabenordnung.

I. Strafbarkeit wegen Unterstützung einer kriminellen Vereinigung gem.

§ 129 Abs. 1 S. 2 StGB

Zunächst könnte sich der Betroffene durch die Zahlung des Lösegeldes gem. § 129 Abs. 1 S. 2 StGB wegen Unterstützung einer kriminellen Vereinigung strafbar machen. Hierzu müsste der Betroffene den Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft verwirklichen.

Mit der Strafbarkeit wegen Unterstützung einer kriminellen Vereinigung verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, möglichst viele Erscheinungen organisierter Kriminalität von Beginn an und somit bereits in ihren Wurzeln zu bekämpfen.¹⁷ Aus diesem Ansatz des Gesetzgebers ergibt sich auch die besondere rechtspolitische Relevanz der Vorschrift, denn durch die weitgefaste Formulierung dieser Strafvorschrift können bereits viele (teilweise auch nur vorbereitende) Fälle und Handlungen erfasst und sanktioniert werden.¹⁸ Diese weite Fassung der Strafvorschrift stößt insbesondere in der Literatur vielfach auf Kritik¹⁹, denn bereits die Einleitung eines entsprechenden Ermittlungsverfahrens eröffnet den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit, auf weitreichende strafprozessuale Zwangsmaßnahmen zurückzugreifen: Nach § 100a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 lit. d) StPO wäre im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens die Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung je nach Einzelfall statthaft, weiterhin könnten die Instrumente der Onlinedurchsuchung gem. § 100b Abs. 1, 2 S. 1 lit. c) StPO, der akustischen Wohnraumüberwachung gem. § 100c Abs. 1 StPO sowie der Verkehrsdatenüberwachung nach § 100g Abs. 2 S. 1 lit. c) StPO Anwendung

¹⁷ *Schäfer/Anstötz* in MüKO-StGB, § 129 Rn. 1, 2.

¹⁸ *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS-online 7-8/2021, 435, 441.

¹⁹ *Kuhli* in *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129 Rn. 4; m.w.N. § 129a Rn. 6.

finden. Zudem wäre – soweit Anklage erhoben bzw. ein Haftbefehl gegen den Beschuldigten erlassen wird – eine Vermögensbeschlagnahme iSd. § 443 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO statthaft. Neben erheblichen strafprozessualen Risiken und Maßnahmen würde eine spätere Verurteilung des Lösegeldzahlenden auf wirtschaftlicher Ebene – sofern dieser als Unternehmer am öffentlichen Wirtschaftsleben beteiligt ist – gar dazu führen, dass der Lösegeldzahlende bzw. dessen Unternehmen gem. § 42 Abs. 1 VgV iVm. § 123 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 GwB zwingend von öffentlich-rechtlichen Vergabeverfahren auszuschließen ist.²⁰ Es ist somit insbesondere aufgrund der vorgenannten weitreichenden Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden mehr als fraglich, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch gewahrt ist, wenn im Falle einer Lösegeldzahlung gegen den Zahlenden nach § 129 Abs. 1 S. 2 StGB vorgegangen wird.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Tatbestandlich setzt § 129 Abs. 1 S. 2 StGB das vorsätzliche Unterstützen einer kriminellen Vereinigung voraus.

a) Kriminelle Vereinigung

Es müsste somit zunächst eine kriminelle Vereinigung als Begünstigte der Lösegeldzahlung vorliegen, derer der Lösegeldzahlende nicht als Mitglied angehört.

Waren die Voraussetzungen über das Vorliegen einer Vereinigung iSd. § 129 Abs. 1 S. 2 StGB bis 2017 in Rechtsprechung und Literatur noch umstritten, so sorgt die durch das 54. StrÄndG vom 17.07.2017 als § 129 Abs. 2 StGB eingefügte Legaldefinition²¹ nunmehr für Klarheit über die tatbestandlichen Voraussetzungen: Hiernach ist unter einer Vereinigung „ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“ zu verstehen. Dieser Vereinigungsbegriff ist somit durch ein zeitliches, ein organisatorisches, ein personelles sowie ein voluntatives Element geprägt.²² Während sich hinsichtlich der Anforderungen an das personelle und zeitliche Element des früheren, rechtsprechungsgeprägten Vereinigungsbegriffs keine Änderungen ergeben haben,²³ so sind

²⁰ *Opitz* in Burgi/Dreher/Opitz, BK-VergR, § 123 GWB Rn. 21.

²¹ BGBl. I, S. 2440: Die Einfügung der Legaldefinition diente der Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses 2008/841/JI.

²² *Gazeas* in Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwKO StGB, § 129 Rn. 12.

²³ *Schäfer/Anstötz* in MüKO StGB, § 129 Rn. 14a.

tiefgreifende Änderungen bzgl. der Anforderungen an das organisatorische und das voluntative Element feststellbar: Auf organisatorischer Ebene wird nunmehr lediglich ein von „[...] der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss [...]“ erfordert, sodass der Vereinigungsbegriff nun deutlich mehr Organisationsformen umfasst. Waren vormals ausschließlich Organisationen umfasst, die durch eine klare Aufgabenverteilung, durch Gruppenregeln und somit durch eine feste Struktur gekennzeichnet waren, so werden nunmehr auch Gruppierungen als tatbestandlich relevante Vereinigung erfasst, die über eine grundlegende Organisationsstruktur verfügbar und lediglich in ihren Grundzügen koordiniert werden.²⁴ Hinsichtlich des voluntativen Elements hat sich der Gesetzgeber im reformierten Vereinigungsbegriff nunmehr vom Merkmal der Verfolgung eines „übergeordneten Gesamtwillens“ verabschiedet.²⁵ Verlangt wird somit lediglich die Verfolgung eines gemeinsamen Interesses, welches in der Verfolgung von politischen, ideologischen, religiösen oder rein wirtschaftlichen Zielen aufgrund dahingehend geteilter Überzeugungen liegen kann.²⁶

Problematisch ist vorliegend jedoch, dass die Täterstrukturen im Bereich Cybercrime nicht vollständig ausermittelt sind. Zwar hob das Bundeskriminalamt auch im aktuellen Bundeslagebericht Cybercrime 2021 hervor, dass eine Entwicklung vom Einzeltäter (sog. „Script-Kiddies“) hin zur hochprofessionellen, möglicherweise gar arbeitsteilig agierenden Ransomware-Gang²⁷ erkennbar sei, jedoch ist es nach wie vor nicht ausgeschlossen, dass im konkreten Einzelfall ein einzelner Täter handelt. Auch gilt hinsichtlich des zeitlichen Elements des Vereinigungsbegriffes, dass ein Zusammenschluss zwecks einer einmaligen Tatbegehung den Anforderungen an eine Vereinigung nicht genügt.²⁸ Dies erscheint insbesondere im Falle des arbeitsteiligen Zusammenwirkens problematisch, denn hier sind je nach Angriffsziel unterschiedliche Fachkenntnisse erforderlich, die einen regelmäßigen Wechsel der Beteiligten auf Täterseite erfordern. Es muss mithin prozessual sicher nachweisbar eine Vereinigung im o.g. Sinne vorliegen. Mangelt es an einer solchen Vereinigung oder kann eine solche nicht sicher nachgewiesen werden, so ist eine Strafbarkeit zu verneinen.

²⁴ Selzer, KriPoZ 04/2018, 224.

²⁵ Sinn/Iden/Pörtner, ZIS-online 7-8/2021, 435, 443.

²⁶ Gazeas in Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwKO StGB, § 129 Rn. 18; Schäfer/Anstötz in MüKO StGB, § 129 Rn. 22.

²⁷ Bei diesen arbeitsteilig agierenden Ransomware-Gruppierungen handelt es sich aus kriminologischer Sicht um den Phänomenbereich des sog. „Cybercrime-as-a-Service“, kurz CaaS, s. hierzu Manske, Kriminalistik 2020, 235.

²⁸ Gazeas in Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwKO StGB, § 129 Rn. 16.

Kriminell ist die Vereinigung sodann, wenn deren Zweck bzw. Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind. Die Begehung solcher Straftaten muss mithin der verbindlich festgelegte Zweck sein, zu dessen Erreichen sich die Mitglieder verpflichtet haben.²⁹ Im Falle eines Ransomware-Angriffes werden seitens der Angreifer zunächst regelmäßig durch das Eindringen in und das Verschlüsseln der Dateien und Datensysteme die Tatbestände der Datenveränderung und Computersabotage, strafbar gem. §§ 30aa Abs. 1, 303b Abs. 1 Nr. 1, 3 StGB, verwirklicht. In Betracht kommt zudem, je nach Einzelfall, die Verwirklichung des Regelbeispiels aus § 303b Abs. 2 StGB, nämlich dann, wenn die Datenverarbeitung für den Betroffenen von wesentlicher Bedeutung ist.³⁰ Hieran anknüpfend wird sodann regelmäßig durch Forderung des Lösegeldes zur Freigabe der verschlüsselten Datensysteme der Straftatbestand der (zumindest versuchten) Erpressung, strafbar gem. § 253 Abs. 1 (, 3) StGB, verwirklicht.³¹ Für den Fall einer Veröffentlichung erlangter Daten im Rahmen der sog. „Double Extortion“ kommt eine Strafbarkeit gem. § 202d Abs. 1 Var.1 StGB in Betracht.³² Vorgenannte Straftaten sind im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von drei bzw. fünf Jahren bedroht, sodass in aller Regel die in § 129 Abs. 1 S. 1 StGB geforderte Erheblichkeitsschwelle überschritten wird. Zu beachten ist indes, dass ein bloßes Vorbehalten der Begehung von nicht näher definierten Straftaten nicht ausreichend ist³³, sodass insgesamt eine hinreichende Konkretisierung auf die Begehung vorgenannter Straftaten erforderlich ist.

b) Tathandlung: Unterstützen

Weiterhin ist eine Unterstützungshandlung erforderlich. Eine taugliche Unterstützungshandlung liegt vor, wenn der Lösegeldzahlende als Nichtmitglied der kriminellen Vereinigung den Fortbestand oder die Verwirklichung der Ziele der Vereinigung fördert.³⁴ Hiervon umfasst sind somit alle der kriminellen Vereinigung objektiv nützlichen Handlungen³⁵, während der vom Unterstützungstäter beabsichtigte Erfolg nicht eintreten muss.³⁶ Im Falle einer Lösegeldzahlung an die

²⁹ *Schäfer/Anstötz* in MüKO-StGB, § 129 Rn. 48.

³⁰ Kriterien, nach denen sich die Bestimmung der Wesentlichkeit der Datenverarbeitung richten kann, finden sich in § 303b Abs. 4 StGB.

³¹ *Eisele* in Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Hdb. StrafR (Bd. 6), Rn. 142.

³² *Gercke*, ZUM 2021, 921, 930.

³³ *Schäfer/Anstötz* in MüKO-StGB, § 129 Rn. 49.

³⁴ BGH, NJW 1980, 64, 64.

³⁵ *Fischer*, KO-StGB, § 129 Rn. 40.

³⁶ *Fischer*, KO-StGB, § 129 Rn. 40a.

Ransomware-Angreifer, welche den Angreifern erwünscht und objektiv nützlich ist, ist eine Unterstützungshandlung somit regelmäßig gegeben.

c) **Kein Ausschluss nach Absatz 3**

Weiterhin darf kein Tatbestandsausschluss nach § 129 Abs. 3 StGB einschlägig sein. Ein solcher Ausschluss wird im Regelfalle eines Ransomware-Angriffes nicht einschlägig sein, insbesondere greift der Tatbestandsausschluss aus § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB üblicherweise nicht, denn die Begehung von Straftaten ist regelmäßig der einzig verfolgte Zweck der Vereinigung und somit selbstredend nicht von untergeordneter Relevanz. Dennoch gilt es, den jeweiligen Einzelfall genau zu betrachten.

d) **Subjektiver Tatbestand: Vorsatz**

Auf subjektiver Tatbestandsebene setzt eine Strafbarkeit gem. § 129 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorsätzliches Handeln iSd. § 15 StGB voraus, wobei jedoch das Vorliegen von dolus eventualis genügt. Vorsatz meint hierbei den Willen zur Verwirklichung des Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Tatumstände. Der Lösegeldzahlende muss somit den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs ernsthaft für möglich halten und diesen zumindest billigend in Kauf nehmen.

Regelmäßig wird ein durchschnittlich informierter Betroffener im Falle eines Ransomware-Angriffes, bedingt durch die steigende mediale Berichterstattung über Bedrohungen im digitalen Raum, es für möglich halten, dass seine Zahlung an eine kriminelle Vereinigung fließen wird und er somit eine kriminelle Vereinigung unterstützt. Durch die Zahlung des Lösegeldes in der Hoffnung, dass die Daten und Dateisysteme wieder freigegeben werden, nimmt der Betroffene den Erfolgseintritt überdies zumindest billigend in Kauf, auch wenn ihm dieser nicht erwünscht ist. Eine Unterstützungsabsicht oder ein sicheres Wissen über den Empfänger der Zahlung ist ausdrücklich nicht erforderlich, sodass der subjektive Tatbestand in aller Regel verwirklicht wird, wenngleich jeweils der konkrete Einzelfall zu betrachten ist.

e) Ergebnis Tatbestandsmäßigkeit

In den üblichen Fallkonstellationen einer Lösegeldzahlung im Rahmen eines Ransomware-Angriffes erfüllt der Betroffene mit der Zahlung des Lösegeldes regelmäßig den Tatbestand des § 129 Abs. 1 S. 2 StGB.

2. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist somit, ob die Handlung gerechtfertigt werden kann. Dies ist der Fall, wenn dem Zahlenden ein Rechtfertigungsgrund zur Verfügung steht. In Betracht kommt eine Rechtfertigung der Tat wegen eines rechtfertigenden Notstandes gem. § 34 StGB.

Im Fall eines Ransomware-Angriffes wird der Betroffene des Angriffes dazu genötigt, eine Zahlung an den Angreifer zu leisten, welche als unterstützende Handlung den Tatbestand des § 129 Abs. 1 S. 2 StGB erfüllt. Die Notstandsfrage beruht somit auf der Nötigung durch einen Dritten, durch die der Betroffene dazu veranlasst wird, in die Allgemeinrechtsgüter der öffentlichen Sicherheit und der staatlichen Ordnung einzugreifen. Mithin liegt ein Nötigungsnotstand³⁷ vor. Fraglich und streitig ist, wie dieser in Fällen einer Ransomware-Erpressung rechtlich zu bewerten ist.

Nach einer Ansicht scheidet vorliegend eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB aus, es könne allenfalls eine Entschuldigung gem. § 35 StGB einschlägig sein. Die Vertreter dieser Ansicht führen an, dass der Notstandstäter bewusst auf die Seite des Unrechts trete und somit zum Werkzeug eines rechtswidrig handelnden Dritten werde. Als solches habe der Notstandstäter keine Solidarität durch die Rechtsgemeinschaft zu erwarten, mithin trete diese hinter dem Rechtsbewährungsinteresse der Allgemeinheit zurück.³⁸ Zudem wird angeführt, dass dem unbeteiligten Dritten bei pauschaler Billigung eines Notstandsrechts aus § 34 StGB das eigene Notwehrrecht genommen würde, denn die Tat des Notstandstäters wäre bereits nicht rechtswidrig. Problematisch ist vorliegend jedoch, dass § 35 StGB bei Zahlung eines Lösegeldes mangels Notstandsfähigkeit des Rechtsguts Eigentum in aller Regel nicht

³⁷ *Kühl* in Lackner/Kühl, StGB, § 34 Rn. 2.

³⁸ *Perron* in Schönke/Schröder, StGB, § 34 Rn.41b.

einschlägig sein wird,³⁹ denn von der Vorschrift geschützt werden ausschließlich die Rechtsgüter Leib, Leben und Freiheit in Form der Fortbewegungsfreiheit. Schlussendlich wären nach dieser Ansicht in den üblichen Ransomware-Fällen sowohl eine Rechtfertigung der Zahlung als auch eine Entschuldigung der Zahlung ausgeschlossen.

Nach anderer Ansicht wird vertreten, dass der Notstandstäter bei Vorliegen aller weiteren Voraussetzungen nach § 34 StGB gerechtfertigt sein könne. Hierzu wird angeführt, dass auch der Notstandstäter aufgrund des Vorliegens einer Gefahrensituation die Solidarität der Rechtsgemeinschaft verdiene, wenn dies zum Schutz überwiegender Interessen erforderlich sei. Das Vertrauen in die Rechtsordnung werde hierdurch nicht tangiert, sondern stelle einen Ausfluss der allgemeinen Solidaritätsverpflichtung eines jeden Bürgers dar.⁴⁰ Zudem enthalte § 34 StGB keine Beschränkung hinsichtlich der Gefahrenquelle, sodass der Rechtfertigungsgrund nicht über seinen Wortlaut hinaus eingeschränkt werden dürfe, Art. 103 Abs. 2 GG.⁴¹ Maßgeblich für die Bewertung, ob die Tat nach § 34 StGB gerechtfertigt werden kann, sei somit die Interessenabwägung.

Ein pauschaler Ausschluss der Möglichkeit einer Rechtfertigung der Tat erscheint bei einer Lösegeldzahlung im Rahmen eines Ransom-Angriffes nicht sachgerecht, denn dies würde dazu führen, dass die Tat allenfalls über § 35 StGB entschuldigt werden kann. Mangels Notstandsfähigkeit des verletzten Rechtsguts Eigentum wäre jedoch regelmäßig auch eine Entschuldigung der Tat unmöglich. Eine Versagung des Notwehrrechts unbeteiligter Dritter in Fällen, in denen die Zahlung nach § 34 StGB gerechtfertigt wäre, kann – wie von den Vertretern erstgenannter Ansicht herangezogen – in Fällen einer Ransomware-Erpressung indes nicht als Argumentationsgrundlage dienen, denn betroffen wären vorliegend

³⁹ In bestimmten Sonderfällen eines Ransomware-Angriffes wäre eine Entschuldigung der Zahlung durch § 35 StGB indes möglich, genannt seien an dieser Stelle Fälle, in denen es zu einer akuten Gefährdung von Menschenleben durch Verschlüsselung medizinischer, möglicherweise lebenserhaltender Infrastruktur kommt. Ein solcher Angriff lag im Jahr 2020 am Universitätsklinikum Düsseldorf vor (s. hierzu Heise, UK Düsseldorf: Ermittlungen nach Tod einer Frau, Beitrag v. 17.09.2020). Das von der zuständigen Staatsanwaltschaft eingeleitete Todesermittlungsverfahren wegen des Verdachts der fahrlässigen Tötung gg. Unbekannt wurde inzwischen eingestellt.

⁴⁰ *Engländer* in Matt/Renzikowski, StGB, § 34 Rn. 41; *Erb* in MüKO StGB (1), § 34 Rn. 194; *Hauck* in Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwKO StGB, § 35 Rn. 4; *Momsen/Savic* in BeckOK StGB, § 34 Rn.17.

⁴¹ *Schmitz* in MüKO StGB (1), § 1 Rn. 16, 18.

Allgemeinrechtsgüter, gegenüber denen ein Notwehrrecht gar nicht besteht⁴², nicht hingegen Individualrechtsgüter.

Vorzugswürdig erscheint in Fällen einer Ransomware-Erpressung mithin letztgenannte Ansicht, nach der eine Lösegeldzahlung unter gewissen Voraussetzungen gem. § 34 StGB gerechtfertigt sein kann. Dies folgt insbesondere aus dem Umstand, dass § 34 StGB aufgrund seiner offenen Definition der Notstandslage hinsichtlich des eingeschlossenen Personenkreises sowie der geschützten Rechtsgüter deutlich weiter gefasst ist als § 35 StGB. Maßgebliches Kriterium im Rahmen der rechtlichen Bewertung ist folglich die Interessenabwägung und somit die Frage, ob das schützenswerte Interesse des Zahlenden unter Berücksichtigung des Handelns mit Unrechtsgehalt die Interessen der Allgemeinheit deutlich überwiegt. In vorliegenden Fallkonstellationen hat mithin eine Abwägung der Rechtsgüter der Allgemeinheit in Form der öffentlichen Sicherheit und der staatlichen Ordnung mit den Rechtsgütern des Betroffenen in Form des Eigentums an dessen Daten und Datensystemen zu erfolgen, wobei der jeweilige Einzelfall maßgeblich ist: Bei einer Ransomware-Erpressung einer Verwaltungsbehörde bzw. eines Gerichts treten zu dem geschützten Interesse des vorab genannten Eigentums auch die ebenfalls geschützten Interessen an der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung bzw. Justiz / Rechtspflege hinzu, was die Interessenabwägung zugunsten der Lösegeldzahlenden beeinflussen könnte. Weiterhin muss die Höhe des geforderten Lösegeldes in die Interessenabwägung miteinbezogen werden. Während bei einer vergleichsweise geringen Lösegeldforderung eher angenommen werden kann, dass das Eigentumsinteresse des Betroffenen den Interessen der Allgemeinheit vorgeht, so wird diese Annahme mit steigender Höhe der Lösegeldforderung umso schwieriger zu halten sein. Angesichts der derzeit geforderten Lösegelder, die in ihrer Höhe stets ansteigen,⁴³ wird dieser Umstand zunehmend problematischer.

Insgesamt ist somit nach hier vertretener Ansicht eine Rechtfertigung der Lösegeldzahlung nach § 34 StGB grundsätzlich möglich, wenngleich hohe Anforderungen an sie gestellt werden. Ob eine Lösegeldzahlung gerechtfertigt werden kann, ist einzelfallabhängig und lässt sich mithin nicht pauschal beurteilen.

⁴² *Momsen/Savic* in BeckOK StGB, § 32 Rn. 20.

⁴³ *BKA*, BLB Cybercrime 2021, S. 2.

3. Schuld

Ferner dürften dem Lösegeldzahlenden keine Entschuldigungsgründe zur Verfügung stehen.

Wie vorab beschrieben scheidet eine Entschuldigung der Lösegeldzahlung gem. § 35 StGB aus, denn ein einschlägiger Nötigungsnotstand richtet sich im Falle einer Ransomware-Erpressung nach hier vertretener Ansicht nach § 34 StGB. Mithin stehen keine Entschuldigungsgründe zur Verfügung.

4. Persönliche Strafaufhebungsgründe

Zuletzt dürften dem Lösegeldzahlenden keine persönlichen Strafmilderungs- bzw. Strafaufhebungsgründe zur Verfügung stehen.

a) Mitläuferklausel, § 129 Abs. 6 StGB

In Betracht kommt hierbei zunächst ein fakultatives Absehen von Strafe gemäß der sog. Mitläuferklausel, § 129 Abs. 6 StGB. Voraussetzung hierfür ist kumulativ, dass die Schuld des Lösegeldzahlenden als gering anzusehen ist und die Tathandlung in Form des Unterstützens eine untergeordnete Rolle für die Gesamtgefährlichkeit der kriminellen Vereinigung darstellt.⁴⁴ Im Falle einer Lösegeldzahlung im Rahmen einer Ransomware-Erpressung besteht hinsichtlich der Zahlung eine Zwangslage für den Betroffenen, sodass dessen Schuld regelmäßig als gering iSd. § 129 Abs. 6 StGB anzusehen sein wird. Auch hat die Zahlung eines Vermögenswertes einen allenfalls unbedeutenden Einfluss auf die Gesamtgefährlichkeit der Vereinigung, sodass die Voraussetzungen der Mitläuferklausel regelmäßig gegeben sind. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass lediglich die Rechtsfolge auf den Schuldspruch beschränkt wird und insbesondere eine Kostentragungspflicht des Angeklagten gem. § 465 Abs. 1 S. 1 StPO bestehen bleibt.⁴⁵ Ebenfalls wird durch die Mitläuferklausel ein Absehen von der Verfolgung gem. § 153b StPO ermöglicht.⁴⁶

⁴⁴ Fischer, KO-StGB, § 129 Rn. 61.

⁴⁵ Stein/Greco in Wolter, SK-StGB, § 129 Rn. 62.

⁴⁶ Beukelmann in Graf, BeckOK StPO, § 153b Rn. 1, 1.1.

b) Tätige Reue, § 129 Abs. 7 Nr. 2 StGB

In Betracht kommt weiterhin die Anwendung der Tätige-Reue-Klausel gem. § 129 Abs. 7 Nr. 2 StGB mit der Folge einer fakultativen Strafmilderung gem. § 49 Abs. 2 StGB. Dies setzt voraus, dass durch Offenbarung des Wissens des Lösegeldzahlenden gegenüber den Strafverfolgungsbehörden bereits geplante und diesem bekannte Straftaten verhindert werden können. Im Falle einer Ransomware-Erpressung wäre dies möglich im Rahmen einer Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden dergestalt, dass die Behörden frühzeitig in die Ermittlungen eingebunden werden und der Betroffene den Behörden sämtliche Dateien, beispielsweise in Form eines forensischen Snapshots des betroffenen PCs / Servers oder einer Kopie der kompromittierten E-Mail oder Webseite, weiterleitet, sodass hierüber gegebenenfalls die kompromittierte Webseite oder aber die E-Mail-Server des Angreifers abgeschaltet bzw. gestört werden können, sodass eine Weiterverbreitung der Schadsoftware nicht mehr erfolgen kann. In der Praxis wird es jedoch aufgrund vieler einander tangierender Zuständigkeiten sowie der steigenden technischen Komplexität regelmäßig Schwierigkeiten bereiten, den konkret kompromittierten Server ausfindig zu machen und die Weiterverbreitung der Schadsoftware zu verhindern, sodass die Tätige-Reue-Klausel nach § 129 Abs. 7 Nr. 2 StGB von eher untergeordneter Relevanz ist.

5. Anwendbarkeit auf internationale Fälle

Immer häufiger werden Ransomware-Angriffe durch international agierende Ransomware-Gangs, die nicht auf deutschem Hoheitsgebiet beheimatet sind, verübt. Auch in diesem Fall kann sich derjenige, der ein Lösegeld an eine solche ausländische kriminelle Vereinigung zahlt, gem. § 129b Abs. 1 iVm. § 129 Abs. 1 S. 2 StGB strafbar machen.^{47,48}

6. Ergebnis zu § 129 Abs. 1 S. 2 StGB

Bei Zahlung eines Lösegeldes im Rahmen eines Ransomware-Angriffes kommt eine Strafbarkeit gem. § 129 Abs. 1 S. 2 StGB wegen Unterstützung einer

⁴⁷ *Altwater*, NStZ 2003, 179, 181; BeckOK StGB, § 129b Rn. 6, 7.

⁴⁸ § 129b Abs. 1 StGB regelt – neben §§ 3ff. StGB – die Anwendbarkeit deutschen Rechts auf Auslandstaten. Eine ausführlichere Erörterung hierzu findet sich in *Salomon*, MMR 2016, 575, 578.

kriminellen Vereinigung grundsätzlich in Betracht. Insbesondere aufgrund der weitreichenden Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden bei Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ist die Anwendbarkeit der Norm auf Lösegeldzahlungen in derartigen Fällen zu kritisieren, allerdings bieten sich regelmäßig zahlreiche Ausstiegstellen für die Strafverteidigung, um eine Strafbarkeit des Lösegeldzahlenden letztlich zu vermeiden. Zusammenfassend erscheint eine Sanktionierung des Lösegeldzahlenden nicht sachgerecht, denn über die Bußgeld- und Schadensersatzvorschriften der Art. 82 Abs. 1, 83 Abs. 4 lit. a), Abs. 5 lit. a) DSGVO bestehen bereits außerhalb des Strafrechts ausreichende Sanktionierungsmöglichkeiten bezüglich einer mangelhaften Absicherung von IT-Systemen.

II. Strafbarkeit wegen Terrorismusfinanzierung gem. § 89c Abs. 1 Nr. 3

StGB

Durch die Zahlung eines Lösegeldes könnte sich der Zahlende weiterhin wegen Terrorismusfinanzierung gem. § 89c Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen des Bereitstellens von Vermögenswerten zur Begehung einer der dort genannten Straftaten strafbar machen.

Ziel des Gesetzgebers war es bei Einführung der aktuellen Gesetzesfassung ausweislich der Gesetzesbegründung, den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Terrorismusfinanzierung auszuweiten, sodass nunmehr sämtliche Formen der Finanzierung terroristischer Vereinigungen strafbewehrt sind. Hierdurch wird beabsichtigt, terroristischen Organisationen unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Organisationen wie dem sog. „Islamischen Staat“ bzw. der Terrororganisation „Al-Qaida“, die für den Terroranschlag vom 11.09.2001 auf das World Trade Center in den Vereinigten Staaten verantwortlich ist, die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit zu nehmen.⁴⁹

Hinsichtlich Telos und Wortlaut der Norm erscheint es fraglich, ob eine Strafbarkeit wegen Terrorismusfinanzierung bei Zahlung eines Lösegeldes im Rahmen eines Ransomware-Angriffs einschlägig sein kann. Dem Telos der Norm nach dient der Straftatbestand der Terrorismusfinanzierung dazu, Terrororganisationen die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit zu nehmen. Zwar wird in § 89c Abs. 1 Nr. 3

⁴⁹ BT-Drs. 18/4087, S. 7, 8, 11f.

StGB ausdrücklich die Straftat der Computersabotage iSd. § 303b StGB aufgeführt, die im Regelfall im Rahmen einer Verschlüsselung von Datensystemen und somit im Falle eines Ransomware-Angriffs täterseitig erfüllt wird. Allerdings fällt die Straftat der Computersabotage in den Bereich der mittleren Kriminalität, wohingegen terroristische Straftaten in den Bereich der staatsgefährdenden Schwerstkriminalität fallen, sodass eine Identität der Qualität der Straftaten nicht gegeben ist. Insoweit bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, zuvorderst an der Bestimmtheit der Vorschrift iSd. Art. 103 Abs. 2 GG sowie an der Verhältnismäßigkeit, ob eine Zahlung eines Lösegeldes bei einem Ransomware-Angriff, die an eine möglicherweise terroristische Vereinigung geleistet wird, dem Tatbestand der Terrorismusfinanzierung unterfallen kann. Es ist ernstlich zu bezweifeln, ob sich der Gesetzgeber im Rahmen der zuletzt erfolgten Anpassung der Norm dieses Spannungsverhältnisses bewusst gewesen ist.

Weiterhin würde eine Zahlung des Lösegeldes mit dem Ziel, die Freigabe der verschlüsselten Daten und Dateisystemen zu erreichen bzw. um die Veröffentlichung der Dateien durch die Angreifer zu unterbinden, erfolgen. Im Falle eines Ransomware-Angriffes wäre es mithin nicht Ziel des Zahlenden, die Begehung weiterer Straftaten gem. § 303b StGB zu finanzieren bzw. allgemein zu fördern. Weiterhin fehlt dem Zahlenden im Regelfalle eines Ransomware-Angriffes ein Einblick in die Struktur der Organisation und somit das Wissen über die weitere Verwendung des Lösegeldes.

Somit stehen der Telos und der Wortlaut der Norm, wobei letzterer insbesondere auf subjektiver Tatbestandsebene das sichere Wissen bzw. die Absicht des Zahlenden verlangt, dass die bereitgestellten Vermögenswerte zur Begehung weiterer, in den Nummern 1 bis 8 näher bezeichneten Straftaten, eingesetzt wird, einer Strafbarkeit des Lösegeldzahlenden gem. § 89c Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen Terrorismusfinanzierung entgegen. Obgleich der geäußerten erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Anwendbarkeit der Strafnorm auf die Fälle einer Lösegeldzahlung scheidet eine Strafbarkeit wegen Terrorismusfinanzierung im Fall der Zahlung eines Lösegeldes bei einem Ransomware-Angriff mithin regelmäßig spätestens auf subjektiver Tatbestandsebene aus.

III. Strafbarkeit wegen Verstoßes gegen ein Bereitstellungsverbot gem. § 18

Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG

Durch Zahlung des Lösegeldes könnte sich der Betroffene weiterhin wegen eines Verstoßes gegen ein Bereitstellungsverbot, strafbar gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG, strafbar machen. Dies setzt voraus, dass der Lösegeldzahlende den Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht.

1. Tatbestand

Tatbestandlich setzt eine Strafbarkeit gem. § 18 Abs. 1 AWG das vorsätzliche Bereitstellen von Vermögenswerten an von mit staatlichen Sanktionsmaßnahmen belegte Personen oder Organisationen⁵⁰ voraus.

a) Tathandlung: Bereitstellung

Die Zahlung des Lösegeldes müsste somit zunächst ein tatbestandlich relevantes Bereitstellen von Vermögenswerten darstellen. Die Tatmodalität des Bereitstellens ist im Außenwirtschaftsgesetz nicht definiert.⁵¹ Man versteht hierunter jedes Zur-Verfügung-Stellen von Geldern oder wirtschaftlichen Ressourcen⁵², das Tatbestandsmerkmal ist mithin weit⁵³ gefasst. Durch Zahlung des Lösegeldes stellt der Zahlende den Ransomware-Erpressern unmittelbar Gelder zur Verfügung. Ergo liegt mit der Zahlung des Lösegeldes grds. ein Bereitstellen von Vermögenswerten vor. Diese Bereitstellung muss dem Lösegeldzahlenden jedoch im Strafverfahren sicher und zweifelsfrei nachgewiesen werden können. Probleme können sich an dieser Stelle in der Praxis aus einer Lösegeldzahlung über Kryptowährungen ergeben. Lässt sich dem Betroffenen die Lösegeldzahlung somit prozessual nicht nachweisen, steht dies einer Verurteilung entgegen.

⁵⁰ *Wagner* in MüKO StGB, § 18 AWG Rn. 33.

⁵¹ *Nestler* in Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, WiStR, § 18 AWG Rn. 13.

⁵² Rückert, GwuR 03/2021, 103, 104; *Wagner* in MüKO StGB, § 18 AWG Rn. 32.

⁵³ Stark kritisiert wird die weite Fassung des Tatbestandsmerkmals von *Hoffmann* in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, HdB-WiStStR, § 18 AWG Rn. 79 als „einen bis an die Konturlosigkeit heranreichenden Anwendungsbereich“. Diese Kritik verdient Zuspuch.

b) Verstoß gegen EU-Rechtsakt

Die Vermögenswerte müssten einer Person oder Organisation, die kraft eines EU-Rechtsakts mit einer wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahme belegt ist, bereitgestellt werden.

Unter einem EU-Rechtsakt ist hierbei jede EU-Verordnung, die Finanztransaktionen an bestimmte Länder, Organisationen oder Einzelpersonen zur Durchsetzung beschlossener Sanktionen untersagt, zu verstehen.⁵⁴ Ransomware-Angriffe gehen vielfach auf ausländische Tätergruppierungen zurück.⁵⁵ Es ist somit im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob der Zahlungsempfänger mit einer wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahme der EU belegt ist. Von besonderer Relevanz sind hierbei die Zahlungsverbote, mithin EU-Rechtsakte, gegen Nordkorea, gegen den Iran, gegen Russland sowie gegen bekannte Cyberkriminelle.⁵⁶

c) Vorsatz

Auf subjektiver Tatbestandsebene wird zumindest bedingt vorsätzliches Handeln gefordert.⁵⁷ Dies setzt voraus, dass der Lösegeldzahlende den Erfolgseintritt in Form der Bereitstellung von Vermögenswerten an Personen, Länder oder Organisationen, die mit einer wirtschaftlichen Sanktionsmaßnahme der EU belegt sind, ernstlich für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt.

Aufgrund des Umstandes, dass die Täterstrukturen bei Cyberstraftaten nicht vollständig ausermittelt sind, kann die Identität der Lösegeldfordernden im Einzelfall unklar sein. Insoweit kommt ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum iSd. § 16 Abs. 1 StGB, der mangels Fahrlässigkeitsstrafbarkeit eine Strafbarkeit nach dem Außenwirtschaftsgesetz entfallen ließe, in Betracht. Ein solcher vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum ist indes in Fällen, in denen über Fachmedien hinaus in allgemein zugänglichen Print- und Onlinemedien über konkrete Cyberangriffe einer konkreten Gruppierung nach einem konkreten Muster berichtet wird, ausgeschlossen. Ergo ist im Einzelfall zu ermitteln, ob dem

⁵⁴ *Stein/von Rummel* in Rüsken, ZOLLR, § 18 AWG Rn. 6, 8.

⁵⁵ *BKA*, BLB Cybercrime 2021, S. 32f.

⁵⁶ S. für Nordkorea Art. 21 VO-EU 2017/1509, für den Iran s. Art. 23 Abs. 3 VO-EU 267/2012, für Russland s. Art. 2 Abs. 2 VO-EU 269/2014, für die bekannten Cyberkriminellen s. Art. 3 Abs. 2 VO-EU 2019/796.

⁵⁷ *Wagner* in MüKO StGB, § 18 AWG Rn. 12.

Lösegeldzahlenden die Identität der empfangenden Tätergruppierung bekannt ist oder bekannt sein müsste.

d) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 18 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG kann im konkreten Einzelfall erfüllt sein.

2. Rechtswidrigkeit / Schuld

Der Lösegeldzahlende müsste den Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft verwirklichen. Diesem dürften somit keine Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe zur Verfügung stehen.

Die Zahlung des Lösegeldes kann jedoch im konkret zu beurteilenden Fall nach hier vertretener Ansicht – unter den vorab unter Punkt C. I. genannten Voraussetzungen – im Rahmen des Nötigungsnotstandes nach § 34 StGB gerechtfertigt sein. Eine Entschuldigung der Tat gem. § 35 StGB scheidet indes nach hier vertretener Ansicht aus.

3. Ergebnis zu § 18 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG

Eine Strafbarkeit gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG ist dem Grunde nach möglich. Es bieten sich jedoch bereits auf Tatbestandsebene mehrere Ausstiegstellen für die Strafverteidigung, insbesondere hinsichtlich der Nachweisbarkeit der Zahlung sowie hinsichtlich des Vorsatzes. Ebenso wie im Rahmen der Strafbarkeit wegen Unterstützung einer kriminellen Vereinigung ist nach hier vertretener Ansicht eine Rechtfertigung der Lösegeldzahlung nach § 34 StGB möglich.

IV. Strafbarkeit wegen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Indem der Betroffene eine Lösegeldzahlung tätigt, könnte er sich weiterhin wegen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar machen.

Eine solche Strafbarkeit setzt jedoch auf tatbestandlicher Ebene voraus, dass der Gegenstand, mithin jeder Vermögenswert⁵⁸, welcher dem Dritten verschafft wird, aus einer rechtswidrigen Vortat stammt. Dies wird regelmäßig im Falle einer

⁵⁸ *Ruhmannseder* in BeckOK StGB, § 261 Rn. 9.

Zahlung eines Lösegeldes an den Erpresser zwecks Freigabe der verschlüsselten Daten nicht der Fall sein. Mithin scheidet eine Strafbarkeit des Lösegeldzahlenden wegen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB im Regelfall aus.

V. Strafbarkeit wegen Begünstigung gem. § 257 Abs. 1 StGB

Soweit der Ransomware-Erpresser der deutschen Einkommenssteuerpflicht unterliegt, kommt weiterhin eine Strafbarkeit des Lösegeldzahlenden gem. § 257 Abs. 1 StGB wegen Begünstigung einer Steuerhinterziehung in Betracht, welche nach § 369 Abs. 1 Nr. 4 AO als Steuerstraftat einzustufen ist.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Hierzu müsste dieser zunächst den Tatbestand des § 257 Abs. 1 StGB verwirklichen.

a) Rechtswidrige Vortat eines anderen

Dies setzt zunächst das Vorliegen einer rechtswidrigen Vortat, die durch einen anderen begangen wurde, voraus. In Betracht kommt hierbei eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen, strafbar gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO.

Im Falle eines Ransomware-Angriffes wird der Erpresser die getätigte Lösegeldzahlung aus Sorge vor Strafverfolgung⁵⁹ regelmäßig nicht in seiner Einkommenssteuerklärung als solches deklarieren. Durch dieses pflichtwidrige Unterlassen der Angabe steuerlich erheblicher Tatsachen in Form von gewerblichen Einkünften nach § 15 EstG gegenüber der zuständigen Finanzbehörde macht sich der Erpresser somit – soweit er der inländischen Einkommenssteuerpflicht unterliegt – einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO strafbar.⁶⁰ Unerheblich ist hierbei gem. § 40 AO der Grund der geleisteten Zahlung, mithin die zugrundeliegende Erpressung. Ergo liegt eine rechtswidrige Vortat eines anderen vor.

⁵⁹ § 116 AO statuiert eine Mitteilungspflicht der Ermittlungsbehörden an das Bundeszentralamt für Steuern bzw. die zuständige Finanzbehörde, soweit ein Anfangsverdacht hinsichtlich der Begehung einer Steuerstraftat vorliegt.

⁶⁰ *Trinks*, NStZ 2016, 263, 264.

b) Durch die Vortat erlangter, noch vorhandener Vorteil

Weiterhin muss der Vortäter unmittelbar aus der Tat einen Vorteil materieller Art erlangt haben, der zum Zeitpunkt der Begünstigungshandlung noch vorhanden ist. Unter einem Vorteil ist hierbei jede Verbesserung der rechtlichen, wirtschaftlichen oder tatsächlichen Situation des Vortäters zu verstehen, welche unmittelbar aus der Vortat resultiert.⁶¹ Der Vorteil einer Steuerhinterziehung ist aufgrund der zu niedrigen Steuerfestsetzung durch die sachbearbeitende Finanzbehörde in einer Ersparnis von Abgaben zu sehen.⁶² Diese Ersparnis von Steuerzahlungen stellt mithin einen wirtschaftlichen Vorteil dar. Allerdings ist dieser Vorteil zum Zeitpunkt der Begünstigungshandlung, somit bei Zahlung des Lösegeldes, noch nicht vorhanden, denn die zu entrichtenden Steuern werden erst nach Abgabe der Einkommenssteuererklärung festgesetzt. Ein durch die Vortat erlangter Vorteil ist mithin noch nicht vorhanden.

2. Zwischenergebnis

Der Tatbestand der Begünstigung ist nicht erfüllt. Eine Strafbarkeit gem. § 257 Abs. 1 StGB scheidet vorliegend aus.

VI. Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung gem. §§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO, 27 StGB

Zuletzt könnte sich der Betroffene durch Zahlung des geforderten Lösegeldes wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Unterlassen, strafbar gem. §§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO, 27 StGB, strafbar machen. Einer näheren Erörterung bedarf zunächst jedoch die Frage, ob eine Beihilfestrafbarkeit zu einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen in vorliegender Fallkonstellation überhaupt möglich ist.

Zahlt der Betroffene eines Ransomware-Angriffes das geforderte Lösegeld, so tut er dies, um die Freigabe der verschlüsselten Dateien und Datensysteme zu erwirken bzw. um eine Veröffentlichung der Daten abzuwenden. Das so erwirkte Lösegeld wird der Erpresser aus vorgenannten Gründen regelmäßig nicht in der später abzugebenden Einkommenssteuererklärung als Einkommen aus gewerblicher Tätigkeit iSd. § 15 EstG deklarieren und begeht so eine Steuerhinterziehung

⁶¹ Mückenberger in Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, WiStR, § 257 StGB, Rn. 10, 13.

⁶² Tsambikakis in Leopold/Tsambikakis/Zöller, AnwKO StGB, § 257 Rn. 11.

durch Unterlassen. Diese vom Erpresser verwirklichte Straftat stellt aus Sicht des Lösegeldzahlenden, der lediglich die Freigabe der vorab verschlüsselten Daten erwirken möchte, eine unbeabsichtigte Nebenfolge, die durch die Zahlung des Lösegeldes ermöglicht wird, dar. Eine Bestrafung des Lösegeldzahlenden erscheint allerdings, da dieser auf das spätere Handeln des Erpressers keinen Einfluss hat, nicht sachgerecht. Für den konkreten Fall einer Lösegeldzahlung im Rahmen eines Ransomware-Angriffes wurde die Frage einer Strafbarkeit des Lösegeldzahlenden wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen – soweit ersichtlich – gerichtlich noch nicht geklärt. In einer dem Grunde nach vergleichbaren Situation, dem Eingehen des Auftraggebers auf ein Angebot des Werkunternehmers, das in Auftrag gegebene Werk „ohne Rechnung“ mit dem Ziel, die Einnahmen aus dem Rechtsgeschäft nicht zu versteuern, zu erstellen, entschied der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs⁶³ dass der Tatvorwurf der Beihilfe zur Steuerhinterziehung - soweit diese nicht das einzige Motiv für den Vertragsabschluss ist - nicht ausschließlich an das Entstehen lassen eines verkürzten Steueranspruches anknüpfen könne und verneinte so eine Strafbarkeit des Auftraggebers wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Unterlassen. Bezieht man diese Entscheidung des BGH auf die vorliegende Fallkonstellation, so ist erkennbar, dass auch bei der Zahlung des Lösegeldes im Rahmen der Ransomware-Erpressung nicht primär bezweckt wird, die Einnahmen aus dem Erpressungsdelikt nicht zu versteuern, sondern eine Freigabe der Daten und Datensysteme erwirkt werden soll. Hinzu tritt, dass die Zahlung des Lösegeldes – entgegen der dem Urteil zugrundeliegenden Sachlage – nicht freiwillig erfolgt, sondern durch den Ransomware-Angriff erzwungen wird. Mithin ist nach hier vertretener Ansicht eine Strafbarkeit des Lösegeldzahlenden wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Unterlassen erst recht zu verneinen.

D. Resumée und Ausblick

Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass bei Zahlung eines Lösegeldes im Falle eines Ransomware-Angriffes im konkreten Einzelfall eine Strafbarkeit des Lösegeldzahlenden gegeben sein kann. Den Verantwortlichen in den Unternehmen sowie denjenigen Privaten, die eigene Datensysteme betreiben, ist somit eindringlich zu empfehlen, sich präventiv möglichst zeitnah und umfassend mit dieser Thematik auseinanderzusetzen. Hierbei gilt es auch, bestehende IT-Sicherheitsmechanismen

⁶³ BGH, Urt. v. 23.06.1992, Az.: 5 StR 75/92.

zu evaluieren sowie Reaktionspläne zu entwerfen und an die aktuelle Situation anzupassen.

Eine Strafbarkeit droht insbesondere wegen der Unterstützung einer kriminellen Vereinigung, strafbar gem. § 129 Abs. 1 S. 2 StGB⁶⁴ sowie wegen eines Verstoßes gegen ein Bereitstellungsverbot, strafbar gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) AWG. Beide Strafbarkeiten haben gemeinsam, dass sich im Rahmen der Strafverteidigung diverse Ausstiegsstellen darbieten, die eine Strafbarkeit im konkreten Einzelfall entfallen lassen können. Allerdings kann bereits die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens durch die zuständigen Strafverfolgungsbehörden aufgrund der Statthaftigkeit umfangreicher strafprozessualer Zwangsmaßnahmen erhebliche Eingriffe in den Geschäftsablauf bzw. das Privatleben bedeuten. Diese Gefahr besteht insbesondere hinsichtlich der Strafbarkeit wegen Unterstützung einer kriminellen Vereinigung, dessen Anwendbarkeit auf Lösegeldzahlungen im Falle einer Ransomware-Erpressung zu kritisieren ist. Betonen die Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden zwar regelmäßig die Relevanz einer vertrauensvollen Kooperation zwischen dem Betroffenen und den Behörden, so lässt sich diese unter dem Gesichtspunkt einer drohenden Strafbarkeit und somit mit einer Kriminalisierung des eigentlichen Opfers kaum realisieren. Erforderlich wäre somit zunächst eine Anpassung des § 129 Abs. 1 S. 2 StGB dergestalt, dass sinnvollerweise eine sog. „Safe-Harbor-Lösung“⁶⁵ in § 129 StGB eingefügt wird, durch die eine Strafbarkeit unter der Voraussetzung, dass die Zahlung des Lösegeldes behördlich begleitet und somit zumindest eine Verfolgung der Ransomware-Erpresser durch die involvierten Strafverfolgungsbehörden ermöglicht wird, auf Tatbestandsebene ausgenommen wird.⁶⁶

⁶⁴ Dass eine Strafbarkeit gem. § 129 Abs. 1 S. 2 StGB grds. möglich, eine Verurteilung jedoch vergleichsweise unwahrscheinlich ist, bestätigen auch die Zahlen der Strafverfolgungsstatistik: Im Jahre 2018 kam es zu lediglich 25 Verurteilungen, welche sich allesamt nicht auf Ransomware-Lösegeldzahlungen beziehen (von Henschel-Heinegg in BeckOK StGB, § 129 Rn. 33).

⁶⁵ Insoweit zustimmend Brodowski und Hartmann, Ransomware-Zahlungen“, WisteV, Düsseldorf 2022.

⁶⁶ Weiterhin denkbar wäre insbesondere eine Verfahrenseinstellung gem. der §§ 153ff. StPO – diese führen allerdings nicht zur Vermeidung der vorab kritisierten Ermittlungsmaßnahmen und hinterlassen wegen der Feststellung einer „geringen Schuld“ zumindest einen ugs. „negativen Beigeschmack“.

Dass eine wie vorab beschriebene Kriminalisierung des eigentlichen Tatopfers nicht sachdienlich erscheint und eine solche die Kooperationsbereitschaft der Betroffenen hemmt, haben inzwischen auch die Strafverfolgungsbehörden erkannt und setzen zunehmend auf niederschwellige Informationsangebote mit teils humorvollen Elementen⁶⁷, um auf die Wichtigkeit strafrechtlicher Ermittlungen hinzuweisen und Vorurteile hinsichtlich der durch Ermittlungsmaßnahmen befürchteter Einschnitte im betrieblichen Umfeld abzubauen.⁶⁸

Abschließend empfiehlt es sich für den Fall, dass ein Ransomware-Angriff bereits erfolgreich durchgeführt wurde, bereits frühzeitig, möglichst ab Kenntnisnahme von dem Cyberangriff, einen auf IT-Straftaten spezialisierten Strafverteidiger zu konsultieren. Dieser kann im Rahmen einer Kooperation mit den Behörden auf eine geräuschlose Abwicklung des Sachverhalts hinwirken und im optimalen Falle die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens vermeiden. Jedenfalls kann dieser, sollte ein Ermittlungsverfahren dennoch eingeleitet werden, über die diversen sich darbietenden Ausstiegstellen im Regelfalle eine Verurteilung des Lösegeldzahlenden verhindern. Präventiv hingegen sollten die Verantwortlichen den Bereich der IT-Sicherheit insgesamt stärker fokussieren, denn auch bei fehlenden technischen oder organisatorischen Sicherheitsmaßnahmen drohen empfindliche Bußgelder gemäß den Vorschriften der DSGVO.⁶⁹ Hierbei sind insbesondere Awareness-Maßnahmen in Form von regelmäßigen Mitarbeiter-Schulungen durchzuführen, weiterhin ist die Implementierung grundlegender Sicherheitsstandards⁷⁰ erforderlich. Vergewenwärtigen sollten sich die Verantwortlichen auch stets die Kosten, die mit einer erfolgreichen Verschlüsselung von Datensystemen einhergehen, denn einschließlich des Reputationsschadens, der Neuanschaffungskosten von Hardware, den Kosten für den Einsatz von spezialisierten IT-Forensikern und den eigenen Personalausfällen übersteigen diese die Kosten der Implementierung grundlegender IT-Sicherheitsmechanismen regelmäßig um ein Vielfaches.

⁶⁷ *Meywirth*, Mithilfe Verfolgung Cybercrime (zuletzt abgerufen am 26.07.2022).

⁶⁸ *BKA*, Handreichung Cyberattacken Unternehmen, S. 2, 3; *Ringwald*, Lagebild der Vorbehalte (zuletzt abgerufen am 27.07.2022).

⁶⁹ Gemeint sind an dieser Stelle die Bußgeldvorschriften aus Art. 83 Abs. 4 lit. a) sowie des Art. 83 Abs. 5 lit. a) DSGVO.

⁷⁰ Eine sinnvolle Orientierungshilfe bieten die BSI-Standards sowie die jeweils konkret relevanten Bausteine des IT-Grundschutzes des BSI, s. hierzu: *BSI*, IT-GrSchK 2022, Bst. CON.3; OPS.1.1.4; OPS.1.1.7; APP.3.3; APP.5.3; SYS.1.6.

Bianca Zentes*

Übungsfall zum Mietvertragsrecht

„Neu ist immer besser?!“

Der aus zwei Teilen bestehende Fall fragt klassische Probleme des Mietvertragsrechts ab. Es handelt sich um eine Zusammenstellung mehrerer Besprechungsfälle sowie einstündiger Klausuraufgaben. Das Niveau ist auf Studentinnen und Studenten im Hauptstudium zugeschnitten; die vorgeschlagene Bearbeitungszeit liegt bei drei Stunden.

Sachverhalt

Millie (M) hat von Verena (V) seit Anfang des Jahres 2018 eine kleine Studentenwohnung in zentraler Lage angemietet. Nach circa fünf Jahren Mietzeit beginnt M die Wohnung als zu klein zu empfinden und beschließt, sich nach etwas größerem umzusehen. Glücklicherweise wird sie schnell fündig und zieht nach ihrer wirksamen Kündigung aus der Innenstadtwohnung aus. Auch V will möglichst schnell neue Mieter finden und inspiziert deshalb noch am Tag des Auszugs die leerstehende Wohnung. Dabei bemerkt sie, dass die Wohnräume Abnutzungsspuren aufweisen. Diese entsprechen zwar noch dem gewöhnlichem Maß nach fünf Jahren Mietzeit, erfordern aber dennoch eine Renovierung, bevor die Wohnung neu vermietet werden kann. V ärgert sich, denn sie hat extra folgende Passage in den Mietvertrag eingefügt:

§ 4. Der Mieter ist verpflichtet, die während des Mietverhältnisses anfallenden Schönheitsreparaturen auf eigene Kosten durchzuführen. Die Schönheitsreparaturen sind fachgerecht und wie folgt auszuführen [...].

Eine andere Klausel im Vertrag legt fest, innerhalb welcher Zeitperioden die Schönheitsreparaturen „im Allgemeinen“ erforderlich sind, beispielsweise in der Küche alle drei Jahre. V hatte online in einem Vermieterforum gelesen, dass solche Klauseln üblich sind. Deshalb hatte sie von dort den „Standardmietvertrag“ heruntergeladen und seitdem für alle ihre (fünf) vermieteten Wohnungen verwendet.

Sofort nach der Besichtigung fordert V die M auf, die Schönheitsreparaturen vorzunehmen. M weigert sich, denn (was zutrifft) die Wohnung sei schon bei

ihrem Einzug im Jahr 2018 keinesfalls frisch renoviert gewesen, sondern habe Abnutzungsspuren aufgewiesen. Deshalb hatte M mit ihrer Vermieterin vereinbart, die Renovierung selbst zu übernehmen, im Gegenzug aber die Küche der Vermieterin ohne Zahlung einer Ablösesumme übernehmen zu dürfen.

M sieht sich gleichwohl in keiner Weise zur Renovierung verpflichtet und verweigert jede Verhandlung mit V über die Schönheitsreparatur. Ein paar Tage später engagiert diese deshalb eine Handwerkerin, um die Abnutzungsspuren zu beseitigen, wobei Kosten in Höhe von 500 € anfallen. V fordert diese Kosten von M ein.

M entgegnet nur, dass sie sich in keiner Weise zur Zahlung verpflichtet sieht und in der Zwischenzeit eine schönere Wohnung mit obendrein viel freundlicherer Vermieterin gefunden hat.

Tatsächlich hat M nunmehr von Nina (N) ein modernes Loft für 1.000 € monatlich gemietet. Auf ihrer Housewarming-Party kurz nach ihrem Einzug erzählt M deshalb ihrer Freundin, der Architektin Anna (A), stolz, dass sie sich hier auf ihren 150 qm wohlfühlt. A fragt erstaunt nach, ob M sich mit den 150 qm wirklich sicher sei. Nach ihrem Augenmaß sei die Wohnung um einiges kleiner, sie könne das aber gerne kostenlos für sie vermessen. M entgegnet, was zutrifft, dass im schriftlichen Mietvertrag eine Wohnfläche von „circa 150 qm“ angegeben ist. Tatsächlich zweifelt M nun aber erstmals an der Größenangabe im Mietvertrag und nimmt As Angebot dankend an.

Wenige Tage später vermisst A die Wohnung fachkundig und es stellt sich heraus, dass die korrekt vermessene und berechnete Wohnfläche tatsächlich nur 120 qm beträgt. M ist außer sich und spricht N sofort darauf an. Zwar will M keinesfalls aus der Wohnung ausziehen, aber die Miete in voller Höhe zahlen möchte sie auch nicht.

N entgegnet, dass im Mietvertrag nur „circa“ 150 qm vereinbart sind, weshalb M mit Abweichungen rechnen müsse. Außerdem sei die Wohnung für M vollkommen ausreichend – die „fehlenden“ 30 qm würde man gar nicht wirklich merken. Immerhin habe M die Wohnung besichtigt und war hellauf begeistert. Sie dürfe nicht einfach „die Miete drücken“, nur weil die Wohnung „auf dem Papier zu klein ist“.

Außerdem verweist sie auf § 5 des Mietvertrags:

§ 5. Der Vermieter übernimmt keinerlei Haftung für eventuelle Mängel der Mietsache.

M entgegnet, dass sie bewusst nur nach Wohnungen gesucht habe, die größer als 130 qm sind. Zu Beginn des nächsten Monats zahlt M dennoch die vereinbarten 1.000 €. Ein paar Tage später fragt sie sich aber, ob N in den beiden Monaten seit ihrem Einzug überhaupt der volle Mietzins zustand. N wendet ein, für diese Diskussion sei es nunmehr ohnehin zu spät. M habe trotz ihrer Beschwerde freiwillig im Folgemonat die volle Miete gezahlt, weshalb die Angelegenheit sich erledigt habe.

Frage 1: Hat V gegen M einen Anspruch auf Ersatz der Renovierungskosten in Höhe von 500 €?

Frage 2: Hatte N gegen M einen Anspruch auf Zahlung der Miete in Höhe von 1.000 € pro Monat?

Lösungsvorschlag

Frage 1: Anspruch von V gegen M auf Ersatz der Renovierungskosten in Höhe von 500 €

A. Ansprüche unter dem Gesichtspunkt der Abnutzung

Ansprüche auf Ersatz der Renovierungskosten könnten V gegen M unter dem Gesichtspunkt zustehen, dass M die im Eigentum der V stehende Wohnung abgenutzt, also beschädigt, hat.

I. Anspruch aus § 280 Abs. 1; § 241 Abs. 2 BGB

V könnte gegen M einen Anspruch auf Ersatz der Renovierungskosten aus § 280 Abs. 1; § 241 Abs. 2 BGB haben. Dies setzt voraus, dass M schuldhaft eine (Neben-)Pflicht aus einem bestehenden Schuldverhältnis verletzt hat, sodass V ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist.

1. Wirksamer Mietvertrag und Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB

M und V waren zur Zeit der angeblichen Pflichtverletzung durch einen wirksamen (Wohnraum-)Mietvertrag gemäß §§ 535; 549 Abs. 1 BGB verbunden. Für Schadensersatzansprüche des Vermieters gegen den Mieter enthalten die §§ 536 ff. BGB keine vorrangigen Spezialregeln, sodass das allgemeine Leistungsstörungenrecht Anwendung findet.

2. Pflichtverletzung

Weiterhin müsste M durch die Abnutzung der Wohnräume eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. In Betracht kommt eine Verletzung der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB, wonach sich jede Partei bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten hat, dass die Rechtsgüter und Rechte des anderen Teils nicht verletzt werden.¹ Konkret bedeutet dies im

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht (Univ.-Prof. Dr. Christian Gomille) an der Universität des Saarlandes.

¹ Grüneberg/*Grüneberg*, 82. Auflage 2023, § 241 Rn. 7; MüKoBGB/*Bachmann*, 9. Auflage 2022, § 241 Rn. 173; *Looschelders*, SchuldR AT, 20. Auflage 2022, § 1 Rn. 20.

Mietverhältnis, dass der Mieter die Mietsache sorgsam zu behandeln, insbesondere vor möglichen Schäden zu bewahren hat.²

Allerdings ist zweifelhaft, ob eine gewöhnliche Abnutzung der angemieteten Wohnung als Eigentumsbeeinträchtigung eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht darstellt. Dagegen spricht, dass die vertragliche Hauptleistung des Vermieters gemäß § 535 Abs. 1 BGB gerade in der Gebrauchsüberlassung und -erhaltung, das heißt der Duldung des vertragsgemäßen Gebrauchs durch den Mieter (Satz 1) und in der Instandhaltung der Mietsache (Satz 2) besteht.³ Der vertragsgemäße – hier mangels spezieller Anhaltspunkte gewöhnliche – Gebrauch⁴ ist gerade von der vertraglich begründeten Duldungspflicht ebenso wie von der Instandhaltungspflicht des Vermieters umfasst.⁵ Darüber hinaus schließt § 538 BGB – insoweit lediglich deklaratorisch – das Vertretenmüssen des Mieters für Abnutzungen durch den vertragsgemäßen Gebrauch aus.⁶ Tatsächlich fehlt es bei der Einhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs bereits an einer Pflichtverletzung.⁷

3. Ergebnis

M hat den vertragsgemäßen Gebrauch nicht überschritten, sodass ein Anspruch aus § 280 Abs. 1; § 241 Abs. 2 BGB mangels Pflichtverletzung ausscheidet.

II. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Aus demselben Grund ist die Eigentumsbeeinträchtigung im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB nicht als rechtswidrig einzustufen, sodass auch dieser Schadensersatzanspruch ausscheidet.

Aus der Abnutzung der Wohnung kann V keine Ansprüche gegen M herleiten.

² *Looschelders*, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 61; *Emmerich*, SchuldR BT, 16. Auflage 2022, § 7 Rn. 30 f.

³ *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 47. Auflage 2023, § 11 Rn. 1 f.; *Looschelders*, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 14.

⁴ Ausführlich zum „vertragsgemäßen Gebrauch“ der Mietsache und den daraus resultierenden Pflichten von Vermieter und Mieter *Looschelders*, NZM 2022, 393.

⁵ *Looschelders*, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 14, 16.

⁶ So wie hier BGH, NJW 2008, 2432 Rn. 12; BeckOGK/H. *Schmidt*, Stand: 1.7.2023, § 538 Rn. 3 f. m.w.N.

⁷ BGH, NJW 2008, 2432 Rn. 12; BeckOK MietR/*Bock/Brunns*, Stand: 1.8.2023, § 538 Rn. 3.

B. Anspruch unter dem Gesichtspunkt der unterlassenen Renovierung:**§ 280 Abs. 1, 3; § 281 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB**

V könnte gegen M einen Anspruch auf Ersatz der Renovierungskosten in Höhe von 500 € als Schadensersatz statt der Leistung aus § 280 Abs. 1, 3; § 281 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB haben.

M könnte eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis dergestalt verletzt haben, dass sie ihrer fälligen und einredefreien Instandhaltungspflicht trotz Fristsetzung oder Entbehrlichkeit nicht nachkam. Fraglich ist, ob M eine solche Instandhaltungspflicht traf.

I. Gesetzliche Instandhaltungspflicht

Nach der gesetzlichen Konzeption des § 535 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 BGB fällt es in den Pflichtenkreis des Vermieters, die Mietsache in ihrem ursprünglichen Zustand zu erhalten. Kraft Gesetzes treffen den Mieter keinerlei Instandhaltungspflichten.

II. Vertragliche Instandhaltungspflicht aus § 4 des Mietvertrags

Möglicherweise wurde der M eine Instandhaltungspflicht aber durch § 4 des Mietvertrags auferlegt, wonach der Mieter verpflichtet ist, alle während des Mietverhältnisses anfallenden Schönheitsreparaturen durchzuführen.

Allerdings muss die Klausel hierfür wirksam vereinbart sein, also sowohl die besonderen mietvertraglichen als auch die allgemeinen AGB-rechtlichen Grenzen entsprechender Vereinbarungen einhalten.

1. Unwirksamkeit nach § 536 Abs. 4 BGB

Vorrangig ist die Klausel an dem besonderen Unwirksamkeitsgrund des § 536 Abs. 4 BGB zu messen, wonach bei der Wohnraummiete eine Beschränkung der Mietminderung sowohl individualvertraglich als auch formularmäßig ausgeschlossen ist.

Ausdrücklich schränkt die Klausel nicht die Minderung im Fall eines Mangels ein. Bei weitester Auslegung könnte allenfalls die Pflicht, die Schönheitsreparatur „auf eigene Kosten“ durchzuführen so ausgelegt werden, dass dem Mieter Gewährleistungsrechte nicht zustehen, sofern und solange er den ihm übertragenen

Instandsetzungs- und Instandhaltungspflichten nicht nachkommt.⁸ Letztlich kann diese Frage aber dahinstehen, wenn sich die Klausel aus anderen Gründen als unwirksam erweist.

2. Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Die Klausel könnte sich als AGB-rechtlich unwirksam erweisen.

a) Vorliegen von AGB

Anwendungsvoraussetzung der §§ 305 ff. BGB ist das Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, also für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierter Vertragsbedingungen, die der Verwender stellt.

Bei dem „Standardmietvertrag“ handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen, die für mehr als drei⁹, also eine Vielzahl von Fällen verwendet werden.

Problematisch ist allein, ob diese vom Verwender, also der V, gestellt wurden. „Gestellt“ sind die Bedingungen von der Partei, die sie einseitig festlegt und der anderen Partei die Einbeziehung abverlangt.¹⁰

Bedenken bestehen insoweit, dass V die Vertragsbedingungen aus dem Internet kopiert, also möglicherweise nicht *selbst* einseitig festgelegt hat. Denn Bedingungen sind insbesondere dann nicht vom Verwender gestellt, wenn sie von einem neutralen Dritten in den Vertrag eingebracht wurden.¹¹

Dieses Problem würde die Fiktion des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB lösen¹², was vorliegend jedoch daran scheitert, dass es für eine Unternehmereigenschaft (§ 14 Abs. 1 BGB) der V als Anwendungsvoraussetzung des § 310 Abs. 3 BGB an Anhaltspunkten fehlt.

⁸ So LG Berlin, NZM 2017, 258 (258 f.); zustimmend BeckOGK/Bieder, Stand: 1.7.2022, § 536 Rn. 112 dort Fn. 478.

⁹ BGH, NJW 2002, 138 (139); BGHZ 223, 1 (9, Rn. 31); BeckOK BGB/Becker, Stand: 1.8.2023, § 305 Rn. 24.

¹⁰ BGHZ 83, 56 (58); BeckOK BGB/Becker, Stand: 1.8.2023, § 305 Rn. 26; Looschelders, SchuldR AT, 20. Auflage 2022, § 16 Rn. 9.

¹¹ Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, § 305 Rn. 12; MüKoBGB/Fornasier, 9. Auflage 2022, § 305 Rn. 22.

¹² MüKoBGB/Fornasier, 9. Auflage 2022, § 310 Rn. 89; Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, 6. Auflage 2018, Rn. 609; Looschelders, SchuldR AT, 20. Auflage 2022, § 16 Rn. 9.

Fraglich ist damit, ob die Herkunft der Klausel aus dem Internet einem „Stellen“ durch V entgegensteht. Dagegen spricht, dass als Gedanke hinter dem AGB-Recht das einseitige Inanspruchnehmen fremder Rechtsgestaltungsmacht steht¹³: Der Schutzzweck der §§ 305 ff. BGB liegt darin, dass die Privatautonomie der einen Vertragspartei von der grundsätzlich gegebenen Inhalts- und Abschlussfreiheit durch das Einbringen vorformulierter Bedingungen durch die Verwenderpartei auf die bloße Abschlussfreiheit reduziert wird.¹⁴ Deshalb ist es für das Merkmal des „Stellens“ entscheidend, ob der Vertragspartner *in der konkreten Vertragsschlusssituation* effektiven Einfluss auf den Inhalt der Klausel hat.¹⁵ Woher diese ursprünglich stammt ist hingegen irrelevant, insbesondere muss die Klausel weder vom Verwender selbst noch in seinem Auftrag entworfen worden sein.¹⁶

Folglich spielt es keine Rolle, dass V den „Standardmietvertrag“ dem Internet entnommen hat. In der konkreten Vertragssituation war sie es, die M die Geltung des Bedingungswerks abverlangt hat, sodass sie als Verwenderin AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt hat.

b) Einbeziehung in den Vertrag und Eröffnung der Inhaltskontrolle

Die Klausel wurde nach § 305 Abs. 2; § 305c Abs. 1 BGB in den Vertrag einbezogen und weicht vom dispositiven § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ab, sodass die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB eröffnet ist, § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB.

c) Inhaltskontrolle: unangemessene Benachteiligung nach § 307 BGB

Vorrangige Klauselverbote nach §§ 309; 308 BGB sind nicht ersichtlich, sodass eine Unwirksamkeit des § 4 AGB nur aus einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB folgen könnte.

Eine unangemessene Benachteiligung liegt danach im Zweifel vor, wenn die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

¹³ BeckOK BGB/Becker, Stand: 1.8.2023, § 305 Rn. 26.

¹⁴ Vgl. BGHZ 183, 220 (225, Rn. 14); Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, Überbl. v. § 305 Rn. 3.

¹⁵ BGHZ 184, 259 (267 f., Rn. 18); Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, § 305 Rn. 10.

¹⁶ BGH, NJW 2016, 1230; BeckOK BGB/Becker, Stand: 1.8.2023, § 305 Rn. 26.

aa) Schönheitsreparaturklauseln im Allgemeinen

Tatsächlich stehen Schönheitsreparaturklauseln zum Grundgedanken des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB in Widerspruch. Während danach die Instandhaltungspflicht den Vermieter trifft, verlagern die Schönheitsreparaturklauseln sie auf den Mieter.

Allerdings verlangt § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mehr als einen Widerspruch zum Gedanken der gesetzlichen Regel; die Bestimmung muss damit *unvereinbar* sein. Trotz der weitgehenden Abweichung vom Leitbild des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB kann die Indizwirkung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB also widerlegt werden.¹⁷

Speziell für Schönheitsreparaturen hat der BGH als solche Widerlegung das Entgeltargument entwickelt: Dieses basiert darauf, dass die vom Mieter übernommene Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen von Vermietern regelmäßig in der Kalkulation des Mietzinses berücksichtigt wird. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise erfüllt der Mieter, indem er die durch sich selbst verursachte Abnutzung beseitigt, einen Teil seiner Pflicht zur Entgeltzahlung.¹⁸

Aus diesem Grund dient die Belastung des Mieters mit der Renovierungspflicht nicht allein den Vermieterinteressen, sodass Schönheitsreparaturklauseln nicht per se eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen.

bb) Schönheitsreparaturklausel bei unrenoviert bezogener Wohnung

Anders könnte sich die Situation aber darstellen, wenn die Wohnung in unrenoviertem Zustand bezogen wurde.

Dies hängt zum einen davon ab, in welchem Umfang die Entgeltthese als Rechtfertigung für die Pflicht zur Schönheitsreparatur dienen kann. So wird der für § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Vorteil auf Seiten des Mieters damit begründet, dass er durch die Vornahme der Schönheitsreparaturen einen Teil des Mietzinses einspart. Einen solchen schuldet er aber nur als Kompensation für die eigene (Ab-)Nutzung der Mietsache. Folglich schuldet er auch nur insoweit Leistungen, die wirtschaftlich an die Stelle des Mietzinses treten. Die Entgeltthese

¹⁷ Grüneberg/Grüneberg, 82. Auflage 2023, § 307 Rn. 28.

¹⁸ BGHZ 77, 301 (305) [zur Pacht]; 92, 363 (371); 101, 253 (262); Looschelders, SchuldR BT, 18. Aufl. 2023, § 22 Rn. 16; Pieronczyk/Tayaranian, JA 2019, 248 (249). Kritisch aber MüKoBGB/Häublein, 9. Auflage 2023, § 535 Rn. 150; Staudinger/V. Emmerich (2021), § 535, Rn. 111.; ders., SchuldR BT, 16. Auflage 2022, § 7 Rn. 37; Looschelders, NZM 2022, 393 (398).

greift also nur hinsichtlich solcher Abnutzungen ein, die der gegenwärtige Mieter verursacht hat.

Auch der Aspekt der Reziprozität als zweites regelmäßig wiederkehrendes Argumentationsmuster im Bereich der Schönheitsreparaturen streitet für diese Begrenzung: Danach darf dem Mieter die Schönheitsreparatur im Allgemeinen nicht weitergehend auferlegt werden, als auch den Vermieter die Pflicht aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB träge.¹⁹ Diese Pflicht begrenzt sich auf die Dauer der Mietzeit, sodass für den Mieter entsprechendes gelten muss.²⁰

Wird dem Mieter für die Beseitigung eventueller durch den Vermieter entstandener Abnutzungen kein anderer angemessener Ausgleich zugestanden, dient die Reparatur einseitig dem Interesse des Vermieters und benachteiligt den Mieter unangemessen im Sinne des § 307 BGB.²¹

Die Klausel wäre folglich unwirksam, wenn sie die M ohne Gewährung eines angemessenen Ausgleichs zur Renovierung einer unrenoviert oder renovierungsbedürftig bezogenen Wohnung verpflichtet.

(1) Unrenovierte oder renovierungsbedürftige Wohnung

Hierfür müsste das Mietobjekt im konkreten Fall²² zur Zeit der Überlassung unrenoviert oder renovierungsbedürftig gewesen sein.

Unstreitig wies die Wohnung beim Einzug der M Abnutzungsspuren auf, hat also tatsächlich nicht den Eindruck einer frisch renovierten Wohnung²³ vermittelt.

Etwas anderes könnte aber aus Ms Vereinbarung mit ihrer Vermieterin folgen. M hat sich gegenüber ihrer Vermieterin vertraglich dazu verpflichtet, die Renovierung zu

¹⁹ BGH, NJW 2004, 2586 (2587) zu starren Fristenplänen; MüKoBGB/Häublein, 9. Auflage 2023, § 535 Rn. 148; Schrader, JA 2015, 341 (343).

²⁰ Pieronczyk/Tayaranian, JA 2019, 248 (250).

²¹ St. Rspr. vgl. BGH, NJW 2015, 1594 (1595); MüKoBGB/Häublein, 9. Auflage 2023, § 535 Rn. 157; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 47. Auflage 2023, § 11 Rn. 4a; Hirsch, SchuldR BT, 6. Auflage 2020, Rn. 855; Looschelders, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 16; Pieronczyk/Tayaranian, JA 2019, 248 (250) jeweils m.w.N.

²² Zwar sind allgemeine Geschäftsbedingungen auf Grundlage einer generalisierenden Betrachtungsweise auszulegen. Das verbietet jedoch nicht, den konkreten Vertragsgegenstand in den Blick zu nehmen, BGHZ 101, 253 (265); 204, 302 (312, Rn. 28); Pieronczyk/Tayaranian, JA 2019, 248 (250).

²³ BGHZ 204, 302 (313, Rn. 31); Hirsch, SchuldR BT, 6. Auflage 2020, Rn. 854.

übernehmen. Folgte daraus, dass M sich behandeln lassen müsste als sei die Wohnung frisch renoviert, bestünden gegen die Klausel keine Wirksamkeitsbedenken mehr.

Dieses Vorgehen widerspricht allerdings dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse, wonach die Wirkungen eines Schuldverhältnisses auf die daran beteiligten Parteien beschränkt sind. Denn selbst, falls Alt- und Neumieter eine Wirkung der Vereinbarung auch im Verhältnis zum Vermieter herbeiführen *wollten*, wäre dies nur unter Mitwirkung des Vermieters möglich (§ 415 Abs. 1 BGB). Erst recht kann ohne besondere Anhaltspunkte nicht unterstellt werden, dass Alt- und Neumieter den Vermieter in dieses Schuldverhältnis einbeziehen wollen.²⁴

Aus der schuldrechtlichen Vereinbarung mit der Vormieterin kann V keine Rechtsfolgen herleiten. Es wird weder fingiert, dass die Wohnung frisch renoviert gewesen sei, noch kann die von der Vormieterin übernommene Küche im Verhältnis zwischen M und V ohne Weiteres als angemessener Ausgleich für die Belastung durch die Klausel betrachtet werden²⁵. Eine unrenovierte Wohnung liegt vor.

(2) Auslegung des § 4: Pflicht zur Beseitigung vorgefundener Abnutzungsspuren

Problematisch ist weiterhin, dass § 4 AGB dem Mieter nicht ausdrücklich abverlangt, auch Abnutzungen durch den Vormieter zu beseitigen. Das hängt vielmehr davon ab, wann eine Reparatur im Sinne der Klausel „anfällt“.

Nach der früheren Rechtsprechung wurden Klauseln wie § 4 in Kombination mit sog. flexiblen Fristenplänen wie im hiesigen Fall²⁶ so ausgelegt, dass die Fristen erst

²⁴ Zum Ganzen BGH, NJW 2018, 3302 (3303); *Pieronczyk/Tayaranian*, JA 2019, 248 (254); detailliert zur rechtlichen Qualifikation solcher Ablösekláuseln *Kappus*, NZM 2020, 1092 (1095).

²⁵ Der BGH (NJW 2018, 3302 (3304)) hat allerdings den Weg dahin geebnet, den Ausgleich im Verhältnis von Vor- und Neumieter als angemessenen Ausgleich des Vermieters zu sehen, wenn verbunden mit einer Schuldübernahme nach § 415 BGB die wirtschaftliche Gesamtbetrachtung das Ergebnis ergibt, als habe der Vermieter den Ausgleich für die unrenoviert übergebene Wohnung selbst gewährt. Bislang leidet dieses Kriterium an seiner Konturlosigkeit (so auch *Pieronczyk/Tayaranian*, JA 2019, 248 (254)) und wird letztlich erfordern, dass der Vermieter schuldrechtlich an der Vereinbarung beteiligt ist, (*Pielsticker*, NJW 2018, 3304 (3305); *Looschelders*, JA 2018, 945 (947)).

²⁶ Die weitere Klausel des Vertrags verpflichtet den Mieter nur „im Allgemeinen“ nach einer bestimmten Zeitdauer die Renovierung vorzunehmen und ist daher grundsätzlich zulässig. Unwirksam sind hingegen so genannte starre Fristenpläne, die den Mieter nach dem Ablauf einer Zeitperiode die Renovierung in jedem Fall auferlegen, also unabhängig davon, ob tatsächlich Renovierungsbedarf besteht, BGH, NJW 2004, 2586; *Hirsch*, SchuldR BT, 6. Auflage 2020, Rn. 858 f.

mit dem Einzug des Mieters beginnen, er also nur zur Beseitigung seiner eigenen Abnutzung verpflichtet ist.²⁷

Nach heutigem Verständnis – wie auch der BGH in seiner Grundsatzentscheidung ausdrücklich festgestellt hat²⁸ – widerspricht diese Auslegung aber zwei zentralen Grundsätzen des AGB-Rechts. Zum einen verlangt § 305c Abs. 2 BGB, für die Wirksamkeitsprüfung die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen.²⁹ Danach *kann* die Klausel zumindest so verstanden werden, dass Schönheitsreparaturen dann „anfallen“, wenn sich der Reparaturbedarf zeigt – unabhängig davon, von wem er verursacht wurde.³⁰ Abhängig vom dekorativen Zustand der Wohnung kann diese schon unmittelbar nach dem Einzug derart abgenutzt sein, dass Reparaturen im Sinne der Klausel „anfallen“. ³¹ Das kompensiert auch der Fristenplan nicht, denn aufgrund seiner flexiblen Ausgestaltung („im Allgemeinen“) bleibt maßgeblicher Auslöser der laufenden Renovierungspflicht das tatsächliche Anfallen von Dekorationsmängeln.³²

Wollte man von diesem weiten Verständnis der Norm eine Ausnahme machen, um die Unwirksamkeit der Klausel zu verhindern, verstieße dies zudem gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Nach diesem Grundsatz darf eine zu weit oder ohne Ausnahme formulierte Klausel nicht auf den gerade noch nach dem AGB-Recht zulässigen Inhalt zurückgeführt werden.³³

Diese beiden Grundsätze bewirken, dass § 4 so verstanden werden muss, dass der Mieter bei Befolgung seiner Pflicht sämtliche Abnutzungen beseitigen muss, die sich während seiner Mietdauer *zeigen*.

War wie im vorliegenden Fall die Wohnung bei Einzug nicht frisch renoviert, können unter die Klausel auch Abnutzungen durch den Vormieter fallen, sodass der

²⁷ BGHZ 101, 253 (265); NJW 2005, 425 (426).

²⁸ BGHZ 204, 302 als Fall dargestellt beispielsweise bei *Hirsch*, SchuldR BT, 6. Auflage 2020, Rn. 811 f.

²⁹ *Looschelders*, SchuldR AT, 20. Auflage 2022, § 16 Rn. 16; *Pieronczyk/Tayaranian*, JA 2019, 248 (250).

³⁰ BGHZ 204, 302 (310, Rn. 22 ff.).

³¹ BGHZ 204, 302 (311, Rn. 25 f.).

³² BGHZ 204, 302 (311, Rn. 27).

³³ Grundlegend BGHZ 84, 109, 109 (115); seitdem st. Rspr. und h.M., vgl. BeckOGK/*Bonin*, Stand: 1.9.2023, § 306 Rn. 31 m.w.N.; konkret zum Fall BGHZ 204, 302 (308, Rn. 19); *Pieronczyk/Tayaranian*, JA 2019, 248 (250).

Mieter einseitig im Interesse des Vermieters die Wohnung in einen besseren Zustand versetzt, als er sie erhalten hat.

Der Mieter wäre danach kompensationslos zur Renovierung einer unrenoviert übernommenen Wohnung verpflichtet, sodass die Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist. Nach § 306 Abs. 2 BGB bleibt es bei der Grundregel des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach die Instandhaltung dem Vermieter obliegt.

III. Ergebnis

Mangels Pflichtverletzung scheidet ein Anspruch aus § 280 Abs. 1, 3; § 281 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB aus.

C. Gesamtergebnis zu Frage 1

Mangels einer M wirksam auferlegten Instandhaltungspflicht scheiden auch Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag aus. M hat keine Ansprüche gegen V.

Frage 2: Anspruch N gegen M auf Mietzahlung für zwei Monate

N könnte gegen M einen Anspruch auf Mietzahlung für zwei Monate aus § 535 Abs. 2; § 549 Abs. 1 BGB haben, wenn zwischen M und N ein wirksamer Mietvertrag besteht und der Anspruch nicht erloschen sowie durchsetzbar ist.

A. Anspruch entstanden

M und N haben einen wirksamen Wohnraummietvertrag (§ 535; 549 Abs. 1 BGB) geschlossen, sodass der Anspruch entstanden ist.

B. Erlöschen des Anspruchs durch Minderung gemäß § 536 Abs. 1 BGB

Dieser Anspruch könnte jedoch ipso iure durch Minderung gemäß § 536 Abs. 1 BGB ganz oder zum Teil erloschen sein. Dies ist der Fall, wenn die Abweichung der tatsächlichen Wohnfläche (120 qm) von der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche („circa 150 qm“) einen Mangel nach § 536 Abs. 1 bis 3 BGB darstellt und die Mängelrechte nicht ausgeschlossen sind.

I. Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (§ 536 Abs. 2, Abs. 1 Sätze 1, 2)

Die Minderung könnte gemäß § 536 Abs. 2, Abs. 1 Sätze 1, 2 BGB aus dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft folgen. Danach ist es der Mangelhaftigkeit nach Abs. 1 gleichgestellt, wenn der Vermieter eine bestimmte Eigenschaft der Mietsache zugesichert hat und diese fehlt oder später wegfällt. Aus dem fehlenden Verweis auf § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB folgt, dass hierbei eine erhebliche Tauglichkeitsminderung nicht erforderlich ist.³⁴

Die Flächenabweichung würde folglich ohne Weiteres die Rechtsfolge der § 536 Abs. 1 Sätze 1, 2 BGB auslösen, wenn die Wohnfläche von „circa 150 qm“ als zugesichert betrachtet werden kann. Dies ist der Fall, wenn der Vermieter ausdrücklich oder konkludent erklärt für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Mietsache unbedingt, das heißt verschuldensunabhängig, eintreten zu wollen, also eine Erklärung in Qualität einer Garantie abgibt.³⁵

Das liegt bei einer Angabe, die mit „circa“ eingeleitet wird, gerade fern. Dadurch gibt der Vermieter zu erkennen, dass er Abweichungen für möglich betrachtet und gerade nicht für diese exakte Eigenschaft eintreten möchte. § 536 Abs. 2 BGB greift folglich nicht ein.

II. Sachmangel nach § 536 Abs. 1 BGB

Die Minderung könnte aber aus einem Sachmangel nach § 536 Abs. 1 BGB folgen.

Dies setzt voraus, dass das Mietobjekt zur Zeit der Überlassung einen Mangel aufweist, der die Tauglichkeit für den vertragsgemäßen Gebrauch nicht nur unerheblich (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) mindert.

1. Negatives Abweichen der Ist- von der Soll-Beschaffenheit

Ein Sachmangel setzt nach § 536 Abs. 1 BGB zunächst voraus, dass die Ist-Beschaffenheit der überlassenen Sache negativ von der Soll-Beschaffenheit abweicht. Letztere wird dabei vorrangig durch Parteivereinbarung bestimmt.

³⁴ Grüneberg/Weidenkaff, 82. Auflage 2023, § 536 Rn. 24.

³⁵ BeckOGK/Bieder, Stand: 1.7.2022, § 536 Rn. 74; Looschelders, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 29.

a) Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung

Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung könnten N und M im Mietvertrag getroffen haben, wonach die Wohnung eine Fläche von „circa 150 qm“ aufweist.

Problematisch ist, ob diese Angabe als vertraglich verbindliche Vereinbarung einer Beschaffenheit – in Abgrenzung zur bloß unverbindlichen Beschreibung oder Bewerbung der Mietsache – verstanden werden kann.³⁶ Im Ausgangspunkt hat N durch den Zusatz „circa“ zu erkennen gegeben, dass sie nicht für eine exakt bestimmte Wohnungsgröße eintreten will.

Für die Einordnung als verbindlicher Vertragsbestandteil spricht aber, dass die Parteien die Flächenangabe zum Bestandteil des Vertragsdokuments gemacht haben. Dies dokumentiert für den Vermieter erkennbar das auf Seiten des Mieters bestehende Interesse an der grundsätzlichen Geltung dieser Angaben. Indem auch der Vermieter seine Erklärung ohne einen weiteren relativierenden Zusatz wiederholt, trägt er seine Erklärung bis ins vertraglich Verbindliche fort. Die Relativierung „circa“ bezieht sich allenfalls darauf, dass nicht exakt 150 qm geschuldet sind, schließt jedoch nicht das Vorliegen einer vertraglichen Bindung dem Grunde nach aus. Folglich handelt es sich bei der Angabe von „circa 150 qm“ um eine Beschaffenheitsvereinbarung.³⁷

b) Negatives Abweichen der Ist-Beschaffenheit in Form erheblicher Tauglichkeitsminderung

Weiterhin müsste die Ist-Beschaffenheit (120 qm) von dieser vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit in erheblichem Maße (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) negativ abweichen.

aa) Erheblichkeitsschwelle bei Flächenabweichungen von mehr als 10 %

In ständiger Rechtsprechung wird die Erheblichkeitsschwelle im Sinne des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB parallel zum Kauf- und Werkvertragsrecht bei einer

³⁶ Vgl. BeckOGK/*Bieder*, Stand: 1.7.2022, § 536 Rn. 74; Grüneberg/*Weidenkaff*, 82. Auflage 2023, § 536 Rn. 16.

³⁷ Vgl. BGH, NZM 2005, 861; NJW 2007, 2626.

Flächenabweichung von zehn Prozent als überschritten angesehen.³⁸ Fraglich ist allein, ob der Zusatz „circa“ im Vertrag diese Grenze noch weiter anhebt.

Dafür spricht der allgemeine Sprachgebrauch wonach der dem „circa“ nachgestellte Wert nicht exakt gelten muss. Allerdings entspricht es ebenso dem Sprachverständnis, dass „circa“ keine willkürlich weite Abweichung erlaubt. Der Zusatz „circa“ hat deshalb neben der Erheblichkeitsschwelle des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB keine eigenständige Bedeutung für die Bestimmung der Sollbeschaffenheit und die Erheblichkeit einer Abweichung.³⁹ Die Flächenabweichung von 30/150 (20%) stellt ein erhebliches negatives Abweichen von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit dar.

bb) Erforderlichkeit einer darüberhinausgehenden Tauglichkeitsaufhebung oder -minderung?

Für das Vorliegen eines relevanten Mangels verlangt § 536 Abs. 1 BGB aber weiterhin, dass die Tauglichkeit für den vertragsgemäßen Gebrauch, im Fall der Wohnraummiete das Wohnen, aufgehoben oder mehr als unerheblich (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) gemindert ist. Problematisch ist insoweit, dass M zunächst keine Beeinträchtigung durch die abweichende Wohnungsgröße verspürte, sie gar zunächst nicht bemerkte. Umstritten ist, ob *allein* die Flächenabweichung die Gebrauchstauglichkeit in einem die Minderungsfolge auslösenden Maß beeinträchtigt.

Eine erste Ansicht verneint eine Tauglichkeitsminderung nur aufgrund der Flächenminderung. Der Mieter müsse vielmehr eine konkrete Herabsetzung der Tauglichkeit nachweisen.⁴⁰ Hierfür wird angeführt, dass der bei der Wohnungsbesichtigung gewonnene Eindruck vorrangig vor den Angaben im Mietvertrag sei. Der Mieter könne die Wohnung in dem Umfang nutzen, in dem er sie wahrgenommen hat.

³⁸ Grundlegend BGH, NJW 2004, 1947 (1949); seitdem st. Rspr. und h.M. vgl. BGH, NJW 2010, 1745; Erman/Lützenkirchen, 16. Auflage 2020, § 536 Rn. 43; MüKoBGB/Häublein, 9. Auflage 2023, § 536 Rn. 32 m.w.N.; Emmerich, SchuldR BT, 16. Auflage 2022, § 7 Rn. 46; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 47. Auflage 2023, § 11 Rn. 11.

³⁹ BGH, NZM 2004, 456; 2010, 313 (314); Erman/Lützenkirchen, 16. Auflage 2020, § 536 Rn. 43; Staudinger/V. Emmerich (2021) § 536 Rn. 75.

⁴⁰ OLG Dresden, NJW-RR 1998, 512 (513); LG Berlin, NZM 1999, 412; sowie die weiteren Nachweise bei BGH, NJW 2004, 1947.

Überwiegend wird hingegen allein in der erheblichen Flächenabweichung eine Tauglichkeitsbeeinträchtigung im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB gesehen.⁴¹

Dafür spricht, dass die Wohnungsgröße als Berechnungsfaktor etwa im Rahmen eines Mieterhöhungsverlangens (§ 558 Abs. 2 Satz 1 BGB) und der Verteilung der Betriebskosten (§ 556a Abs. 1 Satz 1 BGB) eine Rolle spielt.⁴² Aus diesem Grund führt allein die falsche Angabe zu tatsächlichen Nachteilen des Mieters. Weiterhin ist die Größe ein wertbildender Faktor am Mietmarkt: Sind mehrere vergleichbare Wohnungen zu ähnlichen Preisen am Markt verfügbar, wird der Mieter im Zweifel diejenige mit der größeren Flächenangabe anmieten.⁴³ Das zeigt sich auch im konkreten Fall, in dem M lediglich Wohnungen mit einer Mindestfläche von 130 qm suchte.

Aus den dargelegten Gründen ist mit der überwiegenden Meinung schon in der Abweichung der Fläche auch eine erhebliche Tauglichkeitsminderung im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB zu sehen. Folglich sind die Voraussetzungen des § 536 Abs. 1 BGB gegeben.

III. Ausschluss der Mietmängelrechte

Die Mietmängelrechte könnten allerdings ausgeschlossen sein.

1. Vertraglicher Ausschluss in § 5 des Mietvertrags

Ein ausdrücklicher Ausschluss der Mängelrechte findet sich zwar in § 5 des Mietvertrags zwischen M und N. Dieser beschneidet allerdings bei einem Wohnraummietverhältnis die Rechte des Mieters aus § 536 BGB und ist aus diesem Grund nach § 536 Abs. 4 BGB unwirksam.

⁴¹ BGH, NJW 2004, 1947; NZM 2010, 313; BeckOK BGB/Wiederhold, Stand: 1.8.2023, § 536 Rn. 93; Staudinger/V. Emmerich (2021), § 536 Rn. 75. Bei einer Abweichung von weniger als 10 % muss der Mieter hingegen eine erhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung gesondert vortragen, KG, MDR 2009, 499; Erman/Lützenkirchen, 16. Auflage 2020, § 536 Rn. 43.

⁴² BGH, NJW 2004, 1947.

⁴³ BGH, NJW 2004, 1947.

2. Gesetzliche Ausschlussgründe

Die Ausschlussgründe der §§ 536b; 536c BGB greifen nicht ein, insbesondere kannte M den Mangel zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht.

Ein Ausschluss könnte lediglich aus einer Analogie zu § 536b BGB folgen. Grundsätzlich betrifft der Ausschluss Konstellationen, in denen der Mieter in Kenntnis des Mangels die Sache annimmt und später Mängelrechte daraus herleiten will. Ein ähnlich widersprüchliches Verhalten könnte darin gesehen werden, dass M den (ungeminderten) Mietzins im zweiten Monat auch nach Anzeige des Mangels vorbehaltlos zahlte und sich nun auf die kraft Gesetzes eingetretene Mietminderung für diesen Zeitraum beruft.⁴⁴ § 536b BGB könnte insoweit analog angewendet werden, wenn eine planwidrige Regelungslücke vorliegt und die Interessenlage hinreichend vergleichbar ist.

Bereits gegen die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke bestehen Bedenken. Der Mangel zeigte sich der M nicht bei Vertragsschluss, sondern offenbarte sich erst später; dieser Fall ist soweit es um die Zahlung künftiger Monatsmieten geht in § 536c BGB geregelt.⁴⁵ Im Hinblick auf die Rückforderung gezahlter Monatsmieten bleibt der Vermieter durch § 814 BGB und das Institut der Verwirkung geschützt.⁴⁶

Zudem fehlt es an der hinreichenden Vergleichbarkeit. Der Widerspruch im Verhalten ist in dem geregelten Fall, nämlich, dass der Mieter die mangelhafte Sache in Kenntnis der Mangelhaftigkeit annimmt und sodann versucht, aus der Mangelhaftigkeit Rechte herzuleiten, ungleich größer als im vorliegenden. Bei einer vorbehaltlosen Zahlung einer Monatsmiete kann es sich auch um ein vorsichtiges Abwarten halten, um nicht durch unberechtigtes Zurückbehalten der Miete den Verzugs- oder Kündigungsfolgen ausgesetzt zu sein.⁴⁷ Aus diesem Grund wurde bei den Befürwortern einer analogen Anwendung eine hinreichend zu § 536b BGB vergleichbare Interessenlage frühestens dann angenommen, wenn der Mieter nach

⁴⁴ So noch BGH, NJW 1974, 2233 (2234); 1997, 2674.

⁴⁵ BT-Drucks. 14/4553, S. 41.

⁴⁶ Zum Ganzen BeckOGK/*Bieder*, Stand: 1.7.2022, § 536b Rn. 32 m.w.N; BT-Drucks. 14/4553, S. 41. *Weller*, JZ 2012, 881 (890); *Looschelders*, SchuldR BT, 18. Auflage 2023, § 22 Rn. 44 weisen insofern darauf hin, dass eine Verwirkung des „Minderungsrechts“ ebenfalls nicht in die Zukunft wirken kann. Eine künftige Verwirkung der Minderungsfolge muss daran scheitern, dass es sich nicht um ein subjektives Recht, sondern um eine ipso iure eintretende Rechtsfolge handelt. Verwirkt werden können nur Rückzahlungsansprüche.

⁴⁷ BT-Drucks. 14/4553, S. 41.

der Mangelanzeige den Mietzins mehr als sechs Monate vorbehaltlos weiterzahlte.⁴⁸

Der Ausschluss analog § 536b BGB scheidet folglich aus mehreren Gründen aus. Andere Ausschlüsse sind nicht ersichtlich, insbesondere fehlt es für eine Verwirkung an Anhaltspunkten⁴⁹.

IV. Rechtsfolge

Gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB ist die Miete kraft Gesetzes entsprechend der Tauglichkeitsminderung herabgesetzt. Bei Flächenabweichungen berechnet sich das grundsätzlich nach dem Verhältnis zwischen angegebener und tatsächlicher Fläche – im vorliegenden Fall also 120 zu 150.

Etwas anderes könnte nur aus der „circa“-Angabe folgen. Würde das die Soll-Beschaffenheit als einen Toleranzbereich (im Sinne von 150 qm +/- 10%) definieren, könnte die Abweichung von der äußersten Grenze des Vertragsgemäßen und damit der Minderungsbetrag geringer sein. Allerdings widerspräche das dem Zweck des § 536 Abs. 1 BGB, das gestörte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen.⁵⁰ Die circa-Angabe hat neben der gesetzlichen Regelung des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB keine eigenständige Bedeutung, führt also nicht dazu, dass bei der Bemessung des Minderungsbetrags ein anderer Maßstab anzulegen wäre.⁵¹

Die Wohnung ist 20% kleiner als angegeben, sodass die Miete ebenfalls um 20% kraft Gesetzes gemindert ist.

C. Ergebnis

N hat gegen M einen Anspruch nur in Höhe von 800 € monatlich.

⁴⁸ BGHZ 155, 380 (385).

⁴⁹ Auch § 814 BGB würde im Fall eines Rückforderungsverlangens nicht eingreifen: Erforderlich ist positive (Rechts)Kenntnis der Nichtschuld (BeckOK BGB/Wendehorst, Stand: 1.8.2023, § 814 Rn. 8), wofür es an Anhaltspunkten fehlt.

⁵⁰ Emmerich, SchuldR BT, 16. Auflage 2022, § 7 Rn. 49; BeckOGK/Bieder, Stand: 1.7.2022, § 536 Rn. 2.

⁵¹ BGH, NZM 2010, 313 (314); Erman/Lützenkirchen, 16. Auflage 2020, § 536 Rn. 43.

Der Feind in meinem Haus¹

(Vertragliche) Ansprüche auf Sicherheitsupdates

I. Einleitung

1. Einige Beispiele für Sicherheitsgefahren bei der Nutzung von Computersystemen

Nutzern eines Computersystems, das in ein Netzwerk eingebunden ist, dürfte bewusst sein, dass sie sich in der ständigen Gefahr befinden, dass ein Dritter, ihnen nicht freundlich Gesonnene über eine Schwachstelle in das Computersystem eindringt und dort Schaden anrichtet, indem er Daten ausspäht, Schadprogramme hinterlässt und/oder nutzerseitig nicht autorisierte Steuerungsbefehle erteilt und durch das System ausführen lässt. Und obwohl diese sog. „Cybergefahren“ an sich notorisch sind, lässt es sich nicht vermeiden, dass sie sich dann und wann verwirklichen, wie sich anhand einiger ausgewählter Beispiele veranschaulichen lässt:

a) Der Angriff auf den Rhein-Pfalz-Kreis²

Als erstes Beispiel sei der Angriff auf den Rhein-Pfalz-Kreis aus dem Jahr 2022 erwähnt, der jedenfalls in den regionalen Medien einige Wellen geschlagen hat. Hier ist eine Hackergruppe namens „Vice Society“ mutmaßlich über ein infiziertes Gerät – so ganz genau weiß man es bis heute nicht – in das Netzwerk der Kreisverwaltung eingedrungen, hat dort persönliche Daten von ca. 4.000 Personen ausgespäht und offenbar netzwerkweit auch allerhand Schadsoftware hinterlassen. Die IT-Abteilung der Kreisverwaltungsbehörde konnte immerhin noch einigermaßen rechtzeitig reagieren und – wie es der Landrat *Clemens Körner* ausdrückte – „abschalten, bevor wir abgeschaltet wurden.“

¹ Der Text basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 7. Februar 2023 im Rahmen der „Trierer Gespräche zu Recht und Digitalisierung“ am IRDT der Universität Trier gehalten hat, die im Wintersemester 2022/2023 zu dem Generalthema „Sicherheitslücken“ stattfanden. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 30. Oktober 2023 abgerufen.

² <https://www.swr.de/swraktuell/rheinland-pfalz/ludwigshafen/hackerangriff-auf-rhein-pfalz-kreis-100.html>.

Der Schaden ist aber auch so schon beträchtlich. Denn zum einen war die Kreisverwaltung in ihrer Tätigkeit über Wochen auf Stift und Papier zurückgesetzt. Und zum anderen müssen sämtliche 600 Rechner der Behörde verschrottet und ersetzt werden. Buchhalterisch schätzt man den entstandenen materiellen Schaden auf ca. 1,2 Millionen Euro.

b) Die Ransomware „WannaCry“³

Bei der Verwaltung des Rhein-Pfalz-Kreises geht man aktuell noch davon aus, dass man einem Erpressungsversuch durch die „Vice Society“ gerade eben noch entgangen sei. Andere von Attacken aus dem Internet Betroffene hatten in der Vergangenheit allerdings deutlich weniger Glück, insbesondere zu der Zeit, als die Ransomware „WannaCry“ global um sich griff. Dabei handelt es sich um ein Schadprogramm, das im Frühjahr 2017 massenhaft auftrat. Das Programm konnte über Schwachstellen von Windows-Betriebssystemen in fremde Computersysteme eindringen und befahl vornehmlich Rechner, auf denen Windows 7 oder Windows XP installiert war. Einmal in das System eingedrungen, verschlüsselte „WannaCry“ die Daten, zu denen es Zugang bekam, und die hinter der Attacke stehenden Angreifer verlangten von den Betroffenen ein Lösegeld, damit diese ihre Daten wieder freigeschaltet bekämen.

Das besonders Verheerende an „WannaCry“ war, dass es über die Verschlüsselung hinaus auch noch eine Wurmfunktion enthielt, über die es sich rasant und global ausbreiten konnte. Die wirtschaftlichen Schäden, die „WannaCry“ weltweit anrichtete, werden auf ca. 4 Milliarden US\$ geschätzt.

c) Firmware mit sicherheitsrelevanten Schwachstellen

Dritte, die in das Computersystem des Nutzers eindringen und dort Schaden anrichten wollen, nutzen aber nicht nur die Schwachstellen von reinen Softwareprodukten aus, sondern auch Schwachstellen von Software, die in ein Gerät „eingebettet“ und funktional fest mit diesem verbunden ist. Wenn man sich die entsprechenden Meldeportale anschaut, dann sieht man, dass solche sog. Firmware von Routern offenbar ein besonders beliebtes Ziel von Angreifern ist.⁴ Der Fantasie sind hier

³ <https://de.wikipedia.org/wiki/WannaCry>.

⁴ https://www.chip.de/news/Router-Updates-noetig-In-vielen-Modellen-Sicherheitsluecken-gefunden_184596147.html.

allerdings kaum irgendwelche Grenzen gesetzt. Besonders anschaulich ist in diesem Zusammenhang das Beispiel aus der Literatur von der Alarmanlage, deren Firmware fehlerhaft ist und die deshalb von Einbrechern per Fernzugriff ausgeschaltet werden kann.⁵ Um im Bild des Vortragstitels zu bleiben: Hier stehen die Feinde dann nicht mehr nur virtuell, sondern ganz buchstäblich im Haus des Nutzers.

d) Hardwarebedingte Sicherheitslücken

Sicherheitslücken in Computersystemen haben ihre Ursache zwar sehr häufig, aber keineswegs zwingend immer nur in einer eingesetzten Software. Vielmehr kann durchaus auch einmal die Hardware das Problem sein. Berühmt-berühmte Beispiele hierfür sind die Sicherheitslücken, die unter den Bezeichnungen „Meltdown“⁶ und „Spectre“⁷ bekannt geworden sind. Als Einfallstür für die Angreifer dienten hier die Spezifika von zahlreichen Mikroprozessoren, etwa des Herstellers Intel, über die vor allem in dem betroffenen System gespeicherte Daten ausgespäht werden konnten.

Solche Hardwaresicherheitslücken können manchmal tatsächlich nur durch den physischen Austausch der betroffenen Komponente beseitigt werden. Sehr häufig kann der Hardwarefehler aber bereits durch eine Softwareaktualisierung kompensiert werden, die entweder die Firmware des Prozessors betrifft oder aber das Betriebssystem des Computers, in den der kritische Prozessor verbaut wurde.

2. Wie können sich Nutzer gegen solche Angriffe wappnen?

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie die Nutzer von an Netzwerke angeschlossenen Computersystemen sich gegen solche Gefahren von außen sichern können und welche Rolle vor allem vertragliche Ansprüche auf Sicherheitsaktualisierungen dabei spielen.

Insoweit kann man zunächst einmal sicher davon ausgehen, dass jeder Nutzer sich darüber im Klaren ist, dass vernetzte Computersysteme verletzlich und ständigen Bedrohungen von außen ausgesetzt sind. Dementsprechend werden die Nutzer in der Regel auch die ihnen möglichen Vorkehrungen treffen, damit diese Gefahren sich tunlichst nicht verwirklichen und der Feind draußen vor der

⁵ Vgl. Heydn, CR 2021, 709 Rn. 17

⁶ [https://de.wikipedia.org/wiki/Meltdown_\(Sicherheitslücke\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Meltdown_(Sicherheitslücke)).

⁷ [https://de.wikipedia.org/wiki/Spectre_\(Sicherheitslücke\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Spectre_(Sicherheitslücke)).

virtuellen Türe bleibt. Dazu gehören natürlich der Einsatz von Firewalls und von regelmäßig aktualisierten Virenscannern, aber auch, dass man Dateien aus unbekanntem oder unseriösen Quellen besser nicht öffnet. In Zusammenhang mit den eigenen Verkehrssicherungspflichten im Verhältnis zu anderen an ein Netzwerk angeschlossenen Nutzern geht man sogar davon aus, dass der Einsatz eines regelmäßig aktualisierten Virenscanners sowie einer Firewall zur notwendigen Basisausstattung eines jeden Nutzers zählt.⁸

Allerdings wird der Nutzer selbst bei Beachten der idealen Sorgfalt alleine nicht in der Lage sein, die durch Schwachstellen/Sicherheitslücken der Software oder Hardware drohenden Gefahren effektiv abzuwehren. Hierzu benötigt er vielmehr die Unterstützung seiner Vertragspartner und ggf. auch der Hersteller, die ihm – wann immer erforderlich – Sicherheitsaktualisierungen zur Verfügung stellen, mit denen sich zwischenzeitlich bekannt gewordene Sicherheitslücken schließen lassen.⁹ Und tatsächlich sieht das bürgerliche Recht mittlerweile eine ganze Reihe von Mitteln und Wegen vor, wie der Nutzer an solche Sicherheitsaktualisierungen kommen kann. Sie sollen im Rahmen dieses Beitrags cursorisch vorgestellt werden. Dabei gilt es zunächst, den rechtlichen Rahmen zu umreißen, also die Anspruchsgrundlagen aufzuzeigen, aufgrund derer der Nutzer von einem anderen die Bereitstellung einer Sicherheitsaktualisierung verlangen kann. In diesem Zusammenhang wird festzustellen sein, dass nach dem (dispositiven) Gesetzesrecht zwischen Ansprüchen auf Beseitigung anfänglicher und nachträglicher Sicherheitslücken zu unterscheiden ist. Diese beiden Anspruchsgruppen sollen sodann noch kurz vorgestellt werden.

II. Der rechtliche Rahmen

Zunächst also zu dem rechtlichen Rahmen. Insoweit haben sich in Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie¹⁰ und der Warenkaufrichtlinie¹¹ in das deutsche

⁸ LG Köln, MMR 2008, 259, 261; LG Nürnberg-Fürth, BeckRS 2008, 26304; vgl. auch KG MMR 2011, 338, 339.

⁹ *Raue*, NJW 2017, 1841, 1843.

¹⁰ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, Abl. EU L 136/1.

¹¹ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, Abl. EU L 136/28.

Recht zum 1. Januar 2022¹² einige ganz wesentliche und in der Sache durchaus sinnvolle Neuerungen ergeben, die in ihrer konkreten Ausgestaltung allerdings stark ausdifferenziert und damit nicht unbedingt übersichtlich geraten sind.

1. Verbraucherverträge über die Bereitstellung eines digitalen Produkts

a) Allgemeines

Zuallererst sind dabei natürlich die Verträge zu nennen, bei denen gemäß § 327 Abs. 1 BGB ein Unternehmer einem Verbraucher gegen Zahlung eines Preises ein digitales Produkt bereitstellt. Unter den Oberbegriff des digitalen Produkts fallen dabei die in § 327 Abs. 2 Satz 1 BGB legaldefinierten digitalen Inhalte ebenso wie die digitalen Dienstleistungen, deren Legaldefinition man in § 327 Abs. 2 Satz 2 BGB findet.

Software als solche fällt dabei gewiss unter den Begriff des digitalen Produkts.¹³ Ob sie nun aber ein digitaler Inhalt oder eine digitale Dienstleistung ist, lässt sich nicht einheitlich beurteilen. Entscheidend ist vielmehr die Art und Weise der Bereitstellung im konkreten vertraglichen Kontext. Erhält der Verbraucher die Software etwa dauerhaft zur eigenen Nutzung auf einem eigenen Datenträger überlassen, wird man sie unter die digitalen Inhalte nach § 327 Abs. 2 Satz 1 BGB subsumieren.¹⁴ Eröffnet der Unternehmer dem Verbraucher demgegenüber lediglich die Möglichkeit, die Software über eine Cloud-Lösung zu nutzen – der Richtliniengeber spricht insoweit von „Software as a Service“ –, wird man insoweit eine digitale Dienstleistung anzunehmen haben.¹⁵

Für die Frage nach den Unternehmerpflichten ist diese Zuordnung letztlich aber nur in Randbereichen der §§ 327 ff. BGB entscheidend. Diese definieren für den Unternehmer nämlich ein Leistungsprogramm, das – jedenfalls weitgehend – von der Art des digitalen Produkts ebenso unabhängig ist wie von der typologischen Zuordnung des Vertrags etwa als Kauf-, Werk-, Miet- oder als Herstellerleasingvertrag.

¹² Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25. Juni 2021, BGBl. I, S. 2123.

¹³ MüKoBGB/Metzger (9. Aufl. 2022), § 327 Rn. 7; s. auch Erwägungsgrund 19 zur RL (EU) 2019/770.

¹⁴ Riehm, RD 2022, 209 Rn. 9.

¹⁵ Riehm, RD 2022, 209 Rn. 9; s. auch Erwägungsgrund 19 zur RL (EU) 2019/770.

b) Zwei Anspruchsgrundlagen für die Bereitstellung von Sicherheits-Updates innerhalb der §§ 327 ff. BGB

Und wenn man sich dieses durch §§ 327 ff. BGB definierte Leistungsprogramm des Unternehmers einmal genauer anschaut, dann stößt man auf zwei Anspruchsgrundlagen, aufgrund derer der Verbraucher von seinem Vertragspartner die Bereitstellung einer Sicherheitsaktualisierung seiner Software verlangen kann.

Ausgangspunkt ist § 327d i.V.m. § 327e Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach der Unternehmer dem Verbraucher das digitale Produkt so bereitzustellen hat, dass es den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Anforderungen an die Integration entspricht. Zu den objektiven Anforderungen gehört dabei gemäß § 327e Abs. 3 Nr. 2 BGB ausdrücklich der Sicherheitsstandard, der bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und den der Verbraucher unter Berücksichtigung der Art des digitalen Produkts erwarten kann. Der Verbraucher hat demnach also zunächst einen primären Leistungsanspruch, dass die ihm bereitzustellende Software bis zu einem gewissen, später noch näher zu konkretisierenden Grad frei von sicherheitsrelevanten Schwachstellen ist. Und daraus folgt dann, dass ein digitales Produkt, das im maßgeblichen Zeitpunkt der Bereitstellung (§ 327b Abs. 3 BGB) diesen Sicherheitsstandard nicht erreicht, schon anfänglich mangelhaft ist und der Verbraucher gegen den Unternehmer deshalb einen Anspruch auf Nacherfüllung aus § 327i i.V.m. § 327i Nr. 1 BGB hat. Wie der Unternehmer diesem gegen ihn gerichteten Nacherfüllungsanspruch gerecht wird, ist dabei anders als im Kaufrecht ihm selbst überlassen.¹⁶ Es liegt aber mehr als nahe, dass er diesen Anspruch des Verbrauchers entweder durch die Bereitstellung einer Sicherheitsaktualisierung der Software oder aber durch die Bereitstellung einer neuen Version, die den geschuldeten Sicherheitsstandard erreicht, erfüllen wird.

Aber: Im Hinblick auf die Sicherheit der bereitgestellten Software hat der Unternehmer damit seine Pflichten gegenüber dem Verbraucher noch lange nicht endgültig erfüllt. Aus § 327f Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB ergibt sich nämlich, dass der Unternehmer während des nach § 327f Abs. 1 Satz 3 BGB maßgeblichen Zeitraums zugunsten des Verbrauchers die Bereitstellung von Aktualisierungen sicherzustellen hat, die im Vertrag vereinbart oder – und das ist das eigentlich Spannende an dieser Vorschrift – für den Erhalt des üblichen und erwartbaren Sicherheitsstandards

¹⁶ Heydn, CR 2021, 709 Rn. 14.

des digitalen Produkts erforderlich sind. Tut der Unternehmer das nicht, wird das digitale Produkt gemäß § 327e Abs. 2 Nr. 3 BGB bzw. gemäß § 327e Abs. 3 Nr. 5 BGB nachträglich mangelhaft und der Verbraucher erhält gegen den Unternehmer wiederum einen Anspruch auf Nacherfüllung aus § 327i i.V.m. § 327i Nr. 1 BGB.¹⁷

c) **Paketverträge etc.**

Diese beiden Nacherfüllungsansprüche betreffen unmittelbar zunächst nur den Fall, dass der Vertrag nach § 327 Abs. 1 BGB die Bereitstellung eines reinen Softwareprodukts zum Gegenstand hat. Aus § 327a Abs. 1 und 2 BGB ergibt sich aber, dass der Verbraucher in Bezug auf die Software diese beiden Formen der Nacherfüllung auch dort verlangen kann, wo die Software entweder – wie es im Gesetz heißt – im „Paket“ mit Sachen oder Dienstleistungen vertrieben wird oder in einer Sache als Vertragsgegenstand enthalten oder mit dieser verbunden ist.¹⁸ Beispiele dafür sind etwa der Erwerb eines Netflix-Abos zusammen mit dem Erwerb eines neuen Fernsehgeräts oder einer App zusammen mit dem Abschluss eines Nutzungsvertrags mit einem Fitnessstudio.

2. **Verbrauchsgüterkaufverträge über Waren mit digitalen Elementen**

Grundsätzlich sind demnach die §§ 327 ff. BGB also unabhängig davon anwendbar, ob dem Verbraucher die Software allein oder zusammen mit anderen Leistungen des Unternehmers bereitgestellt wird. Wie so häufig gilt aber auch hier: Keine Regel ohne Ausnahme. Insbesondere die Firmware-Fälle unterwirft der Gesetzgeber über § 327 Abs. 3 BGB den kaufrechtlichen Bestimmungen, präziser gesagt: den Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkaufvertrag.¹⁹ Diese Ausnahme hat ihren Grund in der notwendigen Abstimmung der Anwendungsbereiche von Digitale-Inhalte-Richtlinie und Warenkaufrichtlinie, bedeutet inhaltlich aber natürlich nicht, dass der Verbraucher hier keinen Anspruch auf die Beseitigung von Mängeln in Form von sicherheitsrelevanten Schwachstellen der Firmware hätte. Für den Fall eines anfänglichen Mangels ergibt sich der Nacherfüllungsanspruch dann aber aus § 439 Abs. 1, § 437 Nr. 1 i.V.m. § 475b Abs. 4 Nr. 1 und § 434 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Nach Maßgabe von § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB kann aber auch eine Ware

¹⁷ MüKoBGB/*Metzger* (9. Aufl. 2022), § 327f Rn. 2.

¹⁸ *Wendehorst*, NJW-Sonderausgabe: Neues Schuldrecht/2021, 17 Rn. 7.

¹⁹ *Wiesemann*, MMR 2022, 343.

mit digitalen Elementen nachträglich aktualisierungsbedürftig werden, wenn sie nach dem Gefahrübergang ihre vertragsgemäße Beschaffenheit, insbesondere im Hinblick auf die Sicherheit, verliert. Hier ergibt sich der Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers dann aus §§ 439 Abs. 1 i.V.m. § 437 Nr. 1 und § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB.²⁰

Danach hat der Verbraucher gegen den Unternehmer grundsätzlich auch in den Ausgangsbeispielen des Routers und der Alarmanlage grundsätzlich einen Anspruch auf Sicherheitsupdates, nur eben nicht auf Grundlage von §§ 327 ff. BGB. Hinzuweisen ist freilich darauf, dass die §§ 327 ff. BGB auf eine Ware mit digitalen Elementen dann doch wieder anwendbar werden, wenn der Verbraucher diese aufgrund eines anderen Vertrags als einem Kaufvertrag überlassen bekommt.²¹ Der Hintergrund dafür ist, dass im Hinblick auf diese anderen Vertragstypen von vornherein keine Abstimmung zwischen der Digitale-Inhalte-Richtlinie einerseits und der Warenkaufrichtlinie andererseits erforderlich ist.

3. Andere Verträge als Verbraucherverträge

Leider – manche sagen allerdings auch „zum Glück!“ – gilt das besondere digitale Vertrags- und Leistungsstörungenrecht aber nur bei Verbrauchergeschäften. Das bedeutet, dass Verträge über Software und Waren mit digitalen Inhalten insbesondere im unternehmerischen Verkehr mit den allgemeinen Bordmitteln des bürgerlichen Rechts erfasst werden müssen.²² Deshalb wird hier die typologische Zuordnung des Vertrags dann doch wieder relevant²³ und es ergibt sich wegen der Ansprüche auf Beseitigung sicherheitsrelevanter Schwachstellen eines digitalen Produkts folgendes Bild:

- Überlässt die eine Vertragspartei der anderen eine Software oder eine Ware mit digitalen Elementen aufgrund eines Miet- oder eines Herstellerleasingvertrags, so ergibt sich der Anspruch des Mieters bzw. Leasingnehmers auf Beseitigung eines anfänglichen Sicherheitsmangels aus § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Beseitigung später entstehender Sicherheitsmängel kann der Mieter bzw. Leasingnehmer von seinem Vertragspartner ebenfalls verlangen, und zwar

²⁰ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18, 20.

²¹ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18, 19.

²² Heydn, CR 2021, 709 Rn. 50.

²³ Heydn, CR 2021, 709 Rn. 51.

aufgrund von § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB.²⁴

- Handelt es sich bei dem Vertrag hingegen um einen Kauf- oder um einen Werkvertrag, sieht das dispositive Gesetzesrecht ausdrücklich zunächst nur Nacherfüllungsansprüche aus § 439 Abs. 1 i.V.m. § 437 Nr. 1 und § 453 Abs. 1 BGB bzw. aus § 635 Abs. 1 i.V.m. § 634 Nr. 1 BGB wegen bereits bei Gefahrübergang bestehender Mängel vor. Die von Gesetzes wegen hier zunächst nicht vorgesehenen Aktualisierungspflichten haben manche Instanzgerichte dann versucht, dem § 241 Abs. 2 BGB zu entnehmen.²⁵ Im Übrigen sind sie Gegenstand individueller Vereinbarungen zwischen den jeweiligen Vertragsparteien („Softwarepflegevertrag“).²⁶

III. Nacherfüllungsansprüche auf Beseitigung eines anfänglichen (Sicherheits-) Mangels

1. Ausgangspunkt

Wenn ein vertraglicher Anspruch auf Bereitstellung einer Sicherheitsaktualisierung zunächst ein Anspruch auf Beseitigung eines anfänglichen Mangels einer Software oder einer Ware mit digitalen Elementen sein kann, dann ist im Ausgangspunkt zunächst dieser Anspruch näher zu betrachten. Hier ist – unabhängig von der im konkreten Fall jeweils heranzuziehenden Anspruchsgrundlage – stets erforderlich, dass die Software oder die Ware mit digitalen Elementen im maßgeblichen Zeitpunkt der Bereitstellung, der Überlassung oder des Gefahrübergangs einen Mangel aufweist. Ein solcher liegt übergreifend für alle zuvor genannten Vertragstypen vor, wenn der Vertragsgegenstand nicht die Beschaffenheit hat, die er nach dem Inhalt des vertraglichen Versprechens eigentlich haben sollte. Bricht man das weiter auf die Frage nach den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Sicherheitsaktualisierungen herunter, so ist im Ausgangspunkt also zu ermitteln, welches Maß an Sicherheit gegen virtuelle Eindringlinge von außen Software und Waren mit digitalen Elementen aufweisen müssen, um vertragsgemäß zu sein.

²⁴ Vgl. Schneider/Schneider, Handbuch des EDV-Rechts (5. Aufl. 2017), Rn. R 540.

²⁵ OLG Koblenz, NJW-RR 1993, 636; LG Köln, NJW-RR 1999, 1285.

²⁶ Schneider/Schneider/Kahlert, Handbuch des EDV-Rechts (5. Aufl. 2017), Rn. S 1.

2. Die Ermittlung der Soll-Beschaffenheit anhand des bei Vertragsgegenständen derselben Art Üblichen und berechtigterweise Erwartbaren

Nun hat der Gesetzgeber die Sicherheit des digitalen Produkts durch § 327e Abs. 3 Nr. 2 BGB zwar in den Katalog der mängelrelevanten Beschaffenheitsmerkmale aufgenommen, sich im Übrigen aber jeder weiteren Konkretisierung enthalten.

Natürlich sind insoweit die konkreten vertraglichen Abreden als subjektive Anforderungen an den Vertragsgegenstand zu beachten. Hier besteht an sich ein recht großer privatautonomer Gestaltungsspielraum. Zu beachten ist freilich, dass die objektive Anforderung gem. § 327e Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB eine Mindestanforderung darstellt, die – vorbehaltlich des für Sicherheitsfragen praktisch nicht relevanten § 327h BGB – durch abweichende, subjektiv vereinbarte Anforderungen nicht unterschritten werden darf.²⁷ Diese objektive Anforderung des bei Vertragsgegenständen derselben Art Üblichen und Erwartbaren definiert damit einen gewissen Mindeststandard, der nicht nur im Kauf-, Werk- und Digitalvertragsrecht gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, sondern auch im Mietrecht zur Bestimmung der Soll-Beschaffenheit dient.

a) Gibt es bei Softwareprodukten überhaupt eine übliche und erwartbare Soll-Beschaffenheit?

Freilich wurde in Bezug auf Softwareprodukte früher tatsächlich vereinzelt vertreten, dass hier eine Ermittlung der Soll-Beschaffenheit anhand der objektiven Kriterien von Üblichkeit und Erwartbarkeit wegen der Eigenart des Vertragsgegenstands von vornherein ausscheiden müsse.²⁸ Diese aus den 1990er Jahren stammende Auffassung war natürlich von Anfang an zweifelhaft, seit der Einführung des § 453 Abs. 1 BGB zum 1.1.2002, durch den die grundsätzliche Anwendbarkeit von Kaufrecht auf zur dauerhaften Überlassung eines Vervielfältigungsstücks einer Software verpflichtende Verträge klargestellt werden sollte,²⁹ allenfalls noch mit Mühe aufrechtzuerhalten; spätestens mit der Beschreibung des Produktmangels in § 327e BGB hat sie aber jede Grundlage verloren.

²⁷ MüKoBGB/Metzger (9. Aufl. 2022), § 327e Rn. 25.

²⁸ Vgl. Marly, Praxishandbuch Softwarerecht (7. Aufl. 2018), Rn. 1450, der referiert, dass das OLG Stuttgart diese Auffassung in seiner Rechtsprechung vertreten habe, dafür aber leider keine Fundstelle benennt.

²⁹ S. nur Jauernig/Berger, BGB (18. Aufl. 2021), § 453 Rn. 11.

Dabei ist es aber in der Tat nicht gerade einfach, einen solchen objektiven Maßstab zu definieren, was häufig mit der rasanten technischen Entwicklung begründet wird.³⁰ Ausgangspunkt für eine objektive Soll-Beschaffenheit sei jenseits gewisser Minimalanforderungen deshalb die Bildung von Leistungsklassen, aufgrund von deren vergleichender Betrachtung ein IT-Sachverständiger dann übliche und erwartbare Beschaffenheitsmerkmale definieren könne.³¹

b) Berechtigte Erwartung von absoluter Sicherheit?

Vielleicht könnte man es sich aber mit Blick auf die übliche und erwartbare Abwesenheit von sicherheitsrelevanten Schwachstellen einer Software demgegenüber auch ganz einfach machen und schlicht die absolute Sicherheit der Software oder des sonstigen digitalen Produkts für legitimerweise erwartbar erklären. In diesem Fall dürfte der Vertragsgegenstand dann erstens natürlich keine Schwachstellen aufweisen, die bereits zur Zeit seiner Bereitstellung an den Nutzer bekannt sind. Zweitens wäre er aber auch wegen erst später als solcher erkennbarer Schwachstellen als von Anfang an mangelhaft anzusehen. Konstruierbar wäre solch ein anfänglicher Mangelbegriff durchaus, und zwar indem man annimmt, dass jeder auch erst später erkennbare Mangel im maßgeblichen Zeitpunkt der Bereitstellung, der Überlassung oder des Gefahrübergangs wenigstens im Kern angelegt war.³²

Tatsächlich ist dieser Weg zur Bestimmung der Sollbeschaffenheit – auch wenn er noch so verführerisch einfach klingen mag – aber gleich aus mehreren Gründen nicht gangbar. Zunächst bestünde die Konsequenz nämlich darin, dass jede sicherheitsrelevante Schwachstelle, die erst nach Bereitstellung, Überlassung oder Gefahrübergang aber während der offenen Verjährungsfrist erkennbar wird, einen anfänglichen Mangel darstellte und bei Verbraucherverträgen bereits aufgrund von § 327i i.V.m. § 327i Nr. 1 und § 327e Abs. 3 Nr. 2 BGB zu ersetzen wäre. Für § 327f BGB bliebe dann nur noch Raum für sicherheitsrelevante Schwachstellen, die erst nach dem Ablauf der Verjährungsfrist bekannt werden. Bei Softwaremietverträgen zwischen Unternehmern wäre § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB sogar völlig gegenstandslos. Das beides kann aber schwerlich den Intentionen des Gesetzgebers entsprechen.

Es kommt hinzu, dass Software – auch hinsichtlich ihrer Absicherung gegen Angriffe

³⁰ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht (7. Aufl. 2018), Rn. 1450.

³¹ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht (7. Aufl. 2018), Rn. 1450.

³² Vgl. OLG Schleswig, NJW-RR 2009, 1065, 1066.

von außen – anerkanntermaßen niemals vollkommen fehler- und schwachstellenfrei programmiert werden kann.³³ Ein Sicherheitsstandard aber, den ein digitales Produkt bereits seiner Art nach von vornherein nicht erreichen kann, kann auch nicht die übliche Beschaffenheit eines solchen Produkts definieren.³⁴

c) Programmierung gemäß dem Stand der Technik

Wenn die Soll-Beschaffenheit einer Software im Hinblick auf ihre Sicherheit danach nicht mit vollkommener Freiheit von sicherheitsrelevanten Schwachstellen übersetzt werden kann, dann stellt sich die Frage, wie man stattdessen die objektiv übliche und vom Nutzer vernünftigerweise erwartbare Sicherheitsbeschaffenheit einer Software juristisch so beschreiben kann, dass sie in einem etwaigen Prozess unter Hinzuziehung eines Sachverständigen handhabbar wird.

Der BGH hat in Bezug auf die werkvertragliche Mängelhaftung in der Vergangenheit schon mehrfach davon gesprochen, dass eine Software jedenfalls dem Stand der Technik bei einem mittleren Ausführungsstandard genügen müsse.³⁵ In der obergerichtlichen Rechtsprechung finden sich entsprechende Aussagen auch vor dem Hintergrund der kaufrechtlichen Mängelhaftung.³⁶ Diese Bestimmung der objektiven Soll-Beschaffenheit nimmt mit dem Abstellen auf den Stand der Technik letztlich Anleihen beim produkthaftungsrechtlichen Fehlerbegriff des § 3 ProdHaftG.³⁷ Der damit einhergehende wenigstens näherungsweise Gleichlauf zwischen dem produkthaftungsrechtlichen Fehler und dem vertragsrechtlichen Mangel erscheint durchaus plausibel. Denn erstens schützt § 3 ProdHaftG die legitimen Sicherheitserwartungen des Verkehrs an ein Produkt zur Zeit der Inverkehrgabe durch den Hersteller und es leuchtet nicht ein, weshalb die legitimen Sicherheitserwartungen eines Verkehrsteilnehmers andere sein sollten, wenn er dasselbe, neuwertige Produkt später von einem Vertragspartner überlassen bekommt.

³³ S. etwa Leupold/Wiebe/Glossner/Wiesner, IT-Recht (4. Aufl. 2021), Teil 10.6 Rn. 41; Günther, Produkthaftung für Informationsgüter (2001), S. 208; Raue, NJW 2017, 1841; Rockstroh/Peschel, NJW 2020, 3345 Rn. 1

³⁴ Vgl. Jauernig/Mansel, BGB (18. Aufl. 2021), § 633 Rn. 6; Rn. Taeger/Pohle/Ammann, Computerrechts-Handbuch (Stand: Mai 2022), Teil 32.2 Rn. 61; Riehm/Abold, CR 2021, 530 Rn. 49.

³⁵ BGH, NJW-RR 1992, 556, 557; 2004, 782, 783; wohl zust. Lejeune, ITRB 2023, 18, 25.

³⁶ OLG Brandenburg, CR 1999, 748, 749; ebenso Schuster/Grützmaker/Diedrich, IT-Recht (1. Aufl. 2020), § 434 Rn. 25.

³⁷ Vgl. BeckOGK BGB/Goehl (Stand: 1.10.2022), § 3 ProdHaftG Rn. 64.

Und zweitens hat die Rechtsprechung auch in Bezug auf andere Vertragsgegenstände den üblichen und erwartbaren Sicherheitsstandard dem Stand der Technik entlehnt, und zwar namentlich in Bezug auf den Kauf von Kraftfahrzeugen.³⁸

Gegen dieses Vorgehen bei der Bestimmung der Soll-Beschaffenheit einer Software wurde nun zwar gelegentlich eingewandt, dass es gewissermaßen den Goldsicherheitsstandard des Branchenprimus‘ für eine gesamte Branche verbindlich setze, was aber unverhältnismäßig sei.³⁹ Doch dürfte diesem Einwand ein zu strenges Verständnis vom Stand der Technik und den daraus abzuleitenden Sicherheitserwartungen des Verkehrs oder des einzelnen Nutzers zugrunde liegen. Denn natürlich bietet ein Mercedes der G-Klasse beim Aufprall auf ein Hindernis dem Fahrer eine ganz andere Sicherheit als ein Smart. Ebenso natürlich können beide Fahrzeugtypen aber dem Stand der Technik entsprechen und damit beide unter Sicherheitsaspekten fehler- und mangelfrei sein.⁴⁰ Das folgt daraus, dass der Stand der Technik stets für jede Produktklasse selbständig zu ermitteln ist⁴¹ und die beiden im Beispiel genannten Fahrzeuge nun einmal unterschiedlichen Klassen zuzuordnen sind.

Letztlich kommt man hier deshalb nicht umhin, das im Hinblick auf die Sicherheit der Software Übliche und Erwartbare zu ermitteln, indem man zuerst eine Vergleichsklasse bildet, sodann schaut, welche möglichen und zumutbaren Sorgfaltsvorkehrungen ein vernünftiger Hersteller bei der Programmierung eines solchen Softwareprodukts walten ließe und dies schließlich abstimmt auf die – wie es in der Literatur heißt – Gefahrsteuerungspotentiale des Nutzers, für die wiederum der angesprochene Verkehrskreis und nicht zuletzt auch der Preis des Produkts von Bedeutung sind.⁴² Konkret bedeutet das, dass die Software jedenfalls mangelhaft ist, wenn sie bei Bereitstellung, Überlassung oder Gefahrübergang eine sicherheitsrelevante Schwachstelle aufweist, die zu dieser Zeit bereits bekannt ist. Sie ist darüber hinaus aber auch in Bezug auf bei Bereitstellung, Überlassung

³⁸ OLG Hamm, NJW-RR 2009, 485, 486; zust. jurisPK-BGB/*Pammler* (10. Aufl. 2023), § 434 Rn. 115; MüKoBGB/*Westermann* (8. Aufl. 2019), § 434 Rn. 62; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB (2013), § 434 Rn. 90.

³⁹ *Rockstroh/Peschel*, NJW 2020, 3345 Rn. 21.

⁴⁰ Vgl. MüKoBGB/*Wagner* (8. Aufl. 2020), § 823 Rn. 956.

⁴¹ OLG Karlsruhe, NJW-RR 2008, 137, 138; OLG Hamm, NJW-RR 2009, 485, 486; OLG München, NJW-RR 2023, 274 Rn. 22.

⁴² MüKoBGB/*Wagner* (8. Aufl. 2020), § 823 Rn. 954.

und Gefahrübergang zwar objektiv vorhandene, aber noch nicht entdeckte sicherheitsrelevante Schwachstellen mangelhaft, wenn diese Schwachstellen nach dem Stand der Technik für die konkrete Produktklasse hätten erkannt und damit vermieden werden können.

d) Die Feststellung des anfänglichen Mangels und ihr Verhältnis zur Aktualisierungspflicht wegen nachträglich aufgetretener Sicherheitslücken

Die Feststellung von Letzterem mag dabei im Prozess gewiss mit einigen Schwierigkeiten und Unsicherheiten verbunden sein. Immerhin wirkt dieses Problem sich aber jedenfalls, was den Nacherfüllungsanspruch anbelangt, praktisch nicht aus, wenn die Software oder die Ware mit digitalen Inhalten aufgrund eines Verbrauchervertrags gemäß § 327 Abs. 1, § 327a Abs. 1 oder Abs. 2 bzw. aufgrund eines Verbrauchsgüterkaufvertrags über eine Ware mit digitalen Elementen überlassen wurde.⁴³ Sobald nämlich in diesen Fällen nach der Bereitstellung oder dem Gefahrübergang eine sicherheitsrelevante Schwachstelle der Software zutage tritt, wird die Pflicht aus § 327f BGB zur Bereitstellung einer Sicherheitsaktualisierung aktuell; verletzt der Unternehmer seine Pflicht, eine solche Bereitstellung sicherzustellen, so wird die Software nach dem soeben Gesagten automatisch nachträglich mangelhaft und der Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers resultiert jedenfalls aus § 327l, § 327i Nr. 1 i.V.m. § 327e Abs. 3 Nr. 2 und § 327f BGB bzw. aus § 439 Abs. 1, § 437 Nr. 1 i.V.m. § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB.

Im Ergebnis Gleiches gilt, wenn die Software außerhalb eines Verbrauchervertrags aufgrund eines Miet- oder Herstellerleasingvertrags zur Verfügung gestellt wird. Hier ist der nachträglich entstandene Mangel nämlich aufgrund von § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB zu beseitigen.

In allen anderen Fällen – insbesondere bei Kauf- und Werkverträgen über Software oder Waren mit digitalen Elementen zwischen Unternehmern – muss man schon beim Nacherfüllungsanspruch zur Beseitigung eines anfänglichen Mangels die Frage beantworten, ob die später entdeckte sicherheitsrelevante Schwachstelle durch eine unterhalb des geschuldeten Sicherheitsstandards liegende Programmierung verursacht ist und deshalb einen schon bei Gefahrübergang bestehenden, also einen anfänglichen Mangel darstellt. Hier entgeht man diesem Problem nur, wenn

⁴³ Vgl. im Einzelnen MüKoBGB/Metzger (9. Aufl. 2022), § 327f Rn. 6.

die Parteien Ansprüche auf Sicherheitsaktualisierungen individuell vereinbart haben oder man aber mit einigen Instanzgerichten annimmt, dass sich auch im unternehmerischen Verkehr eine Pflicht zur Bereitstellung von Sicherheitsupdates jedenfalls aus § 241 Abs. 2 BGB ableiten lässt.

IV. Sicherheitsaktualisierungen gemäß § 327f BGB

Aufgrund von § 327f Abs. 1 BGB hat der Unternehmer die Bereitstellung von Sicherheitsaktualisierungen sicherzustellen, sofern, soweit und sobald sie für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit eines digitalen Produkts, insbesondere einer Software, erforderlich sind. Wie bereits erwähnt, betrifft diese Unternehmerpflicht alle Verbraucherverträge gemäß § 327 Abs. 1 sowie § 327a Abs. 1 und 2 BGB. Für Verbrauchsgüterkaufverträge über Waren mit digitalen Inhalten gilt § 327f BGB zwar nicht direkt.⁴⁴ Allerdings liegt eine entsprechende Verpflichtung des Unternehmers dem § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB zugrunde.⁴⁵ In keinem Fall hat der Verbraucher allerdings einen primären Leistungsanspruch auf Bereitstellung einer Sicherheitsaktualisierung zu einem bestimmten Zeitpunkt.⁴⁶ Vielmehr gewährt das Gesetz dem Verbraucher lediglich einen Nacherfüllungsanspruch gegen den Unternehmer, wenn dieser die Bereitstellung der erforderlichen Aktualisierung nicht sicherstellt.

1. Die erforderliche Aktualisierung

Das führt unmittelbar zu der ersten entscheidenden Frage, nämlich wann die Bereitstellung einer Sicherheitsaktualisierung für die Software oder die Ware mit digitalen Elementen zugunsten des Verbrauchers erforderlich wird und deshalb von dem Unternehmer sicherzustellen ist.

a) Zwischenzeitlich bekannt gewordene Sicherheitslücken

Dem Gesetz ist hierzu in § 327f Abs. 1 Satz 1 sowie in § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB zunächst zu entnehmen, dass diese Pflicht dann entsteht, wenn die Aktualisierung erforderlich ist, um die Vertragsgemäßheit des Softwareprodukts oder der Ware mit digitalen Elementen aufrechtzuerhalten. Das bedeutet, dass dem Verbraucher

⁴⁴ *Felsch/Kremer/Wagener*, MMR 2022, 18, 21.

⁴⁵ *Riehm/Abold*, CR 2021, 530 Rn. 47.

⁴⁶ *Riehm/Abold*, CR 2021, 530 Rn. 48.

jedenfalls immer dann eine Aktualisierung bereitzustellen ist, wenn die Software oder die Ware mit digitalen Elementen nach der ursprünglichen Bereitstellung an den Verbraucher bzw. nach dem Gefahrübergang nicht mehr der ursprünglich geschuldeten Soll-Beschaffenheit im Hinblick auf die Sicherheit gegen Eindringlinge von außen entspricht.⁴⁷ Spätestens also, sobald eine sicherheitsrelevante Schwachstelle öffentlich bekannt wird, wird zugleich eine Sicherheitsaktualisierung für den Verbraucher erforderlich.

b) Aktive Beobachtungspflichten

Praktisch problematisch ist daran freilich, dass Sicherheitslücken in Softwareprodukten und Waren mit digitalen Elementen häufig nicht sofort behoben werden können, sondern die Programmierung der Aktualisierung eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, und zwar schon aus dem Grund, dass durch ein allzu eilig aufgesetztes Update nicht neue Sicherheitslücken entstehen.

Für den Verbraucher entsteht damit das Problem, dass seine Software oder seine Ware mit digitalen Elementen während der gesamten Zeit zwischen dem öffentlichen Bekanntwerden der Sicherheitslücke und der Bereitstellung der Aktualisierung nicht der vertraglich geschuldeten Soll-Beschaffenheit entspricht, obwohl § 327f BGB doch gerade der Erhaltung⁴⁸ der Soll-Beschaffenheit des Vertragsgegenstands dient und eben nicht darauf beschränkt ist, die Wiederherstellung des vertragsmäßigen Zustands zu irgendeinem in ungewisser Zukunft liegenden Zeitpunkt in Aussicht zu stellen.

Dieser Erhaltungszweck des § 327f BGB legt deshalb die Annahme nahe, dass man für die Erforderlichkeit einer Sicherheitsaktualisierung nicht erst auf den Zeitpunkt des öffentlichen Bekanntwerdens einer Schwachstelle abstellen kann, sondern zeitlich früher ansetzen muss. Anknüpfen könnte man dabei an die produzentenhaftungsrechtlichen Produktbeobachtungspflichten, die der Hersteller ohnehin zu befolgen hat, um fortlaufend die Fehlerfreiheit seines Produkts i.S.d. § 3 ProdHaftG zu gewährleisten.⁴⁹ Erforderlich ist die Sicherheitsaktualisierung demnach schon in dem Moment, in dem der Hersteller bei Beachtung seiner

⁴⁷ BeckOK BGB/*Wendland* (Stand: 1.8.2022), § 327f Rn. 8; MüKoBGB/*Metzger* (9. Aufl. 2022), § 327f Rn. 4.

⁴⁸ MüKoBGB/*Metzger* (9. Aufl. 2022), § 327f Rn. 5.

⁴⁹ *Raue*, NJW 2017, 1841, 1844.

Produktbeobachtungspflichten die Schwachstelle entdeckt bzw. hätte entdecken können. Ein angemessener Zeitraum, um die Sicherheitslücke mit der gebotenen Sorgfalt zu beheben, ist dem Hersteller und darauf aufbauend dem ja meist von dem Hersteller verschiedenen Vertragspartner des Verbrauchers zuzubilligen, ehe der Verbraucher von der Nacherfüllung zu anderen Rechtsbehelfen wechseln kann. Dieser Gedanke klingt jedenfalls auch in § 327I Abs. 1 Satz 2 BGB an.

2. Der Inhalt der Unternehmerpflicht: Sicherstellen der Aktualisierung

Für den Vertragspartner des Verbrauchers sind diese Aktualisierungspflichten aus § 327f BGB, der nicht zugleich auch der Hersteller des Vertragsgegenstands ist, natürlich einigermaßen gefährlich. Er hat nämlich einerseits sicherzustellen, dass der Verbraucher das erforderliche Sicherheitsupdate rechtzeitig bereitgestellt bekommt. Andererseits kann er die anfänglich noch unbekannte Sicherheitslücke aber typischerweise selbst weder entdecken noch gar eine kompensierende Aktualisierung programmieren.⁵⁰ Er ist hierbei vielmehr auf Gedeih und Verderb dem Hersteller ausgeliefert und gerät dementsprechend seinem Vertragspartner gegenüber in die weitere Haftung, wenn der Unternehmer seine Produkte nicht angemessen beobachtet und die notwendigen Sicherheitsaktualisierungen nicht (rechtzeitig) liefert. Zwar mag diese Haftung häufig nicht auf Schadensersatz gerichtet sein, da der von dem Hersteller verschiedene Unternehmer selbst die unterbliebene Bereitstellung nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) und er sich das Unterlassen des Herstellers regelmäßig auch nicht nach § 278 BGB zurechnen lassen muss.⁵¹ Es bleibt aber die von einem unternehmerseitigen Vertretenmüssen unabhängige Möglichkeit, den Vertrag gem. § 327i Nr. 2 i.V.m. § 327m BGB zu beenden. Diese Vertragsbeendigung führt auf der Rechtsfolgende dazu, dass der Vertrag nach Maßgabe des § 327o BGB rückabzuwickeln ist. Für den Fall, dass der Verbrauchervertrag die Bereitstellung der Software nicht als Dauerschuldverhältnis, sondern als punktuellen Austauschvertrag konstruiert, hat der Unternehmer dem Verbraucher dabei nach § 327o Abs. 2 Satz 1 BGB dessen volle erbrachte Leistung zu erstatten, selbst wenn der Verbraucher das digitale

⁵⁰ BeckOGK BGB/*Fries* (Stand: 1.2.2023), § 327f Rn. 5.

⁵¹ *Riehm/Abold*, CR 2021, 530 Rn. 42; *Rieländer*, GPR 2022, 28, 34 f.; s. aber *Hessel/Potel*, RDI 2022, 25 Rn. 15; BT-Drucks. 19/27653, S. 58 f.

Produkt womöglich jahrelang beanstandungslos nutzen konnte.⁵²

Gegen dieses Problem mag der Rückgriff entlang der Lieferkette gemäß § 327u BGB zwar einen gewissen Schutz bieten. Nachdem – worauf in der Literatur bereits zutreffend hingewiesen wurde – dieser Rückgriff aber nur funktioniert, wenn entlang der gesamten Lieferkette deutsches Recht gilt und das nicht unbedingt häufig der Fall ist,⁵³ tut jedes Glied der Lieferkette ausgesprochen gut daran, sich vertragsgestalterisch, so gut es geht, gegen unkooperatives Verhalten des Herstellers abzusichern und auch nur solche Softwareprodukte und Waren mit digitalen Inhalten zu vertreiben, für die der Hersteller die ordnungsgemäße Beobachtung und Aktualisierung hinsichtlich der Sicherheit verbindlich zugesagt hat.

3. Für wie lange bleibt der Unternehmer zur Aktualisierung verpflichtet?

Gem. § 327f Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BGB besteht die Pflicht zur Sicherstellung von Aktualisierungen bei Verträgen, durch welche die Parteien die Bereitstellungspflicht als Dauerschuldverhältnis konstruieren („dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts“) während der gesamten Laufzeit des Dauerschuldverhältnisses, was wenig überrascht und letztlich der hergebrachten Regelung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB entspricht.

Interessanter und freilich auch komplizierter ist demgegenüber die Regelung des § 327f Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BGB, der die Fälle betrifft, in denen der Unternehmer dem Verbraucher das digitale Produkt einmal bereitstellt und das entsprechende Vervielfältigungsstück sodann dauerhaft bei dem Verbraucher verbleibt. Hier dauert die Aktualisierungspflicht so lange an, wie es der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann. Dieser offene Tatbestand liegt natürlich einerseits in der Konsequenz des vertragstypenübergreifenden Regelungskonzepts

⁵² *Riehm/Abold*, CR 2021, 530 Rn. 52; gelingt es demgegenüber dem Verkäufer einer Ware mit digitalen Elementen i.S.d. § 327a Abs. 3 BGB nicht, die Bereitstellung einer notwendigen Sicherheitsaktualisierung sicherzustellen, kann der Käufer den Kaufvertrag nicht nach § 327i Nr. 2 i.V.m. § 327m BGB beenden, sondern lediglich nach § 437 Nr. 2 i.V.m. §§ 346 ff. BGB von dem Vertrag zurücktreten. Die Rückabwicklung erfolgt in diesem Fall aufgrund von § 346 BGB, nach dessen Abs. 1 der zurückgetretene Käufer Ersatz für die zwischenzeitlich geleisteten Nutzungen zu leisten hat.

⁵³ *Heydn*, CR 2021, 709 Rn. 44.

der §§ 327 ff. BGB, geht andererseits aber auch auf Kosten der Rechtssicherheit,⁵⁴ was angesichts der Rückabwicklungsregelung in § 327o Abs. 2 BGB nicht unbedingt sachgerecht ist. Jedenfalls führt der unbestimmte Rechtsbegriff der für das konkrete Produkt berechtigten Verbrauchererwartungen stets zu einer Einzelfallbetrachtung.

Sicherlich kann der Aktualisierungszeitraum gem. § 327f Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BGB nicht mit der Verjährungsfrist für Nacherfüllungsansprüche gleichgesetzt werden.⁵⁵ Das folgt schon daraus, dass die erwartbare Gesamtlebensdauer eines Produkts und die Frist, innerhalb derer der Erwerber Ansprüche zur Beseitigung anfänglicher Mängel geltend machen kann, zweierlei sind. In der Literatur wird wesentlich darauf abgestellt, für welchen Zweck das digitale Produkt geschaffen wurde, namentlich zum langfristigen (z.B. Betriebssystem eines Computers) oder nur zum kurzfristigen Gebrauch (z.B. App für die Besucher eines Musikfestivals).⁵⁶ Bei längerfristig nutzbaren Programmen soll es auf eine – jeweils statistisch zu ermittelnde – übliche Supportdauer⁵⁷ oder aber auf die übliche Nutzungsdauer ankommen.⁵⁸ Ebenso wird man den Preis, den der Verbraucher für ein Computerprogramm entrichtet hat, in die Betrachtung miteinfließen lassen müssen.⁵⁹ Eine gewisse Orientierung mag auch die steuerliche Nutzungsdauer des Vertragsgegenstands bieten.⁶⁰ Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit dieser Ansatz auf die Situation der Verbrauchergeschäfte tatsächlich passt.

Für die Fälle, in denen das digitale Produkt mit einer Sache verbunden ist, wird ferner vorgeschlagen, „die aktualisierungspflichtige Zeit so zu bemessen, dass Verbraucher nicht durch fehlende Updates zur Ersetzung eines im Übrigen noch funktionstauglichen physischen Produkts veranlasst werden“.⁶¹ Das erscheint jedenfalls für die Firmware-Konstellationen sinnvoll, in denen die physische Sache ohne das mit ihr verbundene digitale Produkt nicht nutzbar ist. Zu weitgehend erscheint es allerdings, diesen Gedanken auf alle Fälle des § 327a Abs. 2 BGB auszudehnen. In diesem Fall hätte nämlich derjenige, der einen Computer mit

⁵⁴ MüKoBGB/*Metzger* (9. Aufl. 2022), § 327f Rn. 10.

⁵⁵ BT-Drucks. 19/27653, S. 59; MüKoBGB/*Metzger* (9. Aufl. 2022), § 327f Rn. 11.

⁵⁶ MüKoBGB/*Metzger* (9. Aufl. 2022), § 327f Rn. 12.

⁵⁷ MüKoBGB/*Metzger* (9. Aufl. 2022), § 327f Rn. 13.

⁵⁸ *Heydn*, CR 2021, 709 Rn. 8.

⁵⁹ BeckOGK BGB/*Fries* (Stand: 1.2.2023), § 327f Rn. 17; a.A. MüKoBGB/*Metzger* (9. Aufl. 2022), § 327f Rn. 13.

⁶⁰ BeckOGK BGB/*Fries* (Stand: 1.2.2023), § 327f Rn. 16; *Heydn*, CR 2021, 709 Rn. 8.

⁶¹ BeckOGK BGB/*Fries* (Stand: 1.2.2023), § 327f Rn. 16.

bereits aufgespieltem Betriebssystem erwirbt, zugleich einen Anspruch auf Pflege dieses Betriebssystems, solange nur die Hardware noch einsatzfähig ist.

V. Bedeutung für die Ausgangsbeispiele

Insgesamt erfassen die §§ 327 ff. BGB und § 475b f. BGB die Sicherheitsprobleme einer für sich stehenden Software oder einer Firmware recht gut. Das Problem der unklaren Dauer der Aktualisierungspflicht nach § 327f Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BGB können die betroffenen Unternehmer und Hersteller abmildern, indem sie einen zeitlichen Sicherheitspuffer einplanen; immerhin können sie die entsprechenden Mehrkosten auf die Verbraucher abwälzen.⁶² Problematisch bleibt allerdings der gesamte Bereich der Nicht-Verbraucherverträge – das beträfe von den Ausgangsbeispielen namentlich den Fall des Rhein-Pfalz-Kreises –, in denen die Erwerber digitaler Produkte gerade wegen der Aktualisierungen auf die individuelle Vertragsgestaltung, auf § 241 Abs. 2 BGB und ggf. auf die deliktische Produzentenhaftung angewiesen bleiben.

Ebenfalls problematisch bleiben einige Fälle von Hardware-Sicherheitslücken, und zwar selbst dann, wenn es sich um Verbrauchergeschäfte handelt. Betrachtet man nämlich die „Meltdown“- und „Spectre“-Konstellationen vor dem Hintergrund der §§ 327 ff. BGB, so dürfte es sich in deren Systematik wohl um einen Vertrag nach § 327a Abs. 2 BGB handeln. Hier ordnet § 327 Abs. 2 Satz 2 BGB allerdings an, dass das besondere Digitalvertragsrecht der §§ 327 ff. BGB lediglich für die Softwarekomponente gilt, nicht aber für die schadhafte Hardwarekomponente. Danach hätte – wenn man der Einfachheit halber die Anwendung von Kaufrecht unterstellt – der Käufer aus § 439 Abs. 1 BGB einen Nacherfüllungsanspruch, wenn die Hardware-Sicherheitslücke bereits bei Gefahrübergang bestand. Dabei kann der Unternehmer zum Zwecke der Nachbesserung sich tatsächlich eine Softwareaktualisierung liefern lassen, die den Hardwarefehler kompensiert. Tritt die Hardware-Sicherheitslücke demgegenüber erst später auf und kann sie auch nicht als im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits im Kern angelegt angesehen werden, besteht keine Pflicht nach § 327f Abs. 1 BGB, dem Käufer eine Softwareaktualisierung zur Verfügung zu stellen, die den Hardwarefehler ausgleicht.

⁶² BeckOGK BGB/*Fries* (Stand: 1.2.2023), § 327f Rn. 4.

VI. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Bei einem Vertrag nach § 327 Abs. 1 BGB hat der Verbraucher einen primären Leistungsanspruch, dass eine ihm bereitgestellte Software im Hinblick auf die Sicherheit gegen Angriffe von außen dem Standard genügt, der für eine Software dieser Art üblich ist und von dem Verbraucher legitimerweise erwartet werden kann. Das gilt auch, wenn die Software nicht allein, sondern nach Maßgabe von § 327a Abs. 1 und 2 BGB gemeinsam mit anderen Leistungen als digitalen Produkten vertrieben wird. Ein entsprechender Primäranspruch besteht nach § 475b Abs. 4 Nr. 1 BGB auch bei Verbrauchsgüterkaufverträgen über Waren mit digitalen Inhalten sowie bei Kauf-, Werk-, Miet- und Herstellerleasingverträgen über Software und Waren mit digitalen Elementen zwischen Unternehmern.

In allen diesen Konstellationen besteht ein Anspruch auf Bereitstellung einer Sicherheitsaktualisierung, wenn die Software oder die Ware mit digitalen Inhalten bereits zur Zeit von Bereitstellung, Überlassung oder Gefahrübergang hinter diesem geschuldeten Sicherheitsstandard und damit der vertraglich geschuldeten Soll-Beschaffenheit zurückbleibt.

Bei Verbraucherverträgen über die Bereitstellung von Software und ebenso bei Verbrauchsgüterkaufverträgen über Waren mit digitalen Elementen hat der Verbraucher darüber hinaus einen Anspruch auf Nacherfüllung, wenn der Vertragsgegenstand später hinter diese Soll-Beschaffenheit zurückfällt und der Vertragspartner nicht sicherstellt, dass dem Verbraucher eine für die Erhaltung der Soll-Beschaffenheit erforderliche Sicherheitsaktualisierung bereitgestellt wird.

Einen Anspruch auf Beseitigung nachträglicher Sicherheitsmängel gibt es im unternehmerischen Verkehr nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB bei Miet- und Herstellerleasingverträgen über Software und Waren mit digitalen Elementen. Im Übrigen kann ein Unternehmer eine nachträgliche Sicherheitsaktualisierung an sich nur verlangen, wenn und soweit dies vertraglich vereinbart ist, es sei denn, man möchte entsprechende Leistungsansprüche aus § 241 Abs. 2 BGB oder aus der deliktischen Produzentenhaftung ableiten.

Hinter der geschuldeten Soll-Beschaffenheit bleibt eine Software oder eine Ware mit digitalen Elementen bereits anfänglich zurück, wenn sie im Zeitpunkt von Bereitstellung, Überlassung oder Gefahrübergang eine zu dieser Zeit schon bekannte

Sicherheitslücke aufweist, darüber hinaus aber auch hinsichtlich noch unbekannter Sicherheitslücken, die der Hersteller bei einer Programmierung nach dem Stand der Technik für dieses Produkt hätte erkennen und vermeiden können.

Eine Sicherheitsaktualisierung wird im Sinne von § 327f Abs. 1 BGB erforderlich und ist von dem Vertragspartner des Verbrauchers sicherzustellen, sobald der Hersteller bei Beachtung der produzentenhaftungsrechtlichen Produktbeobachtungspflichten eine Sicherheitslücke erkennen kann, spätestens aber, sobald eine bislang unentdeckte Sicherheitslücke öffentlich bekannt wird. Wie lange diese Aktualisierungspflicht des Unternehmers aufgrund von § 327f Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BGB andauert, hängt sehr stark von den Umständen des einzelnen Falls ab.

