ZJS

Zeitschrift für das Juristische Studium
www.zjs-online.com

Ausgabe 5/2022
S. 637–792
15. Jahrgang

Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, PD Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, RiBVerfG a.D. Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Johanna Wolff

Geschäftsführende Herausgeber: Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Markus Wagner

Schriftleitung: Prof. Dr. Markus Wagner

Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, Akad. Rat a.Z. Dr. Jonas Brinkmann, Prof. Dr. Tim W. Dornis, PD Dr. Matthias Fervers, Prof. Dr. Beate Gsell

Redaktion Öffentliches Recht: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Johanna Wolff

Redaktion Strafrecht: Prof. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Anne Schneider, Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Prof. Dr. Markus Wagner

Webmaster: Prof. Dr. Markus Wagner

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Irina Isabel Pommerenke

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Viel Neues im BGB – Verträge über digitale Produkte und neues Kaufrecht
Teil 3: Pflicht zur Aktualisierung
Von Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld 637

Das Verhältnis von Mängelgewährleistung und Drittbaftung gem. § 311 Abs. 3 BGB
Zugleich ein Beitrag zur Rolle der Sperrwirkung und Subsidiarität in der Methodenlehre
Von Ref. iur. Mats Huster, Schleswig, Wiss. Mitarbeiter Christoph Weber, Bayreuth 638

Zu § 176 Abs. 1 HGB n.F.: Doch noch Haftungsbeschränkungen für „Kann-Kommanditisten"?
Von Stud. iur. Janek Hartig, Berlin 648

Öffentliches Recht

Grundfragen des Glücksspielrechts
Von Wiss. Mitarbeiter Robin Anstötz, Wiss. Mitarbeiter Tobias Lüder, Wiss. Mitarbeiter Florian Tautz, Bochum 655

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Die zivilrechtliche Klausur – Ein praktischer Leitfaden
Von Ass. iur. Dr. Julian Hageböke, B. Sc., Christoph Ruholl, Hamburg 668

Der unterschätzte § 680 BGB in der Klausurbearbeitung
Von Ass. iur. Vincent Weber, Düsseldorf 675

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Strafrecht

Der reformierte Geldwäschetatbestand – Teil 1
Umgang mit einer verfassungsrechtlich zweifelhaften Norm in der Fallprüfung
Von PD Dr. Laura Neumann, München 682

Allgemeines

Grundstruktur einer effizienten Gutachtentechnik
Von Dr. Jannik Weitbrecht, Weimar 687

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Examensübungsklausur: Auf's falsche Pferd gesetzt
Von Dipl.-Jur. Dipl. Rpfl. (FH) Stefan Bohlsen, Hannover, Prof. Dr. Björn Steinrötter, Potsdam 693

Anfängerklausur: Gesetzliche Schuldverhältnisse
Von Jun.-Prof. Dr. iur Jannik Otto, Düsseldorf 700

Fortgeschrittenenhausarbeit: Blankes Vertrauen
Von Wiss. Mitarbeiter Julian Stegerer, Köln 709

Schwerpunktbereichsklausur im Arbeits- und Sozialrecht: Kündigung, Krise und Kurzarbeit
Von Ass. iur. Christiane Waschke, München 718

Übungsfall zu Verträgen über digitale Produkte: Upgrade für den Gutachtenstil
Von Stud. iur. Julia Buschmann, Stud. iur. Alice Mathieu, Bielefeld 729

Öffentliches Recht

Zwischenprüfungsklausur: Tanzen und feiern im Wohngebiet
Von Dr. Timo Dahlmann, Duisburg 735

Vorlesungsabschlussklausur Allgemeines Verwaltungsrecht: Rücktritt von der Prüfung
Von Dr. Benjamin Rusteberg, Bielefeld 746

(Referendar-)Examensklausur: Kommando zurück!
Von Dipl.-Jur. David Preßlein, München 753

Strafrecht

Fortgeschrittenenhausarbeit: Große und kleine Finanzgeschäfte
Von Akad. Rat a.Z. Dr. Stephan Christoph, Augsburg 761

Anfängerübungsklausur: Alte Feindschaft
Von Rechtsanwalt Dr. Julius-Vincent Ritz, Stuttgart 772

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20
(Nothilfe gegen einen Erpresser und ihre Grenzen)
(Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn) 778

BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21
(Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes in einem „Denkzettel"-Fall: Rechtzeitiges Erkennen wesentlicher Merkmale der Haupttat)
(Dr. Siegbert Woring, Köln) 786

BUCHREZENSIONEN

Öffentliches Recht

Heller, Robert F., Strukturen des Steuerrechts, 2022
(Prof. Dr. Kai E. Wünsche, Meißen) 792

Viel Neues im BGB – Verträge über digitale Produkte und neues Kaufrecht

Teil 3: Pflicht zur Aktualisierung

Von Prof. Dr. **Markus Artz**, Bielefeld*

Moderne, vernetzte Waren sowie digitale Produkte zeichnen sich dadurch aus, dass ihre Funktionalität nicht allein dadurch gewährleistet wird, dass sie einmalig fehlerfrei übergeben oder bereitgestellt werden. Vielmehr bedarf es oftmals der Aktualisierung der digitalen Inhalte, Dienstleistungen oder Elemente, was etwa damit zusammenhängen mag, dass sich das digitale Umfeld verändert oder Sicherheitslücken auftreten.

Das neue Recht versucht diesem Umstand dadurch gerecht zu werden, dass eine gesetzliche Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen eingeführt wird. Entsprechende Regelungen finden sich parallel in den Vorschriften zu den Verbraucherverträgen über digitale Produkte und zu Waren mit digitalen Elementen. Den an sich auf den einmaligen Leistungsaustausch ausgerichteten Verträgen über digitale Produkte und über mit solchen verbundenen Waren wird dadurch ein gewisser Aspekt eines Dauerschuldverhältnisses verliehen.

Hinsichtlich digitaler Produkte verpflichtet § 327f BGB den Unternehmer dazu, für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderliche Aktualisierungen bereitzustellen und den Verbraucher entsprechend zu informieren. Der gesetzlich bestimmte Zeitraum, in dem den Unternehmer diese Pflicht zur Aktualisierung trifft, ergibt sich aus § 327f Abs. 1 S. 3 BGB. Danach hat der Unternehmer im Falle der dauerhaften Bereitstellung digitaler Produkte im gesamten Bereitstellungszeitraum die notwendigen Aktualisierungen bereitzustellen, während sich der maßgebliche Zeitraum in allen anderen Fällen, in denen diesbezüglich keine vertragliche Vereinbarung vorliegt, nach der Erwartungshaltung des Verbrauchers bemisst, wobei die Art und der Zweck des Produkts sowie die Umstände und die Art des Vertrags zu berücksichtigen sind.

Verstöße gegen die Aktualisierungspflicht wirken sich auf der Ebene des Gewährleistungsrechts, also auf der Sekundärebene aus. Nach Maßgabe von § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB genügt das digitale Produkt nicht den objektiven Anforderungen, wenn entsprechende Aktualisierungen nicht bereitgestellt wurden bzw. eine entsprechende Information erfolgte. Insoweit liegt bei ausbleibender Aktualisierung ein Produktmangel vor, der dem Verbraucher in erster Linie einen Anspruch auf Nacherfüllung nach § 327i Nr. 1 BGB i.V.m. § 327l BGB zubilligt und ihn anschließend zur Beendigung des Vertrags oder Minderung des Preises berechtigt. In Betracht kommen auch Schadensersatzansprüche nach § 327i Nr. 3 BGB.

Auch die Sonderregelungen zum Kauf von Waren mit digitalen Elementen verorten die Aktualisierungspflicht im Sachmängelgewährleistungsrecht.

Es entsteht ein objektiver Sachmangel an der Ware mit digitalen Elementen, wenn eine notwendige Aktualisierung in dem maßgeblichen Zeitraum nicht bereitgestellt wird, § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB. Auch hier stehen dem Verbraucher die Gewährleistungsansprüche aus § 437 BGB zu. Es zeigt sich gerade an dieser Stelle, dass es zur angemessenen rechtlichen Einbettung der Aktualisierungspflicht notwendig war, sich von dem für die Feststellung der Mangelfreiheit ansonsten maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu lösen. Gewährleistungsansprüche können daher auch bei Waren entstehen, die zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelfrei und makellos waren, bezüglich derer später aber eine notwendige Aktualisierung nicht bereitgestellt wurde. Darin liegt eine der großen und grundlegenden Neuerungen, die die Reform zum 1.1.2022 mit sich gebracht hat. Zu berücksichtigen war dieser Umstand selbstverständlich auch im Hinblick auf die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen. Hier orientiert sich § 475e Abs. 2 BGB am Aktualisierungszeitraum.

Den Parteien steht es allerdings frei, eine von den gesetzlichen Vorgaben abweichende Vereinbarung über die Aktualisierungspflicht zu treffen. Dies ergibt sich für Verträge über digitale Produkte aus § 327h BGB und für Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen aus § 476 Abs. 1 S. 2 BGB. Soweit die hohen Anforderungen an eine solche abweichende Vereinbarung gewahrt werden, besteht die Möglichkeit, die Verpflichtung zur Bereitstellung von Aktualisierungen einzuschränken oder sogar auszuschließen. Durchaus schwierig zu beurteilen ist es, ob dies klauselmäßig möglich ist. Die Frage der Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts richtet sich bei wirksamer vertraglicher Vereinbarung dann nach den darin begründeten Pflichten, § 475b Abs. 3 BGB und § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.

Die Mitwirkungspflichten des Verbrauchers ergeben sich aus § 327f Abs. 2 BGB und § 475b Abs. 5 BGB.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Gesetzgeber dafür entschieden hat, die Pflicht zur Aktualisierung im Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher anzusiedeln, obwohl der Unternehmer, der oftmals nicht der Hersteller des digitalen Produkts sein wird, nicht in der Lage ist, dieser Pflicht unmittelbar nachzukommen. Auf die Einführung eines Direktanspruchs des Verbrauchers gegen den Hersteller hat man verzichtet.

* Der *Verf.* ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bielefeld.

Das Verhältnis von Mängelgewährleistung und Dritthaftung gem. § 311 Abs. 3 BGB

Zugleich ein Beitrag zur Rolle der Sperrwirkung und Subsidiarität in der Methodenlehre

Von Ref. iur. **Mats Huster**, Kiel, Wiss. Mitarbeiter **Christoph Weber**, Bayreuth*

I. Einführung

Normkonkurrenzen sind einer der Schlüssel zur Erfassung des Zivilrechts. Eine der Hauptaufgaben in der Examensvorbereitung besteht darin, die verschiedenen Teilgebiete des Bürgerlichen Rechts miteinander in Beziehung zu setzen und daraus konkrete Schlüsse für die Fallbearbeitung zu ziehen. Die Problematik um das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo (c.i.c) und der Anfechtung zum Kaufrecht ist den meisten Studierenden bekannt. Im Folgenden soll überprüft werden, ob der Vorrang des Kaufrechts auch gegenüber der Dritthaftung gem. § 311 Abs. 3 BGB im Drei-Personen-Verhältnis besteht. Anlass hierfür bietet eine seit langem etablierte und weitgehend unwidersprochene Rechtsprechungslinie des BGH. Im Anschluss wird die Rechtsprechung des BGH nochmals aufgegriffen und untersucht, ob der Anspruch gegen den Dritten auch in anderer Weise vom Anspruch gegen den Vertragspartner abhängig ist.

II. Konkurrenz und Sperrwirkung im Umkreis der Mängelgewährleistung

1. Voraussetzungen der Sperrwirkung im Zwei-Personen-Verhältnis

Zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen sind grundsätzlich nebeneinander anwendbar.[1] Soweit eine Sperrwirkung nicht wie bei § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB explizit angeordnet ist, bleibt sie die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.[2] Probleme können jedoch auftreten, wenn sich Anspruchsgrundlagen in ihrem Anwendungsbereich überschneiden, ohne dass ihr Verhältnis gesetzlich geregelt ist. Ein Rechtsinstitut kann Wertungen enthalten, die durch andere Ansprüche umgangen werden können. Eine Umgehung droht, wenn:

- derselbe Anspruch unter geringeren Voraussetzungen gewährt wird,[3]
- ein weitergehender Anspruch unter denselben oder geringeren Vorgaben geltend gemacht werden könnte,[4]
- oder Ansprüche vorgesehen sind, die an anderer Stelle bewusst nicht gewährt werden.[5]

Bei dieser „Aushebelung" einer vorrangigen gesetzlichen Wertung greifen die folgenden Auflösungsregeln:

1. Erfasst eine Anspruchsgrundlage nur Konstellationen, die auch in den Anwendungsbereich einer anderen Norm fallen, und stellt sie darüber hinaus noch zusätzliche Voraussetzungen auf, wird der andere Anspruch im Wege der Spezialität verdrängt.[6]
2. Wenn sich die Anwendungsbereiche zweier Normen teilweise überschneiden und beide darüber hinaus Konstellationen erfassen, die von der jeweils anderen nicht geregelt werden, muss mangels Verankerung im Wortlaut durch Auslegung anhand von Systematik und Telos ermittelt werden, ob einer der drei genannten „Umgehungsfälle" vorliegt.[7] Die Norm, die der maßgeblichen gesetzlichen Wertung nicht entspricht, tritt im Wege der Subsidiarität zurück.

2. Anwendung im Zwei-Personen-Verhältnis

Nun sollen die genannten Konkurrenzregeln anhand eines Beispiels verdeutlicht werden. Ein Klassiker ist das Verhältnis des Kaufrechts zu Ansprüchen aus c.i.c. gerichtet auf Vertragsaufhebung und zur Anfechtung.

> *Beispielsfall 1*: Gebrauchtwagenhändler A verkauft im eigenen Namen an B einen 5 Jahre alten Opel Corsa. A hat infolge Fahrlässigkeit übersehen, dass der Wagen einen behebbaren Motorschaden hat und klärt B deshalb auch nicht über den Mangel auf. B möchte sich nun vom Vertrag lösen, da er den Vertrag unter diesen Umständen nicht abgeschlossen hätte.

Das Kaufrecht regelt die Voraussetzungen von Ansprüchen zwischen den Vertragsparteien. Abweichungen von allgemeinen Vorschriften sind unter anderem der Vorrang der Nacherfüllung („Recht zur zweiten Andienung") gem. §§ 437, 439 BGB (genaueres siehe unten), der Haftungsausschluss bei Kenntnis des Käufers gem. § 442 Abs. 1 BGB und die Verjährung nach § 438 BGB. Diese vorrangigen Wertungen könnten durch Anwendung allgemeinerer Vorschriften umgangen werden.

C.i.c., Anfechtung und das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht haben im Verhältnis zueinander eigenständige Anwendungsbereiche.[8] Daher handelt es sich um die Konstellation des „teilweisen Überschneidens", bei der durch Auslegung anhand von Systematik und Telos ermittelt werden muss, welches Rechtsinstitut aufgrund eines Wertungswiderspruches im Wege der Subsidiarität zurücktritt (II. 1. Nr. 2).[9]

---

* Der Autor *Huster* ist Rechtsreferendar am Landgericht Kiel. Der Autor *Weber* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht der Universität Bayreuth (Prof. *Dr. Jessica Schmidt*).

[1] BGHZ 9, 301; 100, 190 (201); *Bachmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 41; *Mertens*, AcP 203 (2003), 818 (821); *Thomale*, JuS 2013, 295 (296 f.).
[2] *Kuhn*, Jura 2013, 975; *ders.*, AcP 221 (2021), 845 (848 f.).
[3] *Kuhn*, Jura 2013, 975 (976).
[4] *Kuhn*, Jura 2013, 975 (976).
[5] *Kuhn*, Jura 2013, 975 (976).
[6] *Bachmann* (Fn. 1), § 241 Rn. 37.
[7] *Bachmann* (Fn. 1), § 241 Rn. 37.
[8] *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 268.
[9] *Larenz* (Fn. 8), S. 268.

Die Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB und Ansprüche aus c.i.c. infolge mangelhafter Leistung setzen keine Fristsetzung voraus und enthalten keine mit § 442 Abs. 1 BGB vergleichbare Regelung. Deswegen könnten der Vorrang der Nacherfüllung („Recht zur zweiten Andienung") und § 442 Abs. 1 BGB als vorrangige Wertungen über eine „Aufhebung" des Vertrags durch Anfechtung oder c.i.c. umgangen werden.[10] Um diesen Wertungswiderspruch aufzulösen, sperrt das Kaufrecht die Anwendung dieser Vorschriften.[11]

Im Beispielsfall 1 kann B deshalb keinen Anspruch aus c.i.c. auf Vertragsaufhebung geltend machen und eine Anfechtung wegen § 119 Abs. 2 BGB ist ausgeschlossen.

Eine Ausnahme wird nur bei dem arglistig über einen Mangel täuschenden Verkäufer gemacht, der aufgrund der Wertungen des § 438 Abs. 3 BGB sowie § 444 BGB und wegen der durch die Täuschung entbehrlichen Fristsetzung bei Rücktritt und Schadensersatz von den §§ 434 ff. BGB nicht geschützt wird.[12] Deswegen kann eine gesetzliche Wertung durch allgemeinere Vorschriften nicht umgangen werden. § 123 BGB und c.i.c. bleiben anwendbar.[13]

III. Konkurrenzsituation im Drei-Personen-Verhältnis

Die bisherigen Ausführungen zur Konkurrenz von Mängelgewährleistung und c.i.c. gehören in der juristischen Ausbildung zum Standardwissen.

Eine schwierigere Frage wirft die Konkurrenz von Mängelgewährleistungshaftung und Dritthaftung gem. § 311 Abs. 3 BGB auf. Wie üblich im Drei-Personen-Verhältnis sind auch hier die Wertungen schwieriger nachzuvollziehen. Dies spricht jedoch gerade für die Beschäftigung mit dieser Fragestellung, da man so das eigene Verständnis für Mehrpersonen-Verhältnisse und Gesetzeskonkurrenz insgesamt schärfen kann.

1. Allgemeines zur Konkurrenz im Drei-Personen-Verhältnis

Bei Drei-Personen-Verhältnissen können sich die Anwendungsbereiche zweier Normen nicht vollständig decken oder überschneiden, da an den jeweiligen Rechtsverhältnissen mindestens eine andere Person beteiligt ist. Die Kollisionsregeln aus dem Zwei-Personen-Verhältnis, die an ein Überschneiden anknüpfen, sind daher zumindest nicht direkt anwendbar.

Grundsätzlich bestehen Ansprüche gegen verschiedene Schuldner ebenfalls unabhängig voneinander. Unter gewissen Umständen können Ansprüche inhaltlich stärker miteinander zusammenhängen und die Voraussetzungen einer Gesamtschuld gem. § 421 S.1 BGB erfüllen.[14]

Teilweise ist aber auch der Anspruch gegen einen Schuldner durch das Bestehen eines Anspruchs gegen einen anderen Schuldner nach den Regeln der Subsidiarität gesperrt.[15] Dies kann sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben wie beispielsweise in § 2329 Abs. 1 S. 2 BGB[16] oder § 822 BGB.[17]

Vereinzelt mangelt es jedoch an einer gesetzlichen Bestimmung. Dann muss ähnlich wie im Zwei-Personen-Verhältnis vorgegangen werden, um Fälle der ungeschriebenen Subsidiarität zu identifizieren. Dies soll nun anhand eines bekannten Konkurrenzverhältnisses im Drei-Personen-Verhältnis aufgezeigt werden.

a) Verhältnis von Leistungs- zu Nichtleistungskondiktion

Nach dem Subsidiaritätsprinzip hat die Leistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB Vorrang vor der Nichtleistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB gegen einen dritten Empfänger. Rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen sollen vorrangig innerhalb von Leistungsbeziehungen rückabgewickelt werden. Dies wird hauptsächlich mit der bei der Auswahl des Vertragspartners betätigten Privatautonomie begründet.[18] Die Parteien sollen darauf vertrauen können, dass sie ihre Einwendungen gegen den vermeintlichen Vertragspartner geltend machen können und dass sie nur dessen und nicht das Insolvenzrisiko eines Dritten tragen.[19] Eine Nichtleistungskondiktion könnte zudem den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten aushebeln.[20]

b) Methodische Einordung

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung in Mehrpersonen-Verhältnissen wird maßgeblich durch Wertungen bestimmt, die an anderer Stelle des Gesetzes getroffen werden.[21] Dadurch sollen Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsordnung vermieden werden.[22]

Letztendlich wird eine systematische Auslegung vorgenommen. Das Ziel dieser Auslegungsmethode ist die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.[23] Dazu werden unter anderem Normen so ausgelegt, dass sie mit allgemeinen Prinzipien und gesetzlichen Wertungen vereinbar sind.[24]

Wenn ein Dritter eine Nichtleistungskondiktion geltend machen könnte, obwohl zwischen zwei Personen eine Leistungsbeziehung besteht, bestände ein Widerspruch zu dem Rechtsgrundsatz der Privatautonomie und der Systementscheidung für den gutgläubigen Erwerb (siehe oben). Um diesen Widerspruch aufzulösen, wurde im Wege systematischer Aus-

[10] *Höpfner*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.9.2022, § 437 Rn. 14; *R. Schulze/Ebers*, JuS 2004, 462 (463).
[11] BGH NJW 1973, 1234.
[12] *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 311 Rn. 15.
[13] BGH NJW 1973, 1234.
[14] Zur Diskussion um die genauen Voraussetzungen *Heinemeyer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 421 Rn. 9.
[15] *Thomale*, JuS 2013, 295 (299).
[16] *Lange*, in Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 2329 Rn. 6.
[17] *Martinek/Heine*, in: Juris-PraxisKommentar zum BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, § 822 Rn. 1; *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 822 Rn. 1.
[18] *Thöne*, JuS 2019, 193 (194).
[19] *Thöne*, JuS 2019, 193 (194).
[20] *Thöne*, JuS 2019, 193 (196).
[21] *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2022, § 5 Rn. 5.
[22] *Staake* (Fn. 21), § 5 Rn. 5.
[23] *Schäfers*, JuS 2015, 875 (878).
[24] *Schäfers*, JuS 2015, 875 (878).

legung der Grundsatz der Subsidiarität der Nichtleistungskondiktion entwickelt.[25] Das Bestehen einer Leistungsbeziehung schließt daher eine Nichtleistungskondiktion aus, sodass die genannten Wertungen nicht unterlaufen werden können.

c) Abstrakte Kriterien

Bevor in das konkrete Beispiel eingestiegen wird, soll noch einmal der anfangs vorgestellte Kriterienkatalog im Hinblick auf das Drei-Personen-Verhältnis modifiziert werden. Wie im Zwei-Personen-Verhältnis auch, ist die Subsidiarität und gegenseitige Abhängigkeit der Ansprüche mangels gesetzlicher Anordnung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.[26]

Im Drei-Personen-Verhältnis kann dabei gerade nicht darauf abgestellt werden, dass Anspruchsvoraussetzungen umgangen werden. Die Ansprüche bestehen zwischen verschiedenen Personen. Stattdessen ist maßgeblich, ob durch ein Nebeneinander zweier Ansprüche gesetzliche Wertungen zugunsten oder zulasten eines der potenziellen Anspruchsgegner unterlaufen werden. Bei Vorliegen eines Wertungswiderspruchs muss durch systematische Auslegung Widerspruchsfreiheit hergestellt werden. Das Verhältnis kann dann folgendermaßen aufgelöst werden:

1. Werden im Drei-Personenverhältnis durch die Geltendmachung eines Anspruchs in dem einen Verhältnis die Wertungen eines Anspruchs in dem anderen Verhältnis unterlaufen, tritt ersterer im Wege der Subsidiarität zurück.[27] In diesen Fällen geht es um den Schutz des Schuldners des vorrangigen Anspruchs.
2. Möglich ist aber auch, dass der Zweck des zurücktretenden Anspruchs die Subsidiarität erfordert. Dann würde bei einer parallelen Anwendung nicht eine Wertung der vorrangigen, sondern der subsidiären Anspruchsgrundlage umgangen werden. In diesem Fall geht es um den Schutz des Schuldners des zurücktretenden Anspruchs.

2. Ungeschriebene Subsidiarität der Dritthaftung gem. § 311 Abs. 3 BGB gegenüber der Mängelgewährleistungshaftung des Verkäufers gem. § 439 Abs. 1 BGB nach dem BGH und der h.M.

Um dies zu veranschaulichen und einen Fall der ungeschriebenen schwachen Subsidiarität vorzustellen, fügen wir der eingangs betrachteten Konstellation der Konkurrenz zwischen c.i.c. und Mängelgewährleistung eine weitere Person hinzu. Im Zentrum der Betrachtung steht deshalb die Dritthaftung gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB.

Wie sich aus der systematischen Stellung innerhalb des § 311 BGB und der Formulierung „auch" ergibt, handelt es sich dogmatisch gesehen um einen Fall der c.i.c.[28] Grundlage der in Abs. 3 kodifizierten Haftung ist, wie sich aus S. 2 ergibt, primär die Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens durch den Dritten.[29]

Darüber hinaus ist für diese Konstellation auch die Fallgruppe des wirtschaftlichen Eigeninteresses (procurator in rem suam) anerkannt, wobei deren Anwendungsbereich eher schmal ist.[30] Im Folgenden wird daher die Dritthaftung infolge der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens zugrunde gelegt. Dabei ist in den hier interessierenden Konstellationen vor allem die Fallgruppe des Agenturgeschäfts eines Gebrauchtwagenhändlers in der BGH-Judikatur stark vertreten.[31]

> *Beispielsfall 2*: B betreibt einen Gebrauchtwagenhandel und bietet im Namen der V im Internet einen gebrauchten Skoda zum Verkauf an. Auf einem der von B ins Internet gestellten Lichtbilder war eine Standheizung im Wert von 500 € zu erkennen, die zwar in der Fahrzeugbeschreibung als Zusatzausstattung erwähnt wurde, nach dem Willen der V nicht verkauft werden sollte. B hatte dies aus einfacher Fahrlässigkeit heraus übersehen. Restwertaufkäuferin A erwirbt den Wagen und nimmt ihn von B entgegen. Die Standheizung war zuvor von V ausgebaut worden. A verlangt nun von B Erstattung von 500 € mit der Begründung, dass B dafür einstehen müsse, dass das übergebene Fahrzeug nicht über die im Internet abgebildete Standheizung verfügt und somit über einen geringeren Wert verfüge.

Fraglich ist nun, wie sich das Verhältnis zwischen der Haftung des Dritten und der Haftung des Verkäufers gestaltet. Die ständige Rechtsprechung des BGH geht hier davon aus, dass „die Haftung des Dritten nicht weiter geht als die des Verkäufers".[32] Insbesondere müsse also der Käufer dem Verkäufer zunächst erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung setzen, bevor er gegen den Dritten vorgehen kann.[33] Der Vorrang der Nacherfüllung greift damit auch zugunsten des Dritten.[34]

Weiterhin geht die überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung davon aus, dass vertragliche Haftungsprivilegierungen im Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer

[25] An dieser Stelle bestehen Überschneidungen zur teleologischen Auslegung: Man könnte auch davon ausgehen, dass anhand der gesetzlichen Systematik der Regelungszweck ermittelt und eine teleologische Auslegung vorgenommen wird. Ausgangspunkt bei der Begründung des Subsidiaritätsprinzips sind aber in beiden Fällen die maßgeblichen gesetzlichen Wertungen. Allgemein zur Ermittlung des Normzwecks *Schäfer*, JuS 2015, S.875 (879).

[26] *Wiegand*, Die „Sachwalterhaftung" als richterliche Rechtsfortbildung, 1991, S. 371.

[27] In diese Kategorie muss das Verhältnis von Leistungs- zu Nichtleistungskondiktion eingeordnet werden.

[28] BT-Drs. 14/6040, S. 163.

[29] Ausführlich zu § 311 Abs. 3 BGB *Temming/Weber*, Jura 2019, 923 ff., 1039 ff.

[30] *Herresthal*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 311 Rn. 530.

[31] *Sutschet*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 311 Rn. 126.

[32] BGHZ 63, 382 (388); 79, 281 (287); 87, 302 (304 f.); BGH NJW-RR 2011, 462 (464).

[33] BGH NJW-RR 2011, 462 (464).

[34] *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 14. Aufl. 2020, Rn. 2329.

auch zugunsten des Dritten wirken[35] oder auch die Verjährungsfrist aus dem Kaufvertrag im Verhältnis zum Dritten gilt.[36] Dieses Ergebnis der Rechtsprechung übernimmt die Literatur im Wesentlichen.[37]

Im Drei-Personen-Verhältnis wird die Anwendung der c.i.c. durch das Mängelgewährleistungsrecht also nicht von vornherein komplett gesperrt.[38] Vielmehr wird eine im Hinblick auf die Nacherfüllung schwach ausgeprägte Subsidiarität[39] und im Hinblick auf das Durchschlagen von Haftungsbeschränkungen Art „Akzessorietät"[40] konstruiert.

3.Methodische Reflexion der Lösung des BGH

Ob diese vom BGH derart formulierte Subsidiarität und Akzessorietät einer kritischen Überprüfung standhält, soll im Folgenden beleuchtet werden. Jedenfalls vom Ergebnis her lässt sich das gefundene Ergebnis mit der methodischen „Mischform" der Übertragung von Schranken und Voraussetzungen eines Anspruchs auf einen anderen Anspruch im Zwei-Personen-Verhältnis vergleichen.[41] Im Kern geht es darum, wie stark „vertragsausgerichtet"[42] die Dritthaftung nach § 311 Abs. 3 BGB unter Zugrundelegung der heutigen Gesetzessystematik noch ist.

Die einzige Begründung, die geliefert wird, stellt maßgeblich darauf ab, dass ansonsten der Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen würde.[43] Auch in der Literatur hat sich bisher keine schlüssige dogmatische Erklärung herausgebildet[44] oder man setzt die Gleichstellung einfach als geboten voraus.[45] Soweit kritische Stimmen zur Lösung des BGH geäußert werden, stützen diese sich auf die Eigenständigkeit der Haftung aus § 311 BGB gegenüber der Haftung des Verkäufers.[46]

Welcher dieser Ansätze schlussendlich überzeugt, ist anhand einer methodischen Reflexion der Rechtsfigur der Akzessorietät bzw. Subsidiarität zu ergründen.

Klar ist, dass der Vorrang der Nacherfüllung nur die Subsidiarität der Dritthaftung gegenüber der Nacherfüllung begründen könnte. Keine Aussage aber kann damit für das Durchschlagen von Haftungsbeschränkungen getroffen werden.

a) Wertungskern des „Rechts zur zweiten Andienung"

Die Aussage des BGH zum Vorrang der Nacherfüllung kann auf mehrerlei Weise interpretiert werden. Zunächst könnte durch die Inanspruchnahme des Dritten der Vorrang der Nacherfüllung zugunsten des Verkäufers unterlaufen werden. Weiterhin könnte auch primär auf den Schutz des Dritten abgestellt werden, wenn der Vorrang der Nacherfüllung sich auch primär zu dessen Gunsten auswirken soll (vgl. III. 1. c).

Der Vorrang der Nacherfüllung/das Recht zur zweiten Andienung ist nicht explizit im Gesetz geregelt.[47] Das Vorrangverhältnis folgt daraus, dass die Rechtsbehelfe von Rücktritt (§§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, Abs. 2, 326 Abs. 5, 440 BGB), Minderung (§§ 437 Nr. 2, 441 Abs. 1 S. 1 BGB) sowie Schadensersatz statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1, 283 BGB) voraussetzen, dass die Nacherfüllung nach Fristsetzung nicht erbracht oder unmöglich oder unzumutbar ist.[48]

Der Vorrang der Nacherfüllung dient den Interessen des Verkäufers. Ihm soll grundsätzlich noch eine Gelegenheit eingeräumt werden, sich die Gegenleistung zu verdienen.[49] Daraus folgt, dass der Vertrag aufrechterhalten werden soll und solche Rechtsbehelfe nachrangig sein sollen, welche den Bestand des Vertrages betreffen.[50]

Zum anderen soll aber auch der Käufer das erhalten, was ihm nach dem Vertrag zusteht.[51] Deswegen steht ihm auch ein subjektives Recht auf die Vornahme der Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB zu. Dessen Ausübung verbleibt aber in seiner eigenverantwortlichen Entscheidung und er kann nicht durch den Verkäufer klageweise zur Duldung der Nachbesserung gezwungen werden.[52]

Der Verkäufer hat dagegen kein explizit geregeltes subjektives Recht dahingehend, dass er die Nacherfüllung wirklich vornehmen darf. Dies steht schließlich – wie dargelegt – nicht in seinem Interesse. Sein wirtschaftliches Interesse besteht nur darin, dass der Vertrag nicht ganz oder teilweise rückabgewickelt wird.[53] Das Fristsetzungserfordernis ist dem-

[35] Vgl. *Reinking/Eggert* (Fn. 34), Rn. 2334 ff.
[36] BGHZ 87, 302; anders anscheinend BGH NJW 1977, 1914 (1915).
[37] *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2021, § 9 Rn. 25; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 46. Aufl. 2022, § 5 Rn. 11; *Herresthal* (Fn. 30), § 311 Rn. 534; kritisch *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl. 2022, § 33 Rn. 64.
[38] *Reinking/Eggert* (Fn. 34), Rn. 2328.
[39] *Diehl*, ZfS 2011, 269 (Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12.1. 2011 – VIII ZR 346/09 [LG Halle a.d. Saale]): Schwach ausgeprägt deswegen, weil der Käufer nur einen bestimmten Rechtsbehelf gegen den Verkäufer erfolglos geltend machen muss und nicht der Anspruch gegen den vorrangigen Anspruchsgegner vollständig ausgeschlossen sein oder die Durchsetzung sämtlicher Ansprüche gescheitert sein muss. Zu der starken Subsidiarität weiter unten III. 4.
[40] *Schwarze* (Fn. 37), § 33 Rn. 64.
[41] *Kuhn*, Jura 2013, 975 (976 f.); in diese Richtung auch *Reinking/Eggert* (Fn. 34), Rn. 2329: „Teilweise Sperrwirkung".
[42] *Temming/Weber*, Jura 2019, 923 (924).
[43] BGH NJW-RR 2011, 462 (464).
[44] *Faust*, JuS 2011, 457 (459); *Revilla*, jurisPR-VerkR 15/2011 Anm. 1.
[45] *Reinking/Eggert* (Fn. 34), Rn. 2328.
[46] *Stöber*, EWIR 2011, 271 (272).
[47] *Höpfner* (Fn. 10), § 437 Rn. 68; *Woitkewitsch*, MDR 2005, 1268; *Mankowski*, JZ 2015, 781.
[48] *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 439 Rn. 2; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 437 Rn. 6.
[49] BT-Drs. 14/6040, S. 221; BGH NJW 2005, 1348 (1350); *Mankowski*, JZ 2015, 781 (785).
[50] BGH ZIP 2021, 573 (575); *Höpfner* (Fn. 10), § 437 Rn. 69.
[51] BGH ZIP 2021, 573 (575).
[52] *Mankowski*, JZ 2015, 781 (785).
[53] *Höpfner* (Fn. 10), § 437 Rn. 71; *Rüfner*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.7.2021, § 320

nach kein subjektives Recht des Verkäufers, sondern vielmehr eine Obliegenheit des Käufers, bei deren Verletzung Rechtsbehelfe verloren gehen.[54]

b) Konsequenzen für die Begründung des BGH und das Akzessorietätsdogma

Da der Vorrang der Nacherfüllung direkt nur dem Schutz des Verkäufers dient, kann nur auf dessen Beeinträchtigung abgestellt werden. Was passiert nun im Hinblick auf den Vorrang der Nacherfüllung, wenn der Dritte unmittelbar in Anspruch genommen werden könnte?

Den Verkäufer betrifft dies nur dann, wenn der Dritte Regress nehmen könnte.

> *Beispielsfall 3 – Fortsetzung von Beispielsfall 2*: B zahlt an A die verlangten 500 €. Nun verlangt B von V wiederum 500 €, da sie als Verkäuferin primär für die Mängelfreiheit verantwortlich sei.
>
> *Abwandlung 1*: B und V haben ausdrücklich vereinbart, dass B für die korrekte Information von Kaufinteressenten über die Beschaffenheit des Wagens verantwortlich ist.
>
> *Abwandlung 2*: V verschweigt vorsätzlich, dass sie die Standheizung ausbauen wird und B weist deshalb gutgläubig in der Online-Annonce nicht darauf hin.

aa) Gesamtschuldnerregress

Einem Regress könnte sich der Verkäufer dann ausgesetzt sehen, wenn er und der Dritte als Gesamtschuldner haften und dem Dritten ein Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB zusteht. Dies wird etwa von *Faust* angedeutet.[55] Auch der BGH scheint davon auszugehen, dass der Verkäufer und der Dritte (konkret in dem entschiedenen Fall: Gebrauchtwagenhändler) als Gesamtschuldner haften.[56] Auch in der Literatur wird teilweise pauschal angenommen, dass Verkäufer und Dritter nach § 311 Abs. 3 BGB als Gesamtschuldner haften.[57] Allerdings war im dort zitierten Fall auch ein c.i.c.-Anspruch gegen den Verkäufer nicht gesperrt, da ein Fall der arglistigen Täuschung vorlag.[58]

Andernorts argumentiert man ebenfalls in diese Richtung, eine Gesamtschuld bestehe nur, wenn der Vertragspartner auch aus c.i.c. hafte.[59] In Anbetracht dieser Unsicherheiten ist jedenfalls klar, dass es sich nicht um den Normalfall einer Gesamtschuld handelt. Es ist daher eine genauere Betrachtung angezeigt.

(1) Voraussetzungen für das Bestehen einer Gesamtschuld

Voraussetzung für das Bestehen einer Gesamtschuld gem. § 421 S. 1 BGB ist, dass mehrere Schuldner die Befriedigung desselben Leistungsinteresses schulden.[60] Dies setzt aber keine exakt inhaltsgleichen Leistungspflichten voraus. Vielmehr genügt eine „inhaltliche Verschiedenheit hart an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit“[61]. Deshalb kommt es nicht auf den Rechtsgrund der Schuld an und auch nicht darauf, ob eine Anspruchsgrundlage Verschulden voraussetzt und die andere nicht.[62] Auch kommt es nicht darauf an, dass ein Anspruch auf Naturalleistung und der andere Anspruch auf Geld gerichtet ist.[63] Auch unterschiedliche Verjährungsfristen hindern die Entstehung einer Gesamtschuld nicht.[64]

Eine Gesamtschuld scheint deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen zu sein. Betrachtet man die Voraussetzungen der Gesamtschuld für diesen Fall, so kommt es insbesondere auf die Identität des Leistungsinteresses an. Gerade nicht entscheidend ist, dass der Anspruch gegen den Verkäufer zunächst auf Nacherfüllung (d.h. Naturalleistung) gerichtet ist und der Anspruch aus c.i.c. nur auf Geldleistung.

Es muss für die Frage nach dem konkret geforderten Interesse nach den Fallgestaltungen differenziert werden. Macht der Käufer geltend, er hätte bei richtiger Information einen für ihn günstigeren Vertrag abschließen können, so richtet sich der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse.[65] In diesem Fall besteht auch eine Gesamtschuld zwischen dem Verkäufer und dem Dritten. Insbesondere in den Fällen des Agenturgeschäfts wird wegen der Quasi-Parteistellung des Gebrauchtwagenhändlers verbreitet angenommen, dass der Gebrauchtwagenhändler dem Käufer auf Erfüllung haftet und deshalb eine gesamtschuldnerische Haftung zu bejahen sei.[66] In dieser Fallgestaltung besteht also zumindest die potenzielle Gefahr des Rückgriffs.

Im Beispielsfall 2 verlangt A von B den Betrag des Werts der Standheizung, die auch Gegenstand des Nacherfüllungsverlangens gegenüber V wäre. In der Sache verlangt er also das positive Interesse. Hier wäre eine gesamtschuldnerische Haftung zu bejahen.

Rn. 48 zur Situation bei der (mangelhaften) Vorleistung durch den Verkäufer und den Auswirkungen auf die Durchsetzbarkeit der Gegenleistungspflicht.

[54] *Mankowski*, JZ 2015, 781 (782); *Schollmeyer/Utlu*, Jura 2009, 721 (722).

[55] *Faust*, JuS 2011, 457 (458).

[56] BGH NJW 1977, 1914 (1915).

[57] Allgemein *Dieckmann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 311 Rn. 89; speziell für das Agenturgeschäft *Temming/Weber*, Jura 2019, 923 (931) unter Verweis auf *Looschelders*, JA 2010, 380 und BGH NJW 2010, 858.

[58] BGH NJW 2010, 858 (859); *Looschelders*, JA 2010, 380; auch bei BGH NJW 1977, 1914 (1915).

[59] *Herresthal* (Fn. 30), § 311 Rn. 533.

[60] *Heinemeyer* (Fn. 14), § 421 Rn. 5.

[61] BGHZ 43, 227 (233); *Gehrlein*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 421 Rn. 5.

[62] *Gehrlein* (Fn. 61), § 421 BGB Rn. 4.

[63] BGHZ 43, 227 (233); 51, 275 (277); *Kreße*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.9.2021, § 421 Rn. 19.

[64] *Heinemeyer* (Fn. 14), § 421 Rn. 5.

[65] *Herresthal* (Fn. 30), § 311 Rn. 340.

[66] Vgl. *Emmerich*, Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 196; *Büttner*, Umfang und Grenzen der Drittbaftung von Experten, 2006, S. 39 (Fn. 36).

Anders liegt der Fall, wenn die Vertragsaufhebung und andere Schadensposten abseits des Erfüllungsinteresse geltend gemacht werden.[67] Hier stimmen das durch den Nacherfüllungsanspruch verkörperte positive Interesse und der Inhalt des Schadensersatzanspruchs gegen den Dritten nicht überein. In dieser Fallgestaltung kann im Wege des Gesamtschuldnerregresses von vornherein keine Inanspruchnahme des Verkäufers erfolgen.

(2) Konkrete Regressmöglichkeit gegenüber dem Verkäufer

Sollte im konkreten Fall die gesamtschuldnerische Haftung und damit die potenzielle Regressgefahr bejaht werden, ist aber noch zu untersuchen, ob dies die Durchsetzung des Anspruchs gegen den Dritten hindern kann. Die tatsächliche Regressgefahr und damit die Beeinträchtigung des Vorrangs der Nacherfüllung hängt immer vom Innenverhältnis der Schuldner ab (§ 426 Abs. 1 BGB). Hier stellt sich nun die Frage, ob es dem Käufer/Gläubiger zugemutet werden kann, die Erfolgsaussichten einer Klage vom Innenverhältnis von Verkäufer und Drittem abhängig zu machen. Nach der hier vertretenen Ausfassung ist dies nicht der Fall: Der Zweck der Gesamtschuld besteht gerade darin, dem Gläubiger die Auseinandersetzung mit dem Innenverhältnis der Schuldner abzunehmen.[68] Dieser Wertungsgesichtspunkt setzt sich gegenüber dem Vorrang der Nacherfüllung durch, insbesondere da ein Regress des Dritten nur dann droht, wenn der Verkäufer im Innenverhältnis für den Mangel nicht allein verantwortlich ist. Regelmäßig wird es aber so sein, dass der Verkäufer sich im Innenverhältnis auf die Sachkunde des Dritten verlässt und dem Dritten die Verantwortlichkeit für die Überprüfung auf die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands überträgt. Hat der Verkäufer dagegen weitergehendes Wissen über die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, so kann er sich wegen arglistiger Täuschung im Verhältnis zum Käufer ohnehin nicht auf den Vorrang der Nacherfüllung berufen.[69]

In Beispielsfall 3 – Abwandlung 1 ist kein Regress des B möglich, da insofern etwas anderes bestimmt ist i.S.v. § 426 Abs.1 S. 1 BGB.

In Beispielsfall 3 – Abwandlung ist V wegen des vorsätzlichen Handelns im Innenverhältnis analog § 254 BGB voll verantwortlich und sieht sich deswegen einer Regressforderung des B ausgesetzt. Hierdurch wird aber nicht der Vorrang der Nichterfüllung umgangen, da A bei arglistigem Handeln der V selbst ohne Nacherfüllungsverlangen zum Rücktritt oder zum Schadensersatz statt der Leistung übergehen könnte (§§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3, 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB bzw. § 475d Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 1 BGB)

bb) Regress aus dem Vertragsverhältnis zwischen Verkäufer und Drittem

Ein Rückgriff auf die Regelungen zur Gesamtschuld ist aber gar nicht notwendig, soweit im Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Drittem eine abschließende vertragliche Regelung über Schadensersatzansprüche besteht.[70] Aber auch hier wird die tatsächliche Regressgefahr im Regelfall sehr gering sein. Wenn es um Regress durch einen Schadensersatzanspruch geht, so ist dieser bei mangelndem Vertretenmüssen des Verkäufers ausgeschlossen. Wenn der Verkäufer die Mangelhaftigkeit trotz der Expertise des Dritten zu vertreten hat, so wird im Verhältnis zum Dritten regelmäßig eine arglistige Täuschung zu bejahen sein.

Auch muss der Verkäufer hier nicht vor dem Rückgriff durch den Dritten geschützt werden, da er die Voraussetzungen des Rückgriffs durch die Gestaltung des Vertragsverhältnisses zum Dritten privatautonom regeln konnte.

cc) Schadensrechtliche Lösung

Stöber bietet für den von der Rechtsprechung formulierten Vorrang der Nacherfüllung im Drei-Personen-Verhältnis einen alternativen Begründungsweg an. Denn solange der Käufer noch nicht zum Schadensersatz statt der Leistung übergegangen ist, besteht der Nacherfüllungsanspruch weiter fort. Solange der Anspruch noch besteht, fehle es auch an einer Vermögensminderung beim Käufer.[71]

Richtig daran ist, dass genau untersucht werden muss, ob bei ordnungsgemäßer Aufklärung durch den Dritten überhaupt ein günstigerer Vertrag zustande gekommen wäre und damit ob überhaupt ein entsprechender Schadenersatzanspruch besteht.[72]

Bejaht man allerdings, dass ein günstigerer Vertrag zustande gekommen wäre und somit dem Grunde nach einen Anspruch gem. §§ 280 Abs.1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB, so ist die schadensrechtliche Lösung aber abzulehnen. Denn der Anspruch auf Nacherfüllung müsste dann schadensrechtlich im Rahmen der Vorteilsausgleichung anrechenbar sein, was die Entstehung einer Gesamtschuld ausschließen würde.[73] Jedoch erfolgt eine Anrechnung von Leistungen Dritter bzw. von Leistungsansprüchen gegen Dritte auf Grundlage eines vor dem schädigenden Ereignis bereits bestehenden Schuldverhältnisses nur dann, wenn diese den Zweck haben, den Schädiger zu entlasten.[74] Der Nacherfüllungsanspruch dient aber vor allem dem Interesse des Käufers am Erhalt des geschuldeten wirtschaftlichen Wertes.[75] Daher ist eine Anrechnung nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung ausgeschlossen.

---

[67] *Herresthal* (Fn. 30), § 311 Rn. 339.

[68] *Heinemeyer* (Fn. 14), § 421 Rn. 2; *Kreße*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.6.2022, § 421 Rn. 2; *Gehrlein* (Fn. 61), § 421 Rn. 1.

[69] Siehe oben II. 2.

[70] In diese Richtung *Büttner* (Fn. 66), S. 40 Fn. 40; für den Rückgriff des Schuldners gegen den Dritten auch *Schmitz*, Dritthaftung aus culpa in contrahendo, 1980, S. 154.

[71] *Stöber*, EWiR 2011, 271 (272); ähnlich auch LG Halle a.d. Saale BeckRS 2011, 2589 (Vorinstanz zu BGH NJW-RR 2011, 462).

[72] *Schinkels*, LMK 2011, 315341.

[73] Vgl. *Looschelders*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 421 Rn. 16.

[74] *Brand*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.3.2022, § 249 Rn. 297.

[75] *Höpfner* (Fn. 10), § 439 Rn. 2.

dd) Vergleich mit dem Zwei-Personen-Verhältnis

Ein weiteres Argument gegen die Relevanz des Vorrangs der Nacherfüllung im Verhältnis zum Dritten ergibt sich aber auch bei einem genauen Vergleich mit dem Zwei-Personen-Verhältnis. Wie oben dargelegt, wird die Anwendung der c.i.c. im Zwei-Personen-Verhältnis durch das Kaufrecht ausgeschlossen.[76] Allerdings kann der Verkäufer nach ständiger Rechtsprechung selbständige Nebenpflichten in Form von Beratungspflichten übernehmen[77] oder gleich einen parallelen Beratungsvertrag abschließen.[78] Bei Verletzung dieser Pflichten sind Schadensersatzansprüche nicht durch die §§ 434 ff. BGB ausgeschlossen.[79] Dies setzt voraus, dass der Verkäufer oder ein Erfüllungsgehilfe als Berater aufgrund seiner Expertise „Vertrauensperson" gewesen ist.[80]

Das Kaufrecht regelt also nicht die Haftung für besonderes Vertrauen, das über das bei einem gewöhnlichen Vertragsschluss bestehende Vertrauen hinausgeht. Wenn die Haftung für besonderes Vertrauen schon im Zwei-Personen-Verhältnis nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, muss dies auch für die Haftung eines Dritten als Vertrauensperson gelten. Die Begründung besonderen Vertrauens durch einen nicht am Vertrag beteiligten Dritten ist nämlich noch ungewöhnlicher als durch den am Vertrag beteiligten Verkäufer. Daher wird die Haftung für die Verletzung dieses Vertrauens erst recht nicht durch das Kaufrecht geregelt und kann nicht durch dieses beschränkt werden.

c) Zwischenergebnis

Die bisherigen Überlegungen haben somit bereits ergeben, dass der Vorrang der Nacherfüllung ungeeignet ist, die schwache Subsidiarität der Sachwalterhaftung zu begründen.

3. Dogmatische Begründung von Akzessorietät und starker Subsidiarität

Die bisherigen Überlegungen haben aber noch keinen Ertrag für den anderen Teil der Formel des BGH erbracht: Das Durchschlagen von Haftungsbegrenzungen aus dem Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem (Akzessorietät).[81] Hierfür gibt es allerdings in der Literatur Erklärungsansätze.

a) Ansatz von Ballerstedt

In der grundlegenden Abhandlung von *Ballerstedt*[82] zur Eigenhaftung von Stellvertretern aus c.i.c. finden sich Ansätze einer Akzessorietätslehre. Diese Argumentationslinie soll im Folgenden nachvollzogen werden, um sie im Anschluss im Hinblick auf die heutige Gesetzessystematik zu überprüfen.

Ballerstedt untersucht äußerst detailliert, in welchen Fällen ein Stellvertreter aus c.i.c. haften kann. Nachdem er die Fälle herausgearbeitet hat, in denen ein Stellvertreter einen eigenständigen haftungsbegründenden Vertrauenstatbestand etabliert, beschäftigt er sich mit den gegen diese Haftung vorgebrachten grundsätzlichen Einwänden.[83] Als am gewichtigsten stuft er das Argument ein, dass der Vertreter nicht Herr des Geschäftes sei, nicht unmittelbar an dessen Erfolg partizipieren könne und deswegen auch kein Risiko tragen dürfe. Er gibt diesem Einwand zu, dass man die Haftung des Dritten nicht unabhängig von dem Zweckzusammenhang der Vertragsverhandlung betrachten könne.[84] Er zieht eine Parallele zum Auftraggeber beim Kreditauftrag gem. § 778 BGB, der ebenfalls als Gewährsträger auftritt und daher wie ein Bürge haftet.[85] Auch die Haftung des Dritten aus c.i.c. soll daher grundsätzlich wie die eines Bürgen beschränkt sein.[86] Die Begrenzung der Haftung wird also aus der sozialen Rolle des Vertreters hergeleitet.

Dieser Ansatz geht in der Sache sogar noch weiter als die Rechtsprechung. Denn der Bürge haftet nicht nur akzessorisch zur Hauptforderung (§ 767 Abs. 1 S. 1 BGB), sondern nach § 771 S. 1 BGB subsidiär (Einrede der Vorausklage). D.h., dass der Gläubiger erst dann gegen den Dritten vorgehen könnte, wenn Ansprüche gegen den Schuldner nicht durchsetzbar sind.[87]

Dies würde im Ergebnis eine stark ausgeprägte Subsidiarität darstellen.[88] Zugleich wird damit wegen der fehlenden Gleichstufigkeit der Ansprüche eine Gesamtschuld ausgeschlossen.[89]

Diese Verknüpfung geht auch über den eng begrenzten Fall des Vorrangs der Nacherfüllung hinaus und bezieht sich stattdessen auf sämtliche Fälle der Dritthaftung aus c.i.c.

Volle Haftung soll nach *Ballerstedt* dagegen in den Fällen eintreten, in denen der Vertreter zugleich mit wirtschaftlichem Eigeninteresse (procurator in rem suam) handelt und gleichzeitig Vertrauen in Anspruch nimmt.[90] In diesen Fällen bestände keine gestufte Haftung, sondern eine Gesamtschuld. Auch weitere Fälle werden angedeutet, aber nicht vollständig in systematischer Weise entwickelt.[91]

Die Argumentation von *Ballerstedt* geht methodisch auf den Sinn und Zweck des zurücktretenden Anspruchs und die besondere Schutzbedürftigkeit des Dritten zurück (vgl. III. 1. c). Wenn man also die Subsidiarität auf die Schutzwürdigkeit

[76] Siehe oben II. 1.
[77] BGH NJW 1983, 2397 (2398).
[78] BGH NJW 1999, 3192 (3193). Die Abgrenzung ist hier nicht vollständig klar, vgl. *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 433 Rn. 55.
[79] BGH NJW 1983, 2397 (2398); BGH NJW 1999, 3192 (3193).
[80] BGH NJW 1983, 2397 (2398); BGH NJW 1999, 3192 (3193).
[81] BGHZ 63, 382 (388); 79, 281 (287); 87, 302 (304 f.); BGH NJW-RR 2011, 462 (464 Rn. 18); *Schwarze* (Fn. 37), § 33 Rn. 64.
[82] *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 501 ff.
[83] *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 522.
[84] *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 523.
[85] *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 523.
[86] *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 524.
[87] Hierfür entschieden *Schmitz* (Fn. 70), S. 153 ff.
[88] *Rohe*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 771 Rn. 1; *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 771 Rn. 1.
[89] So auch *Schmitz* (Fn. 70), S. 145, der schon die Inhaltsgleichheit ablehnt.
[90] *Schmitz* (Fn. 70), S. 145.
[91] *Schmitz* (Fn. 70), S. 525.

des Anspruchsgegners zurückführt, so ist der zweite Anspruchsgegner umso schutzbedürftiger, je mehr er vom ersten Anspruchsgegner abhängig ist bzw. in dessen betriebliche Strukturen eingebunden ist.

Dem schließt sich *Schmitz* unter anderem mit dem Argument an, dass für den Gläubiger gar kein schützenswertes Interesse an der Inanspruchnahme des Dritten bestehe, solange er gegen seinen Vertragspartner vorgehen könne.[92] Er argumentiert also aus der Perspektive des Gläubigers und zieht auch eine Parallele zum Abzahlungskauf (dazu unten).

Eine ähnliche Differenzierung wird in jüngerer Zeit auch von *Schwarze* vertreten. Nach seiner Auffassung ist ein Gleichlauf dann geboten, wenn der Dritte „im Lager" des Vertragspartners auftritt.[93] Eine größere Eigenständigkeit der Dritthaftung sei allerdings bei einer neutralen Rolle des Dritten geboten.[94] *Schwarze* vertritt jedoch keine an *Ballerstedt* angelehnte bürgengleiche, subsidiäre Haftung.

b) Kritische Betrachtung des Ansatzes von Ballerstedt im Hinblick auf die starke Subsidiarität

Zunächst soll jedoch das Argument von *Ballerstedt* unter Rückgriff auf § 778 BGB noch einmal einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

Ballerstedt sieht Gemeinsamkeiten zwischen der Sachwalterhaftung und der Haftung bei einem Kreditauftrag. Der „Auftraggeber" eines Kredits erhöhe das Vertrauen in die Leistung des Kreditnehmers, während der Sachwalter Gewähr für die Leistung des Verkäufers übernimmt. Deswegen müsse der Dritte wie der Auftraggeber nachrangig im Verhältnis zum Beauftragten/Kreditgeber haften.

Bei genauer Betrachtung ist die Interessenlage jedoch verschieden. Der Kreditgeber erteilt den Kredit nicht, weil der „Auftraggeber" die Liquidität des Kreditnehmers verbessert, sondern weil er auf den Auftraggeber im Falle einer Nichtleistung zurückgreifen kann.[95] Die Regelung des § 778 BGB ist auf die spezifische Interessenlage beim Kreditauftrag zugeschnitten und soll dem Beauftragten die Geschäftschancen zuweisen, während die Geschäftsrisiken dem Auftraggeber zugewiesen werden.[96] Hierdurch wird unter anderem ausgeglichen, dass der Beauftragte in Abweichung von § 669 BGB auf eigene Rechnung tätig wird.[97] Somit sind beide Konstellationen nicht vergleichbar und die Wertung des § 778 BGB kann nicht übertragen werden.

Außerdem wäre im Hinblick auf die bürgengleiche, subsidiäre Haftung entsprechend § 778 BGB im Ergebnis jedenfalls einzuwenden, dass bei jedem kaufmännisch handelnden Dritten konsequenterweise auch § 349 S. 2 HGB berücksichtigt werden müsste und man somit im Ergebnis in vielen Fällen wiederum zu einer primären Haftung des Dritten gelangen würde. Jedenfalls bei den auch in der Rechtsprechung dominierenden Fällen von gewerblichen Gebrauchtwagenhändlern im Rahmen eines Agenturgeschäfts, ließe sich unter diesem Gesichtspunkt daher im Regelfall keine Subsidiarität in Form einer bürgengleichen Haftung begründen.

c) Anderweitige Legitimation von Subsidiarität und Akzessorietät der Dritthaftung nach § 311 Abs. 3 BGB?

Da der Ansatz von *Ballerstedt* letztendlich nicht überzeugt, sollen im Folgenden mehrere Konstellationen betrachtet werden, die möglicherweise den Ansatzpunkt für die eingeschränkte Haftung des Dritten bieten.

aa) Wertung von § 650t BGB und § 359 Abs. 1 S. 3 BGB

Für die mögliche Begründung einer bürgengleichen Subsidiarität und Akzessorietät kann auf andere gesetzlich explizit geregelte Konstellationen zurückgegriffen werden. Dies betrifft die Haftung von Architekt und bauausführendem Unternehmer gem. § 650t BGB[98] sowie die Geltendmachung von Gegenrechten gegen Verkäufer und Darlehensgeber bei verbundenen Verträgen gem. § 359 Abs. 1 S. 3 BGB.[99] Zunächst muss betrachtet werden, warum die subsidiäre Geltendmachung gegenüber Architekt und Darlehensgeber angeordnet wurde. Anschließend wird überprüft, ob es sich um allgemeine Wertungen handelt, die auf das Verhältnis von Käufer, Verkäufer und Sachwalter übertragen werden können.

(1) § 359 Abs. 1 S. 3 BGB

> *Beispielsfall 4*: Die Direktbank D bietet in Zusammenarbeit mit verschiedenen Einzelhändlern ein Finanzierungsmodell an: Elektronikhändler E ist Kooperationspartner der D und hat eine entsprechende Vollmacht, um zum Zwecke der Finanzierung Darlehensverträge mit Verbrauchern im Namen der D abzuschließen. Er verkauft dem Verbraucher V den Plasmafernsehe des Typs „Bildwunder" und schließt im Namen der D den Darlehensvertrag. Der Fernseher leidet an einem behebbaren Mangel. V

[92] *Schmitz* (Fn. 70), S. 153.
[93] *Schwarze* (Fn. 37), § 33 Rn. 64; ebenso *Büttner* (Fn. 66), S. 41: dieser stellt vor allem auf die Leistungsbezogenheit der Tätigkeit des Sachwalters ab und grenzt so zur Haftung von Sachverständigen in den Gutachterfällen (VSD) ab.
[94] Ebd.
[95] *Habersack* (Fn. 88), § 778 Rn. 5; ähnlich *Sticht*, Zur Haftung des Vertretenen und des Vertreters aus Verschulden bei Vertragsschluss sowie des Erfüllungsgehilfen aus positiver Vertragsverletzung, 1966, S. 99.
[96] *Madaus*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 1.8.2022, § 778 Rn. 2.
[97] Vgl. *Madaus* (Fn. 96), § 778 Rn. 24.
[98] Diese Parallele wird unter umgedrehten Vorzeichen diskutiert von *Büttner* (Fn. 66), S. 121, da zum damaligen Zeitpunkt ohne § 650t BGB die Rechtsprechung von einer gesamtschuldnerischen Haftung von Bauunternehmer und Architekt ausging.
[99] *Schmitz* (Fn. 70), S. 153 zieht hier die Parallele zum Einwendungsdurchgriff beim finanzierten Abzahlungskauf, der zum damaligen Zeitpunkt noch allein auf richterlicher Rechtsfortbildung zu § 6 AbzG beruhte. Zur Entwicklungsgeschichte des Einwendungsdurchgriffs *Rosenkranz*, in: Beck'scher Online-Grosskommentar zum BGB, Stand: 15.4.2022, § 359 Rn. 2 f.; *Habersack* (Fn. 88), § 359 Rn. 4.

stellt nach Entdeckung des Defekts sofort die Zahlung der Darlehensraten ein.

Gem. § 359 Abs. 1 S. 3 BGB kann der Verbraucher bei einem verbundenen Vertrag die Rückzahlung des Darlehens erst verweigern, wenn er im Rahmen des mit dem Darlehen verbundenen Vertrags erfolglos Nacherfüllung verlangt hat. V kann in Fall 4 daher erst die Zahlung an D verweigern, wenn er erfolglos Nacherfüllung von D erlangt hat. Diese Konstellation hat mit dem Verhältnis von Sachwalterhaftung und Kaufrecht gemeinsam, dass der Vorrang der Nacherfüllung sich auf ein weiteres Rechtsverhältnis auswirkt. Dies hat folgenden Hintergrund: Der Darlehensgeber ist nicht mit den Details der Leistungserbringung vertraut. Daher soll durch vorrangige Inanspruchnahme des Schuldners sichergestellt werden, dass der Darlehensgeber nicht aufgrund seiner Unwissenheit zu Unrecht wegen nicht bestehender Mängel Zahlungsaufschub gewährt.[100] Die Norm regelt damit ein spezifisches Problem des Verbraucherkreditrechts, das an den laufend fälligen Tilgungsraten hängt. Der Darlehensgeber wird, weil er nicht mit den Details der Leistungserbringung vertraut ist, für besonders schutzwürdig erachtet. Bei § 311 Abs. 3 BGB haftet der Dritte jedoch gerade, weil er in den Vertragsverhandlungen besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt und somit mit dem Vertragsinhalt vertraut ist.[101] Mithin ist er nicht schutzwürdig und die Wertung des § 359 Abs. 1 S. 3 BGB ist nicht übertragbar.

(2) § 650t BGB

Beispielsfall 5: Bauunternehmer B und Architekt A sind am Bau des Einfamilienhauses des V beteiligt. Wegen eines Ausführungsfehlers des B und eines Überwachungsfehlers des A entsteht ein Mangel am Haus. V verlangt von A kleinen Schadenersatz statt der Leistung. A weigert sich und verweist darauf, dass V erst einmal B in Anspruch nehmen müsste.

Gem. § 650t BGB kann der Architekt trotz gesamtschuldnerischer Haftung mit dem Bauunternehmer erst in Anspruch genommen werden, wenn von dem Architekten Nacherfüllung verlangt wurde.

Auch hier wirkt sich der Vorrang der Nacherfüllung auf ein anderes Rechtsverhältnis zu dem Architekten aus. Dadurch wird der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs des Bauträgers gesichert und der Architekt vor einem wertlosen Ausgleichsanspruch bei einer Insolvenz des Bauträgers geschützt.[102] Hiermit hat der Gesetzgeber auf die vermehrt und strukturell in der Branche problematische Zahlungsunfähigkeit von Bauunternehmern reagiert.[103] Somit wollte der Gesetzgeber keine allgemeine Wertung aufstellen, sondern auf ein besonderes Risiko des Architekten reagieren.

Aus § 650t BGB folgt also nicht, dass der Sachwalter nachrangig in Anspruch genommen werden kann.

bb) Grundlegende Einwände gegen die Akzessorietät aufgrund der dogmatischen Selbstständigkeit von § 311 Abs. 3 BGB

Neben diesen systematischen Erwägungen sprechen aber auch grundlegende dogmatische Erwägungen zur Dritthaftung nach § 311 Abs. 3 BGB gegen die Akzessorietät. Denn Grundlage der Haftung ist gerade die Selbständigkeit des Vertrauens in den Dritten, welches neben das in den Verkäufer tritt.[104] Da es neben die Gewährleistung durch den Verkäufer tritt, wird die Haftung auch nicht durch einen derartigen Ausschluss im Verhältnis Käufer-Verkäufer verhindert.[105] Im Gegenteil kann die eigenständige Haftung des Dritten gerade in den Fällen des Haftungsausschlusses durch den Verkäufer bedeutsam werden, da er sich oftmals nur wegen des Vertrauens auf den Dritten auf einen solchen Haftungsausschluss einlassen wird.[106]

Grundlegender ausgedrückt, würde durch die Berufung auf den Haftungsausschluss das Vertrauen inhaltsleer werden. Wer Vertrauen gewährt, steht für die Richtigkeit der Angaben als Person ein. Wenn sich der Dritte auf den Haftungsausschluss beruft, verneint er aber das Einstehen für das zuvor durch ihn gewährte Vertrauen.[107] Die Konstellation erinnert an den Abschluss einer Beschaffenheitsvereinbarung unter gleichzeitigem Haftungsausschluss.[108] Auch hier möchte der Verkäufer für etwas einstehen und schließt seine Verantwortung gleichzeitig aus. Daher kann er sich wegen widersprüchlichen Verhaltens gem. § 242 BGB nicht auf den Ausschluss berufen. Die vorliegende Konstellation sollte ebenso behandelt werden.

cc) Ausnahme: Schwache Subsidiarität und Akzessorietät beim Agenturgeschäft

Beispielsfall 6: Gebrauchtwagenhändler G verkauft im Namen des Verbrauchers V einen gebrauchten Corsa an K und übernimmt im Innenverhältnis eine Absatzgarantie. Der Wagen ist mangelhaft, was G fahrlässig verkennt.

Eine Ausnahme hiervon ist im Falle des Agenturgeschäfts über einen Gebrauchtwagenhändler wegen der sich sonst ergebenden Wertungswidersprüche zu machen. Vergegenwärtigt man sich die Schutzbedürftigkeit des Dritten in den Fällen des Agenturgeschäftes (d.h. des Gebrauchtwagenhändlers), lässt sich auch für diese Fälle eine schwache Subsidiarität (d.h. im Hinblick auf die Nacherfüllung) und Akzessorietät begründen. Denn bei einem Umgehungsgeschäft, in welchem der Gebrauchtwagenhändler wie in Fall 6 wirtschaftlich das komplette Risiko trägt, würde er nach h.M. wie ein Verkäufer

[100] *Habersack* (Fn. 88), § 359 Rn. 50.
[101] *Herresthal* (Fn. 30), § 311 Rn. 515.
[102] *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 650t Rn. 1.
[103] *Busche* (Fn. 102), § 650t Rn. 1.
[104] Vgl. *Emmerich* (Fn. 66), § 311 Rn. 188.
[105] Ebenso *Wiegand* (Fn. 26), S. 372.
[106] *Wiegand* (Fn. 26), S. 372; im Hinblick auf den dort als Beispiel angeführten Gebrauchtwagenhändler wird hier allerdings eine andere Auffassung vertreten (siehe unten cc).
[107] Ähnlich *Wiegand* (Fn. 26), S. 372.
[108] BGH NJW 2007, 1346 (1349).

nach den §§ 437 ff. BGB haften.[109] Dann wäre es wertungswidersprüchlich, ihm i.R.d. § 311 Abs. 3 BGB die Berufung auf den Vorrang der Nacherfüllung (Subsidiarität) und evtl. bestehende Haftungsbeschränkungen (Akzessorietät) zu versagen.[110]

Damit besteht durch die Einführung des Umgehungsgeschäftes gem. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB im Zuge der Schuldrechtsreform ein greifbarer, gesetzesimmanenter Begründungsansatz für die Akzessorietät. Methodisch gesehen handelt es sich hierbei um einen Schluss a maiore ad minus.[111]

Daher ist der Rechtsprechung im Ergebnis weitgehend Recht zu geben, da die meisten entschiedenen Fälle Konstellationen des Agenturgeschäfts zum Gegenstand hatten.[112] In anderen Fällen passt die unbesehene Übernahme dieser Grundsätze jedoch nicht zum konkreten Fall. So hatte die jüngste Entscheidung, welche nach den vorstehenden Grundsätzen entschieden wurde, kein klassisches Agenturgeschäft zum Gegenstand, sondern die Vertretung des Verkäufers durch ein Kfz-Sachverständigenbüro.[113] Nach der wirtschaftlichen Situation wäre hier gerade keine Umgehung zu befürchten gewesen und deshalb auch keine Haftung des Dritten als Verkäufer in Betracht gekommen.

IV. Schluss

Nach hier vertretener Auffassung greift die vom BGH angenommene Subsidiarität nur im Fall der Agentur-Fälle. Zugegeben: Die vorstehenden Ausführungen haben eine sehr spezielle Konkurrenzsituation im Drei-Personen-Verhältnis beleuchtet. Doch lassen sich aus der Beschäftigung mit solch einem Sonderfall allgemeine Schlüsse für die juristische Arbeitsweise ziehen.

Apodiktische Begründungen werfen meist beim Leser sehr viele Fragen auf. Was für ein Urteil des BGH gilt, gilt auch für juristische Prüfungsarbeiten und sonstige „juristische Produkte“. Wertungen sollten offengelegt werden und sorgfältig begründet werden. Damit wird die eigene Begründung angreifbarer und diskussionsfähiger, gleichzeitig aber brauchbarer für den juristischen Gedankenaustausch und damit für die Bewertung. Insbesondere bei Fragen der ungeschriebenen Anspruchskonkurrenz im Zwei- oder Drei-Personen-Verhältnis sollte daher auch in der Prüfung ausführlich begründet werden, um die Qualität der eigenen Leistung zu erhöhen.

---

[109] *Faust* (Fn. 48), § 476 Rn. 14; a.A. *S. Lorenz*, in: Münchener, Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 476 Rn. 45.

[110] Ebenso *Büttner* (Fn. 66), S. 39 f.; ähnlich nur im Hinblick auf üblicherweise selbst vom Gebrauchtwagenhändler verwendete Bedingungen *Wiegand* (Fn. 26), S. 391 f.

[111] Vgl. zu den verschiedenen Schlussformen als Argumentationsmuster für die Begründung einer Rechtsfortbildung *Meier/Jocham*, JuS 2016, 392 (395).

[112] BGHZ 63, 382 (388); 79, 281 (287); 87, 302 (304 f.).

[113] BGH NJW-RR 2011, 462.

Zu § 176 Abs. 1 HGB n.F.: Doch noch Haftungsbeschränkungen für „Kann-Kommanditisten"?*

Von Stud. iur. **Janek Hartig**, Berlin**

I. Einleitung

Das Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz (MoPeG) und sein neuer § 176 Abs. 1 HGB bringen auf den ersten Blick Ernüchterung für diejenigen Stimmen, die die Ungleichbehandlung sog. „Kann-KGs", die sich im Zuge der BGH-Rechtsprechung zur Haftungsverfassung der GbR eingestellt hatte, beendet sehen wollten. Der Beitrag soll die Zusammenhänge, die der Streitfrage zugrunde liegen, nachvollziehen und auf dieser Grundlage untersuchen, ob „Kann-Kommanditisten" sich entgegen dem ersten Eindruck womöglich doch noch über Haftungsbeschränkungen freuen können.

II. Ungleichbehandlung der „Kann-KG" nach geltendem Recht

1. „Funktionswandel" des § 176 Abs. 1 HGB

§ 176 Abs. 1 HGB wurde lange Zeit als Haftungsverschärfung für die nicht eingetragene KG verstanden. Entgegen der grundsätzlich nach §§ 171, 172 HGB beschränkten Haftung ordnet die Norm immerhin die Haftung „gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter" an. Der damit verfolgte Zweck liege zum einen in abstraktem Vertrauensschutz, zum anderen darin, Druck auf die Kommanditisten aufzubauen, auf die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister hinzuwirken.[1]

Diese Einschätzung traf indes nur so lange vollständig zu, wie es GbRs möglich war, ihre Haftung einseitig zu beschränken. Zur Einordnung: § 176 Abs. 1 HGB findet nur auf sog. „Ist-KGs" Anwendung, d.h. auf solche KGs, die aufgrund des Betreibens eines Handelsgewerbes nach §§ 161 Abs. 1, Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB schon durch die Aufnahme ihrer Geschäfte nach außen hin wirksam werden. Dies ergibt sich bereits aus der Verwendung des Tatbestandsmerkmals „Kommanditist", wird im Übrigen jedoch auch von § 176 Abs. 1 S. 2 HGB deklaratorisch festgehalten. Gesellschaften, die KG werden wollen, jedoch kein Handelsgewerbe betreiben (sog. „Kann-KGs"), unterliegen demgegenüber dem Recht der GbR.[2] Im Vergleich zu §§ 171, 172 HGB bleibt § 176 Abs. 1 HGB selbstverständlich immer eine Verschärfung. Im Verhältnis von „Ist-" und „Kann-KGs" handelte es sich bei der Norm dagegen nur so lange um eine solche, wie es „Kann-KGs" möglich war, ihre Haftung einseitig auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken.[3]

Im Zuge der Entwicklung des Haftungsregimes der GbR gab der BGH diese Möglichkeit jedoch bekanntlich auf. „Kann-Kommanditisten" haften seitdem nach § 128 HGB analog unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.[4] Im Vergleich zum „Ist-Kommanditisten" bedeutet dies eine Benachteiligung auf drei Ebenen: Der „Kann-Kommanditist" haftet zum einen auch dann unbeschränkt, wenn seine Zustimmung zum Geschäftsbeginn fehlt oder der Gläubiger positive Kenntnis von seiner geplanten Kommanditistenrolle hatte. Zum anderen haftet er nach h.M. zu § 128 HGB auch für deliktische Verbindlichkeiten der Gesellschaft.[5] Der „Ist-Kommanditist" soll für solche stattdessen nicht nach § 176 Abs. 1 HGB, sondern auch vor der Eintragung bereits beschränkt nach §§ 171, 172 HGB haften. Als Grund wird der Zweck der Norm angeführt: Im deliktischen Verkehr könne sich selbst abstrakt kein zu schützendes Vertrauen bilden.[6]

2. Diskussion in der Literatur

Der auf diesem Weg entstandene Funktionswandel des § 176 Abs. 1 HGB hat in der Fachliteratur lebhafte Diskussionen hervorgerufen.

Auf der einen Seite standen Autoren, die eine Gleichbehandlung der „Kann-KG" fordern. De lege lata wurde vor allem vorgeschlagen, § 176 Abs. 1 S. 1 HGB analog auf „Kann-KGs" anzuwenden.[7] Die konkrete Ausgestaltung reichte dabei über zusätzliche Anforderungen wie das Stellen eines Eintragungsantrags[8] oder das „Betreiben des Eintragungsverfahrens"[9] bis hin zu einem Verzicht auf solche Zusätze.[10] Über den entgegenstehenden Wortlaut des S. 2 könne sich hinweggesetzt werden, da sich die Normsituation seit ihrem Inkrafttreten grundlegend gewandelt habe.[11] De lege ferenda kann davon ausgegangen werden, dass all diese Autoren den geltenden S. 2 gestrichen hätten. Anschaulich zeigt sich insofern der Vorschlag *Schmidts*, der einen neuen S. 2 vorsieht, der den Umgang mit Verbindlichkeiten regelt, die zwischen der Stellung des Eintragungsantrags und der Eintragung entstanden sind.[12] Diesem Vorschlag schlossen sich – teilweise

---

* Der Beitrag entstand im Rahmen eines Seminars zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts bei Prof. *Gregor Bachmann*.

** Der *Autor* ist Student der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin.

[1] *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 55 I. 1.; *Strohn*, in: Ebenroth u.a., Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2020, § 176 Rn. 1; die Druckfunktion als Hauptfunktion ansehend *Mattheus/Schwab*, ZGR 2008, 65 (73 ff.).

[2] Vgl. BGHZ 61, 59 (67) = NJW 1973, 1691 (1692); *Strohn* (Fn. 1), § 176 Rn. 1.

[3] Zu solchen Gestaltungen siehe BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; *Schmidt*, GmbHR 2002, 341 (342); insgesamt eingehend dazu *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2227 f.).

[4] Mittlerweile ganz h.M. zur Entwicklung BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

[5] BGHZ 154, 88 = NJW 2003, 1445; *Schmidt*, NJW 2003, 1897 (1900); a.A. *Canaris*, ZGR 2004, 69 (109 ff.).

[6] BGHZ 82, 209 (215 f.) = NJW 1982, 883 (885); *Schmidt/Grüneberg*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2022, § 176 Rn. 39.

[7] Noch weitergehend für alle GbRs *Mülbert*, AcP 199 (1999), 38 (96 ff.).

[8] *Dauner-Lieb*, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, 2000, S. 835 (846).

[9] *Schmidt* (Fn. 1), § 55 I. 2.; *ders.*, GmbHR 2002, 341 (344).

[10] *Wagner*, NJW 2001, 1110 (1112).

[11] Ausdrücklich *Wagner*, NJW 2001, 1110 (1112).

[12] Anders als sein Konzept de lege lata also *Schmidt*, GmbHR

jedoch unter Zurückweisung des Erfordernisses eines bereits vollständig gestellten Eintragungsantrags – unmittelbar vor oder bereits während der Diskussionen um das spätere MoPeG weitere Autoren an.[13]

Diesem kritischen Lager standen jedoch auch Autoren gegenüber, die der gewandelten Normsituation nicht mit einer Änderung des Rechtsverständnisses begegnen wollten, sondern stattdessen davon ausgingen, die Ungleichbehandlung von „Kann-“ und „Ist-KG“ sei hinzunehmen.[14]

III. Reaktion des MoPeG-Gesetzgebers

Dem MoPeG-Gesetzgeber stand bei der Reform damit eine Vielzahl möglicher Ansätze zum Umgang mit der ungleichen Behandlung von „Kann-“ und „Ist-KG“ zur Verfügung. Eine Änderung der geltenden Rechtslage war ebenso denkbar wie ihr unverändertes Fortbestehen.

1. § 176 Abs. 1 HGB n.F.

Diese Vielzahl gangbarer Wege zeigte sich auch im Gesetzgebungsverfahren zum neuen § 176 Abs. 1 HGB. Die Norm ist eine der wenigen Regelungen,[15] die im Vergleich zum Regierungsentwurf in der finalen Fassung signifikante Anpassungen erfahren haben.

Der Regierungsentwurf[16] sah zwei wesentliche Änderungen des geltenden § 176 Abs. 1 HGB vor: Erstens sollte die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität gestrichen werden, § 176 Abs. 1 S. 1 HGB-E. Zweitens sollte die so geschaffene, generell unbeschränkte Kommanditistenhaftung für vor der Eintragung entstandene Verbindlichkeiten gem. § 176 Abs. 1 S. 2 HGB-E auch für „Kann-KGs“ gelten, die Wirkung des bisher geltenden S. 2 also umgekehrt werden. Begründet wurden diese Änderungen direkt mit dem oben angesprochenen Funktionswandel: Die Norm benachteilige inzwischen Gesellschafter einer „Kann-KG“, anstatt – dem historischen Zweck folgend – als Haftungssanktion für „Ist-Kommanditisten“ zu wirken. Um die Gleichbehandlung „wiederherzustellen“[17] und gleichzeitig aber den Druck, die KG ins Handelsregister eintragen zu lassen, aufrecht zu erhalten, müsse die Haftungsbeschränkung des § 176 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 HGB gestrichen und der geltende S. 2 so ausgestaltet werden, dass er „Kann-KGs“ einschließt, statt sie auszunehmen.[18]

§ 176 HGB-E sollte sodann eine der wenigen im weiteren Gesetzgebungsverfahren kritisierten Normen sein. Insbesondere die Streichung der Haftungsbeschränkung bei positiver Kenntnis des Gläubigers wurde von mehreren der geladenen Sachverständigen negativ aufgenommen.[19]

In seiner finalen Beschlussempfehlung[20] ging der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz auf diese Kritik ein und nahm die Haftungsbeschränkung wieder auf. Interessanterweise wurde darüber hinaus auch der Anwendungsbereich der Norm – entgegen den die Änderung im Entwurf ausdrücklich begrüßenden Stellungnahmen *Bachmanns* und *Habersacks*[21] – wieder auf „Ist-KGs“ beschränkt. Diese Anpassungen sorgen im Ergebnis dafür, dass § 176 Abs. 1 HGB n.F. trotz äußerlicher Veränderungen exakt den gleichen Inhalt hat wie die geltende Fassung der Norm. Die skizzierten Probleme können durch eine solche Neufassung nicht aus dem Weg geräumt werden. Im Gegenteil: Die zur alten Rechtslage diskutierten Vorschläge sind ebenso aktuell wie zuvor.

2. Sperrwirkung des gesetzgeberischen Willens

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie mit diesem regulatorischen Stillstand umzugehen ist. Dazu muss zunächst geklärt werden, ob sich aus den Änderungen während des Gesetzgebungsverfahrens schließen lässt, dass die Benachteiligung der „Kann-KG“ gesetzgeberisch gewollt ist. Jedenfalls das früher verbreitete Argument, die Wirkung der Vorschrift habe sich ohne Reaktion des Gesetzgebers ins Gegenteil verkehrt (siehe oben II. 2.), kann nun nicht mehr zur Rechtfertigung einer Auslegung entgegen dem Wortlaut angebracht werden. Vor dem Hintergrund solcher Ergebnisse liegt es nahe, darüber nachzudenken, ob der klar hervortretende gesetzgeberische Wille Sperrwirkung gegenüber allen weiteren Versuchen, die Haftung von Kommanditisten einer „Kann-KG“ zu beschränken, entfaltet.

Lässt sich ein klarer und aktueller Wille des Gesetzgebers feststellen, die „Ist-“ gegenüber der „Kann-KG“ zu bevorteilen, ist dieser für die Auslegung grundsätzlich bindend.[22] Ob ein solcher Wille vorliegt, ist jedoch bei Weitem nicht so eindeutig, wie es zunächst scheinen mag. Zwar legen die vom Gesetzgeber vorgenommenen Änderungen am Regierungsentwurf nahe, dass die Unanwendbarkeit des § 176 Abs. 1 HGB n.F. auf die „Kann-KG“ beabsichtigt war. Dieses Indiz ist jedoch auch schon das Einzige, was auf einen solchen gesetzgeberischen Willen schließen lässt. Die Begründung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz erschöpft sich darin, die oben erläuterten Änderungen darzustellen. Die Frage, warum sie vorgenommen wurden, wird nicht beantwortet, sodass die Motive und Ziele des Gesetzgebers unklar bleiben.[23] Ein klarer gesetzgeberischer Wille ergibt sich daraus nicht zwingend, sodass es bei der bloßen Indizwirkung bleibt.

2002, 341 (348).

[13] *Habersack*, ZGR 2020, 539 (564); *Schäfer*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, Bd. 1, Gutachten, 2016, Gutachten E, S. 99 f.

[14] *Reiff*, ZIP 1999, 1329 (1330 ff.); *Clauss/Fleckner*, WM 2003, 1790; *Jacobs*, DB 2005, 2227.

[15] Vgl. BT-Drs. 19/30942.

[16] Siehe BT-Drs. 19/27635, S. 67.

[17] Genau genommen bestand nie Gleichbehandlung. Vor dem Rechtsprechungswandel zur Haftung in der GbR wurden durch § 176 Abs. 1 S. 2 HGB „Kann-“ gegenüber „Ist-KGs“ bevorzugt.

[18] BT-Drs. 19/27635, S. 259.

[19] Wortprotokoll der 144. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (Protokoll-Nr. 19/144), S. 43, 69; mit gleichem Ergebnis *Bachmann*, NZG 2020, 612 (618).

[20] BT-Drs. 19/30942.

[21] Siehe Fn. 19.

[22] *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, § 6 Rn. 186.

[23] Vgl. BT-Drs. 19/31105, S. 9.

Der gegenteilige Extremgedanke, die Beschränkung des Anwendungsbereichs könnte versehentlich bei der Wiederaufnahme der Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität zusätzlich hinzugefügt worden sein, muss angesichts der ausdrücklich zustimmenden Stellungnahmen der Sachverständigen[24] zwar wohl verworfen werden. Indes spricht ein anderer Aspekt deutlich dagegen, aus den bloßen Anpassungen einen Bindungswirkung entfaltenden Willen des Gesetzgebers abzuleiten.

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz macht sich in seiner Begründung zu den vorgenommenen Änderungen bezüglich aller unverändert gebliebenen Normen die Begründung der Bundesregierung für den ersten Entwurf zu eigen.[25] Dementsprechend gehört auch die Begründung zu § 721 BGB n.F. zum gesetzgeberischen Willen. Die Norm kodifiziert die Rechtsprechung des BGH zur akzessorischen Haftung der Gesellschafter einer GbR. In der Begründung heißt es dazu wie folgt: Das Haftungsregime der GbR werde grundsätzlich zwar „vollständig an dasjenige der offenen Handelsgesellschaft angeglichen".[26] Dies bezwecke jedoch nicht, bereits bestehende Ausnahmen aufzuheben. Außerdem könne auf andere „adäquate" Haftungsmodelle zurückgegriffen werden, sobald sich die unbeschränkte Haftung bei einer Abwägung der Interessen aller Beteiligten als „unangemessen" erweist. Als ein solches Modell wird explizit eine analoge Anwendung der §§ 171 ff. HGB genannt.[27]

Betrachtet man nun noch einmal den Kern der Diskussion um die Benachteiligung der „Kann-KG" vor diesem Hintergrund, wird klar, dass sich die Begründung des § 721 BGB n.F. vollkommen gegenläufig zum oben hergeleiteten Indiz verhält. Dieser Kern liegt nämlich nach wie vor darin, dass die Kommanditisten einer „Kann-KG" vor ihrer Eintragung nie in den Genuss der beschränkten Haftung nach §§ 171 ff. HGB kommen können. Vor dem MoPeG lag dies daran, dass § 176 Abs. 1 S. 2 HGB den Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 S. 1 HGB auf „Ist-KGs" beschränkte. Nach der neuen Fassung schließt die Beschränkung auf Gesellschaften, „deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist", die Anwendbarkeit des § 176 Abs. 1 HGB n.F. auf „Kann-KGs" in gleicher Weise aus. Wenn nun also die Begründung zum neuen GbR-Haftungsregime den Weg zu einer einzelfallbezogenen Haftungsbeschränkung durch analoge Anwendung der §§ 171 ff. HGB ausdrücklich offen lässt, steht dies in direktem Widerspruch dazu, aus der bloßen Änderung des § 176 Abs. 1 HGB n.F. durch den zuständigen Ausschuss auf eine allgemeine Sperrwirkung für Haftungsbeschränkungen zugunsten der „Kann-KG" zu schließen.

Vor dem Hintergrund dieser widersprüchlichen Begründungslage kann ein klarer und aktueller Wille des Gesetzgebers nicht festgestellt werden. Dementsprechend kann die Auslegung der Vorschriften im Ergebnis nicht durch einen derartigen Willen gebunden sein.

[24] Siehe Fn. 19.
[25] BT-Drs. 19/31105, S. 5 (unter IV.).
[26] BT-Drs. 19/27635, S. 165.
[27] BT-Drs. 19/27635, S. 165.

3. Gleichbehandlung durch neues GbR-Haftungsregime?

In einem weiteren Schritt kann auf Grundlage dieses Ergebnisses gefragt werden, ob sich trotz der aus Sicht der Kritiker ernüchternden Zwischenbilanz bezüglich § 176 Abs. 1 HGB n.F. durch die Neufassung der Haftung in der GbR mittelbare Auswirkungen für die „Kann-KG" eingestellt haben.

Zwar wird – wie soeben schon angesprochen – durch die Neufassung der §§ 705 ff. BGB weit überwiegend nur geltende Rechtsprechung, die ja erst zur problematischen Ungleichbehandlung geführt hatte, kodifiziert.[28] Für die Zwecke dieses Beitrags ist jedoch der bereits zitierte Abschnitt aus der Begründung des Regierungsentwurfs von besonderem Interesse. Wie gesehen, wird darin die Möglichkeit offengelassen, die Haftung von GbR-Gesellschaftern – und damit auch von Kommanditisten einer „Kann"-KG – in ausgewählten Einzelfällen zu beschränken. Die aufrecht erhaltenen Ausnahmen für Bauherrengemeinschaften, geschlossene Immobilienfonds, Gelegenheits- und gemeinnützige Gesellschaften halten für das hier zugrunde liegende Problem zwar keine Lösung bereit. Ein anderer Befund könnte sich aber bezüglich der anschließenden allgemeineren Ausnahme ergeben. Voraussetzung dieser Ausnahme ist, dass sich die unbeschränkte Haftung bei „einer umfassenden Abwägung der Interessen von Gesellschaftsgläubigern und Gesellschaftern als unangemessen [erweist]".[29] Ist dies der Fall, nennt die Begründung beispielhaft verschiedene „adäquate" Wege, die Haftungsbeschränkung technisch zu erreichen. Die Gleichbehandlung von „Kann-" und „Ist-KG" kann also in ein „Ob" und ein „Wie" aufgeteilt werden.

a) Einschlägigkeit der Ausnahme („Ob" der Gleichbehandlung)

Zunächst ist zu fragen, ob die aufgestellten Voraussetzungen der Ausnahme in Bezug auf „Kann-" und „Ist-KG" überhaupt vorliegen. Dazu sei einleitend angemerkt, dass im Rahmen dieser Prüfung grundsätzlich eine völlige Gleichstellung der beiden Formen[30] angestrebt wird. Es geht also nicht nur darum, der „Kann-KG" einen Teil der Privilegien einzuräumen. Stattdessen soll sie der „Ist-KG" möglichst hinsichtlich deliktischer Verbindlichkeiten, einer Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität und dem Erfordernis der Zustimmung des in Anspruch genommenen Kommanditisten zum Geschäftsbeginn gleichgestellt werden. Im Rahmen dieser Betrachtung können aufgrund des inhaltlichen Gleichlaufs der Neufassung mit dem geltenden Recht viele Argumente aus der oben bereits angesprochenen Diskussion fruchtbar gemacht werden.

aa) Die Problematik der Diskriminierung sonstiger GbRs

Die bisherige Darstellung beschränkte sich darauf, aufzuzeigen, dass in der Rechtspraxis zwischen „Ist-" und „Kann-

[28] Vgl. BT-Drs. 19/27635, S. 2 f. sowie *Noack*, NZG 2020, 581.
[29] BT-Drs. 19/27635, S. 165.
[30] Die Wörter „Formen" und „Gesellschaftsformen" werden hier nur zur sprachlichen Vereinfachung genutzt. Es handelt sich bei der „Kann-KG" selbstverständlich nicht um eine eigenständige Rechtsform.

KG“ eine viel kritisierte Ungleichbehandlung herrscht. Wie *Jacobs* jedoch schon im Jahr 2005 richtigerweise anmerkte, würde eine Gleichbehandlung dieser beiden Gesellschaftsformen das allgemeine Problem der Ungleichbehandlung vergleichbarer Rechtsformen nicht lösen. Im Gegenteil: Der Preis für die Gleichbehandlung von „Ist-“ und „Kann-KG“ bestünde in einer Ungleichbehandlung von „Kann-KG“ und sonstigen GbRs. Diese sei grundsätzlich sogar noch schwerer zu rechtfertigen, da man im Fall der beiden Spielarten der KG zumindest darauf zurückgreifen könne, dass es sich nach geltendem Recht um unterschiedliche Rechtsformen handelt. Die „Kann-KG“ ist bis zu ihrer Eintragung nach der gesetzlichen Konzeption schließlich eine GbR. Demnach verlange Art. 3 GG nicht nur – wie insbesondere von *Schmidt* formuliert[31] – die Gleichbehandlung von „Ist-“ und „Kann-KG“, sondern auch und vor allem die von „Kann-KG“ und sonstigen GbRs.[32] Diesem Hinweis ist zu folgen. Bevor Änderungen im Verständnis der Beziehung der KG-Formen zueinander vorgeschlagen werden können, ist sicherzustellen, dass dadurch nicht an anderer Stelle das exakt gleiche Problem geschaffen wird.

Dementsprechend sollte zunächst geprüft werden, ob sich eine Besserstellung der „Kann-KG“ im Verhältnis zu sonstigen GbRs überhaupt rechtfertigen lassen würde.

(1) Deliktische Verbindlichkeiten

Dabei bietet es sich an, mit der Haftung für deliktische Verbindlichkeiten zu beginnen und im Folgenden zwischen den drei Teilaspekten der Benachteiligung zu differenzieren.

Während es sich bei der Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität und dem Erfordernis der Zustimmung des Kommanditisten um Privilegien handelt, die sich direkt aus dem Wortlaut des § 176 Abs. 1 HGB n.F. ergeben, ist die Ausnahme deliktischer Verbindlichkeiten aus dem Anwendungsbereich ein Produkt des bisher herrschenden Verständnisses des Normzwecks. Grundsätzlich kann aufgrund des gleichen Inhalts der geltenden und der neuen Fassung der Norm davon ausgegangen werden, dass die Anhänger der h.M. § 176 Abs. 1 HGB n.F. auch weiterhin den Zweck abstrakten Vertrauensschutzes zuschreiben werden. Nichtsdestotrotz bietet sich eine Überprüfung, ob die Neufassung zum Anlass für ein neues Normzweckverständnis genommen werden sollte, an. Schließlich ließe sich dadurch, „Ist-Kommanditisten“ vor der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister einer unbeschränkten Haftung für deliktische Verbindlichkeiten zu unterwerfen, eine Gleichbehandlung aller drei hier relevanten Gesellschaftsformen diesbezüglich herstellen.

Und tatsächlich finden sich schnell gute Argumente, das herrschende Verständnis zu verabschieden. Zur besseren Nachvollziehbarkeit einiger davon sei folgender Gedankengang vorausgeschickt: Die Anerkennung abstrakten Vertrauensschutzes als Zweck hängt maßgeblich davon ab, welches Regel-Ausnahme-Verhältnis man der Norm zugrunde legt.[33] Versteht man das beschränkte Haftungsregime der §§ 171 ff. HGB als Regel, so postuliert § 176 Abs. 1 HGB n.F. eine Ausnahme davon und schützt tatsächlich das Vertrauen des Rechtsverkehrs, die Regel könne – bei fortbestehender Schutzwürdigkeit des Gläubigers – nur in Verbindung mit entsprechender Registerpublizität eintreten. Folgt man jedoch der Ansicht, Gesellschafter würden in Abwesenheit gesetzlicher Ausnahmen grundsätzlich immer unbeschränkt für Gesellschaftsschulden haften, ist § 176 Abs. 1 Hs. 1 HGB n.F. nicht mehr als eine Klarstellung und Präzisierung dieser Regel für die KG. § 176 Abs. 1 Hs. 2 HGB n.F. stellt sich dann als eine gesetzliche Ausnahme für den Fall dar, dass der Gläubiger von der Kommanditistenstellung weiß.[34] Für Vertrauensschutzgedanken bleibt nach dieser Ansicht daher kein Platz.

Das stärkste Argument für eine Abkehr von der h.M. liefert der BGH – obwohl er deliktische Verbindlichkeiten aus dem Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 HGB ausnimmt[35] – selbst. Im Jahre 1999 begründete er die fortan geltende Bedeutungslosigkeit einseitiger Haftungsbeschränkungen durch Beschränkung der Vertretungsmacht in der GbR nämlich mit „dem allgemeinen Grundsatz [...], dass derjenige, der [...] in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen mit seinem gesamten Vermögen haftet, solange sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt“.[36] Aufgrund der allgemeinen Formulierung, mit der das Gericht diesen vorher schon von Teilen der Literatur diskutierten und für einschlägig gehaltenen[37] Grundsatz anerkennt, sei es nur konsequent, ihn auch auf § 176 Abs. 1 HGB zu erstrecken und dem ersten Teil der Norm dementsprechend nur deklaratorischen Charakter beizumessen.[38]

Darüber hinaus lässt sich auch der Wortlaut des § 176 Abs. 1 HGB n.F. gegen die h.M. anführen. Die Norm spricht von einer Haftung „gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter“, d.h. von einer Haftung gem. §§ 126, 161 Abs. 2 HGB n.F. Nach der h.M. zu diesen Normen haften Gesellschafter auch für deliktische Verbindlichkeiten der Gesellschaft.[39] Erneut sei es dementsprechend nur konsequent, auch deliktische Ansprüche von § 176 Abs. 1 HGB erfasst zu sehen.[40]

Abschließend zeigt sich eine gewisse Inkonsequenz in der Argumentation der h.M. Insbesondere der BGH stützt das Ergebnis, den Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 HGB zu beschränken, darauf, dass sich im Rahmen deliktischer Vor-

[31] *Schmidt*, GmbHR 2002, 341 (347).
[32] *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2232).
[33] Siehe dazu auch *Priester*, BB 1980, 911 (912).
[34] So *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2233); *Thiessen*, in: Staub, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2015, § 176 Rn. 27; früher bereits *Flume*, Allgemeiner Teil, Die Personengesellschaft, 1977, S. 333 ff.
[35] BGHZ 82, 209 = NJW 1982, 883.
[36] BGHZ 142, 315 (319) = NJW 1999, 3483 (3484).
[37] *Flume* (Fn. 34), S. 333 ff.; *Knobbe-Keuk*, in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, 1985, S. 187 (195 ff.); später auch *Dauner-Lieb* (Fn. 8), S. 836 f.; *Schmidt*, GmbHR 2002, 341 (342 ff.).
[38] *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2233).
[39] *Schmidt/Drescher*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2022, § 128 Rn. 10 m.w.N.
[40] Jeweils noch zur alten Rechtslage *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2233); *Thiessen* (Fn. 34), § 176 Rn. 84.

gänge kein schutzwürdiges Vertrauen des Gläubigers gebildet haben könne.[41] Demgegenüber wird die Haftung für deliktische Verbindlichkeiten i.R.d. § 128 HGB damit begründet, deliktische Gläubiger könnten sich ihre Schuldner nicht aussuchen. Ihnen müsse daher „erst recht" der Zugriff auf das Privatvermögen der Gesellschafter offenstehen.[42] Eine derart unterschiedliche Handhabung dieser Sachverhalte verkennt ihre Vergleichbarkeit. Verdeutlicht man sich, dass die Haftung anderer Personen neben dem Schädiger aus Sicht des deliktischen Gläubigers stets ein Zufallsgeschenk ist, erscheint es angezeigt, diese Haftung einheitlich zu handhaben. Mit dem nachvollziehbaren Gläubigerschutzgedanken des BGH liegt es dann nahe, den Gesellschaftern das Risiko aus ihrer gemeinsamen Tätigkeit aufzuerlegen und sie stets unbeschränkt für deliktische Verbindlichkeiten haften zu lassen, „solange sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt".[43] Für nicht eingetragene Kommanditisten gilt dies umso mehr, da ihnen stets die Möglichkeit offensteht, ihre Haftung durch eine Eintragung ins Handelsregister rechtssicher zu beschränken.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die „im Vordringen befindliche"[44] m.M. einige gute Argumente auf ihrer Seite hat. Aufgrund des begrenzten Umfangs dieses Beitrags kann nicht vertieft auf Argumente der h.M. – insbesondere interessant ist das, wonach § 176 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 HGB sinnentleert würde[45] – eingegangen werden.[46] Für die hiesigen Zwecke reicht es jedoch auch aus, zu wissen, dass es mit guten Gründen möglich wäre, deliktische Verbindlichkeiten in den Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 HGB aufzunehmen und so eine Gleichbehandlung von „Ist-" und „Kann-KG" sowie anderer GbRs diesbezüglich zu erreichen. Auf dieser Prämisse soll im Folgenden aufgebaut werden.

(2) Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität

In einem zweiten Schritt ist zu beantworten, ob eine Bevorteilung der „Kann-KG" in Bezug auf die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität gerechtfertigt werden kann. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, wie man eine solche Bevorteilung ausgestaltet.

Voraussetzung für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte ist stets, dass es einen sachlichen Grund für sie gibt.[47] Solange man die Bevorteilung der „Kann-KG" an keine weiteren Anforderungen knüpft als das in beliebiger Form ausgedrückte Interesse, zukünftig eine KG zu werden, fällt es schwer, einen solchen Grund zu finden. Unter diesen Voraussetzungen unterscheidet sich die „Kann-KG" unter Umständen äußerlich nämlich in keinem einzigen Punkt von sonstigen GbRs. Außerdem tun sich bei näherer Betrachtung enorme Missbrauchspotenziale einer solchen Regelung auf. Denkbar sind insbesondere Konstellationen, in denen eine GbR mit einem Gesellschaftsvertrag gegründet würde, der vorsieht, dass die Gesellschaft die Eintragung ins Handelsregister als KG grundsätzlich anstrebt. Würde dies bereits für eine Privilegierung ausreichen, gäbe es erstens keinen Grund mehr, eine GbR ohne eine solche Klausel zu gründen, was das – immerhin durch das MoPeG gerade erst runderneuerte – GbR-Haftungsregime für die Praxis weitgehend obsolet machen dürfte. Zweitens entfielen sämtliche Anreize, die Eintragung auch tatsächlich vorzunehmen. Immerhin wird die Gesellschaft durch ihre Eintragung dem Handelsrecht insgesamt unterworfen.[48] Dieses ist unter anderem durch höhere Sorgfaltsstandards gekennzeichnet, denen sich eine Gesellschaft wohl nur zu gern entziehen würde, wenn sie auch ohne diesen Nachteil in den Genuss einer entschärften Haftung kommen könnte.

Ein anderes Bild ergibt sich jedoch, stellt man für die Bevorteilung der „Kann-KG" weitere Kriterien auf. In der Schärfe jeweils unterschiedlich wählten *Schmidt* und *Dauner-Lieb* in der Diskussion zum alten Recht einen solchen Ansatz. Ersterer forderte von der Gesellschaft zumindest das Betreiben des Eintragungsverfahrens,[49] während letztere etwas weitergehend verlangte, dass der Eintragungsantrag bereits abschließend gestellt ist.[50] Beiden Vorschlägen ist gemein, dass sie im Ergebnis einen sachlichen Grund für die Differenzierung zwischen „Kann-KG" und sonstigen GbRs schaffen. In dem Moment, in dem die Gesellschafter der „Kann-KG" ihren Willen, von ihrer Eintragungsmöglichkeit Gebrauch zu machen, nach außen erkennbar machen, hebt sich ihre Gesellschaft in einem wesentlichen Aspekt von anderen GbRs ab. Sie bringt nämlich zum Ausdruck, sich insgesamt dem Regime des Handelsrechts unterwerfen zu wollen. Dieser Wille liegt in anderen GbRs gerade nicht vor. Im Gegenteil: Ist eine Gesellschaft GbR und wirkt sie nicht auf ihre Eintragung hin, kann darin stattdessen eine bewusste Entscheidung dafür gesehen werden, die unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter auf sich zu nehmen, um nicht in den Anwendungsbereich des Handelsrechts zu fallen. Der Kritik *Reiffs* ist dementsprechend zwar zuzugeben, dass sie zutrifft, solange die „Kann-KG" die Anwendbarkeit des Handelsrechts nicht auf den Weg gebracht hat.[51] Ein Zusatzkriterium sichert jedoch gerade das Gegenteil ab.

All dem steht auch nicht entgegen, dass mit der OHG eine Handelsgesellschaft existiert, in der alle Gesellschafter wie in der GbR unbeschränkt persönlich haften. Die potenziellen Vor-

[41] BGHZ 82, 209 (215) = NJW 1982, 883 (885); so auch *Schmidt/Grüneberg* (Fn. 6), § 176 Rn. 39.
[42] BGHZ 154, 88 (94 f.) = NJW 2003, 1445 (1446 f.).
[43] BGHZ 142, 315 (319) = NJW 1999, 3483 (3484).
[44] *Schmidt/Grüneberg* (Fn. 6), § 176 Rn. 39.
[45] BGHZ 82, 209 (216) = NJW 1982, 883 (885); *Armbrüster*, ZGR 2005, 34 (60); Gegenargumente bzw. -vorschläge bei *Jacobs*, DB 2005, 2227 (2234); *Thiessen* (Fn. 34), § 176 Rn. 84 ff.
[46] Vgl. allgemein zur h.M. *Clauss/Fleckner*, WM 2003, 1790 (1799 f.); *Kindler*, JuS 2006, 865 (866 f.); *Priester*, BB 1980, 911 (912).
[47] *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 18 f. m.w.N.
[48] Dogmatische Herleitung umstritten; vgl. *Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2021, § 6 Rn. 17 m.w.N.
[49] *Schmidt* (Fn. 1), § 55 I 2; *ders.*, GmbHR 2002, 341 (344).
[50] *Dauner-Lieb* (Fn. 8), S. 835 (846).
[51] Vgl. *Reiff*, ZIP 1999, 1329 (1331, 1333).

teile, die die Möglichkeit, als Handelsgesellschaft firmieren zu können, mit sich bringt, hören nicht bei einer Haftungsbeschränkung für einzelne Gesellschafter auf. Stattdessen kann beispielsweise davon ausgegangen werden, dass Vertragspartner im professionellen unternehmerischen Bereich einer Handelsgesellschaft grundsätzlich größeren Kredit einräumen werden, weil das Handelsrecht diesen Vertragspartnern durch seine Sonderregeln verschiedene Sicherheiten bietet. Durch die fehlende Hinwirkung auf eine Handelsregistereintragung gilt auch bezüglich dieser Vorteile: Die GbR entschied sich bewusst dafür, sie nicht in Anspruch zu nehmen. Für die „Kann-KG“ gilt dies ab dem Moment, in dem sie das sogleich dem Inhalt nach zu bestimmende Zusatzkriterium erfüllt, gerade nicht mehr.

Folgt man diesen Argumenten und erkennt die abschließend dokumentierte Bereitschaft, sich dem Handelsrecht zu unterwerfen, als sachlichen Grund an, stellt sich nur noch die Frage, welche zusätzliche Anforderung konkret gestellt werden sollte. Dabei zeigt sich der Vorschlag, bereits vor dem Eintragungsantrag anzusetzen, anfällig für Abgrenzungsschwierigkeiten. Was nötig ist, um das Eintragungsverfahren zu „betreiben“, lässt sich nur schwer rechtssicher festhalten. So würde den Gesellschaftern wiederum die Möglichkeit gegeben, die Eintragung bei bereits greifender Haftungsbeschränkung noch lange hinauszuzögern.[52] Insofern stellten sich wieder die Fragen nach den Missbrauchspotenzialen, die ein zusätzliches Kriterium überhaupt erst nötig machten. Demgegenüber entwickelt der Vorschlag *Dauner-Liebs*, auf die Stellung eines Eintragungsantrags abzustellen, klare Grenzen[53] und ist deshalb vorzuziehen.

Als Zwischenergebnis lässt sich also festhalten, dass eine Bevorteilung der „Kann-KG“ gegenüber sonstigen GbRs auf Grundlage der hier entwickelten Voraussetzungen gerechtfertigt werden kann.

(3) Zustimmung zum Geschäftsbeginn

Am einfachsten stellt sich die Lage bezüglich des dritten Teilaspekts der Benachteiligung dar. Das MoPeG schafft dem Aspekt, dass „Ist-“ im Gegensatz zu „Kann-Kommanditisten“ nur unbeschränkt haften, wenn sie der Geschäftsaufnahme zugestimmt haben, Abhilfe. Nach § 719 Abs. 1 BGB n.F. entstehen auch GbRs im Außenverhältnis künftig erst dann, wenn sie mit Zustimmung aller Gesellschafter – d.h. auch der künftigen Kommanditisten – am Rechtsverkehr teilnehmen.

bb) Interessenabwägung im Verhältnis „Kann-“ zu „Ist-KG“

Nachdem das Verhältnis der „Kann-KG“ zu sonstigen GbRs beleuchtet und Probleme ausgeräumt wurden, kann der Blick nun auf das Verhältnis der „Kann-“ zur „Ist-KG“ gerichtet werden. Die soeben erzielten Ergebnisse geben die Prämissen dieser Betrachtung vor. Das bedeutet insbesondere, dass der maßgebliche Zeitpunkt derjenige ist, in dem die „Kann-KG“ ihren Eintragungsantrag gestellt hat.

Zu untersuchen ist ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 721 BGB n.F., ob die Interessen der Gesellschafter eine derart eingegrenzte Haftungsbeschränkung bei einer Abwägung gegen die Interessen der Gläubiger tragen, weil sich die unbeschränkte Haftung als „unangemessen“ erweist. Für eine Unangemessenheit in diesem Sinne sprechen im Wesentlichen zwei Gründe: Zunächst haben die Gesellschafter durch die Stellung des Eintragungsantrags alles getan, was in ihrer Macht steht, um die Eintragung herbeizuführen. Wird den werdenden Kommanditisten ab diesem Zeitpunkt nicht die gleiche Behandlung gewährt wie denen einer „Ist-KG“ und wollen sie die unbeschränkte Haftung vermeiden, bedeutete dies, der Gesellschaft aufzuerlegen, vor der Aufnahme der Geschäfte den Ablauf des Eintragungsverfahrens abzuwarten und sich so von externen Umständen abhängig zu machen. Diese Abhängigkeit ist nicht durch Gläubigerinteressen gerechtfertigt. Gläubiger können sich durch Vorlage der Anmeldung zur Eintragung das nötige Wissen beschaffen, um die Haftungsverhältnisse korrekt einzuschätzen und ihre Interessen dementsprechend ohne gesetzliche Hilfe verwirklichen. Die Sicherheit dessen wird zusätzlich dadurch gesteigert, dass die Einreichung der Anmeldung beim Registergericht in der Praxis regelmäßig durch Notare im Anschluss an die erforderliche öffentliche Beglaubigung (§ 12 Abs. 1 S. 1 HGB)[54] vorgenommen wird. Dadurch wird ausgeschlossen, dass die vorgelegte Anmeldung dem Registergericht tatsächlich nie zugegangen ist.

Die Haftung von „Kann-Kommanditisten“ nach Stellung des Eintragungsantrags, aber vor Eintragung ins Handelsregister sollte daher der Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB n.F. angeglichen werden.

b) Vorzugswürdige Umsetzung („Wie“ der Gleichbehandlung)

Dieser letzte Abschnitt soll die verbleibende Frage klären, wie die Haftungsbeschränkung für „Kann-KGs“ methodisch erreicht werden kann.

Der einfachste Weg bestünde in einer analogen Anwendung des § 176 Abs. 1 HGB n.F. auf „Kann-KGs“, sobald der Eintragungsantrag gestellt ist. Diese Möglichkeit muss jedoch wohl als nicht explizit von der Gesetzesbegründung eröffnet angesehen werden.[55] Außerdem ist davon auszugehen, dass der gesetzgeberische Wille, obwohl er wie oben herausgearbeitet keine allgemeine Sperrwirkung entfaltet, zumindest diese konkrete Analogie ausschließt.[56]

Stattdessen bietet sich eine Analogie zu den §§ 171, 172 HGB n.F. an.[57] Zum einen sind es ohnehin diese Normen, die in den praktisch wichtigen Fällen – denen, in denen eine Haftungsbeschränkung des § 176 Abs. 1 HGB n.F. greift –

[52] A.A. *Thiessen* (Fn. 34), § 176 Rn. 38.

[53] Den Aspekt der Abgrenzbarkeit auch selbst als entscheidend ansehend *Dauner-Lieb* (Fn. 8), S. 835 (846).

[54] Näher *Krafka*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 2021, § 12 Rn. 13 ff.

[55] Obgleich die Frage gestellt werden kann, wie weit die Formulierung „§§ 171 ff. HGB“ verstanden werden darf. Für das Zitat siehe BT-Drs. 19/27635, S. 165.

[56] Vgl. auch *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3077).

[57] Dies auch bei einer Analogie zu § 176 Abs. 1 S. 1 HGB als richtigen Bezugspunkt sehend *Clauss/Fleckner*, WM 2003, 1790 (1793).

zur Anwendung kommen. Zum anderen nennt die Gesetzesbegründung diesen Weg ausdrücklich.

Die analoge Anwendung der Vorschriften muss sodann als in mehrfacher Hinsicht begrenzt behandelt werden: Um eine ungerechtfertigte Bevorteilung der „Kann-KG“ gegenüber sonstigen GbRs zu vermeiden, darf die Analogie nur zur Anwendung kommen, wenn der Eintragungsantrag der „Kann-KG“ bereits gestellt und die fragliche Verbindlichkeit nicht deliktischer Natur ist. Aus dem Verhältnis der „Kann-“ zur „Ist-KG“ folgt dagegen, dass die Voraussetzungen des § 176 Abs. 1 HGB n.F., die entgegen der grundsätzlich unbeschränkten Haftung gerade ihre Beschränkung auslösen, abgebildet sein müssen. Andernfalls würde aus einer Benachteiligung der „Kann-KG“ eine Bevorteilung. Die Analogie zu den §§ 171, 172 HGB greift demnach nur, wenn der werdende Kommanditist als persönlich haftender Gesellschafter in Anspruch genommen werden soll, obwohl der Gläubiger positive Kenntnis von seiner geplanten Kommanditistenstellung hatte. Das Zustimmungserfordernis des § 176 Abs. 1 HGB n.F. kann dagegen aufgrund § 719 Abs. 1 BGB n.F. unbeachtet bleiben.

Dem naheliegenden Einwand, darin läge eine Umgehung der gesperrten Analogie zu § 176 Abs. 1 HGB n.F., sei abschließend noch einmal das bereits oben angebrachte Argument entgegengehalten, dass die ausdrückliche Nennung einer Analogie zu den §§ 171 ff. HGB in der Gesetzesbegründung eindeutig für deren Zulässigkeit spricht.

IV. Schlussbetrachtung

Der Beitrag hat gezeigt, dass § 176 Abs. 1 HGB einen durch die Fachliteratur lebhaft diskutierten Funktionswandel erlebt hat. Die Norm benachteiligt inzwischen – entgegen ihrem historischen Zweck – „Kann-“ gegenüber „Ist-KGs“. Das MoPeG bringt insofern keine Änderungen mit sich, da § 176 Abs. 1 HGB n.F. inhaltlich mit der alten Fassung übereinstimmt.

Es ist grundsätzlich denkbar, daraus eine allgemeine Sperrwirkung für die Gleichbehandlung der „Kann-KG“ abzuleiten. Indes hat sich gezeigt, dass die besseren Argumente dagegensprechen. Die Gesetzesbegründung zum neuen § 721 BGB eröffnet stattdessen die Möglichkeit, ein Haftungsbeschränkungssystem zu entwerfen, das für besagte Gleichbehandlung sorgt.

In diesem System ist zunächst sicherzustellen, dass sonstige GbRs nicht ungerechtfertigt benachteiligt werden. Dazu muss erstens der Normzweck des § 176 Abs. 1 HGB zukünftig so verstanden werden, dass deliktische Verbindlichkeiten in seinen Anwendungsbereich fallen. Sodann ist es zweitens gerechtfertigt, die „Kann-KG“ bezüglich der Haftungsbeschränkung durch Individualpublizität gegenüber sonstigen GbRs zu bevorteilen. Voraussetzung dafür ist, dass ihr Eintragungsantrag bereits gestellt ist. Der Ungleichbehandlung bezüglich der i.R.d. § 176 Abs. 1 HGB n.F. erforderlichen Zustimmung des Kommanditisten hilft das MoPeG ab.

Nachdem in einem letzten Schritt gezeigt werden konnte, dass die von der Gesetzesbegründung verlangte „Unangemessenheit“ der unbeschränkten Haftung in der behandelten Konstellation vorliegt, war nur noch sicherzustellen, dass die Gleichbehandlung nicht in eine Bevorteilung der „Kann-KG“ umschlägt. Dazu ist die vorzugswürdige Analogie zu §§ 171, 172 HGB wie beschrieben zu begrenzen.

Grundfragen des Glücksspielrechts

Von Wiss. Mitarbeiter **Robin Anstötz**, Wiss. Mitarbeiter **Tobias Lüder**, Wiss. Mitarbeiter **Florian Tautz**, Bochum*

Das Glücksspielrecht ist eine echte Querschnittsmaterie.[1] *Es ist nicht geschlossen kodifiziert, sondern ergibt sich aus einer Zusammenschau zahlreicher, teilweise komplex miteinander verflochtener landes- und bundesrechtlicher Vorschriften. Die wirtschaftliche und soziale Tragweite des Glücksspielsektors ist enorm. Der deutsche Glücksspielmarkt umfasste laut Jahresreport der Glücksspielaufsichtsbehörden 2020 gemessen am Bruttospielertrag ein Gesamtvolumen von rund 11,68 Milliarden Euro.*[2] *In sozialer Hinsicht sind insbesondere die Gefahren einer bestehenden oder drohenden Spielsucht und damit des pathologischen und problematischen Spielverhaltens zu beachten. In Deutschland weisen etwa 430.000 Menschen ein problematisches oder pathologisches Glücksspielverhalten auf;*[3] *zugleich spielen viele Millionen Menschen auch in Deutschland Glücksspiele, ohne ein Suchtproblem zu entwickeln. Die rechtliche Ordnung des Glücksspiels gestaltet sich daher als Drahtseilakt zwischen individueller Selbstbestimmung, verfassungsrechtlich gebotenem Spielerschutz und staatlichem Paternalismus und ist in besonderer Weise von sehr divergierenden Auffassungen über die Wünschbarkeit und Regelungsbedürftigkeit des Phänomens Glücksspiel geprägt. Es verwundert daher nicht, dass das Glücksspielrecht sich mittlerweile zu „einem veritablen Rechtsschutzriesen entwickelt"*[4] *hat.*

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über Grundsatzfragen und aktuelle Probleme des Glücksspielrechts und soll anregen, sich intensiver mit dem Glücksspielrecht zu beschäftigen. Durch den Querschnittscharakter des Rechtsgebiets ergeben sich einerseits Anknüpfungspunkte zum Pflichtfachstoff des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, andererseits ist der Gegenstand für Studierende in wirtschaftsrechtlichen Schwerpunktbereichen von Interesse.

I. Gesetzgebungskompetenz im Glücksspielrecht

Fall: Der Bundestag überlegt, ein umfassendes Glücksspielgesetz auf den Weg zu bringen. Steht dem Bund hierfür die notwendige Gesetzgebungskompetenz zu?

Gegenwärtig setzt sich das Glücksspielrecht in Deutschland aus einer Vielzahl bundes- und landesrechtlicher Regelungen zusammen. Dem Landesrecht unterliegen insbesondere die Spielbanken, Lotterien, die Spielhallen, Sportwetten und die Online-Glücksspielformen. Zentrale landesrechtliche Rechtsquelle sind dabei der Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) und seine jeweiligen Ausführungsgesetze. Bundesgesetzlich geregelt ist hingegen das Glücksspielstrafrecht sowie das gewerbliche Automatenspiel (§§ 33c ff. GewO). Darüber hinaus vereint das Rennwett- und Lotteriegesetz (RennwLottG) zwei unterschiedliche Regelungsgegenstände: zum einen gewerberechtliche und steuerrechtliche Regelungen für Pferdewetten, zum anderen Steuervorschriften für Lotterien, Ausspielungen, Sportwetten, virtuelle Automatenspiele und Online-Poker. Fraglich ist, ob dem Bund ein Zugriffsrecht auf die bisher von den Ländern geregelten Spielformen zusteht. Von entscheidender Bedeutung für die Beantwortung dieser Frage ist, ob das Glücksspielrecht insgesamt als Recht der Wirtschaft im Sinne des Titels der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG anzusehen ist.[5] Gestützt auf ein Urteil des BVerfG aus dem Jahre 1970[6] wird das Glücksspielrecht traditionell als Recht zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (oder auch Gefahrenabwehrrecht) klassifiziert, welches zur ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder gehöre. Konkret ging es in dem Urteil um den Betrieb einer Spielbank. Dieser befasse sich nicht „mit der Erzeugung, Herstellung oder Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs"[7]. Die Zulassung von Spielbanken könne vielmehr nur so verstanden werden, dass „durch sie die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung geschützt werden soll"[8]. Allein der Umstand, dass glücksspielrechtliche Vorschriften der Gefahrenabwehr dienen, führt jedoch noch nicht dazu, dass die Normen in die gleichnamige ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen. Denn: Ein Antagonismus von Gewerberecht, als Teil des Rechts der Wirtschaft in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, und Gefahrenabwehrrecht besteht nicht.[9] Das Gewerberecht war vielmehr schon immer in erster Linie Gefahrenabwehrrecht, welches Instrumente zur Prävention der von einzelnen Gewerbezweigen ausgehenden Gefahren vorsieht. Erst wenn gefahrenabwehrrechtliche Regelungen sich nicht mehr vornehmlich an Akteure der Wirtschaft, sondern an die Allgemeinheit wenden, ist von einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder für das „allgemeine Ge-

* Die *Autoren* sind Wiss. Mitarbeiter am drittmittelgeförderten Institut für Glücksspiel und Gesellschaft (GLÜG) der Ruhr-Universität Bochum und Doktoranden bei Prof. *Dr. Julian Krüper* und Prof. *Dr. Sebastian Unger*.

[1] *Blach/Walisko*, ZfWG 2022, 145 (145); *Ennuschat*, in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), Gewerbeordnung, Kommentar, 9. Aufl. 2020, § 33h Rn. 5.

[2] Jahresreport 2020 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, S. 6, abrufbar unter https://innen.hessen.de/sites/innen.hessen.de/files/2021-12/jahresreport_2020.pdf (27.9.2022).

[3] BZgA, Pressemitteilung v. 24.6.2021, abrufbar unter https://bit.ly/3BH1CYx (27.9.2022).

[4] *Krüper*, Die Verwaltung 54 (2021), 37 (37).

[5] Zum Streit vgl. *Janich*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags, 2015, S. 23 ff.; *Makswit*, Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht, 2015, S. 206 ff.

[6] BVerfGE 28, 119 (128 f.).

[7] BVerfGE 28, 119 (148).

[8] BVerfGE 28, 119 (148).

[9] *Schröder*, Genehmigungsverwaltungsrecht, 2016, S. 208.

fahrenabwehrrecht" auszugehen.[10] Zudem lässt sich seit der Föderalismusreform 2006 aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG selbst schließen, dass der Betrieb eines Glücksspielunternehmens als eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Kompetenzvorschrift angesehen werden kann. Das Recht der Spielhallen wurde nämlich als ein Teilbereich des Rechts der Wirtschaft ausdrücklich aus dem Gesetzgebungstitel ausgeschlossen. Es erschließt sich nicht, warum nur der Betrieb einer Spielhalle als Wirtschaft angesehen werden sollte, die anderen Glücksspielformen jedoch nicht. Hierdurch ist jedoch zugleich die Grenze eines bundesgesetzlichen Glücksspielrechts angezeigt. Im Bereich des Spielhallenrechts ist eine bundesgesetzliche Regelung – ohne Verfassungsänderung – kompetenzrechtlich nicht möglich.[11] Für eine bundesgesetzliche Regelung der übrigen Glücksspielbereiche müssten zusätzlich noch die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sein. Hiernach müsste eine bundeseinheitliche Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit erforderlich sein. Dass eine solche Erforderlichkeit besteht, machen die Länder selbst deutlich: aktiv durch das gemeinsame Regelungsvorgehen und die Einrichtung einer gemeinsamen Behörde; passiv dadurch, dass dieses gemeinsame Vorgehen politisch wie rechtlich nur sehr unvollkommen gelingt.[12] Abseits des Spielhallenrechts könnte der Bund demzufolge kompetenziell ein Glücksspielgesetz erlassen.[13]

II. Staatsvertrag als Handlungsform

> *Fall*: Der nordrhein-westfälische Ministerpräsident X unterzeichnet mit den anderen 15 Ministerpräsidenten der Länder den Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (GlüStV 2021). Eine Zustimmung des Landesparlaments hat er nicht eingeholt. Auf der Grundlage des GlüStV 2021 möchte die zuständige Landesbehörde dem Y den Betrieb seiner Spielhalle untersagen, weil diese den im Staatsvertrag vorgesehenen Anforderungen an die Ausgestaltung (§ 26 Abs. 1 GlüStV 2021) nicht entspricht. Ist ihr das Einschreiten rechtlich möglich?

Die Länder der Bundesrepublik Deutschland sind souveräne Staaten. Deshalb können sie vertragliche Vereinbarungen mit dem Bund, aber auch mit den anderen Ländern schließen. Gängiges Instrument einer solchen vertraglichen interföderalen Kooperation ist der Staatsvertrag.[14] Eine bisher nicht abschließend geklärte Definitionsfrage betrifft den Gegenstand eines solchen Staatsvertrags. Einige gehen davon aus, dass Staatsverträge qua Definition zu ihrer Erfüllung die Durchführung eines landeseigenen Gesetzgebungsverfahrens mit dem vertraglich vereinbarten Inhalt verlangen und fordern dementsprechend, dass Vertragsinhalt nur eine dem Gesetzesvorbehalt unterfallende Materie sein kann.[15] Andere wiederum lehnen eine solche definitorische Einschränkung des Vertragsgegenstands ab und erachten es als Alleinstellungsmerkmal des Staatsvertrags, dass dem Gesetzesvorbehalt unterfallende Materien nur durch ihn Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung werden können, andere Materien jedoch sowohl Gegenstand eines Staatsvertrags als auch eines Verwaltungsabkommens sein können. Ein Abkommen gilt danach – unabhängig von seinem Inhalt – deshalb als Staatsvertrag, weil es den Staat als geschlossene Herrschaftseinheit mit seinen gesamten Herrschaftsbefugnissen verpflichtet.[16] Jedenfalls dann, wenn der Vertragsgegenstand auch durch untergesetzliche Rechtsnormen (insbesondere Rechtsverordnung) oder Verwaltungsvorschriften allein von der Exekutive geregelt werden kann, bedarf es daher keines Staatsvertrags.[17] Staatsverträge ermöglichen den Parteien demnach, einen dem Gesetzesvorbehalt unterliegenden Regelungsgegenstand einheitlich, das heißt länderübergreifend, zu regeln. Ihr Abschluss und ihre normative Transformation verlaufen dabei in mehreren Schritten:

Zunächst muss der zwischen den Vertragsverhandlungspartnern sondierte politische Wille in einem Vertrag in Form eines Gesetzesentwurfs festgehalten und dieser durch die zuständigen Landesregierungsvertreter abgeschlossen werden, wobei die Landesverfassungen zum Teil eine frühzeitige Unterrichtung der Parlamente vorsehen.[18] Wegen seiner Ver-

[10] Für den Bereich der Sportwetten stellte das BVerfGE 115, 276 (304 f.) mittlerweile klar: „Eine Neuregelung kommt dabei grundsätzlich sowohl durch den Bundes- als auch den Landesgesetzgeber in Betracht. Insoweit kann auch der Bund, gestützt auf den Gesetzgebungstitel für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG, tätig werden. Eine Kompetenz des Bundes scheitert nicht an den ordnungsrechtlichen Aspekten der Regelungsmaterie".

[11] Wie der Spielhallenbegriff auszulegen ist, war zunächst umstritten, vgl. BVerfGE 145, 20 (58); ausführlich hierzu und zur Unterscheidung zwischen normativ-rezeptiver und faktisch-deskriptiver Kompetenzzuweisung *Peters*, ZfWG Sonderbeilage 3/2017, 2.

[12] Zusammenfassung der möglichen Argumente bei der Prüfung der Erforderlichkeit bei *Klemm*, Die bundeseinheitliche Glücksspielbehörde, S. 209 ff.; auch *Krüper*, ZfWG 2015, 294 (297).

[13] Zumindest im Bereich des Online-Glücksspiels scheint eine Regulierung durch den Bund – angesichts des Umstands, dass das Internet keine Landesgrenzen kennt – auch angezeigt.

[14] Siehe dazu nur das Verzeichnis der in der Zeit von 1949 bis zum 31.12.1960 zwischen den deutschen Bundesländern abgeschlossenen Staatsverträge und Verwaltungsabkommen bei *Schneider*, VVDStRL 19 (1961), 1 (34 ff.).

[15] So beispielsweise *Bortnikov*, JuS 2017, 27 (27); *Schladebach*, VerwArch 2007, 238 (243 f.) m.w.N.

[16] So beispielweise *Schneider*, VVDStRL 19 (1961), 1 (9). Beide Definitionen sind mehr eine Frage des Zwecks und ihres beliebigen Zuschnitts als verfassungsrechtliche Vorgabe.

[17] *Rudolf*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 59.

[18] Siehe Art. 50 Abs. 1 S. 3 Verf BE; Art. 89b Abs. 1 Nr. 2 Verf RP; Art. 62 Abs. 1 S. 1 Verf LSA; Art. 28 Abs. 1 S. 1 Verf SH; Art. 67 Abs. 4 Verf TH.

tretungsmacht nach außen obliegt der Abschluss eines Staatsvertrags in der Regel dem Ministerpräsidenten beziehungsweise den regierenden Bürgermeistern in den Stadtstaaten. Der von der Exekutive vorgenommene Abschluss des Staatsvertrags allein bewirkt jedoch ohne Parlamentsbeteiligung noch keine Bindung gegenüber dem Land. Könnte die Exekutive das Land durch einen Staatsvertag ohne Beteiligung der Parlamente binden und zur Gesetzgebung verpflichten, würde das Parlament aus seinem ihm originär obliegenden Recht zur Gesetzgebung durch die Exekutive verdrängt. Die Landesverfassungen – mit Ausnahme der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen – sehen deshalb ausdrücklich vor, dass die durch die Exekutive geschlossenen Staatsverträge zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Parlaments bedürfen.[19] Durch die Zustimmung – insofern würde ein einfacher Parlamentsbeschluss für die Sicherung der parlamentarischen Mitwirkungsrechte in jedem Fall ausreichen[20] – wird der Staatsvertrag wirksam. Der Zustimmung kommt jedoch noch eine weitere Funktion zu (sog. Doppelfunktion der Zustimmung).[21]

Nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung wird der Staatsvertrag, beziehungsweise dessen Inhalt, durch die exekutive Abschlusserklärung noch nicht zum Gesetz. Gesetzesrang wird ihm erst zuteil, wenn er vom Parlament zu einem solchen transformiert wurde.[22] Aus Gründen der Formstrenge rechtsetzender Tätigkeit kann dies nur durch ein den demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Transformationsakt geschehen.[23] Einzelne Landesverfassungen sehen deshalb ausdrücklich die Notwendigkeit der Zustimmung in Gesetzesform vor.[24]

In der Praxis fallen sowohl der Zustimmungsbeschluss zum Abschluss des Staatsvertrags als auch der Beschluss des Transformationsgesetzes in einem Akt zusammen. Beide unterliegen dabei als Akte der öffentlichen Gewalt der Bindung an die Verfassung. Den Ländern bleibt es dabei aber unbenommen, für den Beschluss des Transformationsgesetzes in ihrer Verfassung ein besonderes, die grundlegenden demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen wahrendes Verfahren vorzusehen,[25] wie dies beispielsweise in Bayern der Fall ist.[26] Wichtig ist nur, dass aus dem Zustimmungsverfahren ein Gesetz hervorgeht, sei es nun im ordentlichen oder einem diesem im Wesentlichen entsprechenden besonderen Gesetzgebungsverfahren, welches mit der Zustimmung zum Staatsvertrag durchgeführt wird.

Für die aufgeworfene Fragestellung bedeutet dies, dass die zuständige Landesbehörde dem Y den Betrieb der Spielhalle nicht untersagen kann. Der GlüStV 2021 wurde laut Sachverhalt bisher nur unter den Ministerpräsidenten der Länder vereinbart. Sowohl die Zustimmung durch das Parlament als auch die Transformation im Wege des Zustimmungsverfahrens blieb bisher aus. Die an die Ausgestaltung von Spielhallen in § 26 Abs. 1 GlüStV 2021 gestellten Anforderungen und die für entsprechende Verstöße einschlägige Ermächtigungsgrundlage des § 9 Abs. 1 S. 2, S. 3 Nr. 3 GlüStV 2021 sind somit mangels Transformation noch kein wirksames Gesetzesrecht und können folglich weder verbindliche Ge- oder Verbote für die Bürger noch eingriffstaugliche Ermächtigungsgrundlagen für die Behörden begründen. Ein Einschreiten der Behörde ist daher in Ermangelung einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage aus rechtlichen Gründen nicht möglich.

III. Gemeinsame Glücksspielbehörde der Länder

> *Fall*: Die Gemeinsame Glücksspielbehörde der Länder (GGL) soll bundesweit als gemeinsam von den Ländern getragene Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) insbesondere für die Überwachung der Glücksspielangebote im Internet zuständig sein. Verstößt eine solche Gemeinschaftseinrichtung gegen das Bundesstaats- oder das Demokratieprinzip?

Angesichts der bestehenden Vollzugsprobleme im Glücksspielrecht sieht der GlüStV 2021 erstmals eine bundeseinheitliche Aufsichtsbehörde in Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) vor. Organe der Anstalt sind nach § 27g GlüStV 2021 der Verwaltungsrat und der Vorstand. Gem. § 27h Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 besteht der Verwaltungsrat aus jeweils einer Vertreterin oder einem Vertreter eines jeden Trä-

[19] Siehe Art. 72 Abs. 2 BayVerf; Art. 50 Abs. 1 S. 4 Verf BE; Art. 91 Abs. 2 BbgVerf; Art. 43 S. 3 Verf Hmb; Art. 103 Abs. 2 Verf HE; Art. 47 Abs. 2 Verf M-V; Art. 35 Abs. 2 NdsVerf; Art. 66 S. 2 LVerf NRW; Art. 101 S. 1 Verf RP; Art. 95 Abs. 2 SVerf; Art. 65 Abs. 2 SächsVerf; Art. 69 Abs. 2 Verf LSA; Art. 37 Abs. 2 S. 2 Verf SH; Art. 77 Abs. 2 Verf TH. Das parlamentarische Zustimmungserfordernis gilt aus demokratisch-rechtsstaatlichen Gründen auch, wenn Landesverfassungen dies nicht ausdrücklich vorschreiben, vgl. BVerfGE 4, 250 (276); *Schneider*, VVDStRL 19 (1961), 1 (9, 23).

[20] Anders *Huber/Röll*, ZfWG 2018, 9 (11), die ein parlamentarisches Zustimmungsgesetz für notwendig erachten.

[21] *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 172.

[22] Siehe BVerfGE 90, 60 (85 f.); *Giese*, Staatsverträge und Verwaltungsabkommen der Deutschen Bundesländer untereinander sowie zwischen Bund und Ländern, 1961, S. 118 f.; *Schneider*, VVDStRL 19 (1961), 1 (14); *Gundel*, DöV 2017, 15 (16); *Vedder* (Fn. 21), S. 330 ff.

[23] Siehe auch *Huber/Röll*, ZfWG 2018, 9 (10 f.); *Knothe*, ZRP 2010, 181 (181, 183).

[24] Art. 47 Abs. 2 Verf M-V; Art. 101 S. 1 Verf RP; Art. 95 SVerf.

[25] Vgl. BVerfGE 90, 60 (85).

[26] Art. 72 Abs. 2 BayVerf soll nach der Rspr. des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG NJW 1966, 1282 [1283]; BVerwG NVwZ 1986, 830 [830]) und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes (BayVerfGH NVwZ 1986, 290 [291]) nicht bloß die Notwendigkeit eines einfachen Parlamentsbeschlusses normieren. Vielmehr handle es sich dabei um „ein besonderes Verfahren der materiellen Gesetzgebung […], das gleichrangig neben dem in der Verfassung geregelten Verfahren zum Erlaß förmlicher Gesetze steht.“ (BayVerfGH NVwZ 1986, 290 [291]).

gerlandes.[27] Der Vorstand, gesetzlicher Vertreter und Leiter der Anstalt, besteht aus mindestens zwei vom Verwaltungsrat bestellten Mitgliedern. Nach §§ 27e und 27f GlüStV 2021 ist die Anstalt als Erlaubnis- und Aufsichtsbehörde für länderübergreifendes Glücksspiel tätig.

Die Konstruktion der GGL stößt in einem demokratischen Bundesstaat auf verfassungsrechtliche Bedenken.[28] Ein generelles Verbot länderübergreifender Kooperationen lässt sich dem Grundgesetz allerdings nicht entnehmen. Die Schaffung gemeinsamer Einrichtungen der Länder auch in Form einer AöR sind gängige Staatspraxis.[29] Gegen solche gemeinschaftliche Einrichtungen der Länder wird nicht selten eigewendet, dass hierdurch eine grundgesetzlich nicht vorgesehene „Dritte Ebene“[30] entstehe.[31] Die Anstalt bleibt jedoch eine Landesanstalt, die Landesverwaltungsaufgaben auf Grund von Landesrecht wahrnimmt. Eine „Dritte Ebene“ entsteht (formal) also nicht. Da die Länder ausschließlich einen eingrenzbaren (wenn auch nicht kleinen) Teil ihrer Exekutivaufgaben im Bereich des Glücksspielrechts auf die gemeinsame Anstalt übertragen, kann auch nicht von einer gegen das Bundesstaatsprinzip verstoßenden „Selbstpreisgabe“[32] gesprochen werden. Nach überzeugender Ansicht verstößt daher die GGL nicht gegen das Bundesstaatsprinzip.[33]

Schwerwiegender erscheinen hingegen die demokratischen Bedenken:[34] Nach dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG bedarf alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter der demokratischen Legitimation.[35] Da es sich bei der GGL um eine aus der unmittelbaren Staatsverwaltung ausgegliederten Verwaltungseinheit und somit um einen Teil der mittelbaren Staatsverwaltung handelt, kommt der Aufsicht zur Erreichung einer hinreichenden demokratischen Legitimation eine besondere Bedeutung zu. Der Verwaltungsrat entscheidet mit der Mehrheit der Stimmen seiner Mitglieder. Ein einzelnes Land kann demzufolge überstimmt werden. In diesem Fall erstrecken sich die Rechts- und Fachaufsicht des entsprechenden Landes nicht auf die GGL als Kollektiv. Auch die gesetzlich festgeschriebenen Regelungen zur Rechts- und Fachaufsicht in § 27l GlüStV 2021 führen nicht zu einer ausreichenden Weisungskette zu den jeweiligen Landesregierungen. Zum einen ist zunächst ausschließlich Sachsen-Anhalt für die Rechts- und Fachaufsicht verantwortlich. Andere Länder können allenfalls Prüfbitten aussprechen.[36] Zum anderen besteht eine fachaufsichtliche Kontrolle ohnehin nur, wenn der Verwaltungsrat keine bindenden Entscheidungsrichtlinien oder Weisungen für den Vorstand beschlossen hat. Die Ausübung der Fachaufsicht ist demzufolge subsidiär zu den Entscheidungen des Verwaltungsrates. Ein ausreichendes Legitimationsniveau wird im Ergebnis nicht erreicht.[37] Dieses Legitimationsdefizit wird auch nicht dadurch aufgewogen, dass es sich lediglich um einen administrativen Vollzug handelt und der Verwaltungsrat keine Entscheidungen von erheblichem politischen Gewicht zu treffen hat.[38] Vielmehr ist zu bemerken, dass die Behörde bindende Entscheidungen in grundrechtssensiblen Bereichen trifft und ihr hierbei ein nicht unerheblicher Entscheidungsspielraum, sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite, zusteht. Auch ein Vergleich zum ZDF

[27] Siehe hierzu und zum Folgenden die Erläuterungen zum GlüStV 2021, NRW LT-Drs. 17/11683, S. 197 ff.

[28] Schon das Glücksspielkollegium nach dem GlüStV 2012 sah sich erheblicher verfassungsrechtlicher Kritik ausgesetzt. Der HessVGH ZfWG 2015, 478 hielt das Glücksspielkollegium für verfassungswidrig; so auch *Degenhart*, Rechtsfragen des ländereinheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, Rechtsgutachten 2011, S. 15 ff.; *Kirchhof*, Das Glücksspielkollegium – eine verfassungswidrige Kooperation zwischen den Ländern, Rechtsgutachten 2016, S. 37 ff.; Als gänzlich verfassungskonform erachtend OVG Hamburg, Urt. v. 22.6. 2017 – 4 Bf 160/14, Rn. 146 ff. (juris); VG Gelsenkirchen, Urt. v. 17.5.2016 – 19 K 3334/14, Rn. 67 (juris); OVG RhlPf ZfWG 2016, 153; VG Düsseldorf, Urt. v. 21.6.2016 – 3 K 5661/14, Rn. 141 (juris); so auch *Dietlein*, ZfWG Sonderbeilage 4/2015, 1 (10 ff.); Übersicht zum Meinungsstand bei *Krüper*, Die Verwaltung 54 (2021), 37 (66).

[29] Übersicht bei *Nutzhorn*, Die gemeinsame Trägerschaft von Einrichtungen durch mehrere Länder, 2012, S. 281 ff.

[30] Ausführlich zur „Dritten Ebene“ *Bethge*, ZfWG 2016, 386 (387); *Degenhart*, Rechtsfragen des ländereinheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, Rechtsgutachten 2011, S. 17 f.

[31] Die GGL gilt nach § 27a Abs. 1 S. 2 GlüStV – im Wege einer Fiktion als eine Einrichtung des Landes Sachsen-Anhalt Träger der Anstalt sind hingegen alle Länder, § 27c GlüStV 2021.

[32] *Dietlein*, ZfWG Sonderbeilage 4/2015, 1 (12).

[33] Deutlich engere bundesstaatliche Grenzen zieht *Nettesheim*, in: Huber/Brenner/Möstl (Hrsg.), Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, 2004, S. 363 (372): „Die grundsätzliche eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung ist nicht lediglich ein Privileg der Glieder, sondern auch Pflicht. […] Die Kooperation zwischen den Gliedern stößt insofern vor dem Hintergrund des föderalen Prinzips auf Schranken. Eine Aufgabenabwälzung oder die Einräumung von Mitspracherechten ist nur dort zulässig, wo sie sich durch Gründe hinreichenden Gewichts, die ihrerseits vor dem föderalen Prinzip Bestand haben, rechtfertigen.“

[34] Diese Bedenken siehe schon bei *Unger*, ZfWG 2021, 1; für demokratisch unproblematisch hält die Einrichtung hingegen *Dittmann*, ZfWG 2020, 302.

[35] Eine hoheitliche Entscheidung ist in personeller Hinsicht legitimiert, wenn sich die Bestellung desjenigen, der sie trifft, durch eine ununterbrochene Legitimationskette auf das Staatsvolk zurückführen lässt. Die sachlich-inhaltliche Legitimation wird durch die Bindung an das Gesetz und an Aufträge und Weisungen der Regierung vermittelt.

[36] *Unger*, ZfWG 2021, 1.

[37] Zutreffend daher *Unger*, ZfWG 2021, 1: „Wie sollen die Wählerin und der Wähler ihre Landesregierung für eine Glücksspielpolitik zur Verantwortung ziehen, auf die diese im Ernstfall keinen durchgreifenden Einfluss mehr hat?“

[38] So aber Erläuterungen zum GlüStV 2021, NRW LT-Drs. 17/11683, S. 200.

oder anderen Landesmedienanstalten, bei denen ebenfalls beschränkte Aufsichtsregelungen bestehen, überzeugt nicht, da diese nicht im Bereich der Eingriffsverwaltung, sondern zur Sicherung der Rundfunkfreiheit tätig sind und daher im weitestgehend staatsfreien Raum agieren.[39] Nach überzeugender Ansicht verstößt die GGL gegen das Demokratieprinzip.[40]

IV. Grundrechtliche Aspekte der Glücksspielregulierung

> *Fall*: Im Bundesland B ist der Betrieb von Spielbanken staatlich monopolisiert. A erkennt darin einen Eingriff in seine grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Freiheit der Berufswahl und Berufsausübung. Als grundrechtsberechtigte natürliche Person kann sich A auf diese berufen, wenn der Betrieb einer Spielbank einen Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG, also eine planmäßige und auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage, darstellt.[41] Die Betätigung als Spielbankunternehmer dient der Erzielung von Gewinnen, die zur Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage verwendet werden können, und ist auf gewisse Dauer ausgerichtet.[42] Nicht von Belang ist dabei, ob sie gesetzlich verboten oder staatlich monopolisiert ist. Andernfalls würde einfachrechtlich über den grundrechtlichen Schutzbereich entschieden werden können.[43]

Der mit dem staatlichen Monopol einhergehende Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit – genau: eine objektive Berufszulassungsregelung – kann gerechtfertigt werden. Eingriffe dieser Art müssen als solche der höchsten Stufe im Sinne der Drei-Stufen-Theorie der Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dienen.[44] In einzelnen Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht allerdings zu erkennen gegeben, dass diese allgemeinen grundrechtsdogmatischen Grundsätze für den Bereich des Glücksspiels nicht zur Anwendung kommen. So erklärte das Bundesverfassungsgericht in seinem Spielbankenbeschluss aus dem Jahr 2000, dass es sich beim Betrieb einer Spielbank um eine an sich unerwünschte Tätigkeit handle, deren atypische Besonderheiten auch die Grundrechtsprüfung beeinflussen würden.[45] Ausreichend – aber auch notwendig – sei daher, dass mit der eingreifenden Maßnahme lediglich wichtige Gemeinwohlbelange verfolgt werden. Genießt die Tätigkeit von Glücksspielanbietern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts daher einen a priori abgeschwächten Grundrechtsschutz? Dieser Eindruck verfestigt sich mit dem Spielhallenbeschluss des Bundesverfassungsgerichts, in welchem es Spielhallen als Gewerbebetriebe qualifizierte, die von vornherein einen besonderen sozialen Bezug aufweisen würden, da auch bei Beachtung aller gesetzlichen Vorschriften die Möglichkeit bestehe, dass spielsüchtige und spielsuchtgefährdete Spieler Spielhallen aufsuchen.[46] Eine Begründung dieser „Sonderdogmatik"[47] bleibt das Gericht insbesondere vor dem Hintergrund des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips[48] schuldig.[49]

Ebenfalls von Bedeutung für die verfassungsrechtliche Beurteilung des Glücksspielrechts ist der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Nach diesem sind Ungleichbehandlungen nicht grundsätzlich unzulässig, bedürfen zu ihrer Rechtfertigung nach der Willkürformel aber eines sachlichen Grundes. Für die Feststellung einer verfassungsrechtlich relevanten Ungleichbehandlung müssen die Vergleichspaare unter einen gemeinsamen Oberbegriff subsumiert werden können. Dabei ist den Unterschieden der bereits oben beleuchteten Spielformen Rechnung zu tragen. Aus diesem Grund kann beispielsweise keine Ungleichbehandlung des Automatenspiels in Spielhallen gegenüber dem Automatenspiel in Spielbanken (sogenanntes Kleines Spiel) festgestellt

[39] Vgl. statt vieler *Rauchhaus*, Rundfunk und Staat, 2014; Zur Unvergleichbarkeit des Glücksspielkollegiums mit den Rundfunkanstalten, *Kirchhof* (Fn. 28), S. 16 f.

[40] So auch Institut für Glücksspiel und Gesellschaft, Anhörung des Landtags NRW zum Glücksspielstaatsvertrag 2021, S. 3 ff., abrufbar unter https://bit.ly/3Cz1dIC (27.9.2022).

[41] Vgl. BVerfGE 97, 228 (252).

[42] Vgl. für den Fall des für Private geöffneten Marktes auch BVerfGE 102, 197 (213 f.). Zwar äußerte sich das BVerfG im früheren Spielbankenbeschluss 1970 (BVerfGE 28, 119 [148]; siehe hierzu den hiesigen Abschnitt zu den Kompetenzen) dahingehend, dass es sich bei dem Spielbankenbetrieb nicht um eine wirtschaftliche Tätigkeit handle. Allerdings stellte das Gericht in dem jüngeren Beschluss (BVerfGE 102, 197 [213 f.]) klar, dass es hiermit nur eine kompetenzielle Einordnung vorgenommen habe, welche keine Auswirkung auf die grundrechtliche Bewertung habe, ausführlich hierzu *Sodan*, NJW 2003, 257 (259 f.).

[43] „Staatliche Monopole sind, da hier kein Grundrechtsträger zur Ausübung der beruflichen Tätigkeit befugt ist, als generelle Berufsverbote zu qualifizieren und nur ausnahmsweise der Rechtfertigung zugänglich.", so *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 137 ff.; anders wohl noch BVerfGE 102, 197 (213): „[…] solange die Tätigkeit nicht gesetzlich verboten ist […]".

[44] St. Rspr. seit BVerfGE 7, 377 (408).

[45] BVerfGE 102, 197 (214 f.).

[46] BVerfGE 145, 20 (95). Seinen Ursprung hat der dort genannte besondere soziale Bezug in der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG, wo er die Reichweite der gesetzgeberischen Befugnis zu Inhalts- und Schrankenbestimmungen bestimmt, vgl. st. Rspr. BVerfGE 143, 246 (325) m.w.N.

[47] Dazu *Hartmann*, in: Krüper (Hrsg.), Strukturfragen der Glücksspielregulierung, 2019, S. 21.

[48] Nach dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip ist die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist. Zurück geht dieses – nicht überholte Prinzip – auf *Schmitt*, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 126 f.; siehe auch *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 174 ff.

[49] Kritisch auch *Krüper*, GewArch 2017, 349 (349); *Sauer*, ZfWG Sonderbeilage 2/2017, 18 (19).

werden.[50]

Auf Seiten der Spieler sind neben der allgemeinen Handlungs- und Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG – die angesichts des lückenlosen Grundrechtsschutzes[51] auch das Recht zum Spielen von Glücksspielen umfasst – ebenfalls die Grundrechte in ihrer Ausprägung als Schutzpflichten zugunsten der Gesundheit pathologischer Glücksspieler aus Art. 2 Abs. 2 GG zu beachten.[52] Es obliegt den unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebern, den Konflikt zwischen Anbieter- und Spielerinteressen im Wege praktischer Konkordanz zu lösen, wobei sie dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegen.

V. Unionsrechtliche Aspekte der Glücksspielregulierung

Fall: Im Bundesland B sind die Veranstaltung und der Eigenvertrieb von Online-Casinospielen staatlich monopolisiert. Andere Angebote sind nicht erlaubnisfähig. Gegenüber dem auf Malta ansässigen Glücksspielanbieter A hat die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde eine Untersagungsverfügung erlassen. Diese verlangt, dass er die Veranstaltung und den Eigenvertrieb seines Online-Casinospiels in Deutschland einstellt. Der Anbieter trägt vor, wegen seiner maltesischen Glücksspiellizenz benötige er keine deutsche Erlaubnis. Außerdem sei es widersprüchlich, wenn das Bundesland B sein staatliches Monopol mit dem Ziel der Vermeidung und Bekämpfung von Spielsucht begründe, gleichwohl in einer über das hierfür Erforderliche hinausgehenden Art und Weise werbe und somit zur Spielteilnahme anrege.

Das deutsche Glücksspielrecht sieht sich in seinen Regulierungsfragen auch unionsrechtlichen Einflüssen ausgesetzt. Mangels Vollharmonisierung des Glücksspielrechts ist jeder Mitgliedstaat bei der Regelung des Glücksspiels frei[53] und (lediglich) zur Beachtung des primären Unionsrechts verpflichtet.

Von besonderer Bedeutung für die mitgliedstaatliche Glücksspielregulierung sind die unionsrechtlichen Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungs- (Art. 49 AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Auf die Niederlassungsfreiheit können sich beispielsweise diejenigen Glücksspielanbieter berufen, die diese Tätigkeit auf Dauer und selbständig an einem festen Standort in einem anderen Mitgliedstaat anbieten (z.B. Spielhallenbetreiber und Betreiber von Wettvermittlungsstellen).[54] Wegen der im Vergleich zum terrestrischen Glücksspiel steigenden Häufigkeit der Teilnahme am Online-Glücksspiel[55] und der dabei bestehenden Entbehrlichkeit einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat, kommt der Dienstleistungsfreiheit allerdings praktisch höhere Bedeutung zu. Sie schützt selbstständige Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden (Art. 57 Abs. 1 AEUV), zeitlich begrenzt sind und eine Grenze überschreiten (Art. 56 Abs. 1, Art. 57 Abs. 3 AEUV).[56] Nach dieser Definition sind auch solche Tätigkeiten, die Nutzern gegen Entgelt die Teilnahme an Geld- und Glücksspielen ermöglichen, Dienstleistungen i.S.v. Art. 57 Abs. 1 AEUV.[57] Weil Glücksspiele auch über einen Produktbezug verfügen können (z.B. Lotterielose und Wettscheine), muss die Warenverkehrsfreiheit von der Dienstleistungsfreiheit abgegrenzt werden. Die Abgrenzung richtet sich in einem solchen Fall eines beidseitigen Produktbezuges nach dem Schwerpunkt der in Rede stehenden Tätigkeit.[58] Weil es beim Glücksspiel aber regelmäßig um die Vermittlung der Gewinnchance und damit um eine Leistung und nicht ein Produkt, geht, steht der Bezug zur Dienstleistungsfreiheit im Vordergrund.[59]

Die glücksspielrechtlichen Beschränkungen der Dienst- und Niederlassungsfreiheit, wie beispielsweise ein Erlaubnisvorbehalt, ein Werbeverbot oder eine Monopolisierung einer Spielform beim Staat, können gerechtfertigt werden. Neben den geschriebenen Rechtfertigungstatbeständen (Art. 52 AEUV, gegebenenfalls i.V.m. Art. 62 AEUV) ermöglicht der EuGH eine Rechtfertigung auch dann, wenn nicht unmittelbar diskriminierende Maßnahmen einem zwingenden Erfordernis des Allgemeinwohls dienen.[60] Daneben müssen sie auch geeignet und erforderlich sein. Als ein solches Erfordernis des Allgemeinwohls anerkennt der EuGH den Schutz der Bevölkerung vor dem dem Glücksspiel innewohnenden Gefahrenpotenzial und dem Risiko, dass dieses in Ausnutzung der Spielleidenschaft zur persönlichen Bereicherung missbräuch-

[50] BVerfGE 145, 20 (87).

[51] Vgl. abweichende Meinung des Richters *Grimm*, BVerfGE 80, 137 (164).

[52] Vgl. zur grundrechtlichen Schutzpflicht *Hartmann/Barczak*, ZfWG 2020, Heft 2 Sonderbeilage, 8 (10, 12).

[53] Der EuGH spricht hier von unterschiedlichen „sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen, die in allen Mitgliedstaaten zu Lotterien ebenso wie zu den anderen Glücksspielen angestellt werden“, EuGH, Urt. v. 24.3.1994 – C-275/92 (Schindler), Rn. 60.

[54] EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – C-243/01 (Gambelli), Rn. 46; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 60.

[55] Bis auf den Bereich der Lotterien ist bei der Frage nach dem Zugangsweg zum Glücksspiel der Anteilswert für das Online-Setting der Glücksspielformen stets höher als für das terrestrische Glücksspiel, siehe *Buth/Meyer/Kalke*, Glücksspielteilnahme und glücksspielbezogene Probleme in der Bevölkerung, Ergebnisse des Glücksspiel-Survey 2021, 2022, S. 29, abrufbar unter https://bit.ly/3DEj2q3 (27.9.2022).

[56] Vgl. *Haltern/Stein*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, AEUV Art. 57 Rn. 25; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 75. Lfg., Stand: Mai 2022, AEUV Art. 56, Art. 57 Rn. 49.

[57] Siehe EuGH, Urt. v. 24.3.1994 – C-275/92 (Schindler), Rn. 25; EuGH, Urt. v. 21.10.1999 – C-67/98 (Zenatti), Rn. 24.

[58] Vgl. *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 56), AEUV Art. 34 Rn. 43, 45.

[59] Siehe EuGH, Urt. v. 24.3.1994 – C-275/92 (Schindler), Rn. 21 ff.; EuGH, Urt. v. 11.9.2003 – C-6/01 (Anomar), Rn. 55 f.

[60] St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – 120/78 (Cassis de Dijon), Rn. 8.

lich veranstaltet wird.[61]

Zum zentralen Dreh- und Angelpunkt der Rechtfertigung grundfreiheitlicher Beschränkungen ist die Forderung nach Kohärenz avanciert, welche der EuGH in die Prüfung der Geeignetheit beschränkender Maßnahmen integriert.[62] Dass ein nationaler Gesetzgeber die bezeichneten Erfordernisse des Allgemeinwohls für seine Glücksspielregulierung ins Feld führt, ist danach lediglich notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung.[63] Die Regelung muss auch kohärent, das heißt stimmig und widerspruchsfrei, sein. Für nationalstaatliche Maßnahmen der Glücksspielregulierung bedeutet dies, dass Beschränkungen zum Schutz der genannten Allgemeinwohlerfordernisse auch geeignet sein müssen, zur Erreichung der mit ihr verfolgten Zwecke in tatsächlicher, systematischer und kohärenter Weise beizutragen.[64] Insbesondere dann, wenn der Staat innerhalb eines Glücksspielsektors als einziger Anbieter auftritt (sogenanntes Staatsmonopol), verlangt das Kohärenzgebot, dass das Monopol durch eine gegenläufige Politik nicht in einer solchen Weise konterkariert wird, die seine Eignung zur Erreichung seiner Ziele aufhebt. Je nachdem, ob für die Kohärenzprüfung nur die Politik des Mitgliedstaates innerhalb desselben Glücksspielsektors (bspw. Sportwetten) oder stattdessen die Politik innerhalb des gesamten Glücksspielbereichs in den Blick genommen wird, differenziert man zwischen sogenannter vertikaler beziehungsweise innerer (Binnen-)Kohärenz und sogenannter horizontaler beziehungsweise äußerer (Gesamt-)Kohärenz.[65] Mit dem Gebot vertikaler Kohärenz ist insoweit unvereinbar, wenn ein staatliches Glücksspielmonopol mit dem Ziel der Vermeidung übermäßiger Ausgaben für das Glücksspiel und der Spielsuchtbekämpfung gerechtfertigt wird, aber gleichzeitig für das eigene Glücksspiel in einem solchen Umfang geworben wird, der über das für die Kanalisierung erforderliche Maß hinausgeht, und das Monopol deshalb darauf abzielt, den Spieltrieb der Verbraucher zu fördern und die Einnahmen zu maximieren.[66] Gegen das Gebot horizontaler Kohärenz wird hingegen erst verstoßen, wenn abseits des der Vermeidung übermäßigen Spielens dienenden staatlich monopolisierten Glücksspielsektors zur Teilnahme an solchen Glücksspielen mit gleichem oder stärkerem Suchtpotenzial durch die dortige Glücksspielpolitik ermuntert wird, anstatt auch dort die Spielgelegenheiten zu verringern; hat dies zur Folge, dass das dem Monopol zugrundeliegende Ziel nicht mehr wirksam verfolgt werden kann, ist von einer horizontalen Inkohärenz auszugehen.[67] Auch die Politik des Bundesstaates innerhalb eines anderen Glücksspielsektors ist geeignet, die Kohärenz der Landesglücksspielpolitik zu beseitigen. Mitgliedstaatliche Besonderheiten der internen Rechtsordnung wie beispielsweise föderale Strukturen taugen nach der Rechtsprechung des EuGH nicht dazu, die Nichteinhaltung unionsrechtlicher Verpflichtungen zu rechtfertigen.[68] Bund und Länder müssen die Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten aus diesem Grund koordinieren.[69]

Solange die mitgliedstaatliche Beschränkung in Form von Monopolen oder präventiven Erlaubnisvorbehalten diskriminierungsfrei und verhältnismäßig ausgestaltet ist, besteht angesichts des gesetzgeberischen Wertungsspielraums hinsichtlich des von ihm errichteten Schutzsystems und der Ermangelung einer Harmonisierung des Glücksspiels auf Gemeinschaftsebene keine Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat erteilten Erlaubnis.[70]

Für den hiesigen Fall bedeutet dies, dass A sich gegenüber den deutschen Behörden nicht auf seine maltesische Glücksspiellizenz berufen kann. Will er in Deutschland Online-Casinospiele veranstalten und vermitteln, bedarf er einer deutschen Erlaubnis. Im Bundesland B wird er eine solche angesichts des staatlichen Online-Casinospielmonopols nicht erhalten können. Das nationale Gericht, vor welchem A eine Erlaubnis erstreiten möchte, muss sich deshalb mit der Frage befassen, ob das Monopol unionsrechtskonform ausgestaltet und durchgeführt wird, insbesondere ob die Anforderungen des Kohärenzgebots beachtet werden. Dafür ist ausschlaggebend, ob die gesamte Glücksspielpolitik des Landes B und auch des Bundes der Erreichung der Ziele des Monopols nicht entgegenstehen.

VI. Was versteht der Gesetzgeber unter Glücksspiel?

Fall: A ist Entwickler und Anbieter eines App-basierten Online-Games, in welchem der Spieler die Möglich-

[61] Ausführlich zur Rspr. des EuGH *Ennuschat/Güldner*, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, § 12 Rn. 64 ff.

[62] EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – C-243/01 (Gambelli), Rn. 67; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 88.

[63] EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 88. Siehe auch *Hartmann*, EuZW 2014, 814 (815).

[64] EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – C-243/01 (Gambelli), Rn. 67; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08 (Carmen Media), Rn. 55, 65; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 88; BVerwG ZfWG 2018, 138 (143 f.). Die Kohärenzprüfung ist insoweit eine Missbrauchs- und Motivkontrolle, vgl. *Jarass*, NVwZ 2018, 1665 (1668); *Reichert*, ZfWG 2021, 14 (16). Die Mitgliedstaaten müssen die legitimen Ziele ihrer Regulierung tatsächlich verfolgen und nicht bloß scheinheilig vorgeben, EuGH, Urt. v. 21.10.1999 – C-67/98 (Zenatti), Rn. 36 f.; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08 (Carmen Media), Rn. 65.

[65] Zu den Begriffen siehe *Hartmann*, EuZW 2014, 814 (815 f.); *Jarass*, NVwZ 2018, 1665 (1668). Das Bundesverwaltungsgericht schuf die sog. Intersektorale Kohärenz, welche es als „Mittelweg" zwischen Teil- und Gesamtkohärenz bezeichnet, siehe BVerwG NVwZ-RR 2014, 181 (188 Rn. 55). Kritisch dazu *Hartmann*, EuZW 2014, 814 (816 ff.).

[66] EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 107 iv) 1. Spiegelstrich.

[67] Vgl. EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08 (Carmen Media), Rn. 68.

[68] Vgl. EuGH, Urt. v. 13.9.2001 – C-417/99 (Kommission/Spanien), Rn. 37.

[69] EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08 (Carmen Media), Rn. 69.

[70] EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 110 ff.; EuGH, Urt. v. 8.9.2009 – C-42/07 (Liga Portuguesa), Rn. 57 f.

keit sogenannter In-App-Käufe hat, bei denen er durch die Zahlung einer bestimmten Geldsumme einen feststehenden Betrag der Spielwährung erhält. Diese kann er wiederum einsetzen, um an einer einem alten Spielautomaten ähnelnden Maschine zu drehen (Spin). Im Falle eines Gewinns erlangt der Spieler sogenannte Skills und Items für das Online-Game. Kann die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde dem A die Vermarktung des Online-Games in seiner aktuellen Ausgestaltung untersagen?

Für die Frage nach der Anordnungsbefugnis der zuständigen Glücksspielaufsichtsbehörde ist entscheidend, was die einschlägige Ermächtigungsgrundlage unter dem Begriff des Glücksspiels versteht. Die Glücksspielaufsichtsbehörde ist gem. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GlüStV 2021[71] befugt, die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele zu untersagen. Sie kann deshalb nur dann gegen A einschreiten, wenn es sich bei seinem Online-Game oder Elementen davon um Glücksspiel im Sinne der Norm handelt. Der Begriff des Glücksspiels begegnet dem Rechtsanwender sowohl in § 284 StGB als auch im GlüStV. Dort wird er in § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 legaldefiniert. Danach liegt ein Glücksspiel vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Trotz dieser Legaldefinition verbleiben offene Fragen des Glücksspielbegriffs, von denen einige im Folgenden aufzuzeigen sind.

Mit dem Merkmal des *Entgelts für den Erwerb einer Gewinnchance* ist zunächst klargestellt, dass ein Glücksspiel dann nicht vorliegt, wenn a) trotz Entgelt keine Gewinnchance erworben wird oder b) dem Erwerb der Gewinnchance keine Gegenleistung gegenübersteht.[72] Entsprechend dem strafrechtlichen Begriffsverständnis, welches statt eines Entgelts einen Einsatz verlangt, muss zwischen dem Einsatz respektive Entgelt und der Gewinnchance ein sachlicher Zusammenhang bestehen, durch den die Gewinnchance unmittelbar aus dem Entgelt erwächst.[73] Sofern die Gewinnchance mit der Leistung noch nicht entstanden und von weiteren, dazwischentretenden wesentlichen Umständen abhängig ist (so beispielsweise bei einer Teilnahmegebühr zwecks ausschließlicher Unkostendeckung eines Poker-Turniers[74]), handelt es sich dabei nicht um ein Entgelt für Glücksspiel. Das gilt auch bei solchen Gewinnchancen, welche lediglich mittelbare Folge einer geldwerten Leistung sind (beispielsweise der Erhalt von Gewinnlosen ab einem bestimmten Einkaufswert[75]). Um eine Gewinnchance handelt es sich dabei nur, wenn mit dem erbrachten Entgelt die Aussicht auf einen geldwerten Vorteil erwächst. Besteht von Beginn an nicht die Wahrscheinlichkeit, das gezahlte Entgelt durch den wirtschaftlichen Wert des Gewinns zumindest auszugleichen, liegt keine Gewinnchance vor.

Prägendes Merkmal des Glücksspiels ist die vollständige oder überwiegende *Zufallsabhängigkeit* der Entscheidung über den Gewinn, das heißt von unberechenbaren und dem Einfluss des Spielers entzogenen Kausalitäten.[76] Spiele, die hingegen vom Können und Geschick des Teilnehmers abhängen, sind keine Glücks-, sondern Geschicklichkeitsspiele. Abzustellen ist dafür nach herrschender Meinung auf den Durchschnittsspieler.[77] Nicht immer unterliegt der Ausgang eines Spiels nur dem Zufall oder dem Geschick des Spielers. Häufig kumulieren beide Elemente in einem Spiel. Es kommt dann darauf an, welche Ursachenkette (die zufällige oder die durch Geschick beeinflussbare) den Ausgang des Spiels vornehmlich beeinflusst.[78]

Sofern der Spielautomat im vorliegenden Fall von einem zufallsbasierten Algorithmus gesteuert wird, ist der Ausgang eines Spins für niemanden vorhersehbar und beeinflussbar. Das Zufallselement ist erfüllt. Zweifel bestehen jedoch an der Entgeltlichkeit. Schließlich setzt der Spieler nur Spielwährung und kein echtes Geld. Der bloße Erwerb der Währung mit echtem Geld stellt ebenfalls noch kein Glücksspiel dar, weil der Spieler hieraus noch keine unmittelbare Gewinnchance erlangt. Sollte die Spielwährung hingegen einen messbaren wirtschaftlichen Wert aufweisen, stellt auch die Leistung dieser für den Spin ein Entgelt dar. Ob das der Fall ist, hängt vom konkreten Spiel und der Veräußerbarkeit der Währung beziehungsweise des Accounts ab. Aber selbst, wenn davon auszugehen wäre, stünde noch immer die Frage nach der Gewinnchance im Raum. Einen wirtschaftlichen Zuwachs könnte der Spieler im Falle eines Gewinns nur dann erlangen, wenn die zu gewinnenden Skills und Items einen wirtschaft-

[71] Zur Transformation des Staatsvertrags in Landesrecht siehe bereits Frage II.

[72] Dann kann es sich aber um sog. simuliertes Glücksspiel handeln, siehe dazu die nichtssagenden Erläuterungen zum GlüStV 2021, LT-NRW Drs. 17/11683, S. 107. Weiterführend dazu *Liesching*, ZfWG 2020, 313 (313 ff.); vgl. auch *Lüder/Tautz*, Coin Master – Was tun mit simuliertem Glücksspiel?, abrufbar unter https://bit.ly/3AwNFdP (27.9.2022).

[73] BGH NJW 1987, 851 (852); BVerwG NJW 2014, 229 (230). Umstritten ist hingegen, ob die für den strafrechtlichen Begriff anerkannte Voraussetzung eines „nicht ganz unbeträchtlich[en]" Einsatzes (BGH NJW 1987, 851 [852]) auch auf das Entgeltkriterium des ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffs Anwendung findet. Dafür *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Hrsg.), Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, GlüStV § 3 Rn. 8 m.w.N. Dagegen *Benert/Reeckmann*, ZfWG 2013, 23 (24 ff.); *Dietlein*, in: Dietlein/Ruttig (Hrsg.), Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 11.

[74] Dazu BVerwG NJW 2014, 229 (230).

[75] Vgl. VG München ZfWG 2014, 344 (346).

[76] Zum Begriff siehe BGHSt 2, 139 (140); BVerwG, Urt. v. 28.9.1982 – 1 C 139/80, Rn. 24; *Cropp*, ZfWG 2016, 412 (414); *Will*, in: Dünchheim (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum GlücksspielR, 2022, § 3 Rn. 14.

[77] Vgl. BGH ZfWG 2012, 75; BVerwG NJW 2014, 229 (230); VG Karlsruhe ZfWG 2015, 257 (260 f.); *Bewersdorff*, ZfWG 2017, 228 (229); *Cropp*, ZfWG 2016, 412 (414 f.); *Liesching*, ZfWG 2014, 180 (181). A.A. *Lauterstetter*, JR 2012, 507 (508). Siehe auch *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (35), der nur auf das Durchschnittskönnen der spielinteressierten Bevölkerung abstellen will.

[78] *Bewersdorff*, ZfWG 2017, 228 (229).

lichen Wert hätten. Auch hierfür sind die Marktgegebenheiten und Spielbedingungen entscheidend. Sollte dem nicht so sein, liegt kein echtes, sondern lediglich simuliertes Glücksspiel vor.[79] Suchtwissenschaftler weisen dabei auf die Gefahren dieser Spielart hin, insbesondere wegen ihrer attraktiven Gestaltung für Kinder und Jugendliche.[80] Der GlüStV 2021 ist auf diese jedoch nicht anwendbar.[81] Für die Beantwortung der Frage, ob die Glücksspielaufsichtsbehörde dem A die Vermarktung seines Online-Games in der aktuellen Ausgestaltung untersagen kann, kommt es somit entscheidend darauf an, ob sowohl der Spielwährung als auch den potenziellen Gewinnen ein wirtschaftlich relevanter Wert zukommt.

VII. Spielformen im Glücksspielrecht

Viele verschiedene Spielgestaltungen können unter den soeben dargestellten Glücksspielbegriff subsumiert werden. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die gesetzlichen Definitionen der klassischen Spielformen gegeben und dabei auf einige problematische Aspekte eingegangen werden.

1. Lotterien/Ausspielungen

Lotterien werden in § 3 Abs. 3 S. 1 GlüStV 2021 als Glücksspiele, bei denen einer Mehrzahl von Personen die Möglichkeit eröffnet wird, nach einem bestimmten Plan gegen ein bestimmtes Entgelt die Chance auf einen Geldgewinn zu erlangen, legaldefiniert. Wenn stattdessen Sachen oder andere geldwerte Vorteile gewonnen werden können, handelt es sich nach S. 2 um eine Ausspielung.

Viel diskutiert ist die Einordnung von sogenannten Zweitlotterien oder auch schwarzen Lotteriewetten.[82] Darunter versteht man nach § 22 Abs. 3 Verordnung zur Durchführung des RennwLottG Veranstaltungen, bei denen der Veranstalter keine eigene Verlosung von Gewinnen vornimmt, sondern der Eintritt eines Gewinns oder Verlustes des Teilnehmers vom Ausgang einer anderen Lotterie, der Erstlotterie, abhängt. Nach herrschender Meinung fehlt es bei den Zweitlotterien an einem eigenen bestimmten Spielplan. Daher sind Zweitlotterien überwiegend als nicht erlaubnisfähige Wette zu qualifizieren.[83] In den Erläuterungen zum GlüStV 2021 ist nunmehr ausdrücklich festgeschrieben, dass Zweitlotterien keine Lotterien und auch sonst nicht erlaubnisfähig sind, sodass die Streitfrage nunmehr als endgültig geklärt betrachtet werden dürfte.[84]

2. Wetten/Sportwetten/Totalisatorwetten

Für Wetten weist § 3 Abs. 1 S. 3 GlüStV 2021 klarstellenden Charakter auf.[85] Danach werden Wetten auch als Glücksspiele begriffen, wenn sie nicht gemäß der Legaldefinition für Glücksspiel ganz oder überwiegend vom Zufall abhängen.[86] Sportwetten sind Wetten, die anders als die sogenannten Totalisatorwetten zu festen Quoten angeboten werden. Eine Festquotenwette zeichnet sich dadurch aus, dass die Gewinnhöhe im Falle des Gewinnens von vornherein festgelegt ist und nicht durch die Faktoren: Anzahl der Teilnehmer, Höhe der Wetteinnahmen und Trefferquote, bestimmt wird.[87] Gewettet wird auf einen zukünftigen Vorgang während eines Sportereignisses, auf das Ergebnis eines Sportereignisses oder auf das Ergebnis von Abschnitten von Sportereignissen, § 3 Abs. 1 S. 4 GlüStV 2021. Ein Sportereignis ist nach § 3 Abs. 1 S. 6 GlüStV 2021 ein sportlicher Wettkampf zwischen Menschen nach definierten Regeln. Nicht legaldefiniert wird hingegen der Sportbegriff, sodass es bisher ungeklärt ist, ob es sich bei Wetten auf eSport um Sportwetten handelt.[88]

3. Spielhallen

Gem. § 3 Abs. 9 GlüStV 2021 handelt es sich bei einer Spielhalle um ein Unternehmen (oder Unternehmensteil), das (oder der) ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten i.S.d. § 33c Abs. 1 S. 1 oder der Veranstaltung anderer Spiele i.S.d. § 33d Abs. 1 S. 1 GewO dient. Nach § 25 Abs. 1 GlüStV 2021 ist zwischen Spielhallen ein Mindestabstand einzuhalten (Verbot der Mehrfachkonzession). Die konkreten Abstände regeln die Länder in den Ausführungsbestimmungen zum GlüStV 2021 selbst. Zudem gilt gem. § 25 Abs. 2 GlüStV 2021 ein sogenanntes Verbundverbot, nach welchem eine Spielhalle nicht mit einer weiteren Spielhalle in einem baulichen Verbund stehen darf.[89] Der verfassungsrechtliche Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verlangt eine normative Reglementierung von etwaig notwendigen Auswahlentscheidungen zwischen mehreren Spielhallen hinsichtlich der Auswahlkriterien und des Verfahrens.

---

[79] Die Abgrenzung des echten vom simulierten Glücksspiel gerät gegenwärtig insbesondere am Beispiel von FIFA Ultimate Teams in den Fokus kritischer Auseinandersetzungen.

[80] Siehe dazu *Hayer u.a.*, Kindheit und Entwicklung 28 (2019), 123 (124 f., 127 ff.); *Meyer u.a.*, Zeitschrift für Gesundheitspsychologie 23 (2015), 153 (164 ff.) und passim; *Meyer*, ZfWG 2015, 409 (409 f.).

[81] LT-NRW Drs. 17/11683, S. 107.

[82] *Palm/Gaibler*, ZfWG 2019, 330.

[83] BVerwG ZfWG 2015, 227 (227, 230); OVG Saarlouis BeckRS 2019, 7439 Rn. 23; OLG Köln BeckRS 2019, 24908 Rn. 34; *Dünchheim*, ZfWG 2018, 82 (83).

[84] LT NRW Drs. 17/11683, S. 92; aus unionsrechtlicher Perspektive kritisch hierzu *Gärtner*, ZfWG 2022, 136 (137 ff.).

[85] Lange Zeit war umstritten, ob es sich bei Sportwetten um Glücksspiel handelt. So kam das AG Karlsruhe-Durlach (GewArch 2001, 134) zu dem Ergebnis, dass nicht der Zufall, sondern vielmehr die körperliche und geistige Fähigkeit über Gewinn und Verlust entscheide, hiergegen aber überzeugend *Glöckner/Towfigh*, JZ 65 (2010), 1027.

[86] *Will* (Fn. 76), § 3 Rn. 19.

[87] VGH Kassel NVwZ 2005, 99 (101).

[88] Die Erläuterungen zum GlüStV 2021 überlassen die Beantwortung dieser Frage ausdrücklich der Behörde, siehe LT NRW Drs. 17/11683, S. 107. Siehe zum Streitstand *Schulz/Lüder*, Quo vadis Sportwette?, abrufbar unter https://bit.ly/3dl8dyA (27.9.2022); *Brüggemann*, ZfWG 2020, 204 (206 f.). Die Diskussion, ob eSport Sport ist, wird auch in anderen Bereichen geführt, vgl. bspw. *Pusch*, npoR 2019, 53.

[89] § 29 Abs. 4 GlüStV 2021 ermöglicht es den Ländern, Ausnahmen vom Verbundverbot zu normieren.

Ob die bestehenden gesetzlichen Regelungen dem genügen, bleibt fraglich.[90]

4. Spielbanken

Die Anzahl der Spielbanken in den Ländern ist begrenzt, § 20 GlüStV 2021 in Verbindung mit dem jeweiligen Umsetzungsgesetz. Bei dem Spielangebot in Spielbanken differenziert man zwischen dem „Großen Spiel" (Tischspiel, Roulette, Black Jack, Baccara, Poker[91]) und dem „Kleinen Spiel" (Automatenspiel).[92] Die unter anderem den Spielumfang begrenzenden Vorgaben aus §§ 33c–33g GewO und die dazu gehörende SpielV finden nach § 33h Nr. 1 GewO auf die Zulassung und den Betrieb von Spielbanken keine Anwendung, weshalb davon ausgegangen wird, dass das Spielangebot für sich betrachtet ein höheres Suchtpotential aufweist als in Spielhallen.[93] Um einer größeren Gefährdung der Bevölkerung entgegenzuwirken, wird die zahlenmäßige Verfügbarkeit der Spielbanken beschränkt.[94] Festzuhalten bleibt, dass sich Spielhallen und Spielbanken nicht nur hinsichtlich des Glücksspielangebots, sondern auch bezüglich der gesetzgeberischen Grundentscheidung anwendbarer Gesetze[95] deutlich voneinander unterscheiden.

5. Virtuelle Automatenspiele, Online-Poker, Online-Casinospiele

Virtuelle Automatenspiele sind im Internet angebotene Nachbildungen sogenannter terrestrischer Automatenspiele, die in Spielhallen oder Spielbanken gespielt werden können. Online-Casinospiele sind virtuelle Nachbildungen von Bankhalterspielen[96] und Live-Übertragungen eines terrestrisch durchgeführten Bankhalterspiels mit Teilnahmemöglichkeit über das Internet. Online-Poker ist jede Variante des Pokerspiels ohne Bankhalter, bei dem verschiedene natürliche Personen im Internet an einem virtuellen Tisch gegeneinander spielen, § 3 Abs. 1a GlüStV 2021. Diese drei Spielformen sind erst mit dem neuen GlüStV 2021 legalisiert worden. Anders als für virtuelle Automatenspiele und Online-Poker nach § 4c Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 werden für Online-Casinospiele keine Erlaubnisse für das gesamte Bundesgebiet vergeben. Vielmehr ist die Ausgestaltung den Ländern überlassen, die zudem nach § 22c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GlüStV 2021 das Angebot auch selbst bereitstellen können. Es findet eine Anlehnung an das terrestrische Spielbankenregime statt, sodass der Zahl nach maximal nur so viele Konzessionen erteilt werden dürfen, wie es in dem jeweiligen Land auch für Spielbanken möglich ist, § 22c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV 2021.

VIII. Instrumente und Handlungsformen der Glücksspielregulierung

> *Fall*: T möchte in einem zu eröffnenden Wettbüro Sportwetten anbieten. Er erfüllt alle Erlaubnisvoraussetzungen. Die zuständige Behörde B möchte ihm keine Glücksspielerlaubnis ausstellen. Der Markt sei laut B gesättigt.

Der Staatsvertrag ist ein Instrument gubernativen und legislativen Handelns (nicht nur) im Glücksspielrecht. Daneben muss zwischen Handlungsformen der Exekutive und solchen Instrumenten, die der private Glücksspielanbieter zum Zwecke des Spielerschutzes zu verwirklichen verpflichtet ist, unterschieden werden. Unter Handlungsformen der Verwaltung versteht man den Verwaltungsakt, den öffentlich-rechtlichen Vertrag, den Realakt, die Rechtsverordnung und die Satzung, Pläne und privatrechtliches Handeln der Verwaltung.[97]

Gem. § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 bedarf die Vermittlung oder Veranstaltung eines Glücksspiels einer Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes. Durch diese Erlaubnis wird also ein Verhalten erlaubt, welches ansonsten nach § 284 Abs. 1 StGB unter Strafe steht.[98] Die §§ 4 ff. GlüStV enthalten zunächst allgemeine Voraussetzungen für die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis. Besondere, die jeweilige Glücksspielform betreffende Voraussetzungen, werden im dritten bis fünften Abschnitt des GlüStV kodifiziert. Auffällig ist, dass das Glücksspielverwaltungsrecht eine Vielzahl von Regelungsmodellen kennt. Sie reichen vom einfachen Erlaubnisvorbehalt über das Konzessionsmodell und das Staatsmonopol bis hin zum Totalverbot.[99] § 9 Abs. 1 GlüStV 2021 enthält Ermächtigungsgrundlagen für die Glücksspielaufsicht, eine allgemeine in S. 2 und spezielle in S. 3.[100]

Wichtige Spielerschutzinstrumente sind beispielsweise die Limitdatei für Glücksspiele im Internet, § 6c GlüStV 2021; die Datei zur Vermeidung des anbieterübergreifenden paral-

[90] Vgl. dazu die Entscheidung des BVerfG GewArch, 2017, 339 und insb. die Anm. von *Krüper*; das mittlerweile ausreichende Vorhandensein von Kriterien bejahend: *Bringmann*, in: Dünchheim (Fn. 76), § 25 Nr. 21.

[91] Im Einkommenssteuerrecht wird Poker hingegen situationsabhängig nicht als Glücksspiel qualifiziert, z.B. BFH DStRE 2013, 198.

[92] *Dietlein* (Fn. 73), § 20 Rn. 2.

[93] *Dünchheim*, in: Dünchheim (Fn. 76), § 20 Rn. 7; *Gebhardt/Gohrke*, in: Gebhardt/Korte (Fn. 61), § 20 Rn. 2.

[94] LT NRW Drs. 17/11683, S. 96; inwieweit die Verringerung der Verfügbarkeit zu einem geringeren Suchtpotenzial beiträgt, ist umstritten, vgl. *Becker*, Verfügbarkeit und Sucht beim Automatenspiel, 2016.

[95] Vgl. *Gebhardt/Gohrke* (Fn. 93), § 20 Rn. 2; vgl. zur Diskussion bzgl. des Suchtpotenzials von Glücksspiel in Spielbanken und Spielhallen auch *Reeckmann/Benert*, WRP 2011, 538 (540).

[96] Ein Bankhalter ist ein „Spielleiter […], der die Bank […] hält und allein gegen einen oder mehrere Spieler spielt.", LT NRW Drs. 17/11683, S. 97.

[97] *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 73 Rn. 1.

[98] Diesen Zusammenhang zwischen Straf- und Verwaltungsrecht nennt man „Verwaltungsaktsakzessorietät", *Postel*, in: Dietlein/Ruttig (Rn. 73), GlüStV § 4 Rn. 15.

[99] Vgl. dazu *Ennuschat* (Fn. 1), § 33h Rn. 13.

[100] *Dünchheim* (Fn. 93), § 9 Rn. 10. Ausführlich zur Ungeeignetheit von § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 GlüStV (sog. IP-Blocking), *Anstötz/Tautz*, ZdiW 2022, S. 173.

lelen Spiels im Internet, § 6h Abs. 2 GlüStV; das Spielsuchtfrüherkennungssystem, § 6i Abs. 1 GlüStV 2021 und das zentrale Spielersperrsystem, §§ 8 Abs. 1, 23 GlüStV 2021.[101] Während nach § 6i Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 die Veranstalter von Online-Casinospielen, Online-Poker und virtuellen Automatenspielen das Früherkennungssystem einzusetzen haben, werden die übrigen genannten Instrumente nach § 27f Abs. 4 Nrn. 1–3 GlüStV 2021 von der gemeinsamen Glücksspielbehörde betrieben.

Bei der Glücksspielerlaubnis handelt es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt.[102] Wenn die Tatbestandsvoraussetzungen zur Erteilung vorliegen, fragt sich, ob der Behörde in der Rechtsfolge ein Ermessen eingeräumt wird, oder ob sie eine gebundene Entscheidung zu treffen hat.[103] Der GlüStV 2012 enthielt in § 4 Abs. 2 S. 3 noch folgenden Passus: „Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht kein Rechtsanspruch." Danach konnte keine gebundene Entscheidung angenommen werden, sodass man davon ausging, dass es sich um ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt handelte.[104] Dieser Passus wurde gestrichen. Dies deutet daraufhin, dass im Zuge der Glücksspielliberalisierung auch dahingehend eine Lockerung vorgenommen werden sollte. Der Staatsvertrag enthält nunmehr „keine Aussage mehr dazu, ob ein Rechts[an]spruch [sic!] auf die Erteilung einer Erlaubnis besteht oder nicht"[105]. Die Erläuterungen zum GlüStV 2021 verweisen allein auf die konkreten Bestimmungen zu der begehrten Erlaubnis und die allgemeinen Regeln des Rechtsstaats, ohne klarzustellen, dass in Zukunft bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Anspruch auf Erlaubniserteilung besteht.[106] Die besseren Gründe sprechen aber dafür, einen solchen Anspruch anzunehmen: Auf der einen Seite sind die Erlaubnisvoraussetzungen – wenn auch unter Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe – recht detailliert ausformuliert und beziehen die Ziele des GlüStV nach § 1 mit ein, sodass bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Versagung kaum mehr auf ein Ermessen gestützt werden kann. Auf der anderen Seite sprechen auch der Liberalisierungsgedanke hinter dem neuen Staatsvertrag und die Grundrechte der Anbieter für eine gebundene Entscheidung.[107] Der Fall ist demnach dahingehend zu lösen, dass dem T eine Erlaubnis auszustellen ist.

IX. Glücksspielstrafrecht

> *Fall*: Der Glücksspielanbieter Y bietet Glücksspiel in Deutschland an, ohne eine deutsche Erlaubnis zu haben. Y wurde wegen unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels nach § 284 StGB verurteilt und hält diese Norm für verfassungswidrig. Er behauptet, es fehle ein taugliches Rechtsgut.

Auch das StGB enthält glücksspielrechtliche Vorschriften. Während § 284 StGB die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels unter Strafe stellt, ist gem. § 285 StGB auch die Beteiligung des Spielers an einem solchen strafbar. Bereits die Frage nach dem durch § 284 StGB geschützten Rechtsgut wird in der Literatur breit diskutiert. Die Lehre vom Rechtsgüterschutz und die Frage nach dem richtigen Begriff sind umstritten.[108] Wenn der Gesetzgeber kein entsprechendes Rechtsgut benennen könne, ist die Strafnorm nach der Lehre vom Rechtsgüterschutz verfassungswidrig.[109] Das BVerfG hat sich mit der Entscheidung über den Geschwisterbeischlaf davon abgewendet, die Grundrechtsbeschränkungen stattdessen am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geprüft und dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber die Befugnis zuerkannt, die Strafzwecke und die zu schützenden Güter festzulegen.[110] Dennoch halten viele Stimmen in der Literatur an diesem Konzept fest.[111]

Aber welches Rechtsgut schützt § 284 StGB? Die mittlerweile wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass die Strafnorm nicht dem Schutz der öffentlichen Sittlichkeit und Moral diene.[112] Dazu wird bereits deren Qualität als Rechts-

[101] Auf der Ministerpräsidenten-Konferenz im Oktober 2021 wurde allerdings ein Staatsvertrag zur Änderung des GlüStV 2021 beschlossen. Die Ratifizierung ist zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des Beitrags noch nicht in allen Ländern erfolgt. Die Zuständigkeit für die Führung der Sperrdatei soll danach bei der zuständigen Behörde des Landes Hessen verbleiben und nicht auf die gemeinsame Glücksspielbehörde übergehen, vgl. Erläuterungen zum Staatsvertrag zur Änderung des GlüStV 2021, Saar LT Drs. 16/1929, S. 2.

[102] *Bringmann* (Fn. 90), § 4 Rn. 21.

[103] Bei einer gebundenen Entscheidung kommt der Verwaltung kein Entscheidungsspielraum zu, *Sodan/Ziekow* (Fn. 97), § 68 Rn. 3.

[104] *Postel*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 4 Rn. 51, der auch weiterhin von einer solchen Konstruktion ausgeht, *Postel* (Fn. 98), GlüStV § 4 Rn. 22.

[105] LT NRW Drs. 17/11683, S. 110.

[106] LT NRW Drs. 17/11683, S. 110.

[107] Vgl. *Helmes/L. S. Otto*, in: Hamacher/Krings/Otto (Hrsg.), Glücksspielrecht, 2022, GlüStV § 4 Rn. 4; a.A.: *Postel* (Fn. 104), § 4 Rn. 22.

[108] Sich dafür aussprechend: *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1, der aber der Skepsis ggü. der Leistungsfähigkeit des Begriffs die Begründetheit nicht absprechen will, § 2 Rn. 3 und eine „Unschärfe" erkennt, § 2 Rn. 93; in den Rn. 103–119h aber auch zahlreiche Gegenstimmen aufführt.

[109] *Roxin/Greco* (Fn. 108), § 2 Rn. 94.

[110] BVerfGE 120, 224 (242).

[111] *Roxin/Greco* (Fn. 108), § 2 Rn. 1, § 2 Rn. 93; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, § 1 Rn. 5, 9; *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vorb. zu §§ 13 ff. Rn. 19; *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (a.a.O.), Vorb. zu § 1 Rn. 109 m.w.N.; in der Tendenz auch *Freund*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 13 Rn. 40, 45.

[112] *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 111), § 284 Rn. 3; *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 284 Rn. 3; *Hohmann/Schreiner*,

gut abgelehnt.[113] Darüber hinaus fehle ein empirischer Nachweis für die Notwendigkeit des Schutzes von Moral in Bezug auf das Glücksspiel.[114] Das BVerfG ließ in der bereits aufgeführten Entscheidung offen, ob Strafnormen, die allein dem Schutz von Moralvorstellungen dienen, verfassungswidrig sind.[115] Auch bei Anerkennung von Moral als Schutzzweck einer Strafnorm liefe es dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuwider, allein zum Schutz der Moral das schärfste Schwert einzusetzen, um ein Verhalten zu pönalisieren, welches bei behördlicher Erlaubnis keinem Strafvorwurf ausgesetzt wäre.[116]

Gegen die Annahme des Gesundheitsschutzes als Rechtsgut wird das Prinzip der Selbstverantwortlichkeit ins Feld geführt.[117] Der Spieler gefährde sich durch die Teilnahme am Glücksspiel selbst, sodass etwaige Gesundheitsschäden dem Veranstalter nicht zurechenbar seien.[118] Während die Rechtsgüterlehre die Autonomie und Selbstbestimmung des Einzelnen als leitende Idee verfolgt,[119] spricht sich das BVerfG nicht eindeutig gegen paternalistische Regelungen aus.[120]

Auch die Prävention von Beschaffungs-, Begleit-, und Folgekriminalität wird nur in Grenzen oder gar nicht anerkannt; wenn schon die beim Spieler auftretenden Probleme nicht dem Anbieter zugerechnet werden könnten, gelinge dies auch nicht bei diesen Phänomenen.[121] Die Heranziehung von Belastungen der Familienmitglieder wird als Umgehung des *Paternalismusvorwurfs* verstanden.[122] Zwar sei das Allgemeininteresse, nicht die sozialen Folgekosten tragen zu müssen, grundsätzlich ein taugliches Rechtsgut. Allerdings wird eine hinreichende „epidemieartige[n] Ausbreitung"[123] verneint, sodass die Pönalisierung letztlich nicht gerechtfertigt sei.[124] Fiskalische Interessen des Staates genügen mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG und die Grundfreiheiten nicht als Strafgründe.[125] Während die Ziele des bloßen Vermögensschutzes und des Gesundheitsschutzes als paternalistische Bevormundung verstanden werden,[126] erkennen viele Stimmen den Schutz vor Manipulation, beziehungsweise vor Vermögensverlusten infolge von manipuliertem Spiel, als Rechtsgut an.[127] Diese Annahme lässt sich gut damit begründen, dass die Veranstaltung von Glücksspiel nicht generell verboten wird, sondern lediglich diejenige ohne behördliche Erlaubnis.[128]

Es lässt sich damit festhalten, dass je nach vertretener Auffassung § 284 StGB ein taugliches Rechtsgut schützt oder eben nicht. Ein vergleichbares Schutzgut sucht man bei § 285 StGB vergeblich, weshalb einige diesen für verfassungswidrig halten.[129]

Abseits dieser verfassungsrechtlichen Fragen ist es insbesondere im Bereich des Online-Glücksspiels schon allein problematisch, ob das deutsche Glücksspielstrafrecht zur Anwendung kommt. Zwar sind die Glücksspielangebote in Deutschland abrufbar, jedoch veranstalten die Anbieter das Glücksspiel in der Regel aus dem Ausland heraus. Nach wohl herrschender Auffassung ist § 284 Abs. 1 StGB ein Tätigkeitsdelikt in Form eines *reinen abstrakten Gefährdungsdelikts*. Es fehle daher regelmäßig an einem Erfolgsort i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB im Inland und somit an einer deutschen Strafbarkeit.[130] Außerdem von Relevanz ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Glücksspiellizenz aus dem europäischen Ausland die Strafbarkeit aus § 284 StGB ausschließt. Angesichts der obigen Ausführung zum Unionsrecht lässt sich dies allerdings mit guten Gründen verneinen.[131] Ferner kommt es im Glücksspielverwaltungsrecht häufig zu sogenannten behördlichen Duldungen. Auch hier stellt sich die Frage, wie sich eine solche Duldung auf die Strafbarkeit auswirkt. Angesichts des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung spricht vieles dafür, (nur) beim Vorliegen einer *aktiven Duldung* auch die Strafbarkeit auszuschließen.[132]

X. Rückforderungsansprüche

Fall: S leidet unter einer diagnostizierten pathologischen Glücksspielsucht. Im Jahr 2019 hat er – von seinem Wohnsitz in Bochum – in dem auf Malta lizensierten Online-Casino C 10.000 € verspielt. Rechtsdienstleister W teilt S mit, dass er sein Geld zurückverlangen kann. Hat S Ansprüche gegen C?

---

in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2020, § 284 Rn. 1.

[113] Vgl. z.B. *Freund* (Fn. 111), Vorb. zu § 13 Rn. 40.

[114] *Gaede* (Fn. 112), § 284 Rn. 3; *Hohmann/Schreiner* (Fn. 112), § 284 Rn. 1.

[115] BVerfGE 120, 224 (248).

[116] Zur Strafe als „ultima ratio der Sozialpolitik" *Roxin/Greco* (Fn. 108), § 2 Rn. 97.

[117] *Gaede* (Fn. 112), § 284 Rn. 3.

[118] *Laustetter*, Grenzen des Glücksspielstrafrechts, 2011, S. 43 f.

[119] *Roxin/Greco* (Fn. 108), § 2 Rn. 8 f.

[120] Dagegen eher: BVerfGE 58, 208 (225 ff.); 59, 275 (279); 128, 282 (308); anders aber BVerfG NJW 1999, 3399 (3401 f.); BVerfG NJW 2012, 1062 (1063 Rn. 21).

[121] *Laustetter* (Fn. 118), S. 43 ff.; anders scheinbar *Heine/Hecker* (Fn. 112), § 284 Rn. 4.

[122] *Laustetter* (Fn. 118), S. 73; ähnlich auch *Gaede* (Fn. 112), § 284 Rn. 5, dort auch zum folgenden Text.

[123] *Gaede* (Fn. 112), § 284 Rn. 5.

[124] *Laustetter* (Fn. 118), S. 77.

[125] *Gaede* (Fn. 112), § 284 Rn. 3.

[126] *Gaede* (Fn. 112), § 284 Rn. 4; *Heine/Hecker* (Fn. 112), § 284 Rn. 5; *Laustetter* (Fn. 118), S. 73.

[127] *Gaede* (Fn. 112), § 284 Rn. 3, 5, der aber die Legitimität der Norm dennoch infrage stellt; *Heine/Hecker* (Fn. 112), § 284 Rn. 5; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 284 Rn. 8; *Laustetter* (Fn. 118), S. 81.

[128] Vgl. *Laustetter* (Fn. 118), S. 78 ff. m.w.N.

[129] Siehe dazu *Duesberg/Buchholz*, NZWiSt 2015, 16 (16 f.); *Wietz/Matt*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 285 Rn. 1.

[130] Statt vieler *Kudlich/Berberich*, NStZ 2019, 633 m.w.N.; für eSportwetten *Kubiciel*, ZfWG 2021, 123 (126 f.).

[131] So auch *Hohmann/Schreiner* (Fn. 112), § 284 Rn. 24; a.A. *Barton/Gercke/Janssen*, wistra 2004, 321.

[132] Vgl. *Lüder/Walisko*, ZfWG 2021, 23 (31), die für einen Ausschluss der Strafbarkeit auf Tatbestandsebene plädieren.

Obwohl es sich beim Glücksspiel (Erwerb einer Gewinnchance) um einen genuin zivilrechtlichen Vorgang handelt, fristete das Glückspielzivilrecht lange Zeit ein Schattendasein.[133] Dabei lassen sich glücksspielrechtliche Vorschriften auch im BGB finden: Bei der Rechtsfolge des § 762 BGB handelt es sich um eine sogenannte Naturalobligation[134] (oder auch unvollkommene Verbindlichkeit). Bei einer solchen besteht ein Vertrag, aus dem zwar kein Anspruch auf Zahlung des Wett- oder Spieleinsatzes resultiert, der aber dennoch einer Kondiktion des aufgrund eines Vertrags Geleisteten entgegensteht. Die praktische Bedeutung des § 762 BGB ist indes gering. Auf Verträge zwischen einem Spieler und einem mit einer staatlichen Erlaubnis ausgestatteten Glücksspielanbieter ist § 763 S. 1 BGB unabhängig von der Glücksspielform analog anwendbar.[135] Wenn also eine Genehmigung nach dem GlüStV vorliegt, dann hat der Anbieter im Falle eines Vertragsschlusses einen Anspruch auf Zahlung des Einsatzes, den der Spieler auch nicht bereicherungsrechtlich zurückfordern kann. Der Spieler hingegen hat einen Anspruch auf Teilnahme an dem Glücksspiel und im Falle des Gewinnens einen Auszahlungsanspruch gegen den Anbieter. Handelt es sich hingegen um illegales – also nicht von einer deutschen Erlaubnis gedecktes – Glücksspiel, verstößt der Vertrag gegen das Verbotsgesetz des § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV.[136] Dieser Verstoß führt nach § 134 BGB zur Nichtigkeit des Vertrags. Eine solche Konstellation beschäftigte in letzter Zeit vermehrt die Zivilgerichte. Das Anbieten von Online-Glücksspiel war – mit wenigen Ausnahmen – bis zum 1.7.2021 in Deutschland nach § 4 Abs. 4, 5 GlüStV a.F. verboten. Mangels Vollharmonisierung des Glücksspielrechts führen im europäischen Ausland erteilte Erlaubnisse nicht dazu, dass es sich bei den Angeboten um im Bundesgebiet legales Glücksspiel handelt.[137] Aus diesem Nichtigkeitsverdikt folgt im Grundsatz, dass wechselseitige Kondiktionsansprüche zwischen den Parteien bestehen, soweit nicht § 817 S. 2 BGB als rechtshindernde Einwendung entgegensteht. Der Spieler erfüllt seinerseits – soweit die subjektiven Voraussetzungen vorliegen – den Straftatbestand des § 285 StGB, welcher gleichfalls ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt. Grundsätzlich würde § 817 S. 2 BGB also einen Anspruch ausschließen.[138] Die wohl herrschende Rechtsprechung geht hingegen davon aus, dass § 817 S. 2 BGB stets teleologisch zu reduzieren sei, weil die Kondiktionssperre ansonsten dem Schutzzweck der Nichtigkeitssanktion zuwiderlaufe.[139] Mit anderen Worten: Würden die Verluste der Spieler kondiktionsfest bei den Anbietern als Gewinne verbleiben, werde ein Anreiz dafür gesetzt, das illegale Angebot weiter aufrechtzuerhalten, weil es rein wirtschaftlich gewinnbringend für die Unternehmen ist.[140] Zu beachten ist aber auch: Legt man der Betrachtung einen umfassend informierten und abwägend entscheidenden Spieler zugrunde, würde eine Reduktion der Kondiktionssperre dazu führen, dass der Anreiz zur Teilnahme am Glücksspiel verstärkt wird, weil nahezu jegliches Verlustrisiko wegfallen würde (Freibriefargument).[141] Richtig dürfte es daher sein, eine teleologische Reduktion nur vorzunehmen, wenn der Spieler spielsüchtig ist und daher nur noch beschränkt rational entscheiden kann.[142] Im Fall dürfte der Anspruch folglich bestehen.

Es steht zu erwarten, dass sich auch der BGH in nächster Zeit mit den Rückforderungsansprüchen zu beschäftigen hat. Da in diesen Konstellationen Problemfelder aus dem allgemeinen Teil und Grundlagen des Bereicherungsrechts abgefragt werden können, ist die Klausurrelevanz als hoch einzustufen.[143]

---

[133] *Peters*, in: Gebhardt/Korte (Fn. 61), § 15 Rn. 1.

[134] Zum Begriff vgl. *Schulze*, Die Naturalobligation, 2008.

[135] *Habersack*, in: Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 763 Rn. 7.

[136] *Hendricks/Lüder*, VuR 2020, 333 (334 f.).

[137] EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08 (Carmen Media); EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß); so auch BVerwG ZfWG 2015, 227 (230); *Ennuschat*, ZfWG 2020, 2 (4).

[138] Eine ähnliche Konstellation liegt auch bei den sog. Schwarzarbeiterfällen vor, zur Vergleichbarkeit vgl. *Sarafi*, ZfWG 2022, 149.

[139] So statt vieler LG Gießen VuR 2021, 231; a.A. LG München I, Urt. v. 13.4.2021 – 8 O 16058/20.

[140] So auch *Rock*, ZfWG 2022, 118; *Cocron/Michaelsen*, ZfWG 2022, 211.

[141] Das Argument stammt vom LG München I, Urt. v. 28.2. 2018 – 27 O 11716/17, Rn. 27, bestätigt durch OLG München, Hinw. Beschl. v. 6.2.2019 – 19 U 793/18, betreffend die Diskussion über Rückzahlungsansprüche gegen Zahlungsdienstleister (siehe Fn. 143); im Überblick dazu und zu Einwendungen dagegen *Hendricks/Lüder*, VuR 2021, 333 (336 f.).

[142] *Hendricks/Lüder*, VuR 2020, 333, (337); umfassend und mit a.A. zur ganzen Thematik: *Kemper*, Verbotenes Online-Glücksspiel und verbotene Zahlungen, 2022.

[143] Da die Durchsetzung eventuell bestehender Ansprüche gegen die Online-Glücksspielanbieter indes regelmäßig daran scheitert, dass die Anbieter in Malta und Gibraltar ihren Sitz haben und sie sich daher der deutschen Vollstreckung entziehen, hatte sich zunächst ein anderer Ansatz entwickelt: Die Spieler versuchten, ihre verlorenen Einsätze von den in die Transaktion eingeschalteten Zahlungsdienstleistern zurückzuerlangen. Indes scheint dieser Weg – gegen eine einzelne Entscheidung des LG Ulm (ZfWG 2020, 171) – nunmehr durch mehrere, insofern einmütige OLG-Entscheidungen verschlossen, umfassend zu dieser Konstellation *Hendricks/Lüder*, ZfWG 2020, 216; für Zahlungsauslösedienste *Hendricks/Lüder*, ZfWG 2020, 294.

Die zivilrechtliche Klausur – Ein praktischer Leitfaden

Von Rechtsanwalt Dr. **Julian Hageböke**, B. Sc., **Christoph Ruholl**, Hamburg*

Häufig anzutreffende Kritikpunkte in zivilrechtlichen Klausuren stellen – meist kumulativ – die mangelnde Struktur, der mangelhafte Gutachtenstil und die unzureichende „Formulierungskunst" dar. All diese Kritikpunkte basieren zumeist auf dem Problem, dass den Prüflingen nicht frühzeitig (wenn überhaupt) beigebracht wird, wie das rechtsfolgenorientierte Prüfen funktioniert. Dieser Beitrag lüftet anhand von Beispielen das Geheimnis rund um das rechtsfolgenorientierte Prüfen, zeigt wie man gesetzesnah formuliert und offenbart, wie sich bei Beachtung der hier aufgezeigten Regeln der Aufbau innerhalb einer Anspruchsgrundlage wie von selbst ergibt. Dieser Beitrag setzt ein gewisses Grundlagenwissen im Bereich des BGB AT voraus, weshalb er erst ab dem zweiten bis dritten Monat nach Studienbeginn lesenswert ist.

I. Einführung

Die juristischen Klausuren stellen viele Studienbeginner vor große Herausforderungen, die teils über das gesamte Studium hinweg nicht zufriedenstellend gemeistert werden. So kommt es, dass der durchschnittliche Jurist „nur" etwa 7 Punkte in der Ersten Juristischen Prüfung erreicht[1] und weit hinter den persönlichen Möglichkeiten zurückbleibt. Die Gründe hierfür sind vielschichtig. Die Korrektur von Klausuren zeigt allerdings, dass sich in einer Vielzahl von Fällen die Prüflinge nur ungenügend damit auseinandergesetzt haben, wie das (vorhandene) juristische Wissen richtig dargestellt wird. Es dürfte zu einfach sein, die Studenten für diesen Missstand verantwortlich zu machen. Je nach Dozent – über alle Universitäten hinweg – wird unterschiedlich viel Zeit darin investiert zu lehren, was eine gute Klausur auszeichnet. So wird von vielen Studenten beklagt, dass sie trotz regelmäßigen Besuchs an den entsprechenden Veranstaltungen nicht beherrschen würden, wie man Klausuren schreibt. Sie wüssten nicht, wo und wie man Probleme einbaut, Sätze sauber formuliert oder juristisch argumentiert. Trotzdem erreichen viele auch mit überschaubaren Kenntnissen ebenjener Grundlagen das Hauptstudium, weil die rein juristischen Kenntnisse im ausreichenden Maß vorhanden sind. Mit der Zeit hat sich der einzelne Student durch Auswendiglernen von Prüfungsschemata und dem Lesen von vielen – auch von für ihn unerkennbar schlechten – Klausurlösungen einen Eindruck verschafft, wie Klausuren wohl zu schreiben seien. Werden die einzelnen Prüflinge dann nicht noch rechtzeitig in der Examensvorbereitung auf die vorhandenen Darstellungsmängel hingewiesen, liegt eine den persönlichen Potenzialen entsprechende Note außer Reichweite.

Ein Blick in die Fallbücher im BGB AT – eine Materie, die gleich zu Beginn des Studiums gelehrt wird – offenbart einen der Hauptgründe: Die meisten Autoren fokussieren sich selbst in einer Anfängermaterie nur auf die fallbezogene Wissensvermittlung und halten sich nicht an die Maximen einer gut strukturierten, im Gutachtenstil geschriebenen Klausur. Nehmen sich Prüflinge – teils mittelbar von den Dozenten der entsprechenden Lehrveranstaltung weitergegeben – die ausgeschriebenen Falllösungen zum Vorbild, kommt eine gute Note gar nicht erst in Betracht. Um dies zu vermeiden, kann, wenn keine entsprechende Veranstaltung angeboten wird, auf verschiedenste Lehrbücher zur juristischen Arbeitsweise und Technik zurückgegriffen werden. Häufig wird aus der Erfahrung heraus dieses Angebot aber nicht in Anspruch genommen; in der hiesigen Bibliothek sind diese Bücher beispielsweise weitestgehend unberührt.

Mit diesem Beitrag wird der Versuch unternommen, jedem Studienbeginner in einfacher Sprache, anhand von vielen Beispielen und in überschaubarem Leseumfang vor Augen zu führen, dass Jura – jedenfalls soweit es den Gutachtenstil, den Aufbau innerhalb einer Anspruchsgrundlage und die Formulierungen betrifft – nicht schwierig ist.

Da sich die Sinnhaftigkeit vieler bestehender Praktiken meist erst nach einigen Lebensjahren innerhalb des juristischen Kosmos offenbart, können solche zu Beginn des Studiums oft gar nicht hinterfragt werden, sondern müssen zwangsläufig unkritisch übernommen werden. Dem soll hier entgegengewirkt werden, indem zunächst der gedankliche Unterbau der inhaltlichen Darstellungen gelegt wird. Dies meint zum einen Ausführungen zu den Zielen eines Jurastudiums und zum anderen zum Handwerkszeug eines jeden Juristen. Anschließend wird erläutert, wie das rechtsfolgenorientierte Prüfen funktioniert, man gesetzesnah formuliert und innerhalb einer Anspruchsgrundlage richtig aufbaut. Nicht umfasst sind Ausführungen, wie nach Anspruchsgrundlagen gegliedert wird. Dies ist in vielen Werken gut und nachvollziehbar erklärt.[2]

II. Die Ziele eines Jurastudiums

Das Jurastudium dient der Grundausbildung eines guten Juristen. Welche Qualitäten ein guter Jurist haben sollte, ist freilich – wie wahrscheinlich alles in der Juristerei – umstritten. Es ist ein Irrglaube, wenn man meint, ein guter zivilrechtlicher

* Der Autor *Hageböke* ist Rechtsanwalt in einer Kanzlei in Hamburg und zudem Lehrbeauftragter der Bucerius Law School. Der Autor *Ruholl* ist Student an der Bucerius Law School, Stud. Hilfskraft bei Prof. *Dr. Dres. h.c. Holger Fleischer* am Hamburger Max-Planck-Institut und Chefredakteur des Bucerius Law Journals.

[1] Bucerius Law School, https://www.law-school.de/studium/jurastudium/berufsperspektiven/praedikatsexamen (15.9.2022); der Durchschnitt der Juristischen Staatsprüfung dürfte angesichts der meist besser ausfallenden Universitätsprüfung hinter den 7 Punkten zurückbleiben.

[2] In dieser Reihenfolge: Vertragliche Anspruchsgrundlagen (erst Primär-, dann Sekundäransprüche), quasi-vertragliche Anspruchsgrundlagen, sachenrechtliche Anspruchsgrundlagen, Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung/deliktische Anspruchsgrundlagen; vertiefend beispielsweise: *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, § 1 Rn. 7 ff.; *Olzen/Maties*, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 8. Aufl. 2015, Rn. 60 ff.

Jurist zeichne sich durch die Kenntnis des ganzen BGB inklusive aller derzeit bekannten Problemkreise aus – mit anderen Worten: die Kenntnis des Inhalts der ganzen Großkommentare zum BGB wie beispielsweise dem Staudinger oder dem Münchener Kommentar. Ziel ist vielmehr, den Jurastudenten am Beispiel des BGB das Handwerkszeug eines Juristen an die Hand zu geben. Es geht nicht um die Kenntnis des BGB, sondern um die Kenntnis, wie einem juristischen Problem zu begegnen ist. Denn in der juristischen Praxis – gleich ob in der anwaltlichen, notariellen, richterlichen oder rechtswissenschaftlichen – begegnet man neben bekannten auch ungelösten juristischen Problemen. Diejenigen, die „nur" die Kommentare auswendig gelernt haben, werden nicht in der Lage sein, eine belastbare juristische Lösung eines unbekannten Problems zu erarbeiten. Wer diesen Grundgedanken nachvollzieht, dem offenbart sich, dass das Auswendiglernen und Niederschreiben von Rechtsmeinungen dem Zweck des Jurastudiums entgegenläuft und nicht dazu beiträgt, einen guten Juristen auszubilden. Wenn an Universitäten oder im Rahmen kommerzieller Repetitorien gelehrt wird, dass in einer guten juristischen Klausur „diese Meinungen unbedingt auftauchen müssen", ist dies schlicht falsch – entspricht aber der gängigen Praxis. Dozenten und Korrektoren, die Derartiges von Studenten verlangen, sind in der Lehre fehlbesetzt. Juristen sollen nicht lernen, wie man (sehr) viel auswendig lernt, sondern wie man juristisch denkt. Gleichwohl – und das sei hier betont – ist es sinnvoll, sich mit den unterschiedlichen Rechtsmeinungen auseinanderzusetzen. Es schult zum einen die juristische Argumentation und regt zum anderen zur kritischen Auseinandersetzung an.

III. Das Handwerkszeug eines Juristen

Ein guter Jurist braucht nur drei Dinge: das Gesetz, die Fähigkeit zum Lesen und die Fähigkeit zum Denken. Obwohl die ersten beiden Voraussetzungen selbstverständlich sein sollten, verdienen sie besonderer Nennung. Es kommt regelmäßig vor, dass Studenten sowohl in einer Lehrveranstaltung als auch beim Selbststudium vor einem geschlossenen Gesetzestext sitzen. Für diese dürfte der Eindruck nicht fernliegen, dass es keine Gewaltenteilung gibt, sondern Juristen sich das Recht selbst ausdenken. Das ist mitnichten der Fall. Juristen sind keine Gesetzesmacher, sondern Gesetzesanwender. Die unterschiedlichen Meinungen, die einem im Jurastudium begegnen, verstoßen – bis auf ganz wenige Ausnahmen – nicht gegen die Gewaltenteilung. Wer Gesetze als Ergebnis einer Abwägung von pauschalisierten Interessenkollisionen versteht, dem dürfte klar sein, dass Gesetze gar nicht jeden Einzelfall lösen können. Schließlich steht im Gesetz nur das Ergebnis eines pauschalisierten, also eines verallgemeinerungsfähigen, abstrakten Falls. Es ist gerade die Aufgabe des Juristen, auch einen Fall, den der Gesetzgeber nicht konkret vor Augen hatte, einer interessensgerechten Lösung zuzuführen.

Bei der Lösung von Einzelfällen, die nicht „glasklar" vom Gesetz gelöst werden, gibt es häufig unterschiedliche Ansichten, wie der Fall „interessengerecht" gelöst werden soll. Dies wird als Meinungsstreit bezeichnet. Hier sollte man sich vergegenwärtigen, wie Meinungsstreitigkeiten überhaupt entstehen: Sie sind nichts anderes als die Auslegungsergebnisse mehrerer Juristen. Bekanntlich gehören zu den klassischen Auslegungskriterien der Wortlaut, die Systematik, die Historie und das Telos. Während also beispielsweise der eine dem Wortlaut des Gesetzes höheres Gewicht beimisst, beruft sich ein Zweiter auf den Sinn und Zweck des Gesetzes. Ein Dritter ist vermittelnder Ansicht und stützt dies auf die Gesetzgebungshistorie und Systematik. Es sei hier festgehalten, dass sich die unterschiedlichen Meinungen nicht von einer Person im Elfenbeinturm ausgedacht wurden, sondern auf einer irgendwie gearteten Argumentation gründen. Diese gilt es nachzuvollziehen, nicht aber die Meinung auswendig zu lernen.

In einer perfekten Welt dürften sich ein guter Jurist und ein solcher mit Optimierungspotential allein in der Fähigkeit des Denkens unterscheiden, denn alle Studenten haben ein Gesetz und die Fähigkeit zum Lesen. Die juristische Art zu denken ist eine besondere und muss erst erlernt werden – Talent braucht es hierfür nicht, ist aber freilich förderlich. Wer die juristische Art zu denken beherrscht, kann sich allerdings noch keiner guten Note in juristischen Klausuren sicher sein.

Die Bewertung, wie gut ein Jurist auf dem Papier ist, bemisst sich maßgeblich an den juristischen Klausuren. Daher kommt es neben dem juristischen Wissen auch darauf an, wie dieses Wissen präsentiert wird. Hierauf wird in juristischen Klausuren im Gegensatz zu anderen Fachbereichen ein besonderes Augenmerk gelegt. Um auch den Noten nach ein guter Jurist zu werden, bedarf es daher notwendigerweise der Kenntnis beider Komponenten: des juristischen Wissens und des Wissens, wie das juristische Wissen präsentiert werden muss. Hierbei gilt allerdings, dass ohne juristische Kenntnisse eine Klausur nie bestanden werden kann. Hat der Prüfling hingegen nur überschaubare Kenntnisse, wie das hervorragende juristische Wissen niedergeschrieben werden muss, können sehr passable Ergebnisse erreicht werden. Eine sehr gute Klausur erreicht freilich derjenige, der beides beherrscht. Interessant ist das Knowhow, wie juristisches Wissen präsentiert werden muss, für diejenigen, die regelmäßig Klausuren im durchschnittlichen Bereich schreiben. Hier kann häufig festgestellt werden, dass im Grunde das juristische Wissen vorhanden, die Darstellung aber unzureichend war.

IV. Der Anspruchsaufbau

Bei der Prüfung eines Anspruchs sind gedanklich folgende drei Ebenen nacheinander zu prüfen:

Schema 1: Anspruchsaufbau

I. Anspruch entstanden
II. Anspruch nicht erloschen
III. Anspruch durchsetzbar

Dieses Schema gilt unabhängig davon, ob es sich um eine vertragliche Anspruchsgrundlage oder eine aus ungerechtfertigter Bereicherung handelt. Dieses Schema hat nicht in einer Klausur aufzutauchen, sondern dient allein der gedanklichen Stützte. Hierauf gilt es an anderer Stelle zurückzukommen.

V. Das rechtsfolgenorientierte Prüfen

Bei der Prüfung eines Anspruchs ist gemeinhin bekannt, dass diese im Gutachtenstil zu erfolgen hat. Dieser wird ab der ersten Stunde in den Klausurlösungsveranstaltungen gepredigt und trotzdem wissen die Wenigsten wirklich, wie sich dieser in der Klausurpraxis umsetzen lässt. Als Synonym für den Gutachtenstil lässt sich der Begriff des rechtsfolgenorientierten Prüfens verwenden. Diese Begrifflichkeit ist womöglich besser, weil sie vorgibt, dass die Prüfung rechtsfolgenorientiert zu erfolgen hat. Um zu verstehen, wie dies funktioniert, bedarf es ein paar einfach zu erlernender Grundlagen.

1. Der Gutachtenstil bzw. das rechtsfolgenorientierte Prüfen

Die einfachste Form des Gutachtenstils erfolgt bekanntlich in einem Vierschritt:

Schema 2: Gutachtenstil

1. Hypothese (Obersatz)
2. Definition
3. Subsumtion
4. Ergebnis

Beim Gutachtenstil geht es darum, zunächst eine Hypothese aufzustellen, die es anschließend zu verifizieren oder zu falsifizieren gilt. Abschließend ist das Ergebnis der Hypothese festzustellen.

Die Hypothese ist im rechtlichen Kontext die Frage, welche Folge sich ergeben könnte, wenn die Voraussetzungen einer Norm vorliegen. Dies ist nichts anderes als die Rechtsfolge – daher auch rechtsfolgenorientiertes Prüfen.

Im Rahmen der Definition sind die (abstrakten) Voraussetzungen dafür zu nennen, dass die Hypothese stimmt. Bei der Subsumtion ist dann mithilfe des Sachverhalts zu prüfen, ob die Voraussetzungen im Einzelnen vorliegen. Je nachdem, ob die Voraussetzungen vorliegen, ist abschließend als Ergebnis festzustellen, ob die Hypothese anzunehmen ist.

In Klausuren sieht man sich schon zu Beginn des Studiums mit der Situation konfrontiert, dass der Gutachtenstil auf mehreren Ebenen im Gutachten eingebaut werden muss. Dies stellt zunächst oft eine Schwierigkeit dar, die sich aber durch ein gewisses Grundverständnis des genannten Vierschritts überwinden lässt. Veranschaulicht werden soll die Problematik durch die Prüfung eines Anspruchs aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB:

Schema 3: Beispiel zum Gutachtenstil

A. Anspruch des K gegen V auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB

Hypothese I: K könnte einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

Definition I: Dies wäre der Fall, wenn zwischen K und V ein wirksamer Kaufvertrag vorliegt.

I. Wirksamer Kaufvertrag

Hypothese II: K und V müssten einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen haben.

Definition II: Ein Kaufvertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Antrag und Annahme, zustande (vgl. §§ 145, 147 BGB).

1. Antrag

Hypothese IIIa: Indem K […], könnte er dem V einen Antrag gemacht haben.

Definition IIIa: Ein Antrag ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die alle essentialia negotii enthält.

a) *Subsumtion IIIa*: Willenserklärung mit allen essentialia negotii

b) *Subsumtion IIIa*: Wirksamwerden („empfangsbedürftig“)

c) *Ergebnis IIIa*: Ein Antrag des K an V liegt vor.

2. Annahme

Hypothese IIIb: Indem V […], könnte er den Antrag angenommen haben.

Definition IIIb: Eine Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Antrag inhaltlich entspricht und innerhalb der Annahmefrist erklärt wurde.

a) *Subsumtion IIIb*: Willenserklärung, die dem Antrag inhaltlich entspricht

b) *Subsumtion IIIb*: Wirksamwerden („empfangsbedürftig“)

c) *Subsumtion IIIb*: Annahmefrist

d) *Ergebnis IIIb*: V hat den Antrag des K angenommen.

3. Zwischenergebnis

Subsumtion I = Subsumption II = Ergebnis II: Es liegt ein wirksamer Kaufvertrag vor.

II. Ergebnis

Ergebnis I: K hat einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB.

Anhand dieses Schemas kann bereits festgestellt werden, dass jeweils die einzelnen Merkmale der Definitionen einer höheren Ebene die neuen Überschriften der unteren Ebene bilden. Wer also in den Klausuren ordentlich und fein säuberlich definiert, wird eine hervorragend gegliederte Klausur schreiben. Bei dem oben dargestellten Schema gilt es zu beachten, dass – je nach Klausurfall – feiner aufzugliedern ist. So könnte beispielsweise die Willenserklärung noch aufgespalten werden in den objektiven und subjektiven Tatbestand und das Wirksamwerden in Abgabe und Zugang. Oftmals ist jedoch in der Klausurpraxis auch weniger fein aufzugliedern, wenn die einzelnen Merkmale unproblematisch sind. Steht beispielsweise im Klausursachverhalt, dass ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde – wie es ab Beginn der Vorlesung Schuldrecht AT regelmäßig der Fall sein wird – ist dies ohne weitere Begründung in der Klausur festzustellen (Feststellungsstil).

2. Normenlehre

Oberflächliche Kenntnisse der Normenlehre können beim Klausuraufbau helfen. Es gibt drei zu unterscheidende Normen: Anspruchsgrundlagen, Wirknormen und Hilfsnormen.

Wenn – wie regelmäßig – in Klausuren nach Ansprüchen gefragt wird, ist die Prüfung mit einer Anspruchsgrundlage

zu beginnen. Anspruchsgrundlagen enthalten als Rechtsfolge das Entstehen eines Anspruchs. Eine Anspruchsgrundlage wäre beispielsweise der oben dargestellte § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Demnach hat der Käufer einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache.

Wirknormen auf der anderen Seite wirken irgendwie auf den Anspruch und sind daher innerhalb der Anspruchsgrundlage zu prüfen. Sie enthalten eine Rechtsfolge, die aber nicht zum Entstehen eines Anspruchs führt. Eine Wirknorm ist beispielsweise § 142 Abs. 1 BGB. Liegen die Voraussetzungen vor, ist das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen. Auch Wirknormen sind rechtsfolgenorientiert im Gutachtenstil zu prüfen. Wo diese im Gutachten einzuordnen sind, richtet sich ausschließlich nach deren Rechtsfolge.

Hingegen nicht im Gutachtenstil geprüft werden Hilfsnormen, weil bei diesen keine Hypothese aufgestellt werden kann. Hilfsnormen enthalten weder Tatbestand noch Rechtsfolge, sondern etwa Definitionen, Begriffsbestimmungen oder Beschreibungen von Pflichten. Eine solche ist beispielsweise § 276 Abs. 2 BGB, in dem die Fahrlässigkeit definiert wird.

3. Der Einbau von Wirknormen in die Anspruchsprüfung

Wirknormen sind dort in die Klausur einzubauen, wo sie relevant werden. Relevant werden sie dort, wo sie einen Unterschied machen können. Welche Unterschiede Wirknormen machen, ergibt sich aus deren Rechtsfolge. Dies wird anhand folgender Beispiele aus dem BGB AT in Einkleidung eines vertraglichen Primäranspruchs verdeutlicht:

Wird ein Kaufvertrag über ein Grundstück notariell beurkundet, muss in der Klausur die Form begutachtet werden. An welcher Stelle dies zu prüfen ist, ergibt sich aus der Rechtsfolge, wenn die Form nicht eingehalten wurde. Nach § 125 S. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Rechtsfolge ist also, dass das Rechtsgeschäft nichtig ist. Sinnvoll einbauen lässt sich der „Problemkreis: Form“ daher erst, sobald im Gutachten festgestellt wurde, dass überhaupt ein Rechtsgeschäft vorliegt. Bei dem oben genannten Beispiel ist dies nach Abschluss des (nicht unbedingt wirksamen) Kaufvertrags, also nach Antrag und Annahme, der Fall. In Schema 3 müsste bei Ebene 3. der Punkt „Formnichtigkeit“ eingefügt werden.

Verspricht sich jemand oder wird jemand beim Vertragsschluss getäuscht, ist die Anfechtung zu prüfen. Erneut muss sich gefragt werden, was passieren würde, wenn die Anfechtung wirksam wäre. Nach § 142 Abs. 1 BGB ist dann das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen. Wieder muss also im Gutachten abgewartet werden, bis ein Rechtsgeschäft vorliegt. Bei Verträgen ist dies wiederum nach Vorliegen von Antrag und Annahme der Fall. Eingefügt werden müsste dieser Problemkreis in Schema 3 ebenfalls bei Ebene 3.

Zu den Klassikern einer Anfängerklausur gehört der Fall, dass Käufer und Verkäufer eines Grundstücks vereinbaren, vor dem Notar nur einen Bruchteil des wahren Kaufpreises beurkunden zu lassen, um Notarkosten zu sparen. Die vor dem Notar abgegebenen Willenserklärungen werden also nur zum Schein abgegeben. Welche Rechtsfolge sich hieraus ergibt, steht in § 117 Abs. 1 BGB: Die Willenserklärung ist nichtig. Anders als in den oben genannten Beispielen ist hier auf der Ebene der Willenserklärung der Problemkreis einzubauen. Bei Prüfung eines (Gründstücks-)Kaufvertrags ist die erste auftauchende Willenserklärung der Antrag. Demnach ist bei Ebene 1. a) die Nichtigkeit der Willenserklärung einzubauen.

Auch bei der Willenserklärung ist beispielsweise der Geschäftsunfähige nach § 104 BGB einzubauen. Taucht ein solcher im Sachverhalt auf, ergibt sich die Rechtsfolge aus § 105 Abs. 1 BGB: Die Willenserklärung ist nichtig. Hier ist allerdings danach zu differenzieren, ob der Geschäftsunfähige den vermeintlichen Antrag oder die vermeintliche Annahme erklärt hat.

Gleiches gilt bei Auftauchen eines Stellvertreters beim Vertragsabschluss. Die Rechtsfolge ergibt sich aus § 164 Abs. 1 S. 1 BGB: Die Willenserklärung (des Stellvertreters) wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen.

All die eben genannten Beispiele sind bei der Prüfung eines vertraglichen Primäranspruchs auf der gedanklichen Ebene „Anspruch entstanden“ zu prüfen.

Bezahlt jemand in der Klausur die Kaufpreisschuld, muss sich gefragt werden, was dies für Auswirkungen haben könnte. Nach § 362 Abs. 1 BGB erlischt das Schuldverhältnis (im engeren Sinne = der Anspruch). Demnach setzt § 362 Abs. 1 BGB ein entstandenes Schuldverhältnis voraus und ist daher nach der Feststellung, dass ein Anspruch entstanden ist, zu prüfen. Diese Rechtsfolge muss in Schema 3 auf Ebene II. eingebaut werden. Gleiches gilt für die Aufrechnung (§ 389 BGB) oder für die Hinterlegung bei ausgeschlossener Rücknahme (§ 378 BGB).

Auf der gedanklichen Ebene „Anspruch durchsetzbar“ sind die Einreden zu prüfen. In Schema 3 ist dies auch auf Ebene II. der Fall. Waren vorher Erlöschenstatbestände zu prüfen, ist die Gliederung entsprechend anzupassen. Einreden erkennt man – bis auf (soweit ersichtlich) eine Ausnahme im Pflichtfachstoff – an der Formulierung „kann verweigern“. Ein Fallstrick des Gesetzgebers stellt § 986 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Obwohl dort von „kann verweigern“ die Rede ist, handelt es sich, wie es die Überschrift auch kenntlich macht, um eine Einwendung.

Ist ein Anspruch schon vor länger als drei Jahren entstanden, sollte man sich regelmäßig die Frage nach der Einrede der Verjährung stellen – im Einzelfall auch schon eher. Rechtsfolge einer Verjährung statuiert § 214 Abs. 1 BGB. Demnach ist der Schuldner berechtigt, die Leistung zu verweigern.

Häufig wird in Klausuren mit synallagmatischen (gegenseitigen) Verträgen die Einrede aus § 320 Abs. 1 S. 1 BGB übersehen. Demnach kann einer die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist.

Freilich gibt es noch unzählige weitere nennenswerte Beispiele. Für die hiesigen Zwecke dürften sie aber ausreichen. Wer sich die dringende Empfehlung, mit offenem Gesetz durch das juristische Leben zu gehen, zu Herzen genommen hat, dürfte festgestellt haben, dass die ganzen herausgearbeiteten Rechtsfolgen genauso im Gesetz stehen. Ein stringenter Aufbau gelingt daher, wenn man in der Lage ist, die Rechtsfolge einer zu prüfenden Norm herauszuarbeiten und diese dann im Gutachten dort einzubauen, wo sie sich auswirkt.

Der Aufbau ergibt sich bei Beherzigung der rechtsfolgenorientierten Prüfung wie von allein. Es bedarf nicht mehr des Auswendiglernens von Prüfungsschemata, die im Übrigen Fluch und Segen zugleich sind; Segen für die starren Anspruchsgrundlagen wie § 823 Abs. 1 BGB wegen der Zeitersparnis, Fluch für die variablen Anspruchsgrundlagen, auf die aus ganz unterschiedlichen Richtungen (durch Wirknormen) eingewirkt werden kann. Hier besteht häufig die Gefahr, dass die Komplikationen des Falls „nicht ins Schema passen" und dann eine Überforderungssituation eintritt. Für diejenigen, die Schemata als bloße „Checkliste" zur schnellen Überprüfung verstehen, ob man selbst in der Lage war, die Voraussetzungen einer Norm herauszuarbeiten, bringen Schemata einen echten Mehrwert, für die Auswendiglerner lediglich eine falsche Sicherheit.

4. Der Einbau von Hilfsnormen in die Anspruchsprüfung

Hilfsnormen sind unkompliziert auf Definitionsebene an der Stelle einzubauen, wo sie relevant werden. Kommt es etwa an einer Stelle im Gutachten auf den Begriff der Fahrlässigkeit an, ist schlicht § 276 Abs. 2 BGB niederzuschreiben.

VI. Formulierungskunst

Letztlich wird der Student an dem gemessen, was er zu Papier bringt – mündliche Prüfungen gibt es nur zwei und diese zählen vergleichsweise wenig. Daher sind all die vorgenannten Punkte nur Vorarbeiten, weil es letztlich auf die Formulierungen an der richtigen Stelle in der Klausur ankommt. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass gesetzesnahes Arbeiten auch bedeutet, mit den Formulierungen des Gesetzes zu arbeiten und dieses an geeigneten Stellen schlicht mit Normbezug abzuschreiben. Andere Formulierungen sind weder geboten noch zweckdienlich. Wer anders formuliert, trifft bestenfalls ein Synonym und schlimmstenfalls – was regelmäßig der Fall ist – ist die gewählte Formulierung unpräzise oder schlicht falsch. Es ist sich zu vergegenwärtigen, dass mit einer juristischen Klausur kein Literaturwettbewerb gewonnen werden soll – es handelt sich um einen Gebrauchstext. Dies vorausgeschickt, werden nun die einzelnen Elemente des rechtsfolgenorientierten Prüfens näher beleuchtet.

1. Hypothese

Die Hypothese leitet eine neue (mögliche) Rechtsfolge ein. Um dem Korrektor verständlich zu machen, woran im Sachverhalt angeknüpft wird, bietet es sich an, den Obersatz mit „Indem" anzufangen. Dies ergibt immer Sinn, außer beim Obersatz einer Anspruchsgrundlage. Hier müsste ansonsten der „halbe" Sachverhalt zusammengefasst werden. Weiter ist dann im Konjunktiv zu formulieren. Inhaltlich sind schlicht die Rechtsfolge aus dem Gesetz abzuschreiben und ein Normbezug herzustellen. Dabei sollten sich keine Probleme ergeben. Als Schema ergibt sich Folgendes:

Schema 4: Satzaufbau einer Hypothese

Indem [tatsächliches Element], könnte [nur die Rechtsfolge abschreiben], § [Normbezug].

2. Definition

Sodann sind im Rahmen der Definition die Voraussetzungen darzustellen. Dies kann mitunter sehr unterschiedlich gestaltet sein. Häufig stehen alle Voraussetzungen im Wortlaut der Norm. Es gibt allerdings auch Vorschriften, die ungeschriebene Tatbestandsmerkmale in sich tragen. Diese sind zu lernen, an dieser Stelle anzusprechen und mit ausreichender Begründung herzuleiten. Ein guter Jurist zeichnet sich nämlich nicht dadurch aus, etwas auswendig gelernt, sondern vielmehr verstanden zu haben. Dies gilt es in der Klausur zu zeigen. Gleichwohl sollte das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal gelernt werden, weil eine gänzlich eigene Entwicklung in den Klausuren in aller Regel schiefgeht.

Abgesehen davon gibt es im Rahmen der Definition weitere Komplikationen. So ist zwischen Normen zu unterscheiden, die durch die genannten Voraussetzungen in andere Normen verweisen und solchen, die alle Voraussetzungen abschließend selbst regeln.

Ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung setzt beispielsweise im Wortlaut („durch den Kaufvertrag") einen Kaufvertrag voraus. Dass dieser wirksam sein muss, steht hingegen nicht im Gesetz, sondern ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen. Anders hingegen, wenn eine Anfechtung geprüft wird. § 142 Abs. 1 BGB setzt die Anfechtung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts voraus. Was hierunter zu verstehen ist, ergibt sich durch ein Zusammenspiel von mehreren Normen. Nochmal andere Vorschriften tragen alle Voraussetzungen in ihrem Wortlaut. So gilt nach § 150 Abs. 2 BGB eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag. Zu diesem Paragraphen gibt es keine andere Norm oder Legaldefinition, die den Wortlaut näher beschreibt; es gibt nur den Wortlaut der Norm selbst. In einer juristischen Klausur muss man all solche Normen finden, weil erst hierunter der Sachverhalt subsumiert werden kann. Unmittelbar unter § 142 Abs. 1 BGB kann hingegen nicht subsumiert werden, weil an dieser Stelle noch unbekannt ist, was eine wirksame Anfechtung überhaupt voraussetzt. Normen wie § 150 Abs. 2 BGB bilden daher immer die unterste Gliederungsebene einer übergeordneten Hypothese, die keine weiteren Voraussetzungen hat.

Auf unterster Ebene stellt sich dann die Frage, ob ein Sachverhalt von der Norm umfasst ist. Ist das Ergebnis „glasklar", ist dies nur festzustellen (Feststellungsstil). So muss bei der Frage, ob ein Stift eine Sache und somit ein körperlicher Gegenstand (§ 90 BGB) ist, nicht genauestens dargelegt werden, wie „körperlicher Gegenstand" zu definieren ist. Anders ist dies hingegen, wenn es beispielsweise um Elektrizität geht.[3] Dann ist anhand des Wortlauts, der Systematik, der Historie und dem Sinn und Zweck darzulegen, was genau unter einem körperlichen Gegenstand zu verstehen ist. Immer wenn die Frage schwierig zu beantworten ist, ob ein Sachverhalt vom Gesetz umfasst ist, muss ausgelegt werden. Dabei meint Auslegung auch Auslegung und nicht das Niederschreiben von auswendig gelernten Meinungen.

[3] Siehe hierzu *Stresemann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 90 Rn. 24.

Bietet beispielsweise jemand einem anderen eine Sache für 100 € an und antwortet der Andere, er nehme es nur für 75 €, dann ist dies ein „glasklarer" Fall von § 150 Abs. 2 BGB. Anders ist der Fall hingegen, wenn der Andere generös sagt, er nehme es nur für 120 €. Auf den ersten Blick scheint § 150 Abs. 2 BGB einschlägig zu sein, weil es sich bei der vermeintlichen Annahme um eine Änderung handelt. Aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt sich jedoch, dass mit § 150 Abs. 2 BGB nur „negative" Änderungen für den Antragenden gemeint sein sollen. Ist die Änderung für ihn positiv, ist er nicht schutzbedürftig. Ob im konkreten Fall eine negative Änderung vorliegt, ist im Rahmen der Subsumtion zu prüfen.

Im Rahmen der Definition gilt es, die nicht auswendig gelernten, sondern verstandenen Meinungsstreitigkeiten in eine andere Form zu gießen. Hier wird nicht formuliert: „Der BGH geht davon aus [...]. *Altmeppen* ist hingegen der Ansicht [...]." Auch wird nicht formuliert: „Nach einer Ansicht [...]. Nach anderer Ansicht [...]." Es sollte ebenso nicht formuliert werden: „Nach einer Mindermeinung [...]. Die herrschende Meinung geht hingegen davon aus [...]." Gericht, Namen und Meinungen sollten hier bestenfalls nicht auftauchen.

Vielmehr sind sich die Gedanken zu eigen zu machen: „Nach dem Wortlaut [...]. Aus der Systematik hingegen [...]. Nach dem Sinn und Zweck ist jedoch [...]." Wer hier sicher gehen möchte, schreibt nach dem Kernargument einer Ansicht in Klammern den Namen der Ansicht oder Theorie. Hier zeigt sich auch der Wert des gesetzesnahen bzw. vielmehr gesetzesidentischen Formulierens: Der Wortlaut der Norm kann in problematischen Fällen oft als Ausgangspunkt der Auslegung und Argumentation verwendet werden. Wer den Normwortlaut bereits präzise als ersten Satz der Definition genannt hat, kann hieran nahtlos ansetzen.

Die Gefahr der Nennung einer Theorie, einer Ansicht oder eines Fachterminus besteht darin, zu meinen, dies sei schon die juristische Argumentation. Dem begegnet man beispielsweise in Anfängerklausuren besonders häufig bei der sog. invitatio ad offerendum. Statt darzulegen, dass bei einer solchen der Rechtsbindungswille im Rahmen der Willenserklärung bei Prüfung des Antrags fehlt, wird häufig ohne Weiteres geschrieben, bei der Zeitungsannonce handle es sich um eine invitatio ad offerendum.

3. Subsumtion

Erst nach vollständiger Definition erfolgt die Subsumtion. Dies ist deshalb nennenswert, weil in Klausuren häufig Definition und Subsumtion zusammen dargestellt werden. Zumeist handelt es sich in juristischen Klausuren um Rechtsprobleme (= Auslegung), die im Rahmen der Definition dargestellt werden müssen. Die Subsumtion ist dann meist ein Einfaches. Gleichwohl sind – was von Studenten in Klausuren häufig unterschätzt wird – alle relevanten Sachverhaltsangaben darzulegen.

Im eben gebildeten Beispielsfall, ob es für den Antragenden negativ ist, wenn er statt 100 €, 120 € als Gegenleistung bekommt, ist für jeden leicht zu beantworten: Nein!

Es gibt aber auch Subsumtionsprobleme. Das sind Fälle, in denen man sich auf tatsächlicher Ebene fragt, ob dieser unter die Norm subsumiert werden kann. Fragt man sich beispielsweise im Rahmen eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs, ob jemand fahrlässig die Pflichtverletzung zu vertreten hat, so sind hier alle tatsächlichen Umstände zu würdigen. Wenn in einem Supermarkt ein Salatblatt auf dem Boden liegt und ein Kunde hierauf ausrutscht, hat der Supermarktinhaber regelmäßig gegen seine Verkehrssicherungspflichten verstoßen. Kann er nun aber darlegen, dass er vor einem Tag zuletzt den Boden auf Gefahren kontrolliert hat, handelte er dann fahrlässig? Wie ist es, wenn zwischen der Kontrolle und dem Unfall eine Stunde lag oder 30 Minuten, 20 Minuten, 10 Minuten, 5 Minuten, 30 Sekunden, 10 Sekunden, 1 Sekunde? Eine über alle Zweifel erhabene Antwort gibt es hier nicht. Sicher wird ein Tag eine Fahrlässigkeit begründen, eine Sekunde hingegen nicht – eine Vollüberwachung jedes Zentimeters eines Supermarktes ist nicht leistbar. Welche Zeitspanne im konkreten Fall eine Fahrlässigkeit begründet, ist im Einzelfall festzustellen. Dabei können verschiedenste Komponenten berücksichtigt werden: Kommt es auf die Größe des Supermarktes an? Auf die Uhrzeit? Darauf, wie viele andere Kunden im Supermarkt waren? Diese Frage könnte in einer Klausur ein Subsumtionsproblem darstellen. Wichtig ist hier, dass der Klausurersteller zwei Möglichkeiten hat: Entweder, das Ergebnis ist für jeden mit einem Hauch an Judiz eindeutig (1 Tag, 1 Sekunde) oder es liegt ein Grenzfall vor. Ein brauchbares Judiz entwickelt sich im juristischen Studium oft sehr schnell von selbst. Hierfür reicht es aus, regelmäßig Fälle zu bearbeiten. Ist der Fall eindeutig, braucht es wenig Argumentation. Liegt hingegen ein Grenzfall vor, ist das für die Klausur ein Segen. Ob die eigene Klausurlösung der Lösung des BGH, der des OLG Hamm oder der eines kritischen Autors entspricht oder ob gar eine gänzlich eigene vertretbare Lösung entwickelt wird, ist völlig gleichgültig. Hier gilt es den ganzen Sachverhalt genauestens zu untersuchen, zu würdigen und schlussendlich mit einem Ergebnis abzuschließen. Mit guter Argumentation ist in solchen Fällen beinahe alles sehr gut vertretbar.

4. Ergebnis

Zum Schluss bedarf es noch eines Ergebnissatzes. Dieser Ergebnissatz hat nur die Rechtsfolge zu nennen und ist nichts anderes als die Hypothese in anderem Guss. Hier ergeben sich keinerlei Schwierigkeiten. Doch sollte beachtet werden, dass zu jeder aufgestellten Hypothese auch ein Ergebnis gehört.

VII. Der langen Rede kurzer Sinn

Um die „Kunst" des rechtsfolgenorientieren Prüfens zu erlernen, bedarf es nur weniger Grundlagen und viel Übung. Folgende Maximen sind bei zivilrechtlichen Klausuren zu beachten:

(1) Der Gesetzestext ist Dreh- und Angelpunkt der juristischen Arbeit. Jede Norm ist aufzuschlagen und nachzulesen.

(2) Die Rechtsfolge einer Norm ist maßgebliches Element für den Aufbau der Klausur.

(3) Formulierungen in Klausuren sind weitestgehend an die Formulierungen des Gesetzes anzupassen. Das Abschrei-

ben des Gesetzes ist kein Plagiat, sondern notwendiger Zwischenschritt einer tragfähigen Lösung.

(4) Der Gutachtenstil ist bei Anspruchsgrundlagen und Wirknormen einzuhalten. Ausnahme stellen nur „glasklare" Fälle dar, in denen der Feststellungsstil verwendet werden kann. Hilfsnormen sind nicht im Gutachtenstil zu schreiben.

(5) Die Hypothese ist nichts anderes als das Aufwerfen einer (möglichen) Rechtsfolge einer Norm. Dafür ist (nur) diese aus einer Norm herauszuarbeiten und mit einer gesetzesnahen Formulierung in das eigene Gutachten zu übernehmen.

(6) Bei sog. Definitionsproblemen ist das Gesetz anhand der klassischen canones auszulegen. Auslegung meint Auslegung und nicht das Niederschreiben auswendig gelernter Meinungsstreitigkeiten. Ausgangspunkt ist hier der Wortlaut des Gesetzes (soweit es den Tatbestand betrifft).

(7) Bei sog. Subsumtionsproblemen ist sich in eindeutigen Fällen kurz zu halten. Grenzfälle sind ein Segen und erfordern „lediglich" das detaillierte Auseinandersetzen mit allen relevanten Sachverhaltselementen.

(8) Das Ergebnis ist nichts anderes als die Hypothese in anderem Guss.

Bei Beherzigung dieser Maximen werden die Noten mehr und mehr den tatsächlichen persönlichen Fähigkeiten entsprechen. Darüber hinaus dient die Arbeit mit und am Gesetz der Reduzierung des Lernstoffs. Wer selbst in der Lage ist, Rechtsfolge und Tatbestand einer Norm herauszuarbeiten, braucht zum einen keine Schemata auswendig zu lernen und wird zum anderen auch keine Probleme haben, sich in unbekannten Normen zurechtzufinden. Wer dann auch noch juristisch auslegen kann, wird sich die juristischen Meinungsstände – ohne Kenntnis dieser – selbst herleiten können. Denn Meinungsstände sind, wie angeführt, nichts anderes als die Auslegungsergebnisse mehrerer Juristen.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass Jura – wie es auch bei allen anderen zu erlernenden Fähigkeiten ist – erst so richtig Freude bereitet, wenn man weiß, wie es funktioniert. In der Juristerei gibt es, anders als in den Naturwissenschaften, kein richtig oder falsch, sondern nur vertretbar oder unvertretbar. Dabei gilt freilich, dass am besten vertretbar das ist, was am meisten überzeugt. Überzeugen kann man im juristischen Kontext nur mit juristischen Argumenten. Wer nur an der Seitenlinie das Argumentieren anderer beobachtet, wird nie wissen, wie eigene Argumentation funktioniert. Wer jedes Rennen der Formel 1 schaut, wird dadurch nicht selbst zum Rennfahrer. Man muss selbst ans Steuer. Nach vielen Runden auf der Strecke wird man feststellen, dass die Rundenzeit immer besser wird – so ist es mit dem juristischen Argumentieren auch. Je besser man wird, desto mehr Freude entwickelt sich, weil man nunmehr mittendrin statt nur dabei ist. Und das ist es doch schließlich auch, was den Studenten eines Tages zum guten Juristen werden lässt. Also ran ans Steuer!

Der unterschätzte § 680 BGB in der Klausurbearbeitung

Von Ass. iur. **Vincent Weber**, Düsseldorf*

§ 680 BGB ist als Haftungsprivilegierung[1] im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag (im Folgenden: GoA) nach §§ 677 ff. BGB[2] eine häufig unterschätzte Norm. Sie spielt sowohl in der Praxis als auch im Rahmen von Prüfungen häufig eine Rolle. In der Klausur kann sie nicht nur dazu genutzt werden, eine Schadensersatzklausur zu verlängern, sondern auch um das Tor zum Problem des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs[3] zu öffnen. Dass sich der BGH in jüngerer Vergangenheit mehrfach[4] zur (analogen) Anwendung des § 680 BGB in und außerhalb der GoA geäußert hat, bietet Anlass, sich vertieft mit der Norm auseinanderzusetzen. Der Beitrag stellt zunächst den Zweck des § 680 BGB dar und widmet sich dann verschiedenen prüfungsrelevanten Konstellationen, in denen § 680 BGB bzw. dessen analoge Anwendung zumindest zu diskutieren ist.

I. Allgemeines zu und Telos des § 680 BGB

Gerade bei § 680 BGB hilft es sehr, sich dessen Telos und die zugrundeliegenden Wertungen[5] zu vergegenwärtigen und aus diesen Argumente für die Anwendung oder Nichtanwendung von § 680 BGB auf konkrete Fallkonstellationen zu entwickeln.

§ 680 BGB reduziert die Haftung des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn bei der Ausführung des Geschäftes auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz in den Fällen, in denen das Geschäft die Abwehr einer drohenden dringenden Gefahr bezweckt.

Zunächst ist zu beachten, dass § 680 BGB als Norm der GoA – genauso wie die §§ 677 ff. BGB – allgemein dazu dient, die widerstreitenden Interessen zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn in Ausgleich zu bringen.[6] Auf der einen Seite steht der Geschäftsherr, der eine unerwünschte fremde Einmischung grundsätzlich nicht zu dulden hat, aber eben eine solche fremde Einmischung in anderen Fällen wünscht. Auf der anderen Seite steht der Geschäftsführer, der für die (unbeauftragten) Bemühungen für den Geschäftsherrn Ersatz der Kosten und unter Umständen Schäden begehrt und gerade in Fällen der Gefahrenabwehr nicht für jede Fahrlässigkeit haften möchte.[7] Gerade diese Interessen berücksichtigt das Haftungsprivileg des § 680 BGB in besonderer Weise, indem er die Haftung des Geschäftsführers bei Abwehr einer drohenden dringenden Gefahr auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. In dieser Situation ist das Eingreifen vom Geschäftsherrn erwünscht, während sich der Geschäftsführer nicht unerheblichen Haftungsrisiken aussetzt, für die er nicht unbeschränkt haften möchte. Entsprechend dient § 680 BGB dazu, den Geschäftsführer dazu zu motivieren, in einer Situation der drohenden dringenden Gefahr für den Geschäftsherrn tätig zu werden und zu verhindern, dass er nicht von den Haftungsrisiken der Geschäftsübernahme abgeschreckt wird.[8] Gerade bei der Gefahrverhinderung kann es besonders leicht zu (fahrlässigen) Fehlern kommen, die ohne die Privilegierung mit Blick auf die Haftung abschreckendend wirken würden.[9] Das erforderliche schnelle Eingreifen erhöht die Wahrscheinlichkeit von Fehlern, da eine sorgfältige Prüfung der Möglichkeiten in diesen Situationen ausscheidet.[10] Daneben schützt § 680 BGB durch die Anreizwirkung natürlich auch die in Not befindliche Person.[11]

Nach h.M. dient § 680 BGB daneben auch dem öffentlichen Interesse, indem darauf abgestellt wird, dass das Eingreifen durch Dritte in Notsituationen (gesellschaftlich) gewünscht ist, wobei auf den Gedanken des § 323c StGB rekurriert wird.[12] Teilweise wird die Norm auch auf den Gedanken der überholenden Kausalität gestützt, da ohne den dazwischentretenden Dritten der eingetretene Schaden noch höher ausgefallen wäre.[13]

II. Die Grundkonstellation des § 680 BGB

> *Fall 1*: A sieht, wie B in der Donau zu ertrinken droht, und rettet ihn dabei kurz entschlossen. Bei der Rettungsaktion zerreißt sie infolge leichter Fahrlässigkeit den teuren Pullover des B. B begehrt nun Schadensersatz.

Bevor der Einleitungsfall gelöst wird, sollen zunächst die Grundlagen des § 680 BGB ausführlich dargestellt werden. Dabei werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 680 BGB zunächst abstrakt erläutert.

---

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht von Prof. *Dr. Podszun* an der HHU Düsseldorf.

[1] Allgemein zu Haftungsprivilegierungen *Walker*, JuS 2015, 865.

[2] Überblicksartig zu dieser *Kupfer/Weiß*, JA 2018, 894.

[3] Überblicksartig zu dieser *Kreße*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.6.2022, § 426 Rn. 20 ff.

[4] BGH NJW 2018, 2723; BGH NJW 2019, 1809; BGH NJW 2021, 1818.

[5] Zur Berücksichtigung von Wertungen in der Klausurvorbereitung *Kuhn*, Jura 2018, 1069.

[6] *Auer*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, S. 97 ff.; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 42 Rn. 3 f.

[7] Zu diesen Interessen *Looschelders* (Fn. 6), § 42 Rn. 3 f.

[8] BGH NJW 2018, 2723 (2726 f.); *Thole*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 15.2.2022, § 680 Rn. 2; *Gehrlein*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.9.2022, § 680 Rn. 1.

[9] *Thole* (Fn. 8), § 680 Rn. 2.

[10] *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 680 Rn. 1; *Looschelders* (Fn. 6), § 43 Rn. 26.

[11] *Schäfer* (Fn. 10), § 680 Rn. 1.

[12] BGH NJW 2018, 2723 (2726 f.); *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 680 Rn. 1 m.w.N.

[13] *Dornis*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 680 Rn. 1.

1. Allgemeines

Die berechtigte GoA stellt ein gesetzliches Schuldverhältnis dar.[14] Demzufolge hat der Geschäftsführer die Pflichten sowohl aus § 677 BGB als auch § 241 Abs. 2 BGB zu beachten. Verstößt er gegen diese, ist er bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nach § 280 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig.[15] Daneben bleiben deliktische Ansprüche wie aus den §§ 823 ff. BGB oder auch aus § 7 Abs. 1 StVG unberührt.[16] Nach umstrittener, aber wohl herrschender Ansicht gilt Entsprechendes zusätzlich zum Anspruch aus § 678 BGB für die unberechtigte GoA. Nach anderer Ansicht bestünden nur die Ansprüche aus § 678 BGB und §§ 823 ff. BGB.[17]

Im Rahmen dieser Ansprüche ist jedoch § 680 BGB zu berücksichtigen, der die Haftung des Geschäftsführers beschränkt. Dabei ist § 680 BGB insbesondere auf konkurrierende deliktische Ansprüche analog[18] anwendbar (anders als bei z.B. § 708 BGB oder § 1359 BGB ist auch das Verhalten im Straßenverkehr erfasst[19]), da ansonsten § 680 BGB in der Regel unterlaufen würde, nachdem die deliktischen Ansprüche in der Regel neben denen aus §§ 280 Abs. 1, 677 BGB bestehen.[20]

2. Die Voraussetzungen des § 680 BGB

§ 680 BGB setzt voraus, dass die Geschäftsführung die Abwehr einer drohenden dringenden Gefahr des Geschäftsherrn bezweckt.

Eine drohende dringende Gefahr liegt vor, wenn die Schädigung des Geschäftsherrn an Personen, Sachen oder Vermögen unmittelbar bevorsteht.[21] Wurde die Gefahr jedoch vom Geschäftsführer selbst verursacht, findet § 680 BGB keine Anwendung.

Grundsätzlich findet § 680 BGB nur im Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer und nicht gegenüber Dritten Anwendung.[22]

Fraglich ist aber, ob dies in der Allgemeinheit Bestand haben kann oder, ob es genügt, dass die Gefahr einer dem Geschäftsherrn nahestehenden Person droht.

Einige lehnen eine generelle Ausdehnung ab und wollen im Einzelfall die Person des Geschäftsherrn näher bestimmen, wobei die Anwendung des § 680 BGB nur bejaht wird, wenn den Dritten eine Fürsorgepflicht trifft. Dann sei dieser (ebenfalls) als Geschäftsherr anzusehen.[23] Für diese Ansicht spricht jedenfalls der Wortlaut des § 680 BGB, der explizit auf eine Gefahr nur für den Geschäftsherrn, welcher i.R.d. § 677 BGB bestimmt wird, abstellt.[24] Auch der gesetzgeberische Wille spricht gegen eine solche Ausdehnung auf Gefahren für nahestehende Personen.[25]

Die herrschende Lehre spricht sich für eine Ausdehnung des § 680 BGB auf nahestehende Personen aus und begründet dies in erster Linie aus Wertungsgesichtspunkten.[26] Dabei fallen unter den Begriff der nahestehenden Personen sowohl Angehörige als auch Personen, bei denen der Dritte zur Gefahrabwendung oder zur Leistung von Unterhalt verpflichtet ist.[27]

Im Sinne eines Streitentscheides ist Folgendes zu sagen: Im Ergebnis wird man die Anwendung des § 680 BGB unter bestimmten Voraussetzungen auch bei einer Gefahr für eine nahestehende Person annehmen müssen. Dabei ist der Gegenansicht darin zuzustimmen, dass § 680 BGB jedenfalls in den Fällen nicht direkt anwendbar ist, in denen der Dritte (Geschäftsherr) nur mittelbar betroffen ist, da er so nicht Geschäftsherr i.S.d. § 677 BGB ist. Es fehlt so an den Voraussetzungen des § 677 BGB und denen des § 680 BGB.[28] Vielmehr ist grundsätzlich die sich in der Gefahr befindende Person selbst Geschäftsherr.[29]

Jedoch ist in den Fällen, in denen die herrschende Lehre eine nahestehende Person und so § 680 BGB analog annimmt, anzunehmen, dass die Voraussetzungen des § 680 BGB auch schon bei dem Dritten (Geschäftsherr) selbst gegeben sind. Dieser sieht sich im Sinne der überholenden Kausalität geringeren oder keinen (Unterhalts-)Pflichten gegenüber der nahestehenden Person ausgesetzt, wenn die Gefahr abgewehrt wird.[30] Dort ist der Dritte selbst Geschäftsherr i.S.d. § 677 BGB und § 680 BGB. Es geht also nicht um eine Extension des § 680 BGB[31]. Dieser ist schon tatbestandlich einschlägig. Dieses Ergebnis wird auch von der Wertung des § 680 BGB gestützt, da auch der Dritte zur Vermeidung von (höheren)

[14] *Buck-Heeb*, Examens-Repetitorium, Schuldrecht Besonderer Teil 2, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Aufl. 2021, § 3 Rn. 22.
[15] *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 60 Rn. 28; *Looschelders* (Fn. 6), § 43 Rn. 25.
[16] *Bergmann* (Fn. 12), Vor §§ 677 ff. Rn. 244.
[17] Zur h.M. mit Nachweisen zur Gegenansicht *Schäfer* (Fn. 10), § 677 Rn. 122; *Bergmann* (Fn. 12), § 677 Rn. 14.
[18] So *Looschelders* (Fn. 6), § 43 Rn. 28; es erscheint vertretbar, § 680 BGB direkt auf deliktische Ansprüche anzuwenden, da der Wortlaut jedenfalls keine eindeutige Beschränkung auf Ansprüche im Rahmen der GoA beinhaltet, in diese Richtung BGH NJW 1972, 475. Allerdings spricht die systematische Stellung für die grundsätzliche Anwendung nur im Rahmen der GoA.
[19] *Thole* (Fn. 8), § 680 Rn. 16.
[20] BGH NJW 2019, 1809 (1812); *Dornis* (Fn. 13), § 680 Rn. 1.
[21] BGH VersR 1970, 620 (622); *Gehrlein* (Fn. 8), § 680 Rn. 1; *Dornis* (Fn. 13), § 680 Rn. 3.
[22] *Schäfer* (Fn. 10), § 680 Rn. 8; *Schirrmacher/Pfeiffer*, Jura 2022, 566 (573 f.).
[23] *Schäfer* (Fn. 10), § 680 Rn. 6; *Thole* (Fn. 8), § 680 Rn. 7; *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 10.
[24] *Thole* (Fn. 8), § 680 Rn. 7.
[25] *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 10.
[26] *Looschelders* (Fn. 6), § 43 Rn. 26; *Gehrlein* (Fn. 8), § 680 Rn. 1; *Dornis* (Fn. 13), § 680 Rn. 3; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 46. Aufl. 2022, § 36 Rn. 52.
[27] *Dornis* (Fn. 13), § 680 Rn. 3; *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 680 Rn. 1.
[28] In die Richtung auch *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 10.
[29] *Schäfer* (Fn. 10), § 680 Rn. 6; *Thole* (Fn. 8), § 680 Rn. 7.
[30] In die Richtung auch *Thole* (Fn. 8), § 680 Rn. 7.
[31] So aber *Schäfer* (Fn. 10), § 680 Rn. 6.

Pflichten gegenüber dem Geschäftsherrn ein Eingreifen des Geschäftsführers wünscht.

Des Weiteren setzt § 680 BGB voraus, dass die Gefahr eine gewisse Erheblichkeit im Vergleich zum Schadensrisiko hat. Ist sowohl die Gefahr als auch das Schadensrisiko gering, scheidet § 680 BGB aus.[32]

Zuletzt muss die Gefahrenabwehr i.S.d. § 680 BGB bezweckt werden. Aus diesem subjektiven Merkmal werden zwei Punkte gefolgert: Erstens genügt es nicht, dass die Gefahrabwendung nur zufällig, also „bei Gelegenheit" einer anderen Tätigkeit stattfindet und zweitens, dass es gerade nicht entscheidend ist, ob die Gefahrenabwehr von Erfolg gekrönt ist oder am Ende erfolglos bleibt. Auch im letzteren Fall kann sich der Geschäftsführer auf § 680 BGB stützen.[33]

Lösung Fall 1: Die Rettung an sich erfüllt die Voraussetzungen der echten, berechtigten GoA, mit der Folge, dass ein Schuldverhältnis i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB entstand. Das Beschädigen des Pullis stellt auch eine Pflichtverletzung i.S.d. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB dar, da dies nicht dem Interesse des B entsprach. Jedoch ist das Vertretenmüssen i.S.d. §§ 280 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 1 BGB zu verneinen, da die Geschäftsführung der Abwendung einer dringenden drohenden Gefahr diente und A so nicht für normale Fahrlässigkeit haftete. Aus § 680 BGB ergibt sich eine von § 276 Abs. 1 S. 1 BGB abweichende mildere Haftung. Auch der danebenstehende § 823 Abs. 1 BGB scheidet aus, da § 680 BGB analog auf diesen anzuwenden ist und entsprechend das Verschulden fehlt.

III. Anwendung des § 680 BGB auf Scheingefahren

Fall 2: Wie ändert sich Fall 1, wenn B gar nicht zu ertrinken drohte, aber A unverschuldet davon ausgehen durfte?

Fall 2 Abwandlung: Ändert sich etwas, wenn A in fahrlässiger Weise verkannt hat, dass B nicht zu ertrinken drohte?

Auch die Frage, ob § 680 BGB bei Scheingefahren greift, kann in der Klausur eine Rolle spielen. Bei Scheingefahren ergibt sich der Anspruch des Geschäftsherrn in der Regel aus § 678 BGB. Die Übernahme der Rettung widerspricht beim Nichtvorliegen einer Gefahr jedenfalls dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn i.S.d. § 678 BGB. Dies führt zu einer grundsätzlich verschärften Haftung des Geschäftsführers, da er nur für sein Übernahmeverschulden nach § 678 BGB haftet.

Die Rechtsprechung[34] – der BGH hat die Frage jedoch bisher nicht entschieden – neigt genauso wie die (wohl) herrschende Lehre[35] dazu, § 680 BGB auch bei Scheingefahren anzuwenden.

Innerhalb dieser Ansicht sind sodann die Grenzen der Anwendbarkeit des § 680 BGB bei Scheingefahren umstritten. Ist § 680 BGB nur dann nicht anwendbar, wenn der Geschäftsführer das Nichtvorliegen einer Gefahr grob fahrlässig verkannt hat[36] oder scheidet § 680 BGB schon bei bloß fahrlässiger Verkennung aus[37]? Im ersteren Fall würde § 680 BGB auch auf die Einschätzung der „Gefahrenlage" Anwendung finden.[38]

Die Gegenansicht wendet § 680 BGB bei Scheingefahren dagegen nicht an.[39]

Auch diesen Streit kann man anhand der oben dargestellten Grundlagen des § 680 BGB diskutieren. So spricht der Gedanke der überholenden Kausalität dafür, § 680 BGB nur bei tatsächlichen Gefahren anzuwenden. Bei Scheingefahren kann eine größere Schädigung nicht „überholt" werden.[40] Zudem hat der Geschäftsherr kein Interesse am Eingriff des Geschäftsführers, da er tatsächlich keiner Gefahr ausgesetzt ist.[41]

Für die Anwendung des § 680 BGB streitet zunächst der Wortlaut „bezweckt", der auf die subjektive Vorstellung des Geschäftsführers abstellt.[42] Aber auch der Zweck, den Geschäftsführer zur Gefahrenabwehr zu motivieren, spricht für eine Anwendung auf Scheingefahren. Zwar muss er bei diesen rein tatsächlich mangels Gefahr nicht motiviert werden. Doch würde ihm so generell das Risiko der richtigen Gefahreneinschätzung aufgebürdet. Dieses Risiko könnte den Geschäftsführer auch in Situationen, in denen tatsächlich eine Gefahr vorliegt, vom (notwendigen) schnellen Handeln abhalten, da er zunächst prüft, ob tatsächlich eine Gefahr vorliegt. Dies widerspräche dann auch dem Interesse des Geschäftsherrn.[43] Bei einer Abwägung der gegenstreitenden Interessen wird man § 680 BGB auch bei Scheingefahren anwenden müssen. Stellt man auf eine abstrakt-generelle Betrachtung des Interesses eines Geschäftsherrn ab, dürfte die Anwendbarkeit des § 680 BGB auf Scheingefahren zu bejahen sein. Es dürfte diesem lieber sein, in Fällen der Scheingefahr vermeintlich „gerettet" zu werden, als dass in Fällen der tatsächlichen Gefahr für die genannten hohen Güter die Rettung (zu) spät kommt, da zuvor das Vorliegen der Gefahr geprüft wird. Mit Blick auf dieses allgemeine Interesse wird man dem Geschäftsführer auch bei der Bewertung der Gefahrenlage einen gewissen Spielraum geben müssen. Entsprechend kann ihm das Privileg des § 680 BGB erst

[32] *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 11; *Thole* (Fn. 8), § 680 Rn. 8.
[33] BGH NJW 1965, 1271 (1272); *Schäfer* (Fn. 10), § 680 Rn. 8.
[34] BAG NJW 1976, 1229 (1230); OLG München BeckRS 1998, 13236 Rn. 46.
[35] *Gehrlein* (Fn. 8), § 680 Rn. 1; *Medicus/Lorenz* (Fn. 15), § 60 Rn. 30; *Looschelders* (Fn. 6), § 44 Rn. 4.
[36] BAG NJW 1976, 1229 (1230).
[37] *Gehrlein* (Fn. 8), § 680 Rn. 1; *Looschelders* (Fn. 6), § 44 Rn. 4.
[38] *Looschelders* (Fn. 6), § 44 Rn. 4.
[39] *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 13; *Schäfer* (Fn. 10), § 680 Rn. 7.
[40] *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 13.
[41] *Schäfer* (Fn. 10), § 680 Rn. 7.
[42] *Medicus/Lorenz* (Fn. 15), § 60 Rn. 30.
[43] In die Richtung auch *Beuthien*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 680 Rn. 8; *Looschelders* (Fn. 6), § 44 Rn. 4.

verwehrt werden, wenn er die bloße Scheingefahr in grob fahrlässiger Weise verkennt. Würde dem Geschäftsführer bei der Bewertung der Situation jede Fahrlässigkeit zur Last fallen, bestünde das gleiche Erfordernis der sorgfältigen Prüfung der Situation, die im Ernstfall zu einer verspäteten Reaktion führen könnte.[44] Zudem spricht die generelle Wertung des § 680 BGB dafür, nur eine grob fahrlässige Verkennung der Situation zu berücksichtigen.[45]

Der Vorwand der Gegenseite, die Anwendung des § 680 BGB auf Scheingefahren würde den Geschäftsherrn schutzlos stellen[46], greift zu kurz. Vielmehr ist die Anwendung interessengerecht, da sie nicht dazu führt, dass der Geschäftsführer einen Anspruch auf Aufwendungsersatz nach §§ 683, 670 BGB (inklusive auftragstypischer eigener Schäden)[47] erhält.[48] Beide Parteien bleiben so auf ihren Schäden sitzen.

Etwas anderes gilt, wenn der Geschäftsherr den Anschein der Gefahr selbst schuldhaft hervorgerufen hat. Dann ist ein Anspruch des Geschäftsführers zu gewähren.[49] In dieser Situation ist der Geschäftsherr nicht schutzwürdig. Die fehlende Schutzwürdigkeit sieht auch die Ansicht, welche die Anwendung des § 680 BGB ablehnt. Sie kürzt beim Verschulden des Geschäftsherrn dessen Anspruch nach § 254 BGB.[50]

Lösung Fall 2: Nach wohl herrschender Meinung, der sich hier angeschlossen wird, ändert sich an der Lösung nichts, da § 680 BGB auch bei der bloßen Scheingefahr anzuwenden ist. Folgt man dagegen der Gegenansicht, besteht ein Schadensersatzanspruch des B gegen A aus § 678 BGB. Auch beim mit § 678 BGB konkurrierenden Anspruch[51] aus §§ 280 Abs. 1, 677 BGB ist § 680 BGB in diesen Situationen anzuwenden.

Lösung Fall 2 Abwandlung: Auch hier ändert sich nach der hier mit einem großen Teil der Lehre vertretenen Ansicht nichts, da § 680 BGB anzuwenden ist, solange dem Geschäftsführer keine grobe Fahrlässigkeit bei der Verkennung der Situation vorzuwerfen ist. Die hier (stärkere) Gegenansicht spricht dem B einen Anspruch gegen A aus § 678 BGB zu.

[44] In die Richtung auch *Looschelders* (Fn. 6), § 44 Rn. 4.
[45] *Looschelders* (Fn. 6), § 44 Rn. 4.
[46] *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 13.
[47] Dazu *Boës*, Jura 2021, 1194 (1195 ff.).
[48] *Beuthien* (Fn. 43), § 680 Rn. 8.
[49] *Beuthien* (Fn. 43), § 680 Rn. 8 stützt diesen auf §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB; *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 13 stützt ihn auf § 823 Abs. 1 BGB und die Grundsätze der psychisch vermittelten Kausalität.
[50] *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 13.
[51] Dies entspricht wohl der h.L., vgl. z.B. *Schäfer* (Fn. 10), § 677 Rn. 124; *Bergmann* (Fn. 12), § 677 Rn. 28; *Looschelders* (Fn. 6), § 44 Rn. 6 m.w.N.; die Gegenansicht sieht § 678 BGB als abschließend an, vgl. *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 677 Rn. 1. Vertiefend zur unberechtigten GoA *Röthel*, Jura 2022, 547.

IV. Anwendung des § 680 BGB auf den Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 BGB (ggf. analog)

Fall 3: A kauft zur Rettung des B noch schnell einen Rettungsring. Dabei verkennt sie leicht fahrlässig, dass sie diesen nicht gebraucht hätte, da sie den B als gute Schwimmerin genauso gut ohne den Ring hätte retten können. Hat A gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Ring?

Fall 3 Abwandlung: Wie ändert sich Fall 1, wenn A in Folge Fahrlässigkeit bei der Rettung des B ihre teure Brille in einer Stromschnelle der Donau verliert und nun Ersatz von B für diese verlangt. B wendet dagegen das Mitverschulden der A ein.

1. Grundfall

Der Geschäftsführer kann nach §§ 683 S. 1, 670 BGB Ersatz der für das Geschäft erforderlichen Aufwendungen vom Geschäftsherrn verlangen. Aufwendungen sind alle freiwilligen Vermögensopfer.[52] Dabei scheitert § 683 S. 1 BGB nicht schon, weil der Geschäftsherr per se keine Aufwendungen ersetzen möchte.[53] Für § 683 S. 1 BGB ist nur der Wille des Geschäftsherrn zu der Übernahme des Geschäfts an sich entscheidend.[54]

Erforderlich sind die Aufwendungen i.S.d. §§ 683 S. 1, 670 BGB, die bei ex ante Beurteilung aus Sicht eines sorgfältigen Dritten in derselben Situation als notwendig angesehen würden.[55] Dementsprechend ist es nicht entscheidend, ob die getätigten Aufwendungen den bezweckten Erfolg herbeiführen oder nicht.[56]

Wie sich aus der Definition der erforderlichen Aufwendungen ergibt, sind solche grundsätzlich nicht anzunehmen, wenn der Geschäftsführer schuldhaft annimmt, sie seien notwendig, obwohl dies nicht zutrifft.[57]

Auch bei der Einschätzung der Erforderlichkeit kommt dem Geschäftsführer das Privileg des § 680 BGB nach herrschender Ansicht zugute.[58] Das bedeutet, die Aufwendungen sind i.S.d. §§ 683 S. 1, 670 BGB als erforderlich anzusehen, solange der Geschäftsführer die Nichterforderlichkeit in nicht mindestens grob fahrlässiger Weise verkennt.[59]

Für diese Erstreckung kann ebenfalls der Zweck des § 680 BGB angeführt werden, dem Geschäftsführer in Situationen, in denen schnelles Handeln erforderlich ist, nicht das Risiko der Fehleinschätzung aufzubürden. Ansonsten könnte er entweder ganz vom Handeln abgehalten werden oder nur unzureichende Aufwendungen treffen, die er aber sicher ersetzt

[52] BGH NJW 2018, 2714 (2717 Rn. 28); *Bergmann* (Fn. 12), § 683 Rn. 46; *Sprau* (Fn. 27), § 683 Rn. 8.
[53] *Thole* (Fn. 8), § 683 Rn. 27.
[54] *Bergmann* (Fn. 12), § 683 Rn. 45.
[55] *Bergmann* (Fn. 12), § 683 Rn. 47.
[56] *Schäfer* (Fn. 10), § 683 Rn. 29.
[57] *Schäfer* (Fn. 10), § 683 Rn. 29.
[58] *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 20.
[59] *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 20.

bekommt.

Nicht verwechselt werden darf die Situation mit der Bestimmung, ob die GoA generell berechtigt i.S.d. § 683 BGB ist. Bei der Frage der Berechtigung nach § 683 S. 1 BGB ist nur auf den Willen bzw. das Interesse des Geschäftsherrn abzustellen, der nur in den engen Grenzen des § 679 BGB unbeachtlich ist, vgl. § 683 S. 2 BGB.[60]

> *Lösung Fall 3*: Gemäß diesen Ausführungen kann A nach §§ 683 S. 1, 670 BGB Aufwendungsersatz von B verlangen. Zwar hätte ein verständiger Dritte diese Aufwendungen nicht als erforderlich angesehen, doch hilft § 680 BGB. Die Aufwendungen dienten der Abwendung einer dringenden Gefahr und A verkannte die fehlende Notwendigkeit nicht grob fahrlässig.

2. Mitverschulden

Im Fall der GoA ist ein Schadensersatzanspruch des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn aus §§ 683 S. 1, 670 BGB (analog) anerkannt, wenn dem Geschäftsführer bei dem Geschäft ein Schaden entsteht.[61] Dabei sind aber nicht alle Schäden ersatzfähig, sondern nur solche, bei denen sich das der Geschäftsbesorgung inhärente Risiko verwirklicht.[62] Es geht also primär um Zufallsschäden.[63] Zufallsschäden sind solche, die von keiner Partei zu vertreten sind und die aus einer mit der Geschäftsbesorgung verbundenen typischen Gefahr entstehen.[64] Schäden, die auf das allgemeine Lebensrisiko zurückzuführen sind, unterfallen dem Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 BGB nicht.[65]

Bei diesem Anspruch muss sich der Geschäftsführer aber nach h.M. sein Mitverschulden nach § 254 Abs. 1 BGB anrechnen lassen.[66] Zur dogmatischen Begründung der Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB kann auf die Ähnlichkeit zu einem „klassischen" Schadensersatzanspruch verwiesen werden.[67] § 254 Abs. 1 BGB ist entweder eine Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens, § 242 BGB,[68] oder er dient der Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem[69]. Die Widersprüchlichkeit ergibt sich daraus, dass der Geschädigte, der für seinen Schaden selbst mitverantwortlich ist, seinen Verursachungsbeitrag negiert, wenn er den vollen Schaden geltend macht.[70] Der Gleichbehandlungsgrundsatz stützt sich auf den Gedanken, dass, wenn der (schuldhafte) Verursachungsbeitrag des Schädigers zu einer vollen Haftung führt, auch der Verursachungsbeitrags des Geschädigten berücksichtigt werden muss.[71] Diese Überlegungen sind genauso auf den Anspruch aus §§ 683 S. 1, 670 BGB zu übertragen.

Nach § 254 Abs. 1 BGB muss sich der Geschädigte bei einem Verschulden gegen sich selbst eine Kürzung seines Anspruchs anrechnen lassen.[72] Dabei sind analog § 276 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich Vorsatz und jede Form der Fahrlässigkeit zu berücksichtigen.[73]

Diese Kürzung eines Anspruchs aus §§ 683 S. 1, 670 BGB nach § 254 Abs. 1 BGB kann den Geschäftsführer aber genauso von der gewünschten Gefahrenabwehr abschrecken, wie eine Haftung, da er nicht seine vollen, ggf. hohen, Schäden beim Geschäftsherrn liquidieren kann.[74] Um den Zweck des § 680 BGB zu erreichen, wird dieser nach h.M. analog auf das Mitverschulden § 254 Abs. 1 BGB angewendet.[75] So wird der Geschäftsführer auch mit Blick auf eigene Schäden privilegiert und so zum Handeln ermutigt. Überdies kann für die Anwendung auch der angesprochene Gedanke der Gleichbehandlung streiten. Wenn der Schädiger bei Einschlägigkeit des § 680 BGB nicht haftet, soll sich der Geschädigte in diesen Fällen auch keine Kürzung anrechnen lassen müssen.[76]

> *Lösung Fall 3 Abwandlung*: A hat gegen B einen Schadensersatzanspruch aus §§ 683 S. 1, 670 BGB (analog) wegen des Verlusts ihrer Brille. Dabei müsste sie sich grundsätzlich nach § 254 Abs. 1 BGB ihre Fahrlässigkeit anspruchskürzend anrechnen lassen. Allerdings sind die Voraussetzungen des i.R.d. § 254 Abs. 1 BGB anwendbaren § 680 BGB erfüllt, weswegen nur grobe Fahrlässigkeit zu beachten wäre und ihre Fahrlässigkeit nicht zu einer Kürzung führt.

---

[60] *Dornis* (Fn. 13), § 680 Rn. 3 ff.; *Gehrlein* (Fn. 8), § 679 Rn. 2; *Looschelders* (Fn. 6), § 43 Rn. 19 ff.

[61] Für eine direkte Anwendung des § 670 BGB vgl. BGH NJW 1961, 359 (360); BGH NJW 1963, 390 (392); für eine analoge Anwendung des § 670 BGB vgl. *Thole* (Fn. 8), § 680 Rn. 39; *Schäfer* (Fn. 10), § 683 Rn. 38.

[62] *Dornis* (Fn. 13), § 683 Rn. 16; *Boës*, Jura 2021, 1194 (1198 ff.) m.w.N.

[63] *Bergmann* (Fn. 12), 680 Rn. 21.

[64] *Bergmann* (Fn. 12), 680 Rn. 21.

[65] *Sprau* (Fn. 27), § 683 Rn. 9; OLG Düsseldorf NJW-RR 2015, 1064 (1066 Rn. 23).

[66] OLG Düsseldorf NJW-RR 2015, 1064 (1066 Rn. 28); *Looschelders*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.6.2022, § 254 Rn. 65 m.w.N..; *Schäfer* (Fn. 10), § 683 Rn. 38.

[67] *Looschelders* (Fn. 66), § 254 Rn. 65.

[68] So insbesondere die Rechtsprechung: BGH NJW-RR 2015, 1056 (1057 Rn. 13); BGH NJW 1961, 655.

[69] So grundlegend *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 118 f., 125 f.

[70] *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 254 Rn. 1.

[71] *Looschelders* (Fn. 69), S. 118 f., 125 f.; *Höpfner*, in: Kommentar zum BGB, 2021, § 254 Rn. 3.

[72] *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2021, § 50 Rn. 6.

[73] *Looschelders* (Fn. 72), § 50 Rn. 14.

[74] BGH NJW 1965, 1271 (1272 f.). Das Problem der analogen Anwendung des § 680 BGB im Rahmen des Mitverschuldens wurde z.B. im Examenstermin 2019/2 in Aufgabe 1 in Bayern gestellt.

[75] *Looschelders* (Fn. 69), S. 347; *Bergmann* (Fn. 12), § 680 Rn. 21.

[76] Grundsätzlicher und speziell zu § 309 Nr. 7 BGB *Höpfner* (Fn. 71), § 254 Rn. 39.

V. Anwendung des § 680 BGB auf „professionelle" Nothelfer

Fall 4[77]: Wie ändert sich Fall 1, wenn A Bademeisterin des kommunalen Badeabschnitts der Donau ist? Diesmal macht A bei der Rettung fahrlässig einen Fehler und B ist daraufhin dauerhaft kognitiv geschädigt. A ist als Beamtin im haftungsrechtlichen Sinne nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG anzusehen.[78]

Fall 4 Abwandlung 1[79]: Wie ändert sich Fall 4, wenn A Lehrerin einer Schule ist und der Unfall im Rahmen des Schwimmunterrichts geschieht?

Fall 4 Abwandlung 2[80]: Wie ändert sich Fall 4, wenn A angestellte Schwimmtrainerin des Vereins C ist und der Unfall im Rahmen des Schwimmtrainings des B geschieht?

Fall 4 Abwandlung 3: Wie ändert sich Fall 4, wenn A zwar Bademeisterin ist, aber B nur als Passantin sieht und probiert, ihn zu retten?

Der Anwendungsbereich des § 680 BGB beschäftigt auch die Rechtsprechung in wiederkehrenden Abständen. Dies zeigen die oben genannten drei aktuelleren Urteile der Jahre 2018, 2019 und 2021. Diese Urteile eignen sich gut für Klausuren[81], da sie gerade mit dem oben dargestellten Telos des § 680 BGB gelöst werden können.

Fall 4 und seine Abwandlungen beschäftigen sich mit dem Problem, ob § 680 BGB (analog) auf „professionelle" Nothelfer bzw. auf Personen anzuwenden ist, von denen ohnehin Hilfe zu erwarten ist.

Dabei besteht beim Ausgangsfall und den Abwandlungen 1 und 2 schon das Problem, ob überhaupt eine GoA und so die grundsätzlichen Voraussetzungen des § 680 BGB vorliegen. Es stellt sich im Fall 4 und der ersten Abwandlung die Frage, ob die Vorschriften der GoA überhaupt anwendbar sind. Der Streit entzündet sich daran, ob eine GoA vorliegt, wenn der Geschäftsführer zugleich eine öffentlich-rechtliche oder auch eine gegenüber einem Dritten bestehende privatrechtliche Pflicht erfüllt. Die Rechtsprechung wandte jedenfalls früher die Vorschriften der §§ 677 ff. BGB unter dem Gesichtspunkt des „auch-fremden" Geschäfts an.[82] Die (wohl) herrschende Literatur lehnt diese Rechtsprechung ab, wobei insbesondere zwei Argumente gebracht werden: 1. Die Vorschriften der GoA (§§ 677 ff. BGB) sind schon nicht anwendbar, 2. es fehlt jedenfalls am Fremdgeschäftsführungswillen i.S.d. § 677 BGB.[83] Dieser Streit soll – da anderweitig ausführlich dargestellt[84] – nicht vertieft werden.

Je nachdem, welcher Ansicht gefolgt wird, stellt sich die Frage, ob § 680 BGB direkt oder analog angewendet werden soll. Der BGH ließ in den oben genannten Fällen die Frage des Vorliegens der GoA grundsätzlich offen und diskutierte nur die analoge Anwendung des § 680 BGB.[85] Die Argumente für bzw. gegen die Anwendung des § 680 BGB sind jedoch dieselben, unabhängig davon, ob die direkte oder analoge Anwendung diskutiert wird.

Für die Anwendbarkeit des § 680 BGB auch in diesen Fällen spricht folgender Gedanke: Die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten des professionellen Helfers verschieben schon die Grenzen zwischen Fahrlässigkeit und grober Fahrlässigkeit.[86] Entsprechend werde vom professionellen Nothelfer von vornherein „mehr" erwartet als vom „normalen" Helfer. Demnach müsste § 680 BGB grundsätzlich auch bei professionellen Helfern angewendet werden, da eine grobe Fahrlässigkeit bei diesen ohnehin eher vorläge.[87] Zudem sei jedenfalls der nur zufällig am Unglücksort anwesende Arzt auf diesen Unglücksfall ebenso wenig vorbereitet.[88]

Diese Ansicht wurde vom BGH in den angesprochenen Fällen genauso wie von der herrschenden Lehre abgelehnt. Eine Anwendung des § 680 BGB (ggf. analog) kommt in diesen Fällen demnach nicht in Betracht. Diese Ansicht stützt sich auf überzeugende Argumente. So benötigen professionelle Nothelfer gerade keiner Ermutigung zum Handeln.[89] Im Gegenteil: Professionelle Nothelfer sind in vielen Situationen sogar aufgrund öffentlicher oder vertraglicher Bindungen zum Handeln verpflichtet.[90] Mit Blick auf öffentlich-rechtlich Verpflichtete käme die Haftungsprivilegierung tatsächlich immer dem Staat zugute, der so in den meisten Fällen seiner Gefahrenabwehr nicht haften würde.[91]

Auch befinden sie sich nicht in der für den „normalen" Nothelfer typischen überraschenden und überfordernden Situation, sondern sind auf solche eingestellt und für sie ausgebildet.[92] Entscheidend ist, dass der professionelle Helfer nach

[77] Angelehnt an BGH NJW 2018, 2723.
[78] So OLG Koblenz BeckRS 2016, 2215; nachfolgend BGH NJW 2018, 301.
[79] Angelehnt an BGH NJW 2019, 1809.
[80] Angelehnt an BGH NJW 2021, 1818.
[81] So wurde das Urteil aus BGH NJW 2018, 2723 beispielsweise im Examenstermin 2020/1 in Aufgabe 6 in Bayern behandelt.
[82] BGH NJW 1963, 1825; BGH NJW 1990, 2058; BGH NJW 2000, 422; BGH NJW-RR 2004, 81.
[83] *Buck-Heeb* (Fn. 14), § 5 Rn. 64 ff., 67 ff.; *Looschelders* (Fn. 6), § 43 Rn. 8 ff., 13.
[84] *Brox/Walker* (Fn. 26), § 36 Rn. 8 ff.; *Medicus/Lorenz* (Fn. 15), § 60 Rn. 9; *Looschelders* (Fn. 6), § 43 Rn. 8 ff.
[85] BGH NJW 2018, 2723 (2727 Rn. 48); BGH NJW 2019 1809 (1812 Rn. 29); BGH NJW 2021, 1818 (1821 Rn. 39, beachte aber Rn. 31).
[86] *Schäfer* (Fn. 10), § 680 Rn. 9.
[87] *Schäfer* (Fn. 10), § 680 Rn. 9.
[88] OLG München NJW 2006, 1883 (1885).
[89] BGH NJW 2018, 2723 (2727 Rn. 56); BGH NJW 2019, 1809 (1812 Rn. 32); BGH NJW 2021, 1818 (1821 Rn. 40).
[90] BGH NJW 2018, 2723 (2727 Rn. 56); BGH NJW 2019, 1809 (1812 Rn. 32); BGH NJW 2021, 1818 (1821 Rn. 40).
[91] BGH NJW 2018, 2723 (2727 Rn. 59). Überdies hielten BGH NJW 2018, 2723; BGH NJW 2019, 1809 fest, dass § 680 BGB in Fällen der Amtshaftung auf § 839 BGB generell keine Anwendung findet.
[92] BGH NJW 2018, 2723 (2727 Rn. 56); BGH NJW 2019, 1809 (1812 Rn. 32); BGH NJW 2021, 1818 (1821 Rn. 40).

allgemeiner Ansicht in Fällen der Hilfe nicht nur den Aufwendungsersatz nach §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB verlangen kann. Er kann sogar analog § 1835 Abs. 3 BGB eine Vergütung verlangen.[93] Es wäre wertungswidersprüchlich, wenn er nicht zugleich für seine berufliche Sorgfalt einzustehen hätte.[94] Aus ökonomischer Perspektive ist zu beachten, dass der professionelle Nothelfer für solche Situationen häufig haftpflichtversichert ist und die Privilegierung so der Haftpflichtversicherung zugutekäme.[95]

Lösung Fall 4: B hat einen Anspruch gegen die Gemeinde, da § 680 BGB (analog) i.R.d. § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 GG zugunsten des professionellen Nothelfers keine Anwendung findet.

Lösung Fall 4 Abwandlung 1: Auch hier hat B gegen den Träger der Schule einen Anspruch aus § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 GG. Zwar ist eine (Sport-)Lehrerin keine professionelle Helferin, doch hat sie die Amtspflicht, den B im Rahmen des Unterrichts vor Schäden zu bewahren.[96] Der Telos des § 680 BGB (analog) greift hier nicht.

Lösung Fall 4 Abwandlung 2: Auch hier findet § 680 BGB zugunsten der A keine Anwendung. Zwar liegt keine Amtshaftung i.S.d. § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 GG vor. Doch ist A gegenüber B nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme und Aufsicht verpflichtet. Auch ist es Aufgabe einer Schwimmtrainerin, gerade in Notfällen schnell erste Hilfe zu leisten.[97] Der Zweck des § 680 BGB (analog) greift somit nicht. Der Anspruch ergibt sich aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB.

Lösung Fall 4 Abwandlung 3: In der dritten Abwandlung geht es tatsächlich um eine teleologische Reduktion des § 680 BGB, da hier unstreitig die Voraussetzungen der GoA nach §§ 677 ff. BGB gegeben sind. Im Ergebnis ist eine teleologische Reduktion des § 680 BGB anzunehmen. A ist hauptberufliche Bademeisterin und kann nach §§ 683 S. 1, 670, 1835 Abs. 3 BGB analog eine Vergütung für die Rettung verlangen. Entsprechend wäre es wertungswidersprüchlich, wenn sie sich im Rahmen des Anspruchs gegen sie aus §§ 280 Abs. 1, 677 BGB auf § 680 BGB berufen könnte.

VI. Zusammenfassung

Der Aufsatz hat den vielfältigen Bereich verdeutlicht, in dem die Anwendung des § 680 BGB zumindest diskutiert werden sollte. Auch zeigte sich, wie die Frage der Anwendbarkeit in den meisten Fällen nur anhand der dem § 680 BGB zugrundeliegenden Wertungen gelöst werden kann.

---

[93] *Thole* (Fn. 8), § 683 Rn. 45 m.w.N. (auch zur Diskussion und Gegenansicht).
[94] *Schäfer* (Fn. 10), § 680 Rn. 9.
[95] *Thole* (Fn. 8), § 680 Rn. 20.
[96] BGH NJW 2019, 1809 (1812 Rn. 32).
[97] BGH NJW 2021, 1818 (1821 Rn. 40).

Der reformierte Geldwäschetatbestand – Teil 1*

Umgang mit einer verfassungsrechtlich zweifelhaften Norm in der Fallprüfung

Von PD Dr. **Laura Neumann**, München**

Mit Wirkung vom 18.3.2021 ist die bislang letzte der zahlreichen Änderungen[1] des § 261 StGB in Kraft getreten.[2] Durch sie wurde der Geldwäschetatbestand grundlegend neu strukturiert. Die maßgeblichen schon bisher bei seiner Anwendung bestehenden Probleme sind jedoch nicht beseitigt, sondern vielmehr um zahlreiche neue ergänzt worden, die jedenfalls kumuliert erhebliche Bedenken im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Legitimierbarkeit des Geldwäschetatbestands in seiner heutigen Fassung auf den Plan rufen.[3] Schöpft man die vom Wortlaut umfassten Möglichkeiten aus, wird der Bereich des Strafbaren nunmehr ins Abstruse ausgedehnt.[4] Grundsätzlich notwendig wäre deshalb eine Korrektur durch den Gesetzgeber. Bis dieser – ggf. gezwungen durch das Bundesverfassungsgericht – aktiv wird, bleibt nur der Weg der verfassungskonformen Auslegung[5] des ausgeuferten Tatbestandes. Eine gefestigte Rechtsprechung existiert insoweit allerdings noch nicht und die in der Literatur vertretenen Ansichten zur gebotenen Handhabung des Geldwäschetatbestandes gehen weit auseinander.

Wie sollen Studierende in der Fallprüfung mit diesem Dilemma umgehen? Der folgende Beitrag zeigt hierzu mögliche Wege auf. Nachdem das Grundproblem des Geldwäschetatbestandes in seiner neuen Fassung und die verfassungsrechtlichen Bedenken erläutert worden sind, die Struktur des Tatbestandes dargestellt und ein Prüfungsschema vorgeschlagen worden ist (in diesem Beitrag), werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale erörtert (Teil 2). In Bezug auf jedes Merkmal werden dabei die fortbestehenden alten Probleme und Streitstände in ihrer neuen Dimension sowie die schwerwiegenden neuen Probleme erläutert und Hinweise zum Umgang mit den Problemen in der Fallbearbeitung gegeben. Leitlinie, an der sich auch die Darstellung in der Klausur ausrichten sollte, ist durchweg die verfassungskonforme Interpretation der einzelnen Tatbestandsmerkmale und des Geldwäschetatbestandes in seiner Gesamtheit, soweit der Wortlaut Raum für sie lässt. Abschließend werden die insbesondere seit der Neufassung problembehafteten Konkurrenzen behandelt (Teil 3). Ein besonderes Augenmerk liegt dabei auf dem Verhältnis zu den übrigen Anschlussdelikten und speziell zum Hehlereitatbestand.

I. Das Grundproblem des Geldwäschetatbestandes

Schon in seiner bisherigen Fassung unterfielen dem Geldwäschetatbestand vom Wortlaut her eine Vielzahl auch neutraler Alltagshandlungen und berufstypischer Verhaltensweisen.[6] Im Grundsatz ist dies eine der Natur der Geldwäsche geschuldete Notwendigkeit, die in ihrer idealtypischen Form in sozial unauffälligen Verhaltensweisen besteht.[7] Gerade indem die aus rechtswidrigen Taten stammende Beute im scheinbar völlig legalen Geschäftsverkehr mehrfach verschoben wird, soll ihre rechtswidrige Herkunft verschleiert werden. Beispielsweise stellen das Einwechseln durch Betrug oder Erpressung erlangter Geldscheine bei einer Bank bzw. die Überweisung so erschlichenen Buchgeldes auf ein anderes Konto unter Einschaltung der Bank oder auch die Investition solchen Geldes etwa in Immobilien, die später weiterverkauft werden, objektiv völlig übliche Verhaltensweisen im Wirtschaftsverkehr, zugleich aber auch typische Geldwäschehandlungen dar, die vom Wortlaut des Geldwäschetatbestandes deshalb im Grundsatz erfasst sein müssen. Die Herausforderung bei der Gestaltung des Tatbestandes besteht deshalb darin, durch zusätzliche Anforderungen sicherzustellen, dass von den im Ausgangspunkt als Tathandlungen notwendig erfassten neutralen Alltagshandlungen letztlich nur diejenigen sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllen, die tatsächlich strafwürdiges Unrecht darstellen.

Bedenklich war insofern schon immer, dass an die subjektive Tatseite keine besonders hohen, sondern sogar besonders niedrige Anforderungen gestellt werden. So konnte und kann der Geldwäschetatbestand auch dann verwirklicht sein, wenn der Täter die Herkunft des Geldwäscheobjektes aus einer geldwäschetauglichen Vortat nur leichtfertig verkennt (§ 261 Abs. 5 StGB a.F. und § 261 Abs. 6 StGB n.F.). Eine bedeutsame Restriktion wurde jedoch bisher dadurch erreicht, dass als geldwäschetaugliche Vortaten nur die in § 261 Abs. 1 S. 2

---

* Teil 2 folgt in Ausgabe 6/2022, Teil 3 in Ausgabe 1/2023.

** Die *Autorin* hat sich im Juli 2022 an der Ludwig-Maximilians-Universität München habilitiert. Im Wintersemester 2022/2023 vertritt sie den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Nebengebiete an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder).

[1] Zu den bisherigen Gesetzesänderungen siehe *Neuheuser*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 261 Rn. 21 ff.

[2] Art. 1 des Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9.3.2021, BGBl. I 2021, S. 327.

[3] Siehe nur *Ruhmannseder*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.8.2022, § 261 Rn. 10.2 und 54.1, siehe auch Rn. 31.2; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045); *Bülte*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche", BT-Drs. 19/24180, zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 9.12.2020, Rn. 76 ff., 112 ff., siehe auch Rn. 93; *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334, 340); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (130 ff.).

[4] *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1044); für eine kompakte harsche Kritik in diese Richtung siehe *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 261 Rn. 4b ff.

[5] *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334 f.).

[6] Siehe dazu eingehend IV. 2. c) bb) in Teil 2 im Rahmen der Erläuterung der Isolierungstatbestandsvarianten.

[7] *Neuheuser* (Fn. 1), § 261 Rn. 90; vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.7.2006 – 2 BvR 950/05 = NJW 2006, 2974 (2975).

StGB a.F. explizit aufgelisteten Taten in Betracht kamen. Zu diesen zählten Verbrechen und ihrer Natur nach besonders schwerwiegende Delikte, während rechtswidrige Taten wie Betrug oder Diebstahl, die in vielen Fällen der Massen- und Bagatellkriminalität zuzuordnen sind, nur dann als Vortaten erfasst waren, wenn sie gewerbs- oder bandenmäßig begangen wurden und eben hierdurch im konkreten Fall zu besonders schwerwiegenden Taten wurden.[8] Mit der Neufassung des Geldwäschetatbestandes hat sich der Gesetzgeber dagegen nun für den sog. „all-crimes-approach" entschieden, nach dem jede beliebige rechtswidrige Tat als Vortat der Geldwäsche genügt. Die Tathandlungen, die notwendig im Grundsatz auch alltägliches und berufstypisches Verhalten umfassen müssen, können sich damit nun gem. § 261 Abs. 1 S. 1 StGB auf alle Gegenstände beziehen, die aus *irgendeiner* rechtswidrigen Vortat herrühren. Gleichzeitig hält § 261 Abs. 6 StGB an der Geldwäschestrafbarkeit auch bei bloß leichtfertigem Verkennen der Herkunft des Gegenstandes aus einer geldwäschetauglichen Vortat, also nunmehr aus irgendeiner rechtswidrigen Tat, fest. Damit hat der Geldwäschetatbestand heute potentiell eine derartige Weite, dass die Geldwäsche zu einem uferlosen „Allerweltsdelikt"[9] werden könnte.

Zur Exemplifizierung des Dilemmas soll der mittlerweile klassisch gewordene sog. „Schokoladen-Fall"[10] herangezogen werden. Darin schenkt eine 13-Jährige ihrer 14-jährigen Freundin eine Tafel Schokolade, die sie zuvor im Supermarkt „mitgehen" lassen hat. Nach dem Wortlaut der Neufassung des § 261 StGB macht sich die 14-jährige und somit strafmündige Freundin wegen vorsätzlicher Geldwäsche strafbar, wenn sie die Schokolade annimmt, nachdem die 13-Jährige ihr stolz berichtet hat, wie sie zu der Tafel gekommen ist. Strafbar macht sie sich aber auch bereits dann, wenn sie nicht erfährt und nicht einmal in Erwägung zieht, dass ihre Freundin die Schokolade gestohlen hat, darauf aber hätte kommen können, weil ihr beispielsweise bekannt ist, dass ihre Freundin des Öfteren in Supermärkten Süßwaren verstohlen in die Tasche steckt. Sieht man hierin ein leichtfertiges Verkennen der Herkunft der Schokoladentafel aus einer mangels Schuldfähigkeit der 13-Jährigen zwar nicht strafbaren, aber tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Tat, greift der Geldwäschetatbestand in seiner neuen Form ein. Ebenso erfasst sein kann beispielsweise die Entgegennahme von aus einem Diebstahl stammenden Geldscheinen durch einen Kassierer im Supermarkt beim Verkauf von Lebensmitteln an den Dieb, sofern der Kassierer Anhaltspunkte für die Herkunft des als Kaufpreis entgegengenommenen Geldes aus einer rechtswidrigen Tat hat.[11] Aber auch der dem Dieb nachfolgende Kunde, der Wechselgeld aus der Kasse entgegennimmt, in die der Kassierer gerade die zur Diebesbeute zählenden Geldscheine gelegt hat, kann – sofern die bemakelten Geldscheine einen nicht unwesentlichen Teil des Gesamtkassenbestandes ausmachen – wiederum den Geldwäschetatbestand erfüllen, wenn auch dieser Kunde hinreichende Anhaltspunkte für die Herkunft eines nicht unerheblichen Teils des Kassenbestandes aus einer rechtswidrigen Tat hat.[12]

In Anbetracht der damit nun vom Wortlaut des § 261 StGB grundsätzlich erfassten Fälle drängt sich notwendig die Frage auf: Und das soll „Geldwäsche" sein?

Die klassische Vorstellung von dem, was „Geldwäsche" ausmacht, spiegelt sich im angeblich namensgebenden Beispiel des berühmten Kriminellen *Al Capone*, der in den 1920er Jahren in Chicago die Erträge aus seinem Verbrecherimperium in Waschsalons investierte, um sie dort „rein zu waschen".[13] Ganz in diesem Sinne wird Geldwäsche typischerweise als Einschleusen von Vermögensgegenständen insbesondere aus der organisierten Kriminalität in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zum Zweck der Tarnung verstanden.[14] Neben dem immer noch maßgeblichen Ziel, die Verschleierung der Herkunft unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte zu erschweren und so ihre Wiederauffindung zu erleichtern, bestand der ursprüngliche Sinn des Geldwäschetatbestandes dementsprechend gerade darin, die organisierte Kriminalität zu bekämpfen, indem die durch sie unrechtmäßig erlangten Vermögenswerte isoliert und verkehrsunfähig gemacht werden.[15] Zwar gab der Gesetzgeber dieses Ziel auch bei der letzten Änderung des Geldwäschetatbestandes noch als primäres Kernanliegen der Geldwäschebekämpfung an.[16] In Anbetracht des nun auch auf Bagatellkriminalität erweiterten Anwendungsbereichs des Geldwäschetatbestandes erscheint dies aber heute als eine vorgeschobene Begründung. Da aus einer Geldwäschevortat herrührende Gegenstände gem. § 261 Abs. 10 StGB als Beziehungsgegenstände eingezogen werden können, dürfte es dem Gesetzgeber bei der erneuten und erheblichen Ausweitung des schon immer – und im Ansatz notwendig – weiten Geldwäschetatbestandes insbesondere auch darum gegangen sein, eine effektive Abschöpfung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte zu ermöglichen[17] und zudem

[8] Siehe § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB a.F.

[9] *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1043).

[10] Siehe nur *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1044) m.w.N.; *Krötz/Burgert*, StraFo 2021, 453 (456, 457) m.w.N.; BRAK, Stellungnahme 2020/52 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, S. 7; vgl. etwa auch *Brodowski*, wistra 2021, 417 (417).

[11] Siehe zu berufstypischen Verhaltensweisen IV. 2. c) bb) in Teil 2.

[12] Zum Problem der Kontamination legaler Vermögenswerte durch Verbindung, Vermischung und Vermengung siehe IV. 1. c) dd) in Teil 2.

[13] *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1041).

[14] BT-Drs. 11/7663, S. 24; BT-Drs. 12/989, S. 26; *Figura*, in: Herzog/Achtelik (Hrsg.), GwG, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 7 f.; vgl. *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 4.

[15] Vgl. *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 2.

[16] Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, BT-Drs. 19/24180, S. 1 („Effektive Verfolgung und Ahndung von Geldwäsche tragen wesentlich zu einer erfolgreichen Bekämpfung *insbesondere* von organisierter Kriminalität bei." [Hervorhebung durch die *Verf.*]).

[17] *Bülte* (Fn. 3), Rn. 3, insbes. auch Rn. 115 ff.

auch international „tough on money laundering“ zu erscheinen.[18]

II. Der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit und die Konsequenzen für die Fallprüfung

Der durch die vorstehend beschriebene Umgestaltung nun kaum noch konturierte Geldwäschetatbestand ruft in mehrfacher Hinsicht den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit auf den Plan.

1. Allgemeine verfassungsrechtliche Bedenken

In verfassungsrechtlicher Hinsicht geltend gemacht werden Verstöße gegen das Schuldprinzip,[19] den Zweifelssatz[20] und sogar die Menschenwürde,[21] vor allem aber gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip[22]. Insbesondere knüpfen die Vorwürfe daran an, dass die Gesetzesbegründung an keiner Stelle anführt, die nun zusätzlich vom Tatbestand erfassten Taten müssten effektiv bekämpft werden oder seien überhaupt strafwürdig.[23] Vielmehr erklärt der Gesetzgeber offen, dass mit der Aufnahme sämtlicher Straftaten in den Kreis der Vortaten die Beweisführung erleichtert werden solle.[24] Zwar ist dies durch die Umsetzung des „all-crimes-approach“ zweifelsohne erreicht worden. Der damit einhergehende „Kollateralschaden“[25], dass nun sogar an Massen- und Bagatelldelikte anknüpfende, eigentlich nicht strafwürdige Handlungen unter Strafe gestellt werden, führt jedoch sowohl zur Unverhältnismäßigkeit[26] des Geldwäschetatbestandes als auch zu einem Verstoß gegen das Schuldprinzip. Dieses erlaubt es nicht, die Ausgestaltung von Strafvorschriften mit dem Bedürfnis nach Beweiserleichterungen zu begründen, um so letztlich eine effektivere Vermögensabschöpfung zu ermöglichen. Zwar kann eine solche Zielsetzung ggf. präventiv gerichtete Maßnahmen des Gefahrenabwehrrechts legitimieren. Eine Strafandrohung rechtfertigt sie im dem Schuldprinzip verpflichteten Strafrecht dagegen nicht.[27]

2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Leichtfertigkeitstatbestand im Speziellen

Verschärft wird diese grundsätzliche verfassungsrechtliche Problematik durch die Beibehaltung des nun in § 261 Abs. 6 StGB n.F. verankerten Leichtfertigkeitstatbestandes, gegen den schon bisher Bedenken in systematischer, kriminalpolitischer und vor allem auch verfassungsrechtlicher Hinsicht erhoben worden waren.[28] Begründet wurde auch die Einführung dieses Tatbestandes seinerzeit mit dem verfassungsrechtlich nach dem Vorstehenden schon für sich inakzeptablen Argument, nur so Beweisschwierigkeiten effektiv vermeiden zu können.[29] Nach dem BGH lässt sich aus diesem Bekenntnis in der Gesetzesbegründung zwar nicht schlussfolgern, dass grundsätzlich kein eigenständiges Bedürfnis für die Strafbarkeit von im Hinblick auf die Herkunft des Tatobjektes nur leichtfertiger Geldwäsche bestehe und der Schuldgrundsatz unter diesem Gesichtspunkt bereits verletzt sei. Für mit dem Schuldprinzip und auch dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar hielt der BGH den Geldwäschetatbestand aber schon in seiner alten Fassung jedenfalls nur bei einer restriktiven und vorsatznahen Auslegung des Begriffs der Leichtfertigkeit.[30]

Die bei der Legitimierung des Leichtfertigkeitstatbestandes damit jedenfalls im Zentrum stehenden Beweisschwierigkeiten, die der Gesetzgeber ins Feld führt und auch der BGH nicht leugnet, ergaben sich allerdings bisher gerade aus dem Erfordernis, dass das Herrühren des Tatobjektes der Geldwäsche aus einer in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB a.F. aufgeführten Katalogtat zweifelsfrei feststehen musste[31] und dem Täter für eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Geldwäsche dementsprechend auch mindestens bedingter Vorsatz bzgl. des Herrührens des Gegenstandes gerade aus einer Katalogtat nachgewiesen werden musste.[32] Durch die Aufgabe des Katalogtaten-Modells und die Entscheidung für den „all-crimes-approach“ sind diese Beweisschwierigkeiten aber beseitigt worden,[33] sodass sie zur Legitimation des Leichtfertigkeitstatbestandes heute schon ganz unabhängig von ihrer grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Fragwürdigkeit jedenfalls nicht mehr angeführt werden können. Dem ganz entsprechend sah auch der Referentenentwurf die Streichung des Leichtfertigkeitstatbestandes vor.[34] Begründet wurde sie explizit damit, dass infolge des Wegfalls des Vortatenkataloges nun bereits der bedingte Vorsatz genüge, dass der Geldwäsche-

[18] Vgl. *Bülte* (Fn. 3), Rn. 85, der konkret auf das möglicherweise vom Gesetzgeber verfolgte Ziel hinweist, eine positive Evaluierung durch die Financial Action Task Force (FATF) zu erreichen.
[19] Siehe dazu *Bülte* (Fn. 3), Rn. 115 ff.; *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (130).
[20] *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (130).
[21] *Bülte* (Fn. 3), Rn. 85, 139.
[22] Siehe dazu insgesamt *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334); *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (212), jeweils m.w.N.; siehe *Bülte* (Fn. 3), Rn. 76 ff.
[23] So auch *Bülte* (Fn. 3), Rn. 77; *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (212).
[24] BT-Drs. 19/24180, S. 2, 13, 29.
[25] *Bülte* (Fn. 3), Rn. 77.
[26] *Bülte* (Fn. 3), Rn. 76 f.
[27] Siehe *Bülte* (Fn. 3), Rn. 115, der insbes. aufgrund dieser Zweckentfremdung des Geldwäschetatbestands als „Vehikel“ der Beweiserleichterung und der Abschöpfung unabhängig vom Entfall des Vortatenkatalogs mit der Neufassung des Geldwäschetatbestands von seiner Verfassungswidrigkeit ausgeht (Rn. 116).
[28] *Fischer* (Fn. 4), § 261 Rn. 65.
[29] BT-Drs. 12/989, S. 27.
[30] BGH, Urt. v. 17.7.1997 – 1 StR 791/96 = NJW 1997, 3323 (3325).
[31] BGH NZWiSt 2019, 148 (149) m.w.N. m. Anm. *Raschke*.
[32] Siehe *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (209).
[33] Siehe BT-Drs. 12/989, S. 27.
[34] Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, S. 19 (abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Geldwaesche_Bekaempfung.html [25.9.2022]).

gegenstand Tatertrag oder Tatprodukt irgendeiner Straftat oder ein an seine Stelle getretenes Surrogat sei, sodass die Beibehaltung des Leichtfertigkeitstatbestandes eine „nahezu uferlose Anwendungsbreite" des Geldwäschetatbestandes und die Gefahr der „Kriminalisierung alltäglichen Verhaltens" mit sich bringen würde, die mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar sei.[35]

Diese überzeugende Begründung der Notwendigkeit der Streichung des Leichtfertigkeitstatbestands im Referentenentwurf hat der Gesetzgeber ohne weitere Erklärung ignoriert.[36] Heute wird dementsprechend vielfach erst recht die Verfassungswidrigkeit des Leichtfertigkeitstatbestandes wegen Unverhältnismäßigkeit angenommen.[37]

3. Konsequenzen für die Rechtsanwendung

Die Verfassungswidrigkeit des Geldwäschetatbestandes in seiner heutigen Form drängt sich aufgrund der beschriebenen Gesichtspunkte auf. Da das Verwerfungsmonopol für Parlamentsgesetze nach Art. 100 Abs. 1 GG aber allein dem Bundesverfassungsgericht zukommt, ist der Geldwäschetatbestand bis zu dessen Einschreiten weiterhin zur Anwendung zu bringen. Von der Rechtsanwenderin und dem Rechtsanwender muss er dabei aber jedenfalls eng und soweit irgend möglich verfassungskonform interpretiert werden.[38] An dieser grundlegenden Maßgabe sind alle folgenden Ausführungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Geldwäschetatbestandes orientiert.

III. Übersicht über den Geldwäschetatbestand n.F.

Von den tiefgreifenden und hoch problematischen Änderungen, welche die letzte Reform des Geldwäschetatbestandes nach allem Vorstehenden mit sich gebracht hat, ist die grundsätzliche Struktur des Tatbestandes und damit auch der grundsätzliche Prüfungsaufbau weitgehend unbeeinflusst geblieben.

Grundvoraussetzung für die Strafbarkeit wegen Geldwäsche ist das Herrühren des Tatobjektes nunmehr aus irgendeiner rechtswidrigen Tat i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Nach § 261 Abs. 9 Nr. 1 StGB kann die Tat grundsätzlich auch im Ausland begangen worden sein, wenn sie nach deutschem Strafrecht eine rechtswidrige Tat wäre und am Tatort mit Strafe bedroht ist. Durchbrochen wird das damit festgeschriebene grundsätzliche Prinzip der doppelten Strafbarkeit allerdings für einen Katalog von EU-Straftaten durch Blankettverweise in § 261 Abs. 9 Nr. 2 lit. a bis lit. h StGB, für deren Einstufung als taugliche Geldwäschevortaten ausschließlich die Strafbarkeit nach deutschem Recht entscheidend ist.

Der Täter, bei dem es sich gemäß der in Abs. 7 normierten Regelung zur Selbstgeldwäsche grundsätzlich auch um den Vortäter handeln kann, muss eine der in § 261 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB beschriebenen Tathandlungen vorgenommen haben. Neuerungen gegenüber der alten Rechtslage bringen insoweit nur die Tathandlungen nach Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2 mit sich. Steht eine Tathandlung nach Abs. 1 S. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 in Rede, darf die sog. Herrührenskette gem. Abs. 1 S. 2 nicht dadurch durchbrochen sein, dass zuvor ein Dritter den aus einer rechtswidrigen Tat herrührenden und damit kontaminierten Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine rechtswidrige Tat zu begehen. Ein solcher strafloser Vorerwerb eines Dritten bewirkt die Dekontamination des Geldwäscheobjektes.

Ist Vorsatz bzgl. der objektiven Merkmale einer der genannten Tathandlungen und bzgl. des Herrührens des Geldwäscheobjektes aus einer rechtswidrigen Tat gegeben, muss nach der neuen Rechtslage gem. Abs. 1 S. 1 nicht mehr zwingend eine Freiheitsstrafe verhängt werden, die bisher zwischen drei Monaten und fünf Jahren anzusiedeln war. Mit der Neufassung wurde die Mindeststrafdrohung von drei Monaten gestrichen und alternativ auch eine Geldstrafe zugelassen, sodass der Strafrahmen der Geldwäsche nunmehr dem Strafrahmen des einfachen Diebstahls entspricht. Die bisher für die einfache vorsätzliche Geldwäsche vorgesehene Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren droht nun der neue Qualifikationstatbestand in § 261 Abs. 4 StGB an, der die Tatbegehung durch einen Verpflichteten nach § 2 GwG betrifft, zu denen beispielsweise Finanz- und Versicherungsunternehmen, Rechtsanwälte und Notare zählen. Eine nochmals verschärfte Strafdrohung von sechs Monaten bis zu zehn Jahren findet sich unverändert in der Strafzumessungsregelung des Abs. 5 S. 1 für besonders schwere Fälle, die nach Abs. 5 S. 2 in der Regel im Fall der gewerbsmäßigen Begehung oder der Begehung als Mitglied einer zur fortgesetzten Begehung von Geldwäsche verbundenen Bande anzunehmen sind. Milder kann die Strafe dagegen nach der allgemein gültigen Regelung des § 23 Abs. 2 StGB bei einem bloßen Versuch ausfallen, dessen Strafbarkeit ebenfalls unverändert durch § 261 Abs. 3 StGB angeordnet wird. Zu einer milderen Bestrafung kann es aber auch dann kommen, wenn die Herkunft des Tatobjektes aus einer rechtswidrigen Tat nur leichtfertig verkannt wird. Für diesen Fall sieht Abs. 6 S. 1 eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe vor.

Gänzlich entfällt die Geldwäschestrafbarkeit zum einen nach § 261 Abs. 8 StGB im Falle einer den Voraussetzungen der Norm entsprechenden Selbstanzeige. Zum anderen bewirken Abs. 1 S. 3 und Abs. 6 S. 2 in den Fällen des Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 einen Ausschluss des Tatbestandes und damit der Strafbarkeit für Strafverteidiger bei der Entgegennahme von Honoraren, soweit sie zum Zeitpunkt der Annahme keine sichere Kenntnis von deren rechtswidriger Herkunft hatten.

§ 261 Abs. 10 S. 1 StGB ermöglicht schließlich die Einziehung der Geldwäscheobjekte, was in Klausuren naheliegender Anknüpfungspunkt für die strafprozessuale Zusatzfrage sein dürfte. Für die zuvor zu beantwortende Frage nach der materiellen Strafbarkeit ergibt sich aus den überblicksartig aufgeführten Merkmalen des Geldwäschetatbestandes das nachstehende Prüfungsschema. Darin kennzeichnen die

[35] Referentenentwurf (Fn. 34), S. 19.
[36] Siehe BT-Drs. 19/24180, S. 34.
[37] *Bülte* (Fn. 3), Rn. 112; *Ruhmannseder* (Fn. 3), § 261 Rn. 54.2; *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1045); *Travers/Michaelis*, NZWiSt 2021, 125 (131).
[38] Siehe *Gercke/Jahn/Paul*, StV 2021, 330 (334 f.); *Gazeas*, NJW 2021, 1041 (1046).

kursiven Hervorhebungen die Merkmale mit Neuerungen gegenüber der alten Rechtslage:

I. Tatbestandsmäßigkeit
   1. Objektiver Tatbestand
      a) *(irgendeine) rechtswidrige Vortat (sog. „all-crimes-approach“)*
         Auslandsvortaten: siehe Abs. 9
      b) Tatobjekt: Gegenstand, der aus der Vortat herrührt
      c) Tathandlung nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1, *Nr. 2*, Nr. 3, Nr. 4 oder *Abs. 2*
      d) in den Fällen des Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Nr. 4: keine Unterbrechung der Herrührenskette gem. Abs. 1 S. 2
   2. Subjektiver Tatbestand
      - Vorsatz bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale
      - bzgl. des Herrührens aus der Vortat ggf. bloße Leichtfertigkeit, Abs. 6 S. 1
      - bei Tathandlungen nach *Abs. 1 S. 1 Nr. 2*: *Vereitelungsabsicht*
      - Honorarannahme durch *Strafverteidiger*: in den Fällen des Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Nr. 4 sichere Kenntnis bzgl. des Herrührens aus einer rechtswidrigen Tat, Abs. 1 S. 3, Abs. 6 S. 2
   3. *Qualifikation nach Abs. 4* für Verpflichtete nach § 2 GwG
II. Rechtswidrigkeit
III. Schuld
IV. Persönlicher Strafaufhebungsgrund, Abs. 8
V. Strafzumessung: besonders schwere Fälle (Regelbeispiele), Abs. 5

(Der Beitrag wird fortgesetzt.)

Grundstruktur einer effizienten Gutachtentechnik

Von Dr. **Jannik Weitbrecht**, Weimar*

Viele Studenten und Referendarinnen[1] können mit der häufig anzutreffenden Aussage wenig anfangen, es komme bei einer guten juristischen Fallbearbeitung weniger auf Einzelwissen als vielmehr auf ein gutes „juristisches Handwerkszeug" oder eine „gute Technik" an. Diese Aussagen sind zu abstrakt, um aus ihnen unmittelbar präzise Handlungsanweisungen herzuleiten. Konkret wird von Korrigierenden häufig kritisiert, der Darstellung fehle es an Gesetzesbezug oder an Struktur. Der Beitrag stellt die Grundprinzipien einer eng am Gesetzeswortlaut orientierten und auf das Wesentliche reduzierten Gutachtentechnik dar, die eine systematische und strukturierte Herangehensweise an jede aufgeworfene Rechtsfrage (in der Klausur: die Fallfrage/Aufgabenstellung) ermöglicht und, konsequent angewendet, immer zu juristisch vertretbaren Ergebnissen führt. Er ist auf das Privatrecht zugeschnitten, seine Erkenntnisse gelten jedoch für alle Rechtsgebiete.

I. Die Grundstruktur der Subsumtion im Gutachten

Die erste Hürde auf dem Weg zum Verständnis der Gutachtentechnik und damit zu einem guten juristischen Handwerkszeug kann Studentinnen bereits dann begegnen, wenn ihnen erstmals der Begriff der „Subsumtion" erklärt wird. Denn wenn es der ganz gängigen (und hier im Folgenden der Klarheit halber ausschließlich praktizierten) Terminologie entspricht, Subsumtion im juristischen Sinn allgemein als Anwendung einer Rechtsnorm auf einen Lebenssachverhalt durch Unterordnung des Lebenssachverhalts unter die Rechtsnorm zu verstehen[2], kann es gerade zu Beginn des Studiums verwirren, wenn der Begriff der Subsumtion vielfach (ohne entsprechende Klarstellung) auch ganz speziell für die Prüfung innerhalb eines Untersatzes des juristischen Syllogismus verwendet wird.[3]

Im Rahmen der Subsumtion wird geprüft, ob gesetzlich angeordnete Rechtsfolgen durch einen bestimmten konkreten Lebenssachverhalt ausgelöst werden.[4] Diese Rechtsfolgen stehen, als Folge von abstrakt formulierten Tatbestandsmerkmalen, im Gesetz.[5] Wenn ein Lebenssachverhalt die Tatbestandsvoraussetzungen einer Rechtsnorm erfüllt, folgt zwingend der Eintritt der Rechtsfolge.[6]

1. Syllogismus als Darstellungsform der Subsumtion

Die Form der Subsumtion ist im deutschen Rechtskreis diejenige des (dekuktiven[7]) Syllogismus der traditionellen Logik.[8] Wer die etwas abgedroschene Frage beantworten will, ob Herr Boris J. sterblich ist, kann folgendermaßen durch einen syllogistischen Schluss zu einem logisch zwingenden Ergebnis kommen:

1. Menschen sind sterblich. (1. Prämisse, Obersatz)
2. Herr Boris J. ist ein Mensch. (2. Prämisse, Untersatz = Aussage über das Vorliegen der Bedingung)
3. Also ist Herr Boris J. sterblich. (Schlusssatz/Schlussfolgerung/Konklusion = Antwort auf die aufgeworfene Frage als Folge des Ergebnisses des Untersatzes)

Dieses banale Beispiel geht von der nicht angreifbaren Prämisse aus, dass Menschen sterblich sind. Geht es um die Prüfung von Rechtsfolgen muss lediglich die allgemeine Frage („Ist Herr Boris J. sterblich?") durch eine Rechtsfrage ersetzt werden. Diese Rechtsfrage ist in der Klausur die Fallfrage! Anschließend muss sich auf die Suche nach einer Rechtsnorm begeben werden, die eine Antwort auf diese Frage liefert, also die passende Rechtsfolge (in der Zivilrechtsklausur sind das i.d.R. Ansprüche[9]) vorsieht. Das meinte ein AG-Leiter im zweiten Semester, als er immer und immer wieder sagte: „Gehen Sie rechtsfolgenorientiert vor!". Die Suche nach einer passenden Anspruchsgrundlage steht also am Anfang

---

* Der *Autor* ist Notarassessor des Freistaats Thüringen und freier Wiss. Mitarbeiter von Prof. *Dr. Heribert Heckschen* (Notare Prof. *Dr. Heckschen* & Prof. *Dr. van de Loo*, Dresden).

[1] In diesem Beitrag wird neben dem generischen Femininum an manchen Stellen zur Vereinfachung das generische Maskulinum verwendet.

[2] *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 4 Rn. 3 ff.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 40 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, § 21 Rn. 677, 693; *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (292 f.); *Bringewat*, Methodik der juristischen Fallbearbeitung, 4. Aufl. 2020, Rn. 133; wohl auch *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 79; implizit wohl auch BVerfG, Beschl. v. 20.5.2021 – 2 BVR 2595/15, Rn. 13 (juris) = NJW 2021, 2192 und BVerwG, Urt. v. 8.11.1962 – II C 180/60, Rn. 19 f. (juris); unklar *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290 f.).

[3] Ganz besonders verwirrend *Valerius*, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017, S. 16 ff.; *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (ein sehr empfehlenswerter Beitrag); *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326 (327 f.); *Wienbracke*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 77; wohl auch *Konertz*, JuS 2020, 288 (289).

[4] *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (291 f.); *Möllers* (Fn. 2), § 4 Rn. 3; *Kramer* (Fn. 2), S. 40 f.

[5] Zur konditionalen Struktur von Rechtsnormen *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (290 f.).

[6] *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (292).

[7] Deduktion ist der Schluss vom Allgemeinen auf das Spezielle, *Möllers* (Fn. 2), § 4 Rn. 2, Induktion derjenige vom Speziellen auf das Allgemeine, *Möllers* a.a.O, § 6 Rn. 132.

[8] *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 2011, S. 367; *Wieduwilt*, JuS 2010, 288; zum Syllogismus *Möllers* (Fn. 2), § 4 Rn. 2 ff.; vgl. auch *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 2), § 21 Rn. 682; *Bringewat* (Fn. 2), Rn. 133; vgl. auch *Kramer* (Fn. 2), S. 40 f.; *Putzke*, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 7. Aufl. 2021, Rn. 105.

[9] Ein Anspruch ist gem. § 194 BGB das Recht von einem anderen ein Tun, Dulden oder Unterlassen zu verlangen. Das kann nicht oft genug gesagt werden.

der zivilrechtlichen Falllösung, weil sie auf der Rechtsfolgenseite eine Antwort auf die Fallfrage liefert. Ist eine Rechtsnorm gefunden, deren Rechtsfolge eine Antwort auf die aufgeworfene Rechtsfrage liefert, stellt sich die Frage, wie mit ihrer Hilfe die erste Prämisse eines Syllogismus aufgestellt, also ein Obersatz gebildet wird.

2. Obersatzbildung mit dem Gesetzeswortlaut

Etwas vereinfacht formuliert weisen Rechtnormen, die nicht beispielsweise lediglich klarstellenden Charakter haben[10] oder ein Gesetzesziel formulieren[11], immer eine konditionale Struktur auf (wenn der Tatbestand erfüllt ist, dann greift die Rechtsfolge).[12] Das bedeutet, dass grundsätzlich immer ein korrekter Obersatz im Sinne des ersten Satzes eines Syllogismus – die erste Prämisse – entsteht, wenn eine (nicht nur als Hilfsnorm konzipierte[13]) Rechtsnorm (je nach Bedarf sprachlich etwas abgewandelt) einfach abgeschrieben wird:[14]

> „Der Verkäufer kann vom Käufer gem. § 433 Abs. 2 BGB Zahlung des Kaufpreises verlangen."
> oder
> „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es gem. § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen."

Das sind vollständige und damit korrekte Obersätze im Sinne der ersten Prämisse des Syllogismus, aus denen sich die weitere Prüfung zwingend ergibt. Denn die Rechtsfolge greift ein, wenn der Tatbestand erfüllt ist: Wenn der Anspruchssteller Verkäufer (V) und der Anspruchsgegner Käufer (K) ist, dann folgt daraus gem. § 433 Abs. 2 BGB zwingend, dass V gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung hat. Die Prüfung, ob das der Fall ist – also die Beantwortung der Frage, ob die Bedingungen des Obersatzes erfüllt sind – nennt man Untersatz.[15] Die Auffächerung des Untersatzes durch weitere Gliederungspunkte nennt man Prüfungsschema (zur Gliederung unten II.). Der Schlusssatz beantwortet die aufgeworfene Rechtsfrage als Konsequenz des Ergebnisses des Untersatzes.[16] Auf diese Weise erhält man durch einen syllogistischen Schluss eine logisch zwingende Antwort auf die Fallfrage.

Eine besonders grundlegende Fehlerquelle dieses logischen Schlusses besteht darin, als Grundlage des Obersatzes eine Rechtsnorm gewählt zu haben, die nicht auf die aufgeworfene Rechtsfrage antwortet.[17] Dann kann zwar der Untersatz korrekt sein, jedoch antwortet dann der Schlusssatz nicht auf die geprüfte Rechtsfrage, weil der Obersatz keinen Bezug zu dieser hat. Dieser Fehler wird durch die besagte „rechtsfolgenorientierte Vorgehensweise" vermieden.

3. Untersätze und Obersätze tieferer Ebenen

Der gerade formulierte und einfach aus § 433 Abs. 2 BGB abgeschriebene Obersatz gibt die weitere Prüfung als Teil des Untersatzes vor:

> „A und B sind Käufer und Verkäufer, wenn zwischen ihnen ein Kaufvertrag geschlossen wurde."[18]

Dieser Obersatz der zweiten Ebene ist jedoch etwas gekünstelt, unnötig lang und daher nicht effizient. Seine gedankliche Struktur kann in der Prüfung bedenkenlos in eine abgekürzte Formulierung gefasst werden, in der Bezug auf den vorherigen Obersatz genommen wird, beispielsweise:

> „Dazu muss zwischen den Beteiligten ein Kaufvertrag geschlossen worden sein."

Dieser Obersatz wiederum kann in der Klausur durch die einfache Überschrift „Kaufvertrag" ersetzt werden. Jedem Leser ist sofort klar, dass es sich hierbei um eine Voraussetzung des Obersatzes der ersten Ebene handelt. Wenn es nicht evident ist, dass es sich bei der geschlossenen vertraglichen Vereinbarung um einen Kaufvertrag handelt und nicht um einen anderen Vertragstyp (beispielsweise einen Werkvertrag), be-

[10] Wenn eine Norm nur klarstellender Natur ist (was nur ausnahmsweise der Fall ist, vgl. dazu *Weitbrecht*, Mittelbare Planeingriffe in Sicherungsrechte, 2019, S. 190), regelt sie keine Rechtsfolge und kann daher nicht für die Ermittlung einer Rechtsfolge für einen konkreten Sachverhalt genutzt werden. Einer solche Norm stellt vielmehr des besseren Verständnisses wegen eine Rechtsfolge klar, die bereits aus einer anderen Norm folgt.

[11] Z.B. § 1 S. 1 InsO.

[12] *Braun* (Fn. 8), S. 367 (dort auch zur Abgrenzung zwischen Haupt- und Hilfsnormen); *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326.

[13] Vgl. *Braun* (Fn. 8), S. 367 f.

[14] Obersatzbildung mit dem Gesetz gut dargestellt bei *Bringewat* (Fn. 2), Rn. 137 ff.; kritisch zum Konditionalstil *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (291). Jedoch wird dort Einführung mit Obersatzbildung vermischt. Natürlich handelt es sich bei dem dort zitierten Satz „A hat einen Anspruch geben B aus § 823 BGB, wenn dieser A's Rechtsgut verletzt hat." um einen falschen Obersatz. Korrekt wäre dagegen z.B. die Formulierung: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 823 Abs. 1 BGB)." Die von *Wieduwilt* a.a.O genannten Prüfungspunkte sind Unterpunkte der Voraussetzungen dieses Obersatzes.

[15] Für diesen Schritt wird häufig auch der Begriff der „Subsumtion" verwendet, *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (291); *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326 (327); nicht ganz deutlich *Konertz*, JuS 2020, 297 (299).

[16] Vgl. *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (292); *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326 (327).

[17] Ein Klassiker: Die Rechtsfolge der Anfechtung eines Rechtsgeschäfts und damit der Obersatz der Anfechtungsprüfung folgt aus § 142 Abs. 1 BGB. Wer hier stattdessen mit § 119 Abs. 1 BGB beginnt, prüft lediglich einen Anfechtungsgrund.

[18] Wenn in dem entsprechenden Sachverhalt Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Kaufvertrag nicht mehr besteht, könnte man der Präzision halber anstelle der Wörter „geschlossen wurde" das Wort „besteht" verwenden.

ginnt der Untersatz zum Obersatz der zweiten Ebene mit einem weiteren Obersatz, dieses Mal der dritten Ebene, beispielsweise:

> „Der Kaufvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, gerichtet auf die Übertragung von Eigentum und Besitz an einer beweglichen Sache gegen Zahlung eines Geldbetrags."

Wenn dagegen der Vertragsschluss selbst nicht evident ist, lautet der Obersatz der dritten Ebene beispielsweise:

> „Ein Vertrag kommt durch zwei aufeinander bezogene Willenserklärungen, Angebot und Annahme zustande (§§ 145 ff. BGB)."

Dieser Obersatz kann dann mit dem Gliederungspunkt „Vertragsschluss" betitelt werden. Im weiteren Verlauf der Prüfung stellen sich die Fragen, wie tief differenziert wird und ob Obersätze auch ganz weggelassen werden können. Dies ist eine Frage der Schwerpunktsetzung und richtet sich nach der Evidenz des jeweiligen Prüfungspunkts. Wesentlich und damit explizit auszuformulieren ist, was nicht evident, also offensichtlich ist und deshalb einer weiteren Erklärung bedarf. Was evident ist, ist eine Frage des Falls und des Ausbildungsstands. Auch nicht evidente Punkte können kurzgehalten werden, wenn andernfalls große Zeitnot an derjenigen Stelle der Klausur entstünde, an der es wirklich problematisch und daher punkteträchtig wird. Das ist aber keine Frage der Subsumtionsstruktur, sondern der Klausurtaktik.

4. Das Zusammenspiel zwischen Ausbildungsstand und Darstellung der Subsumtion

Während am Anfang des Studiums zur Erlernung der Struktur auch einfache Merkmale definiert und näher geprüft werden (also mit einem weiteren Obersatz der X. Ebene, mit einem Untersatz und einem Schlusssatz), wird es im Verlauf der Ausbildung immer mehr darauf ankommen, zu erkennen, was wesentlich und was nicht wesentlich ist. Die unwesentlichen Aspekte werden dann nur gedanklich geprüft oder gleich weggelassen. Das Ergebnis ist dann an den evidenten Stellen ein abgekürzter Feststellungsstil.[19] Dieser verzichtet auf eine detaillierte Aufgliederung mittels Obersätze und stellt das Vorliegen der Voraussetzungen bloß fest. Diese Darstellungsform sollte aber nicht mit dem Urteilsstil verwechselt werden, bei dem das Ergebnis an den Anfang gestellt und dann begründet wird.

Wer für diese Differenzierung zwischen evidenten und nicht evidenten Punkten ein gutes Gespür entwickelt hat und die Subsumtion entsprechend darstellt, dem wird ein gutes Problembewusstsein attestiert, das sich in der Klausur (aufgrund des Zeitdrucks) in einer guten Schwerpunktsetzung niederschlägt. Was als evident weggelassen werden kann, ist eine Frage des Ausbildungsstands. Je besser eine Juristin ist, desto zuverlässiger spürt sie, worauf es ankommt. Das ist gemeint, wenn im Votum einer Klausur von guter oder auch von schlechter Schwerpunktsetzung oder einem guten oder schlechten Problembewusstsein gesprochen wird.

II. Obersätze und Gliederung des Gutachtens

Die Gliederung[20], die vielen (Anfänger-)Juristen Probleme bereitet, folgt aus der dargestellten Struktur der Subsumtion. Unterpunkte der Gliederung ergeben sich logisch zwingend aus der jeweiligen Ebene der Darstellung, also der Ebene des jeweiligen Obersatzes: Auf den Obersatz der ersten Ebene folgen für dessen Bedingungen die Gliederungspunkte A., B., C., oder I. und II., auf den Obersatz der zweiten Ebene folgen die Gliederungspunkte 1. und 2., dann a) und b) usw. Diesbezüglich steht die Darstellung weitestgehend im Ermessen der Gutachterin, solange die Prüfung einer logischen Struktur folgt.

Jedes Rechtsproblem (zu deren Darstellung unter V.) innerhalb der Prüfung führt zu einem weiteren Obersatz einer tieferen Ebene und damit zu einer weiteren Gliederungsebene. Das kann beispielsweise eine Ausnahme von einem davor aufgestellten Grundsatz, die Einschränkung[21] oder Erweiterung[22] von Tatbestand oder Rechtsfolge einer Norm über den Wortlaut hinaus oder die Auslegung[23] eines unbestimmten Rechtsbegriffs[24] betreffen.

Die Frage, welcher gedanklichen Gliederungsebene auch ein eigener Gliederungspunkt mit Überschrift vorangestellt wird, ist eine Frage des jeweiligen Falls und der Komplexität des Prüfungspunkts. Auch hier gilt wieder: Je evidenter ein gedanklicher Prüfungspunkt ist, desto eher kann eine explizit ausformulierte Gliederungsebene weggelassen werden. Dies ist der Grund, warum häufig schon an der Gliederung erkennbar – oder zumindest erahnbar ist –, ob es sich um eine gute Klausur (oder wissenschaftliche Arbeit) handelt.

Beispiel

Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB
I. Kaufvertragsschluss (Anspruch entstanden)
  1. Angebot
  2. Annahme
    a) Erklärung der Annahme
    b) Anfechtung nach § 142 BGB
      aa) Anfechtungsgrund
        (1) § 119 Abs. 1 BGB

[19] Gut beschrieben bei *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290); siehe auch *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326 (328).

[20] Bei der es sich um eine schematische Darstellung der Prüfung, also um den explizit ausformulierten Teil des Prüfungsschemas handelt. Die Teile des Prüfungsschemas, die aufgrund ihrer Evidenz im konkreten Fall nicht ausformuliert werden, sind nicht Teil der Gliederung des Gutachtens. Zum Prüfungsschema, mit m.E. zu wenig Fokus auf die Herleitung (nur) aus dem Gesetz *Rosenkranz*, JuS 2016, 294 ff.

[21] Teleologische Reduktion, *Möllers* (Fn. 2), § 6 Rn. 92 ff.; *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (294 f.).

[22] Teleologische Extension *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (295); *Möllers* (Fn. 2), § 6 Rn. 160 ff.

[23] *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (292 ff.); allgemein zur Auslegung *Möllers* (Fn. 2), § 4–6.

[24] Dazu sogleich unter III.

(2) § 119 Abs. 2 BGB
(a) Eigenschaft
(b) Verkehrswesentlichkeit,
(P) Wert der Sache
bb) Anfechtungserklärung (§ 143 BGB)
[...]
c) Ggf. Zwischenergebnis
3. Zwischenergebnis
II. Erlöschen des Schuldverhältnisses gem. § 362 Abs. 1 BGB (Anspruch untergegangen)
III. Einreden (Anspruch durchsetzbar)
1. §§ 320 ff. BGB (Einrede des nicht erfüllten Vertrags)
2. § 214 Abs. 1 BGB (Verjährung)
IV. Ergebnis

Wenn in dem Beispielsfall, auf dem diese Gliederung beruht, jedoch der Kaufvertragsschluss (gemessen am Ausbildungsstand) evident wäre, dann würde die gesamte Aufgliederung unter (I.) entfallen. Beispielsweise könnte dagegen die Erfüllung gem. § 362 Abs. 1 BGB problematisch sein. Dies hätte eine detaillierte Erörterung (bei II.) unter dem Obersatz „Gem. § 362 Abs. 1 BGB erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird." und eine dortige Auffächerung der Gliederung zur Folge.

III. Definitionen sind Obersätze

Definitionen dienen im juristischen Gutachten der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe. Dies sind vom Gesetz verwendete Begriffe, die sich nicht von allein aus dem allgemeinen Sprachgebrauch erklären.[25] Wenn wir eine Norm anwenden, die einen Rechtsbegriff enthält, dann merken wir nach der Formulierung des Obersatzes (Rechtsfolge greift ein, wenn der Tatbestand erfüllt ist) häufig, dass der Untersatz nicht evident ist, weil die Einschlägigkeit eines der im Obersatz verwendeten Begriffe sich nicht aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ergibt. Der Rechtsbegriff ist auslegungsbedürftig[26] und bedarf einer genaueren Prüfung. Besonders deutlich wird das anhand der gesetzlich ausformulierten Definitionen unbestimmter Rechtsbegriffe, den Legaldefinitionen (ein Klassiker: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.", § 276 Abs. 2 BGB).[27]

Ob eine Definition für einen syllogistischen Schluss im Rahmen des Untersatzes erforderlich ist, richtet sich wieder nach der allgemeinen Frage der Evidenz. Wenn im Strafrecht beispielsweise A dem B einen Arm mit einem handgeschmiedeten Katana abschlägt, dann ist es ohne weitere Definition der objektiven Tatbestandsmerkmale von § 223 Abs. 1 StGB evident, dass es sich dabei sowohl um eine körperliche Misshandlung als auch um eine Gesundheitsschädigung handelt. Hier bedarf es jedenfalls jenseits des ersten Semesters keiner genaueren Bestimmung der genannten unbestimmten Rechtsbegriffe. Anders wäre dies zu beurteilen, wenn A dem B einige Haare ausreist. Das soll hier jedoch nicht vertieft werden.[28]

Weil die Definition also keinen eigenständigen „Prüfungspunkt" des Syllogismus, sondern einen Obersatz der zweiten[29] Ordnung („Das Tatbestandsmerkmal X ist erfüllt, wenn...") darstellt, ist ihre Ausformulierung nur dann im Rahmen eines Untersatzes notwendig, wenn die Einschlägigkeit des unbestimmten Rechtsbegriffs nicht evident ist. Die Definition als eigenständigen Schritt der Subsumtion zu begreifen[30], verstellt also den Blick auf das Wesentliche, nämlich auf die einfache Wenn-Dann-Struktur aus dem Gesetz entwickelter Obersätze.[31] Es ist deshalb davor zu warnen, die Gutachtentechnik beispielsweise in die Schritte „Einleitungssatz, Definition, Subsumtion, Schlusssatz"[32] zu gliedern oder auf andere Weise zu denken, die Definition sei in der Juristerei ein Selbstzweck.

IV. Gegenrechte und Obersatzbildung

Ein Obersatz, der sich aus dem Wortlaut einer Anspruchsgrundlage ergibt, impliziert immer das Nichtvorliegen von Gegenrechten.[33] Die Kaufpreisforderung darf beispielsweise noch nicht gem. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt sein. Auch dürfen der Forderung keine Einreden entgegenstehen, die das Recht als solches zwar nicht untergehen lassen, aber dessen Durchsetzung verhindern, wenn sie vom Schuldner erhoben werden (z.B. § 214 Abs. 1 BGB oder § 242 BGB).

Diese Aspekte in den Obersatz am Anfang der Prüfung zu übernehmen wäre anfängerhaft und würde den Blick auf das Wesentliche verstellen. Denn auf diese Aspekte kommt es nur an, wenn hierfür besondere Umstände vorliegen. Die tatsächlichen Umstände, aus denen sich Gegenrechte ergeben, sind für denjenigen günstig, der sie geltend macht und sind daher von diesem darzulegen und bei Bestreiten der anderen Partei (§ 138 Abs. 2, Abs. 3 ZPO) zu beweisen (Günstigkeitsprinzip).[34] Im Prozess müssen die Umstände, die Gegenrechte

[25] Beispielsweise der „wichtige Grund" i.S.d. §§ 313, 314 BGB, *Barczak*, JuS 2021, 1 (4).
[26] Zu den Auslegungsmethoden *Möllers* (Fn. 2), § 4 Rn. 17 ff.
[27] Zum Begriff der Legaldefinition: *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (291); *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2018, Rn. 34.

[28] An dieser Stelle aber der Hinweis, dass alle hier vorgestellten Grundsätze zur Gutachtentechnik für alle drei Rechtsgebiete gelten. Rechtsnormen sind in allen Gebieten gleich aufgebaut und werden daher im Rahmen eines syllogistischen Schlusses auch gleich angewendet. Die teilweise abweichenden Darstellungsweisen (insbes. der Deliktsaufbau im Strafrecht) sind lediglich eine Frage der jeweils üblichen Konventionen und dienen der Vereinfachung.
[29] Oder weiterer Ordnungen.
[30] So aber *Bialluch/Wernert*, JuS 2018, 326 (327).
[31] Hiervor warnt auch *Wieduwilt* der davon spricht, dass Anfänger nach dem Obersatz stets fieberhaft nach einer Definition suchten, JuS 288, 289.
[32] *Valerius* (Fn. 3), S. 16 ff.
[33] Zur Differenzierung zwischen Einreden und Einwendungen *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, S. 731 ff.
[34] *Prütting*, in: Krüger/Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 110 ff.; *Brand*, NJW 2017, 3558 (3561); *Muthorst*, JuS 2014, 686; *Stein*, JuS 2016, 896 (897); dazu aktuell auch *Altmeppen*, ZIP 2021, 213 (214); *Stein*, JuS 2016, 896 (897).

gegen den geltend gemachten Anspruch begründen, daher vom Beklagten vorgetragen und (bei Bestreiten des Klägers) bewiesen werden. Denkbar ist freilich auch hier wieder, dass der Kläger seinerseits rechtserhaltende Umstände vorträgt, für die er nach dem Günstigkeitsprinzip die Darlegungs- und Beweislast trägt.

Grob kann sich also bei der Formulierung von Obersätzen an der Beweislast im Prozess orientiert werden. Das ist für Studierende noch nicht weiter relevant. Vorliegend geht es nur darum zu zeigen, dass die Frage, welche Aspekte als evident in einem Obersatz weggelassen werden können, sich auch an der Beweislast im Prozess orientiert und damit nicht bloß akademischer Natur ist. Sie hat daher vielmehr auch einen praktischen Anknüpfungspunkt. Hieraus[35] folgt der klassische (zumindest gedankliche) Prüfungsaufbau im Zivilrecht:

I. Anspruch entstanden (Darlegungs- und Beweislast: Kläger bzw. Anspruchsteller),
II. Anspruch untergegangen (Darlegungs- und Beweislast: Beklagte bzw. Anspruchsgegnerin),
III. Anspruch durchsetzbar (Darlegungs- und Beweislast: Beklagte bzw. Anspruchsgegnerin)

Jedenfalls in den Klausuren der staatlichen Pflichtfachprüfung wäre es anfängerhaft, etwas zu den Punkten (II.). und (III.) zu schreiben, wenn hierfür keinerlei Anhaltspunkte gegeben sind. Es ist dann evident, dass diese Punkte nicht relevant sind. Folglich bedürfen sie keiner Erörterung.

V. Darstellung von Rechtsproblemen/Meinungsstreitigkeiten

Die sprachliche Darstellung von Meinungsstreitigkeiten bereitet insbesondere Studierenden zu Beginn des Studiums Probleme. Wer jedoch die vorstehenden Grundsätze berücksichtigt, wird hier durch eine präzise Bildung von Obersätzen keine größeren Schwierigkeiten haben. Es geht nämlich bei der Darstellung von Rechtsproblemen lediglich um die sprachliche Formulierung nicht evidenter Folgerungen im Rahmen von Untersätzen. Der Begriff der „Meinungsstreitigkeit" kann für die Erlernung der Darstellungsstruktur gestrichen werden. Es handelt sich lediglich um einen Begriff, der klarstellt, dass sich zu einem Rechtsproblem bereits verschiedene Rechtsansichten entwickelt haben.

Rechtsprobleme können alle Aspekte der Anwendung von Rechtsnormen betreffen.[36] Ein anschauliches Beispiel betrifft die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite einer Rechtsnorm. Wie oben beschrieben geht es hierbei um die Definition eines vom Gesetz verwendeten Begriffs, der sich nicht aus dem allgemeinen Sprachgebrauch unzweifelhaft ergibt und für den es an einer ausdrücklichen Definition im Gesetz (Legaldefinition) fehlt. Studierende sollten sich daher verdeutlichen, dass sie sich in der Prüfungsstruktur im Rahmen des Untersatzes befinden, mit dem Ziel, einen weiteren Obersatz zu bilden, nämlich die Definition[37] des unbestimmten Rechtsbegriffs. Die Definition eines Tatbestandsmerkmals wird im Rahmen eines Untersatzes relevant und führt zur Bildung eines Obersatzes einer weiteren Ebene (weil das zu prüfende Tatbestandsmerkmal nicht evident bejaht werden kann).

Das zu erörternde Rechtsproblem – beziehungsweise die Darstellung des Meinungsstreits, der sich dazu entwickelt hat – betrifft nun also die Frage, wie dieser Obersatz zu bilden ist. Das bedeutet, es muss sprachlich darauf hingeführt werden, dass ein Tatbestandsmerkmal auf verschiedene Arten interpretiert werden kann, dass sich dies auch auf die Prüfung auswirkt (andernfalls ist das Problem für die Darstellung der Subsumtion nicht erheblich, folglich nicht wesentlich und damit entbehrlich) und was für und gegen die jeweiligen möglichen Sichtweisen spricht.

Hier muss (m.E. sollte) in der Klausur nicht von „Meinungen" gesprochen werden, es geht vorrangig darum, Problembewusstsein und Argumentationsgeschick zu zeigen.[38] Eine übliche und zeitsparende Technik ist es, sich zunächst zu überlegen, wie man sich entscheiden möchte. Hierfür spielt auch Klausurtaktik häufig eine Rolle. Prüflinge müssen sich fragen, ob die Prüfung weitergehen soll, oder nicht. Anschließend wird zunächst die Interpretationsmöglichkeit genannt, der nicht gefolgt werden soll. Dann wird ein Gegenargument gebracht und deshalb der konträren Interpretationsmöglichkeit gefolgt.[39]

> *Beispiel*: „Denkbar ist es, den Begriff der Verkehrswesentlichkeit i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB so zu verstehen, dass [...]. Weil [...], wäre danach die Verkehrswesentlichkeit vorliegend zu verneinen. Für diese Sichtweise spricht [...]. Dagegen spricht jedoch, [...]. Daher ist der Begriff der Verkehrswesentlichkeit i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB dahingehend zu interpretieren, dass [...]. Dieses Ergebnis wird auch dadurch gestützt, dass [...]."

Es geht hier nicht immer um sprachliche Brillanz.[40] Je „größer" das Problem ist, desto eher können eigene Gliederungs-

[35] *Rosenkranz*, JuS 2016, 294 (295) spricht davon, dass hierdurch das „rechtliche System" abgebildet werde, zustimmend *Konertz*, JuS 2020, 297 (299).

[36] Zur zivilrechtlichen Methodik allgemein *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289.

[37] Siehe oben unter III. zum Obersatzcharakter von Definitionen.

[38] Wenn es um „Klassiker" der Prüfpraxis geht, dann kann es natürlich hilfreich sein, zu wissen, welcher Ansicht der BGH in Bezug auf das dargestellte Problem folgt, weil die Klausur i.d.R. danach konzipiert ist. Jedoch ersetzt dieses Wissen (ganz besonders in Studium und erstem Examen) nicht die Argumentation. Eine Darstellung die (zumindest) den Anschein erweckt, als habe sich der Prüfling die Argumente gerade selbst erschlossen, dürfte wohl in den meisten Fällen das Korrigierendenherz am höchsten schlagen lassen, im Gegensatz zu dem (vielleicht ja nur zufälligen) Wissen um die BGH-Meinung.

[39] Ähnlich und lesenswert *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (291).

[40] Allgemein zuzustimmen ist der Aussage von *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290): „Das Gutachten muss nicht durch Ästhetik überzeugen."

punkte für die einzelnen Interpretationsmöglichkeiten (also der „Ansichten“[41]) eingefügt werden, besonders wenn es um die Kernprobleme der Klausur geht. Das ist jedoch wieder eine Frage der Darstellung und der jeweiligen Klausursituation. Ein reflexartiges Verwenden eines Prüfungspunkts „Streitentscheid“ wirkt jedoch häufig hölzern und nicht elegant.[42] Viel kann dem persönlichen Geschmack des Gutachters überlassen oder aber in der Klausursituation dem Zeitdruck geopfert werden. Wichtig ist, dass das Ergebnis der Argumentation zu einer Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs führt und damit zu einem Obersatz[43], der sich zur weiteren Prüfung eignet. Anhand dieses neuen Obersatzes (im Beispiel die Definition) wird dann geprüft, ob das betreffende Tatbestandsmerkmal erfüllt ist (Untersatz) und das Ergebnis festgestellt (Schlusssatz).

Wenn neben dem zu definierenden unbestimmten Rechtsbegriff weitere Voraussetzungen des Obersatzes zu prüfen sind, wendet sich die Prüfung anschließend in einem neuen Gliederungspunkt diesen weiteren Voraussetzungen zu. Wenn dies nicht der Fall ist, folgt bereits der Schlusssatz zum Obersatz. Die Prüfung kann sich dann der Rechtsfolgenseite der Norm widmen, was durch den Obersatz der ersten Ebene logisch zwingend vorgegeben ist.

VI. Zusammenfassung der Grundstruktur der Gutachtentechnik

Der gedanklichen konditionalen Struktur des Syllogismus folgend gelangen Rechtsanwendende immer zu der gleichen Struktur von Obersätzen im juristischen Gutachten: „Wenn .... (Tatbestandsmerkmale einfügen), dann .... (Rechtsfolge einfügen), (Rechtsnorm einfügen)“. Diese logische Struktur kann natürlich sprachlich sowie syntaktisch ganz unterschiedlich dargestellt werden. In der Fallbearbeitung ist die Rechtsfolge der Norm die Antwort auf die jeweilige Rechtsfrage, also die Fallfrage und alle weiteren daraus im Rahmen des Untersatzes abgeleiteten Rechtsfragen. Daher können Obersätze der genannten Struktur immer Eins zu Eins aus dem Gesetz abgeschrieben werden. Der Untersatz fragt, ob der begutachtete Sachverhalt die Voraussetzungen des Obersatzes erfüllt. Der Schlusssatz antwortet konkret auf die aufgeworfene Rechtsfrage. Innerhalb jedes Untersatzes ist je nach Evidenz des Vorliegens der Voraussetzungen des Obersatzes (der Tatbestandsmerkmale der Rechtsnorm) ein Obersatz (einer tieferen Ebene) zu bilden, auf den dann jeweils ein Untersatz und ein Schlusssatz folgt.

Dieser Struktur folgt auch die Darstellung von (umstrittenen) Rechtsproblemen im Rahmen von Untersätzen. Sie wird durch die Bildung präziser Obersätze vorgegeben. Definitionen sind im Gutachten Obersätze im Rahmen eines Untersatzes. Die Gliederung des Gutachtens folgt der Ebene der Obersätze. Die Vollständigkeit der sprachlichen Darstellung orientiert sich an der Evidenz des jeweiligen Punktes. Die Evidenz ist eine Frage der Schwerpunktsetzung und des Ausbildungsstandes der Juristinnen.

VII. Fazit

Die juristische Gutachtentechnik ist nicht nur eine sprachliche Gestaltungsform eines Texts[44], sondern die Technik der Darstellung einer logischen Argumentation über das Eingreifen von Rechtsfolgen im Wege eines syllogistischen Schlusses, dessen erste Prämisse (Obersatz) aus dem Gesetz folgt. Alle weiteren Aussagen über die Gutachtentechnik oder die Subsumtion können hilfreich bei ihrer Erlernung sein, jedoch auch den Blick auf ihre so wichtige Grundstruktur verstellen. Studierende, die diese Grundstruktur verinnerlichen, werden feststellen, dass ihre Gutachtentechnik (und damit ihr juristisches Handwerkszeug) sie in jedem Kontext ihres Ausbildungs- und Berufslebens auf eine maximal effiziente Weise zu juristisch vertretbaren Ergebnissen führen wird.

[41] Auf diesen Begriff sollte wohl eher verzichtet werden, ebenso *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (291).

[42] Das ist auch in wissenschaftlichen Arbeiten manchmal befremdlich, wenn Autoren diesen Prüfungspunkt (oder eine „Eigene Stellungnahme“) verwenden und den Streit dann mit fremden Argumenten „entscheiden“.

[43] Das könnte *Wieduwilt* meinen, wenn er formuliert, die Streitdarstellung gehöre zum Obersatz, JuS 2010, 288 (291).

[44] So aber ohne Begründung *Konertz*, JuS 2020, 297 (298).

Examensübungsklausur: Auf's falsche Pferd gesetzt

Von Dipl.-Jur. Dipl.-Rpfl. (FH) **Stefan Bohlsen**, Hannover, Prof. Dr. **Björn Steinrötter**, Potsdam*

Sachverhalt

Emilia Wendi (E) ist Eigentümerin des Reitpferdes „Shakira". Inzwischen arbeitet sie als selbstständige Immobilienmaklerin, sodass sie sich nicht mehr täglich um ihr Pferd kümmern kann.

Durch eine Vermittlung des örtlichen Pferdevereins kommt zwischen E und dem Jungreiter Heinz Rethemann (H) eine Reitbeteiligung zustande. Dazu besprechen E und H, dass H das Pferd gegen einen monatlichen Beitrag von 50 € an drei Tagen pro Woche auf der von E gepachteten Koppel ausreiten darf. Die Kosten für Unterhaltung, Stallmiete, Versicherung, Tierarzt und Steuern zahlt jedoch weiterhin allein E.

An den Reittagen des H kümmert er sich nach dem Beritt auch um das Füttern und Einstreuen, sodass E an diesen Tagen nicht mehr selbst zum Stall muss. Andere Reiter darf H mit dem Pferd nicht reiten lassen.

Eines Tages stoppt das Pferd auf der Koppel plötzlich den Galopp, sodass H stürzt und sich seinen rechten Arm bricht. Für die Kosten der Heilbehandlung i.H.v. 25.000 € kommt zunächst die Krankenkasse (K) des H auf.

Als E in der Post ein Schreiben der K findet, in der die Krankenkasse Erstattung dieser Kosten verlangt, ist sie bestürzt.

Für sie sei immer klar gewesen, dass die Einräumung einer Reitbeteiligung eine freundschaftliche Geste unter gleichgesinnten Pferdeliebhabern war, bei der H hätte einleuchten müssen, dass er für beim Beritt entstehende Schäden selbst aufkommt. Zuletzt sei H zumindest für die Zeit, in der er das Pferd ausreitet, selbst der Halter des Tieres.

Zum Glück würde für den Fall der Begründetheit eines solchen Anspruchs ihre Pferdehalterpflichtversicherung einspringen. Dass von dieser Versicherung auch Unfälle im Rahmen einer Reitbeteiligung umfasst sind, wussten H und E im Zeitpunkt ihrer gemeinsamen Abrede.

Da H nur noch lückenhafte Erinnerungen an den Unfallhergang hat und Zeugen nicht vorhanden sind, kann nicht aufgeklärt werden, ob der abrupte Halt des Pferdes auf einen Reitfehler des H oder darauf zurückzuführen ist, dass das Tier plötzlich „durchgegangen" ist.

Aufgabe 1

Nehmen Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten zu der Frage Stellung, ob K von E die Erstattung der angefallenen Heilbehandlungskosten verlangen kann.

Fortsetzung

Die Geschäfte als Immobilienmaklerin bereiten der E keine Freude mehr. Sie beschließt daher, ihren Beruf aufzugeben und sich stattdessen der gewerblichen Zucht von Hannoveranern hinzugeben, einer edlen und im Pferdesport äußerst erfolgreichen sowie populären Pferderasse. Auf ihrem Pferdehof betreibt sie zudem einen Laden zum Verkauf von Pferdezubehör. Ihre Geschäfte laufen prächtig.

Maxi Torfs (M), ebenfalls ein Liebhaber von Hannoveranern, dessen größtes Hobby die Teilnahme an Dressurwettbewerben ist, wendet sich im Februar 2022 an E, um einen Sattel für sein einziges Pferd „Arkani" zu erwerben. Dabei macht M deutlich, dass sein Hengst die gewöhnliche Statur eines Hannoveraners hat.

Sodann wählt E einen Sattel aus ihrem Verkaufsraum aus und weist darauf hin, dass sie nicht ganz sicher sei, ob der Sattel genau zu seinem Pferd passe. Für den Sattel berechnet sie M 1.000 €.

Nach wenigen Wochen des Reitens erfährt M bei einem Tierarztbesuch, dass die Wirbelsäule seines Zuchthengstes durch den neuen Sattel beschädigt wurde. Es stellt sich tatsächlich heraus, dass dieser für die gewöhnliche Statur von „Arkani" überhaupt nicht geeignet war.

Daraufhin verlangt M von E telefonisch die Lieferung eines passenden Sattels. Nach Ablauf eines Monats wendet sich M erneut an E und besteht nunmehr auf die Rückzahlung des Kaufpreises.

E entgegnet, sie könne sich kaum vorstellen, dass ohne eine ordentliche Fristsetzung an die Erstattung des Kaufpreises zu denken sei. Ihr stünde daher noch die Möglichkeit zu, einen passenden Sattel für „Arkani" zu besorgen.

Ohnehin habe sie doch klar gemacht, dass sie keine Gewähr dafür bieten könne, ob der verkaufte Sattel auch wirklich zu „Arkani" passt.

Aufgabe 2

Nehmen Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten zu der Frage Stellung, ob M die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen kann.

Bearbeitungsvermerk

Auf § 116 SGB X wird hingewiesen. Die Übernahme der Kosten für die Heilbehandlung eines Armbruchs ist eine Sozialleistung i.S.d. SGB X.

Lösungsvorschlag

Allgemeine Hinweise

Die Klausur bedient ein klassisches Leitmotiv von Examensklausuren, nämlich Schäden bei Beritt und Gewährleistung beim Verkauf von Pferden bzw. Reitzubehör. Insgesamt weist sie einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf.

Die Problematik zur Tierhalterhaftung bei einer Reitbeteiligung aus dem ersten Aufgabenteil basiert auf einer Entscheidung des OLG Nürnberg.[1] Dieser Abschnitt weist einen eher überdurchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf. Im Mittelpunkt der ersten Aufgabe standen Probleme zur Auslegung

* Der Autor *Bohlsen* ist Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Celle und Doktorand an der Leibniz Universität Hannover. Der Autor *Steinrötter* ist Inhaber der Juniorprofessur für IT-Recht und Medienrecht (tenure track) an der Universität Potsdam.

[1] OLG Nürnberg NJW-RR 2017, 1173.

des Tierhalterbegriffs bei einer Reitbeteiligung, die Abgrenzung von Vertrag und Gefälligkeit im Rahmen einer konkludenten Haftungsfreistellung sowie die Berücksichtigung vermuteten Mitverschuldens des Tieraufsehers. Der Einstieg in die Klausur erfolgte mit dem gesetzlichen Forderungsübergang zu Gunsten einer Krankenkasse, worauf im Bearbeitungsvermerk gesondert hingewiesen wurde.

In der Fortsetzung wird der Fall ergänzt um einfach gelagerte Fragestellungen aus dem Kaufrecht. Die Herausforderung bestand hier zuvörderst darin, die Änderungen durch das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrages zur Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie zu erkennen und vertretbar zu subsumieren.

Problematisch waren neben der Anwendung des neuen Mangelbegriffs die Anforderungen an eine negative Beschaffenheitsvereinbarung sowie die Entbehrlichkeit der Fristsetzung im neuen Verbrauchsgüterkaufrecht.

Klausuren zum neuen Kaufrecht werden vorbehaltlich abweichender Zusicherungen einzelner Justizprüfungsämter, die auf den entsprechenden Internetseiten einzusehen sind, im Laufe des Jahres stückweise zur gängigen Examenspraxis dazugehören. Hier wird es auch mangels gefestigter Rechtsprechung bei etwaigen neuartigen Problemstellungen vor allem darum gehen, die neuen Vorschriften vernünftig zu strukturieren und zu vertretbaren Lösungen zu gelangen.

Die folgende Klausurlösung wird zur Einführung in diese neuen Vorschriften sowie zum besseren Verständnis auch immer einen erläuternden Bezug zur alten Rechtslage beinhalten, die zumindest die Rechtspraxis noch einige Zeit beschäftigen dürfte.

Lösungsvorschlag zu Aufgabe 1

Nach der Aufgabenstellung war zu untersuchen, ob K von E die Erstattung der angefallenen Heilbehandlungskosten verlangen kann. In Betracht kommt nur ein Anspruch aus übergegangenem Recht gem. § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X. Voraussetzung wäre, dass H gegen E ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten zustünde.

Dieser ginge sodann kraft Gesetzes auf K über, sofern die Versicherung Sozialleistungen erbracht hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art und für denselben Zeitraum dienten, wie ihn die Schädigerin zu ersetzen hat.

Als Anspruchsgrundlage dient daher § 833 S. 1 BGB i.V.m. § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X.

Hinweis: Aus eigenem Recht waren Ansprüche der Versicherung nicht denkbar. Es war daher unmittelbar auf den gesetzlichen Forderungsübergang nach § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X einzugehen. Die Prüfung der Ansprüche des H gegen E erfolgte damit inzident. Hier war es zulässig, allein den Anspruch aus § 833 S. 1 BGB zu prüfen. Auf vertragliche oder sonstige deliktsrechtliche Ansprüche sollte mangels erkennbarer Pflichtverletzung der E allenfalls in gebotener Kürze eingegangen werden.

I. Anspruch K gegen E auf Ersatz der Heilbehandlungskosten i.H.v. 25.000 € gem. § 833 S. 1 BGB i.V.m. § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X

Dies setzt zunächst voraus, das H als Versicherungsnehmer einen Anspruch gegen E auf Ersatz der Heilbehandlungskosten gem. § 833 S. 1 BGB zusteht.

1. Schadensersatzanspruch des H

Ein Anspruch des H gegen E auf Zahlung der Heilbehandlungskosten gem. § 833 S. 1 BGB setzt voraus, dass durch ein Tier, dessen Halterin E als Anspruchsgegnerin sein müsste, ein Mensch getötet oder der Körper bzw. die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt wurde. Eine Exkulpation der Halterin wäre nur möglich, wenn der Schaden durch ein Haustier i.S.d. § 833 S. 2 BGB verursacht wurde.

a) Rechtsgutverletzung

H hat sich einen Arm gebrochen, womit eine Körperverletzung vorliegt.

b) Kausalität und Gefahrverwirklichung

Sodann ist zu prüfen, ob die Rechtsgutverletzung durch ein Tier verursacht worden ist.

aa) Äquivalente Kausalität

Hätte das Pferd nicht abrupt gestoppt, wäre H nicht gestürzt, sodass sein Arm unversehrt geblieben wäre. An der äquivalenten Kausalität besteht daher kein Zweifel.

bb) Verwirklichung der spezifischen Tiergefahr

Weiter müsste sich die spezifische Tiergefahr verwirklicht haben. Diese ungeschriebene Voraussetzung wurde in der Rechtsprechung aus dem Tatbestandsmerkmal „durch“ sowie aus dem Telos der Tierhalterhaftung entwickelt, für die Unberechenbarkeit tierischen Verhaltens und der dadurch hervorgerufenen Gefährdung für Leben, Gesundheit und Eigentum den Halter verantwortlich zu zeichnen.[2]

Zur Eingrenzung dieses Risikos wird verlangt, dass die Rechtsgutverletzung auf „einem der tierischen Natur entsprechenden unberechenbaren und selbstständigen Verhalten des Tieres“[3] zurückzuführen ist.

Dadurch, dass das Pferd den Galopp abrupt aufgegeben hat, entstand für H in Form der rasanten Verringerung der Reitgeschwindigkeit eine Gefahr, durch die er sich nicht mehr auf

[2] BGHZ 67, 129.

[3] St. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2015, 1824 (1825). Grundsätzlich gilt, dass bei deliktischer Gefährdungshaftung, insbesondere bei den examenstypischen Fällen des § 7 Abs. 1 StVG sowie des § 833 S. 1 BGB, zu prüfen ist, ob sich genau die Gefahr verwirklicht, für die der Gesetzgeber den besonderen Haftungstatbestand geschaffen hat. Bei der Kfz-Halterhaftung sollten in diesem Zusammenhang die „verkehrstechnische“ sowie die „maschinentechnische“ Auffassung ein Begriff sein.

dem Pferd halten konnte und schließlich zu Boden stürzte. Dieses plötzliche Bremsverhalten ist eine für die tierische Natur typische und selbstständige Verhaltensweise, womit sich vorliegend die typische Tiergefahr eines Reitpferdes verwirklicht hat.

Hinweis: Für die Realisierung der Tiergefahr kommt es auf den konkreten Unfallverlauf nicht an. Fest steht, dass sich der Sturz vom Pferd aus dem plötzlichen Bremsverhalten des Tieres entwickelte. Unbeachtlich für die Verwirklichung der Tiergefahr ist ferner, ob ein etwaiger Reitfehler des H dieses Tierverhalten beeinflusst oder gar hervorgerufen haben könnte. Das wäre eine Frage des Mitverschuldens, nicht der Gefahrverwirklichung und ließ sich hier darüber hinaus nicht feststellen.[4]
So entschied der BGH in einem vergleichbaren Fall, dass sich die Tiergefahr selbst dann realisiert, wenn ein ungeübter Reiter durch seine Verunsicherung im Aufgalopp ein Haltemanöver verursacht und dadurch vom Pferd stürzt.[5]
Ein „unsicherer Sachverhalt", der verschiedene Alternativen offenlässt, ist für das erste Examen durchaus untypisch. Es wird in derartigen Fällen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit darauf hinauslaufen, eine rechtliche Lösung zu finden, in der es auf diese Ungewissheit gerade nicht ankommt.

c) Tierhalter

Ferner müsste E Halterin des Tieres sein. Für die Ausfüllung dieses Rechtsbegriffs sind eine Vielzahl von Indizien entwickelt worden. Dazu gehören insbesondere das Eigentum und Eigenbesitz am Tier, die Zuordnung des Tieres zur Lebens- und Wirtschaftssphäre des Halters, die Bestimmungsmacht über das Tier, das Tragen von Nutzen und Kosten sowie des Verlustrisikos.[6]

E ist Eigentümerin des Pferdes. Sie trägt mit Unterhaltung, Stallmiete, Versicherung, Tierarzt und Steuern sämtliche Kosten, die die Unterhaltung eines Tieres mit sich bringen und nutzt das Tier als Pferdeliebhaberin überwiegend für sich. An der Haltereigenschaft der E besteht daher grundsätzlich kein Zweifel.

Fraglich ist jedoch, wie es sich auswirkt, dass H womöglich ebenfalls als Tierhalter i.S.d. § 833 S. 1 BGB einzustufen sein könnte. Ausgehend vom Schutzzweck der Norm könnte ein Ersatzanspruch des H aus § 833 S. 1 BGB ausscheiden, sofern er zumindest während seiner Reitstunden als Mithalter einzustufen wäre.[7]

Dafür spricht, dass sich H mit einem Unkostenbeitrag von 50 € im Monat an den Haltungskosten des Tieres beteiligt. Außerdem kümmert er sich an den Reittagen auch um Futter und Streuung.

Der monatliche Betrag für die Reitbeteiligung ist angesichts der immensen Haltungskosten für ein Reittier jedoch nur ein geringer, nahezu symbolischer Beitrag. Gerade, dass E allein für Tierarztkosten und Obdach aufkommt, zeigt, dass die Sorge um das Reitpferd letzten Endes in ihrer alleinigen Verantwortung liegt. Anlass für die Reitbeteiligung war allein, dass sich E aufgrund beruflicher Belastungen nicht mehr täglich um die Betreuung von „Shakira" kümmern kann.

Gegen eine Mithaltereigenschaft spricht ferner, dass E dem H die gepachtete Koppel als Ort des Beritts vorschreibt und ebenfalls bestimmt, dass H keine weiteren Reiter auf das Pferd lassen darf. Somit bleibt die Nutzungsbestimmung auch dann in der Hand der E, wenn das Pferd von H geritten wird.

Damit ist H durch die Reitbeteiligung auch im Zeitpunkt des Unfallvorgangs nicht Mithalter des Pferdes. Eine Haftung der E ist aus diesem Gesichtspunkt daher nicht ausgeschlossen.

Anmerkung: Dass weder die Reitbeteiligung noch der Reitvorgang als solcher eine Mithaltereigenschaft begründet, ist in zahlreichen Urteilen einhellig bestimmt worden.[8] Die Indizien im Sachverhalt waren darüber hinaus eindeutig.

d) Möglichkeit zur Exkulpation

Nach § 833 S. 2 BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Schaden durch ein Haustier verursacht wird, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist und der Halter die verkehrsübliche Sorgfalt beachtet hat oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre.

Eine mögliche Exkulpation der E kommt von vornherein nicht in Betracht, da das Pferd als Reittier zu Vergnügungszwecken in die Kategorie der Luxustiere einzuordnen ist. Insbesondere vermag auch der geringfügige Unkostenbeitrag für die Reitbeteiligung i.H.v. 50 € keine gewerbliche Zweckbestimmung der Halterin zu begründen.

e) Haftungsausschluss

In der Absprache zwischen E und H über die Einführung einer Reitbeteiligung könnte ein konkludenter Haftungsausschluss über Schäden zu sehen sein, die im sachlichen Zusammenhang mit dem Beritt des Pferdes entstehen.

Problematisch an einem solchen Haftungsausschluss ist, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen wurde oder die Reitbeteiligung eine außervertragliche Gefälligkeit darstellt (aa) und ob für den Fall des Vertragsschlusses ein Haftungsausschluss konkludent vereinbart worden ist (bb).

aa) Abgrenzung Vertrag und Gefälligkeit

Ob es sich bei der Reitbeteiligung um eine bloße Gefälligkeit oder um einen rechtlich bindenden Vertrag handelt, ist am Rechtsbindungswillen der Erklärenden anzuknüpfen und da-

[4] OLG Nürnberg NJW-RR 2017, 1173 (1174).
[5] BGH NJW 1999, 3119 (3120); bejahend sogar für den Fall der Provokation eines Tieres *Schmid*, VersR 2014, 555; a.A. *Lehmann/Auer*, VersR 2011, 846.
[6] *Spindler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 833 Rn. 13.
[7] OLG Nürnberg NJW-RR 2017, 1173.
[8] Vgl. OLG Schleswig BeckRS 2008, 2817; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2009, 894 (895) – zumindest für den Fall, dass der Berechtigte der Reitbeteiligung nicht allein reiten darf; OLG Nürnberg NJW-RR 2017, 1173.

mit durch Auslegung zu ermitteln, § 133, 157 BGB. Gewichtige Indizien für eine vertragliche Bindung sind die erkennbar gewichtige wirtschaftliche Bedeutung der Sache sowie die Tatsache, dass der Geschäftsherr auf die Vornahme der versprochenen Handlung ersichtlich vertraut. Für eine bloße Gefälligkeit sprechen etwa die Geringfügigkeit und Alltäglichkeit des Gegenstandes sowie ein freundschaftliches Verhältnis der Beteiligten.[9]

Hier spricht die zwar geringfügige, aber dennoch bestehende Entgeltlichkeit, der hohe wirtschaftliche Wert eines Reitpferdes, die umfassende Regelung der Reitmodalitäten in Hinblick auf Überlassung an Dritte und Ort des Beritts für das Bestehen eines Rechtsbindungswillens. Dass die Reitbeteiligung zwischen zwei Pferdeliebhabern zustande gekommen ist, liegt einem solchen Verhältnis nahezu zwangsläufig zu Grunde. Für eine weitergehende Freundschaft zwischen E und H, die dieses Argument gewichtig verstärken könnte, bestehen keine Anhaltspunkte, zumal der Kontakt beider Parteien erst über den örtlichen Pferdeverein hergestellt werden musste.

Somit ist von einem Vertragsschluss über die Reitbeteiligung auszugehen.

bb) Vereinbarung eines Haftungsausschlusses

Damit stellt sich die Frage, ob Gegenstand des Vertrages ein konkludenter Haftungsausschluss geworden ist, was wohl nur über eine ergänzende Vertragsauslegung begründbar wäre.

Für die konkludente Vereinbarung eines Haftungsausschlusses kann angeführt werden, dass der Vertrag über die Reitbeteiligung insbesondere in Ansehung der geringen Kostenbeteiligung durchaus gefälligkeitsähnliche Elemente aufweist.

Dieser Umstand allein vermag eine so weitreichende Vereinbarung jedoch nicht zu begründen. Vielmehr ist erforderlich, dass die Überlassung des Pferdes derart im Interesse des Geschädigten lag, dass er sich dem Ansinnen einer Haftungsfreistellung, wäre sie von E ausdrücklich angesprochen worden, billigerweise nicht hätte verschließen können.[10]

Gewichtiges Indiz im Rahmen der anzustellenden Billigkeitserwägungen ist dabei die Pferdehalterpflichtversicherung der E. Regelmäßig wird es nicht im Interesse der Vertragsschließenden liegen, Haftungsrisiken eines Dritten zu beschränken. Wäre ein Haftungsausschluss jedoch vereinbart, entfiele letzten Endes die Pflicht der Pferdehalterpflichtversicherung, für den entstandenen Reitunfall einzustehen. E und H haben den Umstand, dass die Versicherung auch bei Unfällen im Rahmen einer Reitbeteiligung einspringt, ihrem Vertragsschluss zu Grunde gelegt.

Gegen eine Haftungsfreistellung spricht zudem, dass zwischen E und H kein langjähriges freundschaftliches Verhältnis bestand, sondern der Kontakt erst über den örtlichen Pferdeverein zustande gekommen ist.

In der vertraglichen Vereinbarung, die relativ kleinschrittige Nebenvereinbarungen etwa zur Überlassung des Pferdes an Dritte oder zum Ort des Ausrittes enthält, wurde eine Haftungsfreistellung als Nebenabrede mit weitrechenden Konsequenzen nicht einmal angedeutet.

Im Ergebnis lässt sich ein konkludenter Haftungsausschluss vor dem Hintergrund dieser Abwägungen daher kaum begründen.

> *Hinweis*: Das OLG Nürnberg diskutierte ferner einen Ausschluss der Haftung unter dem Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr oder der freiwilligen Risikoübernahme, worauf der Sachverhalt nur bedingt hindeutet. Ein solcher Ausschluss nach § 242 BGB setzt voraus, dass sich der Geschädigte „einer besonderen Gefahr ausgesetzt hat, die über die normalerweise der mit dem Reiten […] verbundenen Gefahr hinausgeht".[11]
> Die Diskussion dieser Frage ist positiv zu bewerten, kann aber auch von guten Bearbeitungen nicht unbedingt erwartet werden. Auf solche außerordentlichen Gefahren hat sich H ohnehin nicht eingelassen. Anders wäre der Fall allenfalls zu beurteilen, wenn besonders gefährliche Übungen wie etwa das Springreiten zu dem Unfallhergang geführt hätten.[12]

f) Rechtsfolge

Folglich hat E dem H die durch die Körperverletzung entstandenen Schäden gem. § 833 S. 1 BGB zu ersetzen.

aa) Erstattung der Heilbehandlungskosten

Davon sind gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB die Heilbehandlungskosten i.H.v. 25.000 € umfasst.

bb) Anrechnung eines Mitverschuldens

Fraglich ist, ob dieser Anspruch gem. § 254 Abs. 1 BGB wegen eines Verstoßes des H gegen seine Schadensminderungsobliegenheit zu kürzen ist.

Da sich nicht aufklären lässt, ob der plötzliche Halt des Pferdes zumindest auch auf einen Reitfehler des H zurückzuführen ist, scheint der Anspruch aus diesem Gesichtspunkt zunächst einmal nicht zu kürzen zu sein.

> *Hinweis*: Das OLG Nürnberg erwog noch, ob eine Pflicht des Reiters bestand, besondere Schutzkleidung zur Verhütung von Unfallschäden zu tragen. Zumindest für das Reiten auf einer Koppel ist eine solche Sicherungsverpflichtung nicht anzunehmen.[13] Diese Ansicht liegt wertungsmäßig auf einer Linie mit der Rechtsprechung des BGH, der etwa auch eine Helmpflicht für Radfahrer aus der Perspektive des Mitverschuldens ablehnt.[14]

[9] Vgl. hierzu etwa die Auflistung bei *Bachmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 239 ff.
[10] Vgl. BGH NJW 1992, 2474 (2475); OLG Nürnberg NJW-RR 2017, 1173 (1174).
[11] BGH NJW-RR 2006, 813 (814); vgl. grundsätzlich zu dieser Problematik auch *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 833 Rn. 26.
[12] OLG Nürnberg NJW-RR 2017, 1173 (1174).
[13] OLG Nürnberg NJW-RR 2017, 1173 (1176).
[14] BGH NJW 2014, 2493 (2494 f.).

Im Sachverhalt waren Hinweise auf fehlende Schutzkleidung ohnehin nicht vorhanden, weshalb eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik nicht zu erwarten oder gar zu fordern ist.
Denkbar und sodann auch positiv zu bewerten, sofern die diesbezüglichen Ausführungen nicht übergewichtet werden, erscheinen Überlegungen zur bzw. entsprechend der „mitwirkenden Betriebsgefahr", die zuvörderst im Kfz-Bereich diskutiert wird.[15]

Eine Mitverschuldenszurechnung kommt jedoch aufgrund der Eigenschaft des H als Tieraufseher in Betracht.[16]

Tieraufseher i.S.d. § 834 S. 1 BGB sind sämtliche Personen, die in selbstständiger Weise die Sorge über das Tier übernehmen, ohne selbst Halter zu sein.[17]

An den Tagen, an denen H das Pferd absprachegemäß ausreitet, kümmert er sich auch um Fütterung und Streuung. Das geschieht vor dem Hintergrund, dass E als selbstständige Immobilienmaklerin beruflich stark eingebunden ist und die Pflege ihres Pferdes nicht täglich übernehmen kann. Die tatsächliche Aufsicht über „Shakira" hat an diesen Tagen allein H. Im Rahmen dieser Reitbeteiligung ist H also in dem Zeitraum, in dem er tatsächlich die Sorge des Pferdes übernimmt, Tieraufseher i.S.d. § 834 S. 1 BGB.[18]

Als Tieraufseher wäre H auch gem. § 834 S. 1 BGB für die Schäden verantwortlich, die durch die Realisierung der spezifischen Tiergefahr entstehen. Diese Haftung besteht gem. § 834 S. 2 BGB nur so weit, wie der Tieraufseher nicht den Gegenbeweis erbringt, dass ihn kein Sorgfaltsverstoß trifft oder dieser für den Schaden nicht ursächlich geworden ist.

Diese Beweislastregel – bzw. deren Rechtsgedanke – lässt sich in die Perspektive des § 254 Abs. 1 BGB transformieren und als vermutete Mitverschuldensregelung verstehen.[19]

Da sich der konkrete Unfallvorgang nicht mehr rekonstruieren lässt und H damit den Gegenbeweis nicht erbringen kann, dass sein Sturz in Folge des plötzlichen Bremsverhaltens nicht auf einen Reitfehler zurückzuführen ist oder eine solche Pflichtverletzung nicht schadenskausal war, muss er die Verschuldensvermutung des § 834 S. 2 BGB – bzw. deren Rechtsgedanken – i.R.d. § 254 Abs. 1 BGB gegen sich selbst gelten lassen.

Fraglich ist dann weiterhin, in welcher Höhe eine Quotelung angemessen ist. Vor dem Hintergrund, dass weder eine konkrete Pflichtverletzung der Halterin noch des Aufsehers feststellbar ist, erscheint bei der Abwägung der Verursachungsanteile eine hälftige Haftungsaufteilung in Übereinstimmung mit dem Urteil des OLG Nürnberg als gut vertretbar.

Folglich ist der Anspruch des H gegen E aus § 833 S. 1 BGB nach § 254 Abs. 1 BGB i.V.m. der Vermutung aus § 834 S. 2 BGB (Rechtsgedanke) um 50 % auf 12.500 € zu kürzen.

Hinweis: Nur von überdurchschnittlichen Bearbeitungen kann erwartet werden, dass sie das Problem der Anrechnung eines Mitverschuldens aufgrund der Eigenschaft des H als Tieraufseher prüfen und argumentativ schlüssig bearbeiten.
Vertretbar erscheint es etwa auch, zwischen der reinen Gefährdungshaftung der E als Halterin und der bloßen Haftung aus vermutetem Verschulden bzw. vermutetem ursächlichen Zusammenhang des H als Aufseher zu differenzieren. Wer zwischen diesen Haftungsformen aufgrund der Exkulpationsmöglichkeit des H einen qualitativen Unterschied ausmacht, kann die Anspruchskürzung entsprechend geringer ausfallen lassen.
Auch eine allgemeine Betrachtung der Risikosphären dahingehend, dass H als Tieraufseher und Reiter an dem Unfallverlauf „näher dran" war und ihm am ehesten die Verhütung des Schadens möglich gewesen wäre, kann vertretbar zu einer höheren Anspruchskürzung führen.
Auf die konkrete Auflösung dieser Problematik, insbesondere auf die gebildete Minderungsquote, kommt es dabei weniger an als auf Problembewusstsein und überzeugende Argumentation.

g) Zwischenergebnis

E hat gegen H einen Anspruch auf Erstattung der Heilbehandlungskosten gem. § 833 S. 1 BGB i.H.v. 12.500 €.

2. Gesetzlicher Forderungsübergang

Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X setzt voraus, dass K aufgrund eines Schadensereignisses Sozialleistungen erbracht hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadensersatz beziehen.

Am Vorliegen dieser Voraussetzungen bestehen keine Zweifel. Dass die Bezahlung der Heilbehandlungskosten eine Sozialleistung darstellt, wurde im Bearbeitungsvermerk vorgegeben, da sozialrechtliche Fragestellungen nicht zum einschlägigen Prüfungsstoff gehören. Dass die Übernahme dieser Kosten sachlich und zeitlich dem Anspruchsgegenstand des Schadensersatzanspruchs von H gegen E entspricht, leuchtet ebenfalls ein.

II. Ergebnis

K kann von E gem. § 833 S. 1 BGB i.V.m. § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X Erstattung der Heilbehandlungskosten i.H.v. 12.500 € verlangen.

[15] *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 254 Rn. 12 ff.
[16] BGH NJW 1992, 2474 (2475 f.); OLG Köln NJW-RR 2012, 1374 (1375).
[17] *Wagner* (Fn. 11), § 834 Rn. 3.
[18] OLG Nürnberg NJW-RR 2017, 1173 (1175).
[19] Erneut lohnt ein vergleichender Blick in die Halter- bzw. Fahrerhaftung im StVG. Mit §§ 17 Abs. 1, Abs. 2, 18 Abs. 3 StVG wird die Haftungsverteilung bei Unfällen unter Beteiligung mehrerer Halter bzw. Führer von Kraftfahrzeugen nach Verursachungsbeiträgen hier gesondert reguliert.

Lösungsvorschlag zu Aufgabe 2

I. Anspruch M gegen E auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 Var. 2 BGB i.H.v. 1.000 €

Zu prüfen ist hier, ob M von E Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 Var. 2 BGB i.H.v. 1.000 € verlangen kann.

1. Kaufvertrag

M und E haben einen Kaufvertrag über den Sattel zum Preis von 1.000 € geschlossen.

2. Sachmangel bei Gefahrübergang

Fraglich ist, ob bei Gefahrübergang ein Sachmangel vorlag.

> *Anmerkung*: Bislang galt ein sog. gestuftes Mangelkonzept. Danach war für die Frage, ob die verkaufte Sache frei von Sachmängeln war, nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. zunächst auf eine Beschaffenheitsvereinbarung abzustellen. Erst im Anschluss bezog der Gesetzgeber nach § 434 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. stufenweise objektive Kriterien ein.[20]

Nach dem kumulativen Mangelkonzept aus § 434 Abs. 1 BGB ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang a) den subjektiven Anforderungen, b) den objektiven Anforderungen und c) den Montageanforderungen entspricht.

a) Subjektive Anforderungen

Die Sache entspricht zunächst nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB den subjektiven Anforderungen, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Allein in dem Hinweis des M auf die Statur des Hengstes wird man eine positive Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 2 Nr. 1 BGB noch nicht hineinlesen können.

Außerdem geht die Sache mit den subjektiven Anforderungen gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB konform, wenn sie sich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet. Auch mit Blick darauf, dass E ihre Unsicherheit in Bezug auf die Passgröße vor Vertragsschluss gesondert klarstellte, wird auch die konkrete Eignung des Sattels für „Arkani“ nicht vom Vertrag vorausgesetzt.

> *Hinweis*: Beachtung verdient, dass ein allzu schnelles Bejahen von Abreden i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1, 2 BGB in Richtung der konkludenten Vereinbarung einer üblichen Beschaffenheit bzw. gewöhnlichen Verwendungseignung dazu führte, dass § 434 Abs. 3 S. 1 Nrn. 1, 2 BGB weithin leerliefe. Deshalb erscheint es jedenfalls für schlüssige Vereinbarungen geboten, eine „besondere“ Beschaffenheit bzw. eine „besondere“ Verwendungseignung für § 434 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1, 2 BGB zu verlangen.

Ein Verstoß gegen die subjektiven Anforderungen ergibt sich damit nicht.

b) Objektive Anforderungen

Die Sache entspricht den objektiven Anforderungen, wenn sie sich zunächst gem. § 434 Abs. 3 Nr. 1 BGB für die gewöhnliche Verwendung eignet.

M möchte mit dem Sattel einen gewöhnlich gebauten Hannoveraner reiten. Hierbei handelt es sich um eine im Pferdesport äußerst erfolgreiche und beliebte Pferderasse. Gleichwohl eignet sich der verkaufte Sattel hierfür nicht, da „Arkani“ nach wenigen Wochen des Reitens eine Beschädigung der Wirbelsäule erlitt.

Vor dem Hintergrund, dass auch bei Reitsatteln derselben Art i.S.d. § 434 Abs. 3 Nr. 2 BGB üblich sein dürfte und der Käufer gleichfalls erwarten darf, dass der Beritt mit dem Sattel nicht zu Verletzungen des Pferdes führt, entspricht die Sache nicht den objektiven Anforderungen.

Problematisch erscheint allerdings, ob eine negative Beschaffenheitsvereinbarung vor dem Hintergrund vorliegt, dass E erklärte, nicht ganz sicher zu sein, ob der angebotene Sattel zu „Arkani“ passen würde.

Unabhängig davon, ob in dieser Aussage und des darauffolgenden Vertragsschlusses eine solche Vereinbarung zu sehen ist, könnte diese jedenfalls gem. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam sein.[21]

Dafür müsste ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen. E betreibt gewerblich eine Pferdezucht nebst Verkauf von Pferdezubehör. Sie ist Unternehmerin nach § 14 Abs. 1 BGB. M hat als Hobbyreiter und Inhaber eines einzigen Pferdes den Sattel, der die Anforderungen einer Ware nach § 241a Abs. 1 BGB erfüllt, als Verbraucher gem. § 13 BGB erworben. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB ist mithin anwendbar.

Eine von den Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer abweichende Vereinbarung ist somit nur unter den strengen Voraussetzungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB möglich.

Wann der Verbraucher eigens von der Abweichung der Sache von den objektiven Anforderungen in Kenntnis gesetzt wurde (Nr. 1) und diese Vertragsvereinbarung ausdrücklich und gesondert erfolgte (Nr. 2), wird zumindest anhand des Regelungszwecks, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten und davor Schutz zu gebieten, sich überraschend mit einer vom objektiven Standard abweichenden Kaufsache zufrieden gegeben zu haben, restriktiv auszulegen zu sein.

Die relativ beiläufige, zumindest im Gespräch mit den anderen Regelungsaspekten nicht deutlich hervorgehobene Einlassung der E, sie sei nicht ganz sicher, ob der Sattel zum Beritt eines gewöhnlichen Hannoveraners geeignet sei, dürfte schon nicht „eigens“ i.S.d. § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB sein, sofern man davon ausgeht, hierdurch würde gefordert, dass die Vereinbarung von weiteren Aspekten des Vertragsschlusses besonders herausgestellt wird.[22] Es ließe sich wohl ebenfalls vertreten, in einer mündlichen Vertragsvereinbarung könne der Verbraucher von Vornherein nicht „eigens“ in Kenntnis gesetzt werden.

Zumindest ist hier das Erfordernis einer ausdrücklichen Vereinbarung nach § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB nicht erfüllt,

[20] Vgl. dazu den Überblick bei *Kurth*, JA 2022, 353.

[21] Siehe hierzu auch *Kurth*, JA 2022, 353 (354).

[22] *Wilke*, VuR 2021, 283 (285).

da der Hinweis auf die unsichere Eignung des Sattels für das Pferd des M allenfalls eine konkludente negative Beschaffenheitsvereinbarung begründen würde.[23]

Mangels wirksamer negativer Beschaffenheitsvereinbarung liegt ein Verstoß gegen die objektiven Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB vor.

> *Hinweis*: Die Möglichkeit einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung aus § 434 Abs. 3 BGB („Soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde […]") weicht die Auswirkungen des neuen kumulativen Mangelkonzepts deutlich auf. Die besonderen Voraussetzungen an eine solche Vereinbarung beim Verbrauchsgüterkauf ist eine der praxisrelevantesten und in Zukunft wohl auch examensträchtigsten Problempunkte der Neuregelung. In dieser Klausur war allein zu erwarten, dass die Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB gesehen und vertretbar diskutiert wurden.

c) Montageanforderungen

Ein Verstoß gegen Montageanforderungen kommt, weil eine Montage nicht durchzuführen ist, gem. § 434 Abs. 4 BGB nicht in Betracht.

d) Gefahrübergang

Der Mangel lag hier – ohne dass es des Rekurses auf § 477 Abs. 1 S. 1 BGB bedürfte – auch bei Gefahrübergang, d.h. bei Übergabe (§§ 434 Abs. 1, 446 S. 1 BGB), vor.

e) Zwischenergebnis

Da der Sattel nicht den objektiven Anforderungen entspricht, ist bei Gefahrübergang ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 BGB gegeben.

3. Fristsetzung

M müsste E gem. § 323 Abs. 1 BGB eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. In dem Telefonat hat M zwar Neulieferung und damit Nacherfüllung i.S.d. § 439 Abs. 1 Var. 2 BGB verlangt, jedoch keine Frist gesetzt.

Mit § 475d BGB hat der Gesetzgeber einen zentralen Sondertatbestand für die Fristsetzung im Verbrauchsgüterkaufrecht geschaffen und hierdurch ausdrücklich eine Sonderregelung zu § 323 Abs. 2 BGB sowie zu § 440 BGB etabliert.

> *Hinweis*: Es wäre daher verfehlt, im Zusammenhang mit dem Verbrauchsgüterkauf §§ 323 Abs. 2, 440 BGB bzw. im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung § 281 Abs. 2 BGB zu prüfen. Dies macht auch in der Sache einen Unterschied: Die Anforderungen für die Entbehrlichkeit sind in § 475d BGB weniger hoch angesetzt.

Nach § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB bedarf es einer Fristsetzung nicht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung trotz Ablaufs einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, nicht vorgenommen hat.

Im Ergebnis war somit keine ausdrückliche Fristsetzung, sondern nur der erfolglose Ablauf einer angemessenen Frist nach Bekanntgabe des Mangels erforderlich. Da zwischen dem Telefonat und dem Folgegespräch der Vertragspartner bereits ein Monat vergangen ist, lief eine angemessene Frist inzwischen ab.

> *Hinweis*: Nach alter Rechtslage hatte sich die Entbehrlichkeit der Fristsetzung aus dem nationalen Kaufrecht nicht ergeben. Gleichwohl sah bereits Art. 3 Abs. 5 zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) vor, dass der Verbraucher eine Vertragsauflösung verlangen kann, wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat. Anders als im deutschen Kaufrecht, wonach die Setzung der Frist erforderlich war, verlangte die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie also nur den Ablauf einer angemessenen Frist. Die Richtlinienwidrigkeit dieses Fristsetzungserfordernisses[24] war Anlass zu zahlreichen Versuchen, eine Setzung der Frist bereits nach alter Rechtslage entfallen zu lassen, namentlich durch eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB.[25]
> Mit guter Argumentation schien allerdings auch vertretbar, in der Aufforderung zur Behebung des Mangels eine Fristsetzung zu sehen.

4. Rücktrittserklärung

Mit dem Rückzahlungsverlangen hat M konkludent den Rücktritt nach § 349 BGB erklärt.

5. Kein Ausschluss

Ausschluss- oder Unwirksamkeitsgründe (§§ 323 Abs. 5 S. 2, Abs. 6, 438 Abs. 4 S. 1 BGB i.V.m. § 218 BGB) sind vorliegend nicht ersichtlich.

II. Ergebnis

M kann von E die Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB i.H.v. 1.000 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Sattels nach §§ 348 S. 1, S. 2, 320 BGB verlangen.

---

[23] Vgl. *Lorenz*, NJW 2021, 2065 (2073); *Wilke*, VuR 2021, 283 (285).

[24] Vgl. nur LG Stuttgart BeckRS 2012, 6165; *Lorenz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, Vor § 474 Rn. 25 („eindeutig richtlinienwidrig"); *Gsell*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 85; *Gsell*, JZ 2001, 65 (67); *Unberath*, ZEuP 2005, 5 (29); anders hingegen der Gesetzgeber selbst, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 222. Ein guter Überblick unter Berücksichtigung beider Rechtsfassungen findet sich bei *Looschelders*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 323 Rn. 215 ff.

[25] *Gsell* (Fn. 24), § 323 Rn. 85; *Lorenz* (Fn. 24), Vor § 474 Rn. 25.

Anfängerklausur: Gesetzliche Schuldverhältnisse

Von Jun.-Prof. Dr. iur **Jannik Otto**, Düsseldorf*

Ausgangsfall

A wohnt in einem Mehrfamilienhaus des Eigentümers E. E hat die ihn als Eigentümer treffende Streu- und Räumpflicht in der Hausordnung, auf die jeder einzelne Mietvertrag Bezug nimmt, wirksam auf die Mieter abgewälzt. Dazu hat er eine bestimmte Reihenfolge der Mieter aufgestellt.

Als der erste Schnee des Jahres die Stadt bedeckt, wacht A auf und denkt, das alte Ehepaar, das im Erdgeschoss wohnt, sei nach der Hausordnung für das Räumen des Gehwegs vor dem Haus zuständig. Da dieses körperlich nicht mehr in der besten Verfassung ist, räumt A den Gehweg nach einem ausgiebigen Frühstück selbst. Im letzten Winter musste das alte Ehepaar nämlich einem Passanten, der bei Schnee vor dem Haus gestürzt und schwer verletzt war, 6.000 € Schadensersatz leisten, weil es seiner Streu- und Räumpflicht nicht nachgekommen ist. Dies sollte nicht noch einmal vorkommen. Was A nicht weiß, ist, dass sein unfreundlicher Nachbar B nach der Hausordnung für das Räumen zuständig ist. B schläft noch, als A den Gehweg räumt. In der Vergangenheit war er immer sehr froh, wenn andere für ihn den Gehweg geräumt haben, und hat sich ausnahmsweise sogar bedankt.

Als A den Schnee 1,5 Meter breit vom Gehweg vollständig geräumt hat, rutscht er beim Säubern des Besens auf der eisbedeckten Bordsteinkante aus und bricht sich den Knöchel. Wegen einer komplizierten Heilung leidet er große Schmerzen. Als er in seine Wohnung zurückhumpelt, fällt ihm auf, dass er den Schlüssel vergessen hat, und muss einen Schlüsseldienst rufen. Da tröstet es ihn nur wenig, dass er zuvor im Schnee Bargeld i.H.v. 500 € gefunden hat. Dieses Geld bringt A später zum Fundbüro und erwirbt von Gesetzes wegen Eigentum.

A verlangt von B Ersatz der Heilbehandlungskosten, ein angemessenes Schmerzensgeld und Ersatz der Kosten für den Schlüsseldienst. B verlangt im Gegenzug von A die Zahlung von 500 €. Hätte er den Gehweg geräumt, hätte er, B, schließlich das Geld gefunden.

Aufgabe 1

Prüfen Sie die geltend gemachten Ansprüche.

Fallfortsetzung

Als A wieder genesen ist, bricht er mit seinem Rucksack zu einer Alpenüberquerung zu Fuß auf. Es ist Nebensaison, von der er sich leere Wanderwege verspricht. In der Nebensaison werden die Wege nicht wie in der Hochsaison täglich vom Betreiber, der den Weg mit Wegmarkierungen ausschildert und unterhält, abgegangen und geprüft. Seit Tagen regnet es ununterbrochen stark und A hat am ersten Tag einen strammen Anstieg zu bewältigen. A prüft die Wetterwarnungen und sieht, dass der Wetterdienst vor schlechter Sicht warnt und weiteren Dauerregen vorhersagt. A bricht auf. Im unteren Teil des Weges fällt ihm auf, dass der Weg an mehreren Stellen schon etwas unterspült ist vom Regenwasser, das ins Tal rauscht. Etwa in der Mitte des ersten Anstiegs muss A ein Geröllfeld queren, was A noch nie gemacht hat. Auf einzelnen Steinen im Geröllfeld sind Wegmarkierungen gemalt. Die Steine sind aufgrund des starken Regens sehr rutschig. Auch haben sich aufgrund der starken Niederschläge bereits kleinere Bäche zwischen den Steinen gebildet. Erfahrene Wanderer wären vor dem Geröllfeld etwas aufgestiegen, um das Geröllfeld bei solchen Wetterbedingungen zu meiden. Es hat sich bereits ein entsprechender Trampelpfad gebildet, dessen Verlauf A aufgrund der Sichtverhältnisse aber nicht erkennen kann.

A kann das Geröllfeld unversehrt überqueren. Er verursacht aber einen Erdrutsch, der das tiefer liegende Weidegrundstück des B unter Geröll begräbt. Die weidenden Schafe können sich gerade noch auf die benachbarte, nicht betroffene Weide des S retten. Es kommt keines der 30 Schafe zu Schaden. Zurückkehren können die Schafe aber nicht, weil die Weide des B nunmehr nicht mehr aufgrund des Zauns, sondern aufgrund eines Walls aus Geröll für die Schafe nicht mehr zu erreichen ist. Die völlig verstörten Schafe des B (blaue Markierung auf dem Rücken) kommen mit denen des S (gelbe Markierung) in dessen Stall unter, was S wohlwollend zur Kenntnis nimmt. In der nachfolgenden Nacht verschwinden zwei Schafe des B. Stark traumatisiert verenden sie noch in derselben Nacht. Das eine Tier stürzt einen Abhang hinunter, das andere wird – unter normalen Umständen äußerst ungewöhnlich – von einem Fuchs gerissen.

B verlangt von A Ersatz der Kosten für die Räumungsarbeiten (2.000 €) und Schadensersatz für die beiden verschwundenen Schafe (Wert je 200 €).

Von S verlangt B die Herausgabe der Schafe und für die beiden verschwundenen Schafe Wertersatz i.H.v. jeweils 200 €.

Aufgabe 2

Wie ist die Rechtslage?

Bearbeitungsvermerk

Prüfen Sie jeweils die geltend gemachten Ansprüche gutachterlich, ggf. hilfsgutachtlich. Die Vorschriften zum Fund sind im Ausgangsfall ebenso nicht zu prüfen wie sachenrechtliche Ansprüche in der Fallfortsetzung. Gehen Sie ferner davon aus, dass die Schafe weiterhin im Eigentum des B stehen.

Lösungsvorschlag Ausgangsfall

Hinweis: Die Klausur zielt auf eine saubere Arbeit mit dem Gesetz und die argumentative Auseinandersetzung mit den aufgeworfenen Problemen. Sie weist einen gehobenen, mittleren Schwierigkeitsgrad auf. Die nachfolgenden Ausführungen sind lediglich Lösungshinweise, keine Musterlösung.

* Der *Autor* ist Juniorprofessor für Wirtschaftsrecht und Direktor des Instituts für Kartellrecht (IKartR) an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Vorüberlegungen

Es kann sowohl mit dem Anspruch des A gegen B als auch mit dem Anspruch des B gegen A begonnen werden. Diese Lösungshinweise beginnen mit der Prüfung des Anspruchs des A gegen B auf Aufwendungsersatz, weil dieser eine echte, berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) voraussetzt. Der Anspruch des B gegen A auf Zahlung von 500 € kann sich allein auf §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB stützen. Diese Anspruchsgrundlage ist sowohl auf eine echte, berechtigte wie auch grundsätzlich auf eine echte, unberechtigte GoA anwendbar. Bei diesem Vorgehen kann für den zweitgeprüften Anspruch auf oben verwiesen werden. Wer die Prüfung mit §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB beginnt, müsste die Berechtigung der GoA im Tatbestand offenlassen und sie erst im Rahmen des Anspruchs aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB vornehmen. Dafür ist aber (auf Rechtsfolgenseite) zu diskutieren, dass der Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn gem. §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB bei einer echten, unberechtigten GoA nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nur bei Genehmigung der Geschäftsführung gem. § 684 S. 2 BGB und damit gegen Gewährung eines Aufwendungsersatzanspruchs zuzubilligen ist.[1] Diese Komplikationen vermeidet die hier vorgeschlagene Prüfungsreihenfolge. Sie entspricht auch der Reihenfolge in der Fallfrage.

I. Anspruch des A gegen B auf Ersatz der Heilbehandlungskosten, Schmerzensgeld und der Kosten für den Schlüsseldienst aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (analog)[2]

> *Hinweis*: Es sollte nicht vorab abstrakt geklärt werden, um welche Form der GoA es sich handelt. Diese Abgrenzungen sind in die Prüfung des jeweiligen Anspruchs zu integrieren. Auch erscheint die knappe Feststellung, dass vertragliche Ansprüche nicht in Betracht kommen, entbehrlich. Allenfalls kurz könnte ein Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte erwogen werden (A sei in den Mietvertrag zwischen B und E „aufseiten" des E einbezogen). Zwar ist die Streu- und Räumpflicht am betreffenden Tag eine Pflicht des B aus dem Mietvertrag, jedoch besteht für A keine Leistungsnähe. A käme anders als E vor Ort mit der abzuwendenden Gefahr in Berührung. Ebenso sind etwaige Ansprüche aus einem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis abzulehnen.

A könnte gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten, Schmerzensgeld und Kosten für den Schlüsseldienst aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB haben.

Dies setzt das Vorliegen einer echten, berechtigten GoA zwischen A und B voraus.

1. Geschäftsbesorgung

Zunächst müsste A ein Geschäft besorgt haben, § 677 BGB. Der Begriff der Geschäftsführung ist weit zu verstehen und umfasst alle Tätigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Art, nicht aber ein bloßes Dulden oder Unterlassen.[3] Das Räumen des Gehwegs von Eis und Schnee vor dem Wohnhaus des E ist ein tatsächliches Handeln und damit eine Geschäftsbesorgung i.S.d. § 677 BGB.

2. Fremdes Geschäft

Diese Geschäftsbesorgung müsste ein für A fremdes Geschäft sein. Ein Geschäft ist für den Geschäftsführer fremd, wenn es im Rechts- und Interessenkreis eines anderen liegt. Ursprünglich traf die Streu- und Räumpflicht den Eigentümer E. Dieser hat die Räumpflicht aber wirksam auf die Mieter abgewälzt. Danach war B an dem betreffenden Tag zur Räumung des Gehwegs verpflichtet. Es handelt sich damit um ein objektiv fremdes Geschäft.

> *Hinweis*: Für die Bestimmung eines (objektiv) fremden Geschäfts kommt es nicht auf den Willen des A an, für wen er das Geschäft führen will. Dazu noch sogleich beim Fremdgeschäftsführungswillen.

3. Fremdgeschäftsführungswille

Der Fremdgeschäftsführungswille wird beim objektiv fremden Geschäft vermutet. Problematisch ist allerdings, dass A zwar weiß und will, dass er ein fremdes Geschäft führt, sich aber über den Geschäftsherrn irrt. Er denkt, er räume den Gehweg für das alte Ehepaar. Dies steht einer Geschäftsbesorgung für B gleichwohl nicht entgegen. Nach § 686 BGB wird bei einem solchen Irrtum über den Geschäftsherrn der wirkliche Geschäftsherr aus der Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet. Der wirkliche Geschäftsherr ist B, in dessen Rechts- und Interessenkreis A tätig wird. B hätte an dem betreffenden Tag die Straße räumen müssen. A handelte somit mit Fremdgeschäftsführungswillen.

> *Hinweis*: Unter den Prüfungspunkten fremdes Geschäft oder Fremdgeschäftsführungswille kann noch diskutiert werden, ob es sich hier um eine bloße „Gefälligkeit ohne Auftrag"[4] handelt. Dazu kann auf die parallele Abgrenzung zwischen bloßer Gefälligkeit und Vertrag, die nach dem Vorliegen eines Rechtsbindungswillens vorzunehmen ist, rekurriert werden. Maßgebliches Argument gegen die Annahme einer „Gefälligkeit ohne Auftrag" ist das im Sachverhalt ausdrücklich angesprochene Haftungsrisiko, das bei der Nichtvornahme der Geschäftsführung besteht.

[1] *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 44 Rn. 7.

[2] Es sollte Kandidaten freistehen, ob sie die Erfassung risikotypischer Begleitschäden auf eine Analogie zu § 670 BGB stützen oder diese Vorschrift unmittelbar anwenden. Die dogmatische Herleitung ist im Schrifttum umstritten.

[3] Siehe nur *Gehrlein*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2021, § 677 Rn. 10.

[4] So BGH NJW 2015, 2880 (2880 Rn. 9); *Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, Vorb. §§ 677 ff. Rn. 110 ff. spricht in diesem Zusammenhang hingegen von einer „Geschäftsführung aus Gefälligkeit".

4. Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung

Ferner müsste A gem. § 677 BGB das Geschäft des B geführt haben, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt gewesen zu sein. B hat A weder beauftragt, noch war A dem B gegenüber vertraglich oder gesetzlich zur Geschäftsführung berechtigt.

5. Berechtigung der GoA

Schließlich müsste die GoA berechtigt gewesen sein. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn die Übernahme der Geschäftsführung gem. § 683 S. 1 BGB dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Interesse und Wille des B sind zum Zeitpunkt der Geschäftsübernahme zu bestimmen.[5] Zu diesem Zeitpunkt schlief B noch und konnte keinen aktuellen Willen bilden. Allerdings war B in der Vergangenheit überaus dankbar und glücklich, wenn er den Räumdienst nicht verrichten musste. Mangels entgegenstehender Anzeichen kann daraus geschlossen werden, dass er auch dieses Mal damit einverstanden war, dass ein anderer Hausbewohner für ihn die Straße von Schnee und Eis befreite. Verlangt man mit der Rechtsprechung eine irgendwie geartete Äußerung dieses Willens,[6] so kann diese in dem Bedanken gegenüber den anderen Hausbewohnern in der Vergangenheit gesehen werden.

Zudem entsprach die Geschäftsführung des A dem objektiv zu bestimmenden Interesse des B. A hat B vor einer potentiellen Schadensersatzhaftung gegenüber verunfallten Passanten bewahrt und ist dessen Streu- und Räumpflicht nachgekommen. Es liegt damit eine echte, berechtigte GoA vor.

6. Rechtsfolgen: Aufwendungsersatz, § 670 BGB

Eine solche echte, berechtigte GoA verpflichtet den Geschäftsherrn, dem Geschäftsführer gem. § 683 S. 1 BGB dessen Aufwendungen nach dem Auftragsrecht zu ersetzen. Damit verweist § 683 S. 1 BGB auf § 670 BGB. Danach kann der Geschäftsführer Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Aufwendungsersatz umfasst grundsätzlich in Abgrenzung zum Schaden den Ersatz freiwilliger Vermögensopfer. A verlangt hier den Ersatz von Behandlungskosten, Schmerzensgeld und den Ersatz der Kosten für den Schlüsseldienst. Dies sind unfreiwillige Vermögensopfer und damit Schäden. Gleichwohl wird der Aufwendungsersatzanspruch gem. § 670 (analog) BGB nach allgemeiner Meinung um den Ersatz „risikotypischer Begleitschäden" erweitert. Solche miterfassten risikotypischen Begleitschäden sind solche Schäden, in denen sich ein Risiko verwirklicht, das typischerweise mit der Geschäftsführung verbunden ist. Die Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos genügt nicht. Es muss sich eine tätigkeitsspezifisch gesteigerte Gefahr realisieren.[7]

a) Behandlungskosten

Die geltend gemachten Behandlungskosten resultieren daraus, dass A, nachdem er den Gehweg bereits vollständig geräumt hat, beim Säubern des Besens auf der Bordsteinkante ausrutscht und sich den Knöchel bricht. Mit dem Streuen und Räumen des Gehwegs ist typischerweise die Gefahr verbunden, dass man auf noch nicht geräumtem Schnee oder Eis oder auf Eis und Schnee in nicht zu räumenden Bereichen ausrutscht. Insoweit verwirklicht sich in der Verletzung des A eine typische Gefahr der Geschäftsbesorgung. Allerdings zieht sich A diese Verletzung erst zu, nachdem er den Gehweg vollständig geräumt hat. Gleichwohl verwirklicht sich eine typischerweise mit der Geschäftsbesorgung verbundene Gefahr. Zum einen mag man das Säubern des Besens zur Geschäftsbesorgung hinzuzählen. Zum anderen verwirklichen sich mit der Geschäftsbesorgung typischerweise verbundene Gefahren auch dann, wenn sie sich auf dem Hin- oder Rückweg zur Geschäftsbesorgung ereignen, sofern die Geschäftsbesorgung dieses Wegrisiko erhöht. Von der Verwirklichung eines solchen Risikos ist hier auszugehen. Letztlich verwirklicht sich in dem Ausrutschen und den nachfolgenden Behandlungskosten nicht nur das allgemeine Lebensrisiko.

b) Schmerzensgeld

Aus dem Knöchelbruch resultiert zugleich ein immaterieller Schaden (Schmerzensgeld), den A geltend macht. Fraglich ist, ob § 253 Abs. 2 BGB auf den Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (analog) Anwendung findet. Dagegen wird geltend gemacht, dass §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (analog) keinen echten Schadensersatzanspruch gewähre, § 253 Abs. 2 BGB aber einen solchen voraussetze.[8] Der Ersatz immaterieller Schäden sei zudem deshalb nicht einsichtig, weil dem Geschäftsherrn kein haftungsbegründendes Verhalten vorzuwerfen ist.[9] Die Befürworter einer Anwendung des § 253 Abs. 2 BGB bringen hingegen vor, dass nunmehr auch eine Gefährdungshaftung den Ersatz immaterieller Schäden umfassen kann.[10] § 253 Abs. 2 BGB setze lediglich die Rechtsfolge Schadensersatz voraus, die §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (analog) erfüllen.

> *Hinweis*: Eine solche vertiefte Auseinandersetzung ist keinesfalls zu erwarten. Es sollte bereits positiv gewertet werden, wenn Kandidaten auf § 253 Abs. 2 BGB verweisen und dessen Anwendbarkeit, wenn auch mit Hinweis auf eine (vermeintlich) h.M., bejahen. Im Ergebnis sind beide Auffassungen vertretbar.

c) Kosten für den Schlüsseldienst

Auch bei den Kosten für den Schlüsseldienst müsste es sich

[5] OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1337; *Gehrlein* (Fn. 3), § 683 Rn. 3 f.
[6] OLG Koblenz NJW-RR 1995, 15; OLG München NJW-RR 1988, 1013 (1015).
[7] BGH NJW 1993, 2234 (2235).
[8] *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 683 Rn. 39.
[9] *Thole*, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 1.8. 2021, § 683 Rn. 42; differenzierend *Bergmann* (Fn. 4), § 683 Rn. 69.
[10] *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 10. Aufl. 2020, § 5 Rn. 39.

um einen risikotypischen Begleitschaden handeln. Dies wäre allerdings nur dann gegeben, wenn das Risiko für A, seinen Schlüssel zu vergessen, durch die Geschäftsführung etwa durch Panik oder Eile erhöht gewesen wäre. Allerdings frühstückt A ausgiebig, bevor er die Straße räumt. Von einer besonderen Eile oder einer etwaigen von der Geschäftsführung ausgehenden Risikoerhöhung kann daher nicht gesprochen werden. Es verwirklicht sich vielmehr das allgemeine Lebensrisiko.

Hinweis: Auch wenn die eigentliche Geschäftsführung erst mit dem Räumen der Straße beginnt, sind auch Aufwendungen bzw. Schäden ersatzfähig, die zeitlich im Vorfeld liegen, aber eine enge Verbindung zur Geschäftsbesorgung aufweisen. Die Kosten für den Schlüsseldienst können deshalb nicht bereits deshalb für nicht ersatzfähig angesehen werden, weil sie zeitlich vor dem Räumen des Schnees begründet wurden.
Sollten Bearbeitungen darauf eingehen, dass A die Verteilung des Streu- und Räumplanes sorgfältiger hätte lesen können, und daraus ein Mitverschulden des A ableiten, so müssten sie auch auf die Anwendung des § 254 BGB bzw. eines entsprechenden Rechtsgedankens i.R.d. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (analog) eingehen. Wie zur Anwendung des § 253 Abs. 2 BGB sind beide Ergebnisse vertretbar.
Sollte – was keinesfalls erwartet wird – eine Schenkungsabsicht des A zugunsten des alten Ehepaars angesprochen werden, die gem. § 685 Abs. 1 BGB Ersatzansprüche ausschließt, so sind zwei voneinander abzuschichtende Probleme zu erörtern: Zunächst ist zu klären, ob der Verzicht auf Ersatzansprüche nach § 685 Abs. 1 BGB eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist.[11] Wer dies annimmt, muss hier einen Zugang sowohl beim alten Ehepaar als auch bei B verneinen und muss daher nicht entscheiden, auf wen es ankommt. Wer hingegen von einer Schenkungsabsicht gegenüber dem alten Ehepaar ausgeht, muss diese Frage klären und zudem entscheiden, ob § 686 BGB auch auf § 685 Abs. 1 BGB einwirkt. Im Schrifttum wird sowohl auf den Willen des Geschäftsführers abgestellt und die Schenkungsabsicht damit nicht auf den eigentlichen Geschäftsherrn (hier B) bezogen,[12] als auch unter Hinweis auf einen normativen Tatbestand die Wirkung des § 686 BGB auf § 685 BGB erstreckt[13].

7. Ergebnis

A hat gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten, nicht aber auf Ersatz der Kosten für den Schlüsseldienst aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (analog). Je nachdem, ob § 253 Abs. 2 BGB für anwendbar gehalten wird, tritt ein Anspruch auf ein angemessenes Schmerzensgeld aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (analog) hinzu.

Hinweis: Wird ein Anspruch des A gegen B aus § 823 Abs. 1 BGB geprüft, so wurde A zwar an Körper und Gesundheit geschädigt. Das Unterlassen der Räumung durch B war dafür auch kausal. Ein Schadensersatzanspruch des A aus § 823 Abs. 1 BGB kann entweder mangels Schutzzweckzusammenhangs (die Streu- und Räumpflicht schützt nicht den Pflichtigen selbst bzw. bei Personenverschiedenheit mit dem Streu- und Räumpflichtigen den Räumenden nicht weitergehend – d.h. vor weitergehenden Risiken – als gewöhnliche Passanten; darüberhinausgehende Risiken hat der Räumende selbst geschaffen; diese sind ihm und nicht dem Streu- und Räumpflichtigen zuzurechnen), eigenverantwortlicher Selbstgefährdung oder jedenfalls mangels Verschuldens (anders als nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB keine Vermutung) des B abgelehnt werden. Unter Verweis auf die Fallgruppe der Herausforderungsfälle kann ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB auch bejaht werden, wenn entsprechend begründet wird, dass A sich zum Räumen des Gehwegs herausgefordert fühlen durfte. Einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB bejaht auch, wer davon ausgeht, dass das Räumen keine höhere Gefahr als das Entlanglaufen begründe. Auf Rechtsfolgenseite sind die §§ 249 ff. BGB unmittelbar anwendbar und es ergeben sich dieselben Ergebnisse wie oben. Ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Schlüsseldienst ergibt sich auch aus § 823 Abs. 1 BGB nicht.

II. Anspruch des B gegen A auf Zahlung von 500 € aus §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB

B könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB haben.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen einer echten, berechtigten GoA, namentlich die Besorgung eines fremden Geschäfts mit Fremdgeschäftsführungswillen ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung, aber im Interesse und Willen des Geschäftsherrn, liegen wie geprüft vor (siehe oben). Auf eine solche echte, berechtigte GoA finden die §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB (in den Rechtsfolgen) uneingeschränkte[14] Anwendung.

2. Rechtsfolge: Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten

Danach finden auf die Verpflichtungen des Geschäftsführers die für einen Beauftragten geltenden Vorschriften, hier § 667 BGB, entsprechende Anwendung. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben. Während A den Gehweg räumt, findet er 500 € im Schnee. Hieran erwirbt er später von Gesetzes wegen Eigentum. Fraglich ist, ob A diese 500 € „aus der Geschäftsbesorgung“ erlangt hat. Dagegen könnte sprechen, dass A das Eigentum durch Gesetz erlangt und der Fund insbesondere nicht Gegenstand der Geschäftsbesorgung war. Das Gesetz ordnet keine Herausgabe „des Erlangten“ an, sondern beschränkt die Herausgabepflicht auf das „aus der

[11] So etwa *Schäfer* (Fn. 8), § 685 Rn. 5.
[12] So etwa *Schäfer* (Fn. 8), § 686 Rn. 5; *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 686 Rn. 1.
[13] So etwa *Bergmann* (Fn. 4), § 686 Rn. 8.
[14] Siehe den Hinweis in den Vorüberlegungen.

Geschäftsbesorgung" Erlangte. Damit bringt es zum Ausdruck, dass neben der Kausalität ein innerer Zusammenhang zwischen der Geschäftsbesorgung und dem Erlangten besteht; das Erlangte muss dem Geschäftsherrn zugewiesen sein.[15] Zwar ist B zuzugeben, dass er das Geld gefunden hätte, hätte er den Gehweg geräumt. Damit besteht ein kausaler Zusammenhang. Allerdings ist der erforderliche innere Zusammenhang zu verneinen. A findet das Geld lediglich bei Gelegenheit der Geschäftsbesorgung für B. Das Geld ist nicht dem Geschäftsherrn zugewiesen. Es hat keinen Bezug zur Geschäftsbesorgung. Vielmehr war das Geld ursprünglich dem Eigentümer, sodann aber dem Finder zugewiesen. Das Räumen der Straße schuf nur die Gelegenheit für den Fund.

Hinweis: Es handelt sich um ein (vermutlich unbekanntes) Subsumtionsproblem, bei dem es auf eine überzeugende Argumentation und Gesetzesauslegung ankommt.

3. Ergebnis

B hat gegen A keinen Anspruch auf Zahlung von 500 € aus §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB.

III. Gesamtergebnis

A hat gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Heilbehandlungskosten, nicht aber auf Ersatz der Kosten für den Schlüsseldienst aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (analog). Je nachdem, ob § 253 Abs. 2 BGB für anwendbar gehalten wird, tritt ein Anspruch auf ein angemessenes Schmerzensgeld aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (analog) hinzu.

B hat gegen A hingegen keinen Anspruch auf Zahlung von 500 €.

Lösungsvorschlag Fallfortsetzung

I. Ansprüche gegen A

1. § 823 Abs. 1 BGB (Weide)

B könnte gegen A einen Anspruch auf Ersatz der Räumungskosten i.H.v. 2.000 € aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

Hinweis zum Aufbau: Die Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB kann zugleich die Prüfung der Rechtsgutsverletzung mit Blick auf die zwei toten Schafe umfassen. Dann müsste die Prüfung der haftungsbegründenden Kausalität innerhalb derselben Prüfung zwischen der Eigentumsverletzung an der Weide und der Eigentumsverletzung an den Schafen unterscheiden. Beide Aufbauvarianten sind möglich. Die hier gewählte getrennte Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB dürfte aber die übersichtlichere Darstellungsweise sein.

a) Haftungsbegründender Tatbestand

aa) Rechtsgutsverletzung

Die Weide des B wurde unter Geröll begraben. Damit liegt eine Substanzschädigung an der im Eigentum des B stehenden Weide vor. Das Eigentum des B ist verletzt.

bb) Verhalten

B überquerte ein Geröllfeld und trat dabei einen Erdrutsch los. Hierin liegt ein aktives Tun.

Hinweis: Es kann mit einer Auffassung in der Literatur ein pflichtwidriges Verhalten verlangt werden. Es wird dann mit der überwiegenden Ansicht zwischen unmittelbaren Rechtsgutsverletzungen auf der einen und mittelbaren Rechtsgutsverletzungen und Unterlassungen auf der anderen Seite zu unterscheiden sein. Letztere verlangen eine eingehendere Begründung ihrer Pflichtwidrigkeit. Siehe dazu den nächsten Hinweis.

cc) Haftungsbegründende Kausalität

Das Überqueren des Geröllfelds und das gleichzeitige Lostreten des Erdrutsches durch A müsste haftungsbegründend kausal für die Eigentumsverletzung an der Weide des B sein. Dies beurteilt sich nach der Äquivalenz- und der Adäquanztheorie sowie dem Schutzzweck der verletzten Norm.

(1) Äquivalenztheorie

Hätte B das Geröllfeld nicht überquert und dabei den Erdrutsch losgetreten, wäre das Geröll nicht auf die Weide des B niedergegangen und hätte diese nicht unter sich begraben. Das Lostreten des Erdrutsches ist daher naturwissenschaftlich kausal für die Eigentumsverletzung des B (conditio sine qua non, Äquivalenztheorie).

(2) Adäquanztheorie

Dass beim Überqueren eines Geröllfelds unter den gegebenen widrigen Bedingungen ein Erdrutsch losgetreten werden kann, der darunterliegende Weiden oder auch Bebauung beschädigen oder zerstören sowie zu Personenschäden führen kann, liegt nicht außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung, sodass das Überqueren des Geröllfelds als adäquate Ursache der Eigentumsverletzung des B anzusehen ist (Adäquanztheorie).

(3) Schutzzweck der verletzten Norm

Die Eigentumsverletzung des B müsste schließlich auch vom Schutzzweck der verletzten Norm umfasst sein.

Hinweis zum Aufbau: Vorliegend handelt es sich in beiden Fällen (Weide und Schafe) wohl um eine mittelbare Rechtsgutsverletzung, soweit diese unscharfe Abgrenzung überhaupt eine Einordnung erlaubt. Es werden von der h.M. keine trennscharfen Abgrenzungskriterien vorgeschlagen. Eine mittelbare Rechtsgutsverletzung erfordert nach allgemeiner Ansicht die Verletzung einer Verkehrspflicht (auch: Verkehrssicherungspflicht). Während dieses Ergebnis allgemein anerkannt ist, bestehen Unterschiede im Verständnis der (Rechtswidrigkeits-)Struktur des § 823 Abs. 1 BGB. Zum einen wird die Verkehrspflichtverletzung dem Tatbestand zugerechnet, zum anderen der Rechtswidrigkeit. Vorzugswürdig ist die Behandlung im Rahmen des Schutzzwecks der Norm. Die dort betrachtete „Norm" ist die Verkehrspflicht. Der Sache nach verlangt man eine Verkehrspflichtverletzung mithin nicht nur

[15] *Schäfer* (Fn. 8), § 667 Rn. 12.

bei mittelbaren Rechtsgutsverletzungen und Unterlassungen, sondern auch bei unmittelbaren Rechtsgutsverletzungen. Dies zeigt sich bei der Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität. Vorausgesetzt wird die Verletzung einer den Geschädigten schützenden Norm. Dass eine unmittelbare Rechtsgutsverletzung auf einer solchen Verkehrspflichtverletzung beruht, ist derart offensichtlich, dass eine eingehende Prüfung unterbleibt. Sie wird von der h.M. der Sache nach unterstellt. Sie ist aber nicht verzichtbar.
Für die Klausurbearbeitung kann freilich gleichwertig die Verletzung der Verkehrspflicht erst im Rahmen der Rechtswidrigkeit geprüft werden.
Ebenfalls dürfte es vertretbar sein, eine unmittelbare Rechtsgutsverletzung anzunehmen. Auch bei einer unmittelbaren Rechtsgutsverletzung ist im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität allerdings die Zurechnung nach dem Schutzzweck der Norm zu prüfen. Dies verlangt die Festlegung auf eine (Verhaltens-)„Norm". Wer darüber hinweggeht und zudem die Rechtswidrigkeit unter Verweis auf die unmittelbare Rechtsgutverletzung (Erfolgsunrecht) als indiziert ansieht, wird sich im Rahmen des Verschuldens mit dem Fahrlässigkeitsmaßstab auseinanderzusetzen haben. Im Rahmen dieser Prüfung kehren die nachfolgend behandelten Probleme wieder.

(a) Verletzte Norm

Die verletzte Norm ist vorrangig dem geschriebenen Recht zu entnehmen. Findet sich ein solcher Anhaltspunkt nicht, ist sie durch Abwägung der Umstände des Einzelfalls zu begründen. Eine geschriebene Verhaltenspflicht ist vorliegend nicht zu erkennen. Die Verhaltenspflicht muss daher durch Abwägung aller Umstände des Einzelfalls ermittelt werden. Dabei sind mit der Rechtsprechung „Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren", zu ermitteln. Es gilt, die Handlungsfreiheit des A mit den Schutzinteressen des B zu einem Ausgleich zu bringen.

A ist ein unerfahrener Wanderer, der vor einer heiklen Situation steht. Die Überquerung des Geröllfelds ist mit Blick auf seine eigene Gesundheit gefährlich. Die Steine sind aufgrund des starken Regens sehr rutschig. Zugleich hat der starke Regen bereits kleinere Bäche im Geröllfeld gebildet sowie Teile des Weges unterspült. Beides sind starke Anzeichen für eine Gefährdung der Vegetation, der tiefer liegenden Bebauung sowie etwaiger Personen, die sich unterhalb von ihm aufhalten. Viele Wanderer vor ihm haben das Geröllfeld gemieden und sind zuvor etwas aufgestiegen, sodass sich bereits ein entsprechender Trampelpfad gebildet hat. Seinen Verlauf kann A allerdings aufgrund der schlechten Sichtverhältnisse nicht einsehen. Sowohl die schlechte Sicht als auch den Starkregen hat der Wetterdienst vorhergesagt. Für A streitet lediglich sein Interesse, die Wanderung fortzusetzen. Dies wäre allerdings gefahrlos über den Trampelpfad möglich gewesen und hätte keine Überquerung des Geröllfelds verlangt. Die Gefahr für andere durch einen Erdrutsch oder eine Geröllawine sind ungleich größer zu gewichten. Die durch sie drohenden Schäden an Eigentum sowie Körper und Gesundheit sind mitunter enorm. Auch die oben genannten Anzeichen sprechen für eine relativ hohe Wahrscheinlichkeit der Gefahrrealisierung. Dass A dem markierten Weg folgt, fällt nicht entscheidend zu seinen Gunsten ins Gewicht. Er bewandert den Weg in der Nebensaison, in der der Betreiber ihn nicht täglich abgeht und prüft. Mehr noch als in der Hauptsaison ist es also an dem einzelnen Wanderer, die Gefahren und sein Können einzuschätzen und entsprechend verantwortungsvoll zu handeln. Ein solches Handeln lag vorliegend gerade nicht in dem Überqueren des Geröllfelds. A traf mithin eine Verhaltenspflicht, bei den gegebenen Umständen das Geröllfeld nicht zu betreten. Diese Verhaltenspflicht hat A verletzt.

Hinweis: Das Herausarbeiten der Verhaltenspflicht und der Umgang mit ihr ist eines der zentralen Probleme der Fallfortsetzung.
A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar. Die Prüfung müsste dann im Hilfsgutachten fortgesetzt werden.

(b) Rechtsgutverletzung vom Schutzzweck der Norm umfasst

Ferner müsste die von B (persönlicher Schutzbereich) erlittene Eigentumsverletzung an der Weide (sachlicher Schutzbereich) sowie die Art und Weise der Verletzung (modaler Schutzbereich) vom Schutzzweck der Norm umfasst sein.

(aa) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich der Verhaltenspflicht ist weit. Er erfasst alle Geschädigten, deren Rechtsgüter durch einen Erdrutsch beschädigt werden.

(bb) Sachlicher Schutzbereich

Die Verhaltenspflicht schützt vor sämtlichen Schäden durch einen Erdrutsch. Dies können sowohl Körper- als auch Eigentumsschädigungen sein. Die Eigentumsverletzung an der Weide ist damit vom sachlichen Schutzbereich der Verhaltensnorm erfasst.

(cc) Modaler Schutzbereich

Die Verhaltenspflicht schützt vor Rechtsgutsverletzungen durch herabrauschendes Geröll und weiteres Gesteinsmaterial. Das Verschütten der Weide des B und die daraus resultierende Eigentumsverletzung sind daher auch vom modalen Schutzbereich der Verhaltensnorm umfasst.

Hinweis: Die Auseinandersetzung mit dem Schutzzweck der Norm kann mit Blick auf die Eigentumsverletzung an der Weide deutlich kürzer gefasst werden. Der Argumentationsschwerpunkt liegt insoweit auf der Eigentumsverletzung an den Schafen.

b) Rechtswidrigkeit

In der Eigentumsverletzung an der Weide liegt eine mittelbare Rechtsgutsverletzung. Sie wird vermittelt durch das herabrauschende Gestein. Die bei einer mittelbaren Rechtsgutsverletzung allgemein verlangte Verkehrspflichtverletzung wurde bereits im Rahmen des Schutzzwecks der Norm geprüft

und bejaht. Die Rechtswidrigkeit wird damit indiziert. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

Hinweis: Wer die Verkehrspflichtverletzung der Rechtswidrigkeit zuordnet, wird die obige Prüfung hierhin zu verlagern haben.

c) Verschulden

Trotz der Warnzeichen vor Ort überquerte A das Geröllfeld. Damit ließ er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht und handelte gem. § 276 Abs. 2 BGB fahrlässig. Einem verantwortungsbewussten Wanderer war erkennbar und vorhersehbar, dass dem Überqueren des Geröllfelds die Gefahr eines Erdrutsches innewohnte, der alles Darunterliegende beschädigen könnte.

d) Schaden, §§ 249 ff. BGB

Der ersatzfähige Schaden richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. B macht die Kosten für die Räumung i.H.v. 2.000 € geltend. Diese sind gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB ersatzfähig.

e) Haftungsausfüllende Kausalität

Die Räumungskosten beruhen haftungsausfüllend kausal auf der Eigentumsverletzung an der Weide.

f) Ergebnis

B hat gegen A einen Anspruch auf Ersatz der Räumungskosten i.H.v. 2.000 € aus § 823 Abs. 1 BGB.

2. § 823 Abs. 1 BGB (Schafe)

B könnte gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 400 € wegen der verendeten zwei Schafe aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

a) Haftungsbegründender Tatbestand

aa) Rechtsgutverletzung

Zwei Schafe des B sind verendet. B ist durch diese Substanzverletzung damit als Eigentümer der Schafe (§§ 90a S. 3, 903 BGB) in seinem Eigentum verletzt.

bb) Verhalten

Das Verhalten des A liegt im Überqueren des Geröllfelds und damit in einem aktiven Tun.

Hinweis: Die obigen Hinweise zum Aufbau und Struktur des § 823 Abs. 1 BGB gelten auch hier. Für welchen Weg sich die Bearbeitungen auch entscheiden, sollte dieser für beide Prüfungen einheitlich und widerspruchsfrei beschritten werden.

cc) Haftungsbegründende Kausalität

(1) Äquivalenztheorie

Hätte A das Geröllfeld nicht überquert, hätte er keinen Erdrutsch losgetreten, das Geröll hätte die Weide nicht begraben, die Schafe des B wären nicht auf die Weide des S geflohen, wären von dort nicht verschwunden und schließlich nicht in den Tod gestürzt bzw. vom Fuchs gerissen worden. Auch für die Eigentumsverletzung an den Schafen war das Verhalten des A naturwissenschaftlich kausal.

(2) Adäquanztheorie

Dass Schafe in den Alpen durch einen Erdrutsch von ihrer Weide vertrieben und stark traumatisiert werden, sodass sie daraufhin verschwinden und in ihrem traumatisierten Zustand in den Tod stürzen bzw. in ihrem traumatisierten Zustand einem Fuchs hilflos ausgeliefert sind, liegt nicht außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung. Das Überqueren des Geröllfelds ist damit auch adäquat kausal für die Eigentumsverletzung an den Schafen.

(3) Schutzzweck der Norm

Schließlich müssten die Eigentumsverletzungen an den Schafen auch vom Schutzzweck der Norm erfasst sein. Wie bereits geprüft, hat A die Verhaltenspflicht, das Geröllfeld bei den gegebenen Umständen nicht zu queren, verletzt (siehe oben). Der Schutzbereich dieser Verhaltenspflicht müsste B in persönlicher, das Eigentum an den Schafen in sachlicher und die Eigentumsverletzungen in modaler Hinsicht umfassen.

(a) Persönlicher Schutzbereich

B ist vom persönlichen Schutzbereich der Verhaltenspflicht umfasst (siehe oben).

(b) Sachlicher Schutzbereich

Die Verhaltenspflicht schützt ferner auch vor Eigentumsverletzungen (siehe oben).

(c) Modaler Schutzbereich

Fraglich ist aber, ob die Verhaltenspflicht, das Geröllfeld bei den widrigen Bedingungen nicht zu überqueren, auch davor schützt, dass Schafe von ihrer Weide fliehen müssen, völlig verstört werden, traumatisiert ihren neuen Unterschlupf verlassen sowie in die Tiefe stürzen bzw. von einem Fuchs gerissen werden (modaler Schutzbereich).

Die Verhaltenspflicht will vor Erdrutschen und Geröllawinen schützen. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie unbeherrschbar und unberechenbar sind. Sie haben nicht nur eine große Zerstörungskraft, sondern sind auch geeignet, bei Menschen und Tieren aufgrund der existenziellen Bedrohung Panikreaktionen herbeizuführen. Solche Panikreaktionen sind sowohl bei Menschen als auch bei Tieren ebenfalls unbeherrschbar und unberechenbar. Sie können auch dazu führen, dass sich Tiere zwar der primären Gefahr des Erdrutsches entziehen, ihr Handeln als Panikreaktionen aber neue Gefahren für sie herbeiführt. Solche Panikreaktionen liegen hier mit dem Sturz in die Tiefe ebenso vor wie in der Hilflosigkeit vor dem Fuchs. Es verwirklicht sich damit weiterhin die Gefahr des Erdrutsches, vor der die Verhaltenspflicht schützen möchte. Es verwirklicht sich nicht das allgemeine Lebensrisiko eines Schafes, abzustürzen oder Opfer eines Fressfeindes zu werden. Beide Gefahren waren hier gerade durch die Panikreaktionen derart erhöht, dass man davon ausgehen muss,

dass sich weiterhin die Gefahr, vor der die Verhaltenspflicht schützen möchte, verwirklicht hat.

Hinweis: A.A. mit entsprechender Begründung gut vertretbar. Die argumentative Auseinandersetzung mit dieser Zurechnungsfrage stellt einen weiteren Schwerpunkt der Fallfortsetzung da.

b) Rechtswidrigkeit

In der Eigentumsverletzung an den Schafen liegt ebenfalls eine mittelbare Rechtsgutsverletzung. Die in solchen Fällen allgemein verlangte Verkehrspflichtverletzung wurde bereits geprüft und bejaht. Die Rechtswidrigkeit wird damit indiziert. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

Hinweis: Wer die Verkehrspflichtverletzung bei mittelbaren Rechtsgutsverletzungen der Rechtswidrigkeit zuordnet, wird die obige Prüfung erneut hierhin zu verlagern haben.

c) Verschulden

A handelte fahrlässig gem. § 276 Abs. 2 BGB.

d) Schaden, §§ 249 ff. BGB

Der Wert der beiden Schafe i.H.v. 400 € ist gem. § 251 Abs. 1 BGB ersatzfähig.

e) Haftungsausfüllende Kausalität

Der ersatzfähige Schaden beruht adäquat kausal auf der Eigentumsverletzung an den Schafen und ist vom Schutzzweck der verletzten Norm umfasst. Die haftungsausfüllende Kausalität ist damit zu bejahen.

f) Ergebnis

B hat gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der getöteten Schafe i.H.v. 400 € aus § 823 Abs. 1 BGB.

II. Ansprüche gegen S

Hinweis: Sachenrechtliche Ansprüche sind nach dem Bearbeitungsvermerk nicht zu prüfen.

1. §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB

B könnte gegen S einen Anspruch auf Herausgabe der 28 Schafe aus §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB haben.

Dies setzt zunächst voraus, dass eine GoA vorliegt. S müsste ein Geschäft für B geführt haben. Ein Geschäft kann in jeder rechtlichen oder tatsächlichen Tätigkeit liegen. Ein bloßes Dulden oder Unterlassen genügt dagegen nicht.[16] Die Schafe liefen S ohne sein Zutun oder seine Veranlassung zu. S war untätig. Damit liegt keine Geschäftsbesorgung vor.

Zudem hat S den Besitz an den Schafen nicht „aus der Geschäftsbesorgung" erlangt. Eine Geschäftsbesorgung kann nur in der dem Zulaufen nachgelagerten Versorgung der Tiere liegen. Zu diesem Zeitpunkt war S aber bereits im Besitz der Schafe.

B hat damit gegen S keinen Anspruch auf Herausgabe der 28 Schafe aus §§ 677, 681 S. 2, 667 BGB.

2. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

B könnte gegen S einen Anspruch auf Herausgabe der 28 Schafe sowie Wertersatz für die beiden verschwundenen und sodann verendeten Schafe i.H.v. jeweils 200 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB haben.

Hinweis: Die nachfolgende Prüfung folgt einer Eingriffskondiktion, weil diese auch die Vermögensverschiebung durch Dritte und durch Naturereignisse erfasst. Eine terminologische Festlegung ist aber nicht erforderlich. Es kommt primär darauf an, dass die Bearbeitungen mit den gesetzlichen Voraussetzungen arbeiten und diese sauber prüfen.

a) Etwas erlangt

S müsste etwas erlangt haben. Dies kann jeder vermögenswerte Vorteil sein. S könnte den Besitz an zunächst 30 Schafen erlangt haben. Besitz bezeichnet gem. § 854 Abs. 1 BGB die tatsächliche Gewalt über eine Sache. Nachdem die Schafe des B auf die Weide des S geflohen sind, sind sie ebenso wie die Schafe des S durch die dortigen Zäune an einem Entfernen gehindert. S hat das Unterkommen der Schafe des B in seinem Stall mit Wohlwollen zur Kenntnis genommen und wies daher den nach h.M. erforderlichen Besitzwillen auf. S hat die tatsächliche Sachherrschaft an den Schafen und ist damit Besitzer.

Hinweis: Die Kandidaten sollen klar benennen, dass S den Besitz an den Schafen erlangt hat und nicht etwa „die Schafe".
Eine eingehende Prüfung des § 854 Abs. 1 BGB kann gleichwohl freilich nicht erwartet werden, weil die Vorschrift nicht Prüfungsgegenstand ist. Auch im Folgenden dürfen sachenrechtliche Kenntnisse nicht vorausgesetzt werden.

b) In sonstiger Weise

S müsste den Besitz an den Schafen auch in sonstiger Weise und gerade nicht durch Leistung erlangt haben. Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Den Besitz erlangte S durch die Fluchtreaktion der Schafe auf den von A verursachten Erdrutsch. Damit wollten weder A noch B aus der maßgeblichen objektiven Sicht des Empfängers S das Vermögen des S bewusst und zweckgerichtet mehren. S hat den Besitz an den Schafen somit in sonstiger Weise und gerade nicht durch Leistung erlangt.

Es liegt ein Fall der Eingriffskondiktion vor. Der Besitz an den Schafen des B ist dem Eigentümer B zuzuordnen. Der Erdrutsch griff in den Zuweisungsgehalt seines Eigentums an den Schafen ein und ließ die Schafe auf die Weide des S fliehen, woraufhin dieser Besitzer wurde. Die Entziehung bzw. Vorenthaltung des Besitzes stellt eine Eigentumsverlet-

[16] *Gehrlein* (Fn. 3), § 677 Rn. 10; *Schäfer* (Fn. 8), § 677 Rn. 34.

zung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB und gleichermaßen einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Eigentums dar.

c) Auf dessen Kosten

S müsste den Besitz an den Schafen auf Kosten des B erlangt haben. Dies ist der Fall, wenn S den Besitz unmittelbar aus dem Vermögen des B erlangte. Die Schafe des Eigentümers B flohen von dessen Weide auf die Weide des S. Der Besitz ging somit unmittelbar aus dem Vermögen des Eigentümers B auf S über. S erlangte den Besitz an den Schafen somit auf Kosten des B.

d) Ohne Rechtsgrund

Für diese Vermögensverschiebung, d.h. den Übergang des Besitzes auf S, ist kein Rechtsgrund ersichtlich. Eine echte, berechtigte GoA, die einen Rechtsgrund bilden kann, liegt wie gesehen nicht vor.

e) Rechtsfolge

Nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB hatte S ursprünglich den Besitz an den 30 Schafen an B herauszugeben. Mit dem Verschwinden der zwei Schafe wandelte sich dieser Anspruch insoweit, d.h. in Bezug auf die zwei Schafe, gem. § 818 Abs. 2 BGB zu einem Wertersatzanspruch um.

Allerdings ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Wertersatz gem. § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Mit dem Verschwinden der beiden Schafe hat auch S den Besitz an ihnen sowie den in ihnen verkörperten Wert verloren. In Bezug auf diese beiden Schafe, d.h. in Bezug auf den Wertersatzanspruch, kann er sich daher grundsätzlich auf Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen.

Der Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB könnte eine verschärfte bereicherungsrechtliche Haftung des S gem. §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB entgegenstehen. Eine von § 818 Abs. 4 BGB vorausgesetzte Rechtshängigkeit liegt nicht vor. B hat S (noch) nicht auf Herausgabe verklagt. S könnte aber gem. § 819 Abs. 1 BGB den Mangel des rechtlichen Grundes gekannt haben. Eine Kenntnis der Tatsachen genügt nicht. Erforderlich ist die Kenntnis des Fehlens des rechtlichen Grundes selbst und die daraus erwachsende Rechtsfolge seiner Herausgabepflicht, was aber bereits dann anzunehmen ist, wenn sich der Bereicherungsschuldner bewusst der Einsicht verschließt, dass er das Erlangte nicht behalten darf.[17] Die verschärfte Bereicherungshaftung nach § 819 Abs. 1 BGB rechtfertigt sich nämlich letztlich daraus, dass der Schuldner weiß, dass er das Erlangte nicht behalten darf. S wusste, dass die Schafe seines Nachbarn in seinem Stall untergekommen sind. S kann sich redlicherweise nicht der Einsicht verschließen, dass er die Schafe nicht behalten darf. Mithin hatte er Kenntnis vom Fehlen des Rechtsgrundes gem. § 819 Abs. 1 BGB.

Hinweis: A.A. vertretbar, insbesondere unter Hinweis auf die Vorstellung eines juristischen Laien.

Es ist allerdings zu überlegen, ob sich S ausnahmsweise doch auf Entreicherung nach § 818 Abs. 1 BGB berufen kann, weil die Schafe zufällig und ohne sein Verschulden verschwunden und verendet sind.[18] Dafür spricht zum einen der Wertungsgleichlauf mit dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (kurz EBV): Die Haftung nach den allgemeinen Vorschriften gem. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB führt über § 292 Abs. 1 BGB ins EBV. Danach haftet der Besitzer dem Eigentümer gem. § 989 BGB nur für einen von ihm verschuldeten Untergang der Sache. Es ist nicht ersichtlich, dass die verschärfte Bereicherungshaftung darüber hinausgeht. Zum anderen kann mit einer rein bereicherungsrechtlichen Argumentation darauf verwiesen werden, dass S, selbst wenn er auf die Schafe besonders achtete, weil er sie dem B herausgeben musste, gegen ihr Verschwinden und Verenden machtlos war.

Hinweis: Eine Erörterung dieses Problems kann allenfalls von besonders guten Kandidaten erwartet werden. Insbesondere die Argumentation mit den Wertungen des EBV ist nicht zu verlangen.

Im Ergebnis ist S daher lediglich zur Herausgabe des Besitzes an den 28 verbliebenen Schafen verpflichtet.

f) Ergebnis

B hat gegen S einen Anspruch auf Herausgabe der 28 Schafen aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

III. Gesamtergebnis

B hat gegen A einen Anspruch auf Ersatz der Räumungskosten i.H.v. 2.000 € sowie auf Schadensersatz i.H.v. 400 € wegen der verendeten Schafe jeweils aus § 823 Abs. 1 BGB.

B hat ferner gegen S einen Anspruch auf Herausgabe von 28 Schafen aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

[17] *Looschelders* (Fn. 1), § 56 Rn. 15; *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 819 Rn. 2.

[18] Vgl. *Schwab* (Fn. 17), § 818 Rn. 318, 323.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Blankes Vertrauen*

Von Wiss. Mitarbeiter **Julian Stegerer**, Köln**

Diese schwierige Hausarbeit behandelt examensrelevante Probleme des Bürgschaftsrechts und des BGB AT mit Bezügen zum Handelsrecht. Es werden vertiefte Kenntnisse der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung und eine saubere Anwendung der juristischen Methodik gefordert.

Sachverhalt

Die Eheleute R und J leben in Köln. R ist die einzige Gesellschafterin und die Geschäftsführerin der Z-GmbH.

Anfang Februar 2020 macht sich J als Kaufmann selbstständig. In diesem Zusammenhang wendet er sich an die B-Bank, die ihm, R und auch der Z-GmbH schon lange als Hausbank dient, um eine finanzielle Unterstützung zu erfragen. Die B-Bank ist bereit, J ein Darlehen i.H.v. 80.000 € mit einem Zinssatz von 3% p.a. zu gewähren, das dieser ein Jahr nach Valutierung zurückzahlen soll. Voraussetzung für die Auszahlung des Darlehens sei jedoch, dass sich R und die Z-GmbH bereit erklären, jeweils selbstschuldnerisch zu bürgen, damit für die B-Bank eine Sicherheit für den Fall des Ausfalls des J als Hauptschuldner besteht. J meint, dass dies überhaupt kein Problem wäre und er die erforderlichen Bürgschaftserklärungen umgehend einholen werde.

Am folgenden Tag, an dem R in der B-Bank die Bürgschaftsvereinbarungen abschließen sollte, sind aufgrund eines Versehens der B-Bank die Unterlagen für den Bürgschaftsvertrag mit der Z-GmbH noch nicht fertig. Die Mitarbeiterin der Bank, M, die R schon lange als Kundin der B-Bank betreut, meint, R könne dann ja zunächst ihren persönlichen Bürgschaftsvertrag abschließen. Gerade als M beginnen will, R die Einzelheiten des Bürgschaftsvertrages zu erläutern, klingelt das Telefon der R und es erreicht sie ein sehr dringender Anruf. Sie erklärt M daraufhin, dass sie, R, aufgrund eines Notfalls die Bank so schnell wie möglich verlassen und nach Hause müsse. R meint, sie würde sämtliche Unterlagen mitnehmen, ausfüllen, unterzeichnen und der B-Bank in den folgenden Tagen zukommen lassen. Zu Hause angekommen unterschreibt R hastig die Unterlagen und bittet J, die Einzelheiten auszufüllen und insbesondere auch die Höhe der Bürgschaftssumme einzutragen. J füllt die Unterlagen gewissenhaft aus und setzt den Betrag von 80.000 € als Bürgschaftssumme ein. Am folgenden Tag überbringt J, der in einer anderen Angelegenheit sowieso die B-Bank aufsuchen musste, die Unterlagen der M.

Zwei Tage später ruft M die R an, um einen Termin für den Abschluss des Bürgschaftsvertrags mit der Z-GmbH zu vereinbaren. R meint, dass sie in den nächsten Tagen überhaupt keine Zeit habe, es aber dränge, die Bürgschaftsverträge unter Dach und Fach zu bekommen, damit J das Darlehen ausbezahlt bekäme. Sie erklärt deshalb M, dass die Z-GmbH einen Bürgschaftsvertrag zu den gleichen Konditionen und mit demselben Betrag der Bürgschaft abschließen wolle, wie sie es bereits für sich persönlich getan habe. M erklärt ihr, dass sie das verstanden habe und so verfahren wolle. So geschieht es dann auch. Die B-Bank informiert J, dass nunmehr sämtliche Voraussetzungen für die Auszahlung des Darlehens vorliegen würden und jenes alsbald ausgezahlt werden kann. Infolgedessen wird J, der der B-Bank mitteilt, wie sehr er sich hierüber freut, eine Woche später das Darlehen ausgezahlt.

J hat geschäftlich allerdings überhaupt kein Glück und gerät schon nach verhältnismäßig kurzer Zeit in eine wirtschaftliche Schieflage. Nachdem er bereits im Dezember 2020 das ausgezahlte Darlehen vollständig aufgebraucht hat, ist er im März 2021 nicht in der Lage, das Darlehen zurückzubezahlen. Daraufhin wendet sich die B-Bank am 10.4.2021 an R und verlangt von ihr als Bürgin die Zahlung von 80.000 €.

R ist erbost und setzt sich mit Ihnen in Verbindung, um Rechtsrat zu erhalten. Dabei bringt sie Folgendes vor: Die B-Bank könne von ihr persönlich nicht die Zahlung des Betrages von 80.000 € verlangen, da sie, was zutrifft, gegenüber der B-Bank bereits die Anfechtung des Bürgschaftsvertrags erklärt habe. Sie habe sich in dem Umstand geirrt, dass jeder der Bürgen die Bürgschaft in Höhe des Betrages von 80.000 € abgeben musste. Die B-Bank habe ihr gegenüber dargetan, dass die Bank eine Sicherheit in Form von Bürgschaften in Höhe des Betrages benötige, die J als Darlehen eingeräumt werden solle. Da sich das Darlehen auf den Betrag von 80.000 € belaufen habe, sei bei ihr die Vorstellung erwachsen, dass die Z-GmbH und sie jeweils nur in Höhe von jeweils 40.000 € hätten bürgen müssen. Denn damit sei der Betrag von 80.000 € für die B-Bank gesichert gewesen. R erwähnt in diesem Zusammenhang auch, dass der Prokurist der Z-GmbH, P, dessen Bestellung seit dem November 2020 ordnungsgemäß im zuständigen Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht worden ist, aus demselben Grund bereits einige Tage zuvor die Anfechtung im Namen der Z-GmbH gegenüber der B-Bank erklärt habe.

Unabhängig davon könne es doch nicht richtig sein, dass die B-Bank die Bürgschaftszahlung von ihr als Verbraucherin verlangt, statt von der im Wirtschaftsverkehr versierten Z-GmbH.

Schließlich erklärt R, dass die B-Bank doch nicht von ihr als Ehefrau des J einen derart hohen Betrag verlangen könne. Wenn sie diesen nun bezahlen würde, hätte dies – was ebenfalls als zutreffend unterstellt werden darf – eine besonders schwerwiegende Beeinträchtigung der finanziellen Basis für die gemeinsame Ehe zur Folge. Das wäre ein nicht mehr hinzunehmender Eingriff in das grundgesetzlich geschützte Institut der Ehe, das auch eine auskömmliche finanzielle Basis für die Eheleute umfasse. Da die B-Bank die finanziellen Verhältnisse von ihr und von J seit langem genau kenne (auch das ist zutreffend), hätte die B-Bank gar nicht erst mit einem Wunsch nach Abschluss eines Bürgschaftsvertrages an R herantreten dürfen.

---

* Der Sachverhalt wurde im Wintersemester 2021/22 als Hausarbeit für Fortgeschrittene im Zivilrecht gestellt.

** Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Europäisches Wirtschaftsrecht (Prof. *Dr. Ulrich Ehricke*, LL.M. [London], M.A.) der Universität zu Köln.

Frage 1

Kann die B-Bank von R die Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen verlangen?

Frage 2

Kann die B-Bank von der Z-GmbH die Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen verlangen?

Bearbeitungsvermerk

Auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ist – ggf. in einem Hilfsgutachten – einzugehen. Für die Bearbeitung der Frage 1 ist davon auszugehen, dass der Bürgschaftsvertrag mit der Z-GmbH wirksam zustande gekommen ist.

Lösungsvorschlag

Frage 1: Zahlungsanspruch der B-Bank gegen R

I. Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB

Die B-Bank könnte gegen R einen Anspruch gerichtet auf Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB haben.

1. Forderung der B-Bank gegen J

Die Bürgschaft ist ein akzessorisches[1] Sicherungsmittel, sodass ein Anspruch gem. § 765 Abs. 1 BGB das Bestehen der gesicherten Forderung voraussetzt. Es kommt insofern ein Rückzahlungsanspruch der B-Bank gegen J aus dem vereinbarten Darlehensvertrag gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht.

a) Einigung

Dies setzt voraus, dass ein Darlehensvertrag wirksam abgeschlossen wurde. Die B-Bank hat J ein Angebot über den Abschluss eines Darlehensvertrages unterbreitet, § 145 BGB. Jenes wurde durch J, indem dieser erklärt hat, dass „dies kein Problem wäre und er die erforderlichen Bürgschaftserklärungen einholen würde“ zumindest konkludent angenommen, §§ 147 ff. BGB. Folglich haben die B-Bank und J einen wirksamen Darlehensvertrag abgeschlossen.

b) Abgrenzung zum Verbraucherdarlehensvertrag, §§ 491 ff. BGB

Dieser bedarf gem. § 492 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m § 126 Abs. 1 BGB der Schriftform, wenn es sich um einen Verbraucherdarlehensvertrag i.S.d. §§ 491 ff. BGB handelt. Gem. § 491 Abs. 2 S. 1 BGB liegt ein Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag vor, wenn ein entgeltlicher Darlehensvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen wurde. Nach § 14 Abs. 1 BGB ist Unternehmer jede natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Sowohl die B-Bank als auch J, der das Darlehen zur Finanzierung seiner kaufmännischen Tätigkeit (§ 1 HGB) aufnimmt, handeln im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit. Folglich sind die B-Bank und J Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB, sodass kein Verbraucherdarlehensvertrag vorliegt und das Schriftformerfordernis des § 492 Abs. 1 S. 1 BGB nicht eingehalten werden muss.

> *Anmerkung*: Besonders aufmerksame Bearbeiter könnten an dieser Stelle noch prüfen, ob der Vertrag gem. § 513 BGB i.V.m. § 492 Abs. 1 S. 1 BGB dem Schriftformerfordernis unterliegt. Allerdings übersteigt der Nettodarlehensvertrag 75.000 €, sodass § 513 BGB nicht einschlägig ist.

c) Auszahlung des Darlehens

Aus dem Wortlaut des § 488 Abs. 1 S. 2 BGB („[…] das zur Verfügung gestellte […]“) ergibt sich, dass weitere Voraussetzung des Rückzahlungsanspruchs ist, dass das Darlehen ausgezahlt wurde, der Darlehensgeber somit die Pflicht aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt hat. Die B-Bank hat das Darlehen im Februar 2020 valutiert, sodass sie ihre Pflicht aus § 488 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt hat.

d) Zwischenergebnis

Somit hat die B-Bank gegen J einen Anspruch auf Rückzahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

2. Bürgschaftsvertrag, § 765 Abs. 1 BGB

Es müsste ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen der B-Bank und R bestehen.

a) Einigung

Dies setzt eine wirksame Einigung zwischen R und der B-Bank über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrages voraus, §§ 145 ff. BGB.

M könnte, in Vertretung der B-Bank gem. § 164 Abs. 1 BGB, mit der Übergabe der Unterlagen an R ein Angebot gerichtet auf Abschluss eines Bürgschaftsvertrags zur Sicherung der Forderung aus dem Darlehensvertrag[2] abgegeben haben, § 145 BGB.

> *Anmerkung*: Ebenfalls vertretbar wäre es, hierin eine bloße invitatio ad offerendum zu sehen. Dann müsste allerdings die Unterzeichnung und Übersendung des Bürgschaftsvertrags durch R als Angebot (§ 145 BGB) eingeordnet und sodann geprüft werden, ob eine wirksame Annahme der B-Bank (vertreten durch M) vorliegt. Diesbezüglich wäre zu erörtern, ob eine Annahme gem. § 151 S. 1 Alt. 1 BGB ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden vorliegt. Der BGH nimmt dies für den Fall der Entgegennahme einer persönlich übergegebenen oder des bloßen Behaltens einer übersandten Bürgschaftsurkunde an.[3]

[1] BGH NJW 2016, 3158 (3159 f.); *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 765 Rn. 64.

[2] Da die Forderung in ihrem Entstehungstatbestand bereits begründet war, handelt es sich nicht um eine künftige Forderung i.S.d. § 765 Abs. 2 BGB, siehe hierzu, *Habersack* (Fn. 1), § 765 Rn. 71.

[3] BGH ZIP 1997, 1151.

Problematisch scheint, dass die Bürgschaftsurkunde zu diesem Zeitpunkt noch nicht ausgefüllt war. Insbesondere wurde die Höhe des Betrags erst später durch J eingetragen. Jene ist wesentlicher Vertragsbestandteil eines Bürgschaftsvertrags[4], sodass die fehlende Eintragung der Annahme eines Angebots entgegenstehen könnte. Zu beachten ist jedoch, dass es insoweit genügt, wenn die Höhe der Bürgschaftssumme unter Berücksichtigung der gesicherten Hauptforderung bestimmbar ist.[5] Die gesicherte Forderung besteht i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen. Somit kann, trotz fehlender Angabe einer konkreten Höhe der Bürgschaft, davon ausgegangen werden, dass sich die Erklärung der B-Bank auf den Abschluss eines Bürgschaftsvertrag i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen bezieht.

Das Angebot hat R mit der Unterzeichnung des Bürgschaftsvertrags und der Übergabe der Urkunde an M durch J angenommen, §§ 147 ff. BGB.

b) Formerfordernis, § 766 S. 1 BGB

Allerdings könnte der zwischen der B-Bank und R geschlossene Bürgschaftsvertrag gem. § 766 S. 1 BGB i.V.m. § 125 S. 1 BGB nichtig sein. Nach § 766 S. 1 BGB muss die Bürgschaftserklärung schriftlich (§ 126 Abs. 1 BGB) erfolgen.

aa) Keine Ausnahme gem. § 350 HGB

Eine Ausnahme vom Schriftformerfordernis des § 766 S. 1 BGB würde gem. § 350 HGB gelten, wenn die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft (§ 343 HGB) darstellt. Allerdings erklärt R in diesem Fall persönlich, d.h. im Privatbereich, für die Forderung gegen J bürgen zu wollen, sodass es sich nicht um das Geschäft eines Kaufmanns im Rahmen dessen Handelsgewerbes handelt.

Folglich liegt kein Handelsgeschäft vor, sodass die Ausnahme nach § 350 HGB nicht einschlägig ist.

bb) Unterzeichnung durch R

Das Schriftformerfordernis könnte durch die Unterzeichnung der Urkunde durch R gewahrt sein. Problematisch ist, dass R den Vertrag unterzeichnet hat, bevor die Höhe der Bürgschaft eingetragen wurde. Dies könnte der Wahrung des Schriftformerfordernisses entgegenstehen. Normzweck des § 766 S. 1 BGB ist es, den Erklärenden vor einer möglichen Haftung zu warnen.[6] Das Schriftformerfordernis soll dazu führen, dass dem Bürgen das zu übernehmende Risiko vor Augen geführt wird.[7] Hieraus ergibt sich, dass das Schriftformerfordernis nur gewahrt ist, wenn sich aus der unterzeichneten Erklärung außer dem Willen, für eine fremde Schuld einzustehen, auch die Bezeichnung des Gläubigers, des Hauptschuldners und der verbürgten Forderung ergibt.[8] Infolgedessen ist dem Schriftformerfordernis des § 766 S. 1 BGB durch die Unterzeichnung des Blankoformulars durch R nicht Genüge getan.

cc) Ausfüllen der unterzeichneten Urkunde durch J

Eine formwirksame Bürgschaftserklärung i.S.d. § 766 S. 1 BGB könnte jedoch dadurch zustande gekommen sein, dass R den J gebeten hat, die von R unterzeichnete unvollständige Urkunde (sog. Blankobürgschaft[9]) später zu vervollständigen und dieser die erforderlichen Angaben sodann eingetragen hat. Dies setzt voraus, dass eine solche spätere Vervollständigung nach § 766 S. 1 BGB möglich und R zurechenbar ist.

Aus § 766 S. 1 BGB lässt sich nicht entnehmen, dass die zwingenden inhaltlichen Angaben eigenhändig durch den Bürgen geleistet werden müssen.[10] Folglich kann sich der Bürge zur Abgabe der Bürgschaftserklärung eines Vertreters bedienen oder die Unterschrift blanko leisten und einen anderen zur Vervollständigung ermächtigen (sog. Ausfüllungsermächtigung).[11]

R müsste das Ausfüllen der Blankourkunde gegen sich gelten lassen, wenn J die R wirksam gem. § 164 Abs. 1 BGB vertreten hat. Voraussetzung der Stellvertretung nach § 164 Abs. 1 BGB ist jedoch, dass der Vertreter eine eigene Willenserklärung im fremden Namen abgibt. Derjenige, der eine unterzeichnete Blankourkunde ausfüllt, vervollständigt lediglich die Erklärung eines Dritten[12], sodass keine Stellvertretung vorliegt. Folglich kann das Ausfüllen durch J der R nicht gem. § 164 Abs. 1 BGB zugerechnet werden.

Jedoch ist in der Rechtsprechung[13] und Literatur[14] anerkannt, dass die Vervollständigung einer Blanketterklärung dem Aussteller zuzurechnen ist, wenn dieser dem Ausfüllenden eine Ausfüllungsermächtigung zur Ergänzung des Blanketts erteilt hat. In diesem Fall wird die Erklärung wirksam, wenn der Dritte in Übereinstimmung mit dem Willen des Ausstellers alles einträgt, was für das Vorliegen einer vollständigen Bürgschaftserklärung notwendig ist.[15]

Allerdings ist fraglich, ob eine solche Ermächtigung mündlich erfolgen kann. Gibt der Bürge seine Erklärung nicht in vollem Umfang selbst ab, wird die Warnfunktion des § 766 S. 1 BGB nur erreicht, wenn für die Ausfüllungsermächtigung Schriftform verlangt wird. Demzufolge bedarf die Ausfüllungsermächtigung selbst der Schriftform, wenn dem Blankett wesentliche Elemente einer Bürgschaftserklärung fehlen.[16]

R hat J nur mündlich ermächtigt, die Bürgschaftsurkunde zu vervollständigen. Somit wurde das Schriftformerfordernis

[4] BGH NJW 1988, 907; *Habersack* (Fn. 1), § 765 Rn. 72.
[5] BGH NJW 1957, 1873; BGH NJW 1988, 907; *Nobbe*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 91 Rn. 172, 176.
[6] *Habersack* (Fn. 1), § 766 Rn. 1.
[7] BGH NJW 1989, 1484.
[8] BGH NJW 1996, 1467 (1468); *Stürner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2022, § 766 Rn. 18.
[9] *Stürner* (Fn. 8), § 766 Rn. 43.
[10] BGH NJW 1996, 1467 (1468).
[11] BGH NJW 1996, 1467 (1468).
[12] *Keim*, NJW 1996, 2774.
[13] RG BeckRS 1932, 100393 Rn. 7 f.; BGH NJW 1996, 1467 (1468); BGH NJW 1984, 798.
[14] *Beckmann*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, Schuldrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2021, § 766 Rn. 11; *Stürner* (Fn. 8), § 766 Rn. 44.
[15] *Stürner* (Fn. 8), § 766 Rn. 43.
[16] *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 30.

des § 766 S. 1 BGB nicht gewahrt. Infolgedessen ist die Bürgschaftserklärung gem. § 125 S. 1 BGB nichtig.

c) Rechtsfolge

Ist die Bürgschaftserklärung nichtig, hat dies gem. § 139 Hs. 1 BGB grundsätzlich zur Folge, dass der gesamte Bürgschaftsvertrag nichtig ist[17], sodass zwischen der B-Bank und R kein wirksamer Vertrag besteht.

3. Ergebnis

Somit hat die B-Bank gegen R keinen Anspruch auf Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

> *Anmerkung*: Teils wird das Vorliegen eines Anspruchs infolge einer Rechtsscheinhaftung gem. § 172 Abs. 2 BGB analog auch im Rahmen eines möglichen Anspruchs aus dem Bürgschaftsvertrags geprüft.[18] Dem wird vorliegend nicht gefolgt, weil mangels wirksamen Bürgschaftsvertrages – selbst bei Vorliegen einer Rechtsscheinhaftung – kein Anspruch entsprechend des Obersatzes zu I. besteht.

II. Gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 172 Abs. 2 BGB (analog)

Die B-Bank könnte jedoch gegen R einen Anspruch auf Befriedigung der gegenüber J bestehenden Forderung (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB) gem. § 172 Abs. 2 BGB (analog) infolge einer Rechtsscheinhaftung haben.

1. Forderung der B-Bank gegen J

Die B-Bank hat gegen J eine fällige Forderung i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen aus dem Darlehensvertrag gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB (siehe oben).

2. Rechtsscheinhaftung, § 172 Abs. 2 BGB (analog)

Das Ausstellen der Blanketturkunde könnte dazu führen, dass R nach Rechtsscheingrundsätzen haftet. Die Rechtsscheinhaftung stellt einen speziellen Anwendungsfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens („venire contra factum proprium") dar[19] und könnte sich aus § 172 Abs. 2 BGB (analog) ergeben.

a) Direkte Anwendung

§ 172 Abs. 2 BGB ist in unmittelbarer Anwendung nur dann einschlägig, wenn eine Vollmacht (§ 167 Abs. 1 BGB) erteilt, diese aber weder zurückgegeben noch für kraftlos erklärt wurde. Allerdings unterscheidet sich die Ausfüllungsermächtigung von einer Vollmacht i.S.d. § 167 Abs. 1 BGB dadurch, dass der Ausfüllende nicht im eigenen, sondern im fremden Namen eine Erklärung abgibt.[20] Folglich ist § 172 Abs. 2 BGB nicht direkt anwendbar.

b) Analoge Anwendung

Allerdings könnte die von J ausgefüllte Erklärung R gem. § 172 Abs. 2 BGB analog zuzurechnen sein. Dies setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus.

Durch die Erteilung einer Vollmacht wird gem. § 172 Abs. 2 BGB eine Rechtsscheinhaftung begründet. Eine entsprechende Regelung für die Ausfüllungsermächtigung fehlt. Hinweise darauf, dass es sich hierbei um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung handelt, liegen nicht vor. Folglich besteht eine planwidrige Regelungslücke.

In beiden Fällen wird jedoch durch denjenigen, der die Vollmacht oder die Ausfüllungsermächtigung erteilt, zurechenbar ein Rechtsschein begründet. Auch bei der Erteilung einer Ausfüllungsermächtigung darf sich der Geschäftspartner auf den Rechtsschein verlassen, dass es sich um eine rechtlich wirksame Erklärung des Bürgen handelt.[21] Somit liegt eine vergleichbare Interessenlage vor.

Folglich ist § 172 Abs. 2 BGB analog anwendbar, wenn der Blankettaussteller eine unvollständige Urkunde aus der Hand gibt und diese später durch einen Dritten vervollständigt wird.[22]

c) Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung

Das Vertrauen des Rechtsverkehrs wird grundsätzlich geschützt, wenn derjenige, zu dessen Lasten der Rechtsscheintatbestand wirkt, zurechenbar einen Rechtsschein gesetzt hat, der Dritte gutgläubig ist und jener aufgrund des Vertrauens in die Richtigkeit des Rechtsscheins gehandelt hat und ihm deswegen Nachteile drohen.[23]

Indem R die Urkunde unterzeichnet und zur Vervollständigung an J übergeben hat, hat sie zurechenbar einen Rechtsschein begründet. Die B-Bank, der eine etwaige Kenntnis der M gem. § 166 Abs. 1 BGB analog zuzurechnen wäre, ist mangels entsprechender Kenntnis der M bezüglich der Übergabe der Blanketturkunde der R an J, gutgläubig. Aufgrund des berechtigten Vertrauens der B-Bank auf den Rechtsschein hat diese das Darlehen an J ausgezahlt und droht infolgedessen Nachteile zu erleiden, da der Rückzahlungsanspruch nicht durch einen wirksamen Bürgschaftsvertrag gesichert ist. Damit liegen die Voraussetzungen einer Rechtsscheinhaftung gem. § 172 Abs. 2 BGB analog vor.

---

[17] *Zetsche*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 766 Rn. 10.

[18] So etwa, *Werner/Saenger*, Fälle für Fortgeschrittene im Bürgerlichen Recht, 7. Aufl. 2019, S. 112, die aber auf die Möglichkeit, die Prüfung eines Anspruchs gem. § 765 Abs. 1 BGB abzubrechen, ausdrücklich hinweisen.

[19] *Sutschet*, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 242 Rn. 131.

[20] *Schubert* (Fn. 16), § 167 Rn. 30.

[21] BGH NJW 1996, 1467 (1469).

[22] BGH NJW 1996, 1467 (1469); kritisch *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1981, S. 98 f.; *Binder*, AcP 207 (2007), 155 (195 f.).

[23] *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1538 ff.; *Ott*, JuS 2019, 745.

d) Rechtsfolge des § 172 Abs. 2 BGB analog

Folglich ist der Vertrauende so zu stellen, als bestünde die von ihm angenommene Rechtslage.[24] Derjenige, der eine Blankettterklärung abgibt, muss somit den Inhalt der Urkunde gegen sich als Erklärung gelten[25] und sich so behandeln lassen, als hätte er wirksam eine Bürgschaft übernommen.[26] Der Blankettaussteller haftet demnach aufgrund des veranlassten Rechtsscheins (§§ 172 Abs. 2, 173 BGB analog), obwohl keine wirksame Bürgschaft besteht.[27]

Folglich haftet R gem. § 172 Abs. 2 BGB analog, als ob sie die Bürgschaftserklärung formwirksam abgegeben hätte.

e) Reichweite der Rechtsscheinhaftung gem. § 172 Abs. 2 BGB analog

Unklar ist, ob die Rechtsscheinhaftung der R gem. § 172 Abs. 2 BGB analog auch dann anzunehmen ist, wenn das beabsichtigte Rechtsgeschäft auch bei Wahrung des Schriftformerfordernisses des § 766 S. 1 BGB i.V.m. § 125 S. 1 BGB nichtig gewesen wäre.

aa) Begrenzung des Vertrauensschutzes auf die Abgabe einer formwirksamen Bürgschaftserklärung

Ausgangspunkt dessen ist die Überlegung, dass eine Rechtsscheinhaftung nach § 172 Abs. 2 BGB analog damit begründet wird, dass das Vertrauen des Erklärungsempfängers auf die formwirksame Abgabe der Bürgschaftserklärung geschützt werden soll.[28]

Dies scheint problematisch, wenn der Vertrag infolge einer gesetzlichen Nichtigkeitsanordnung auch bei einer formwirksamen Erklärung des Bürgen nicht wirksam zustande gekommen wäre. Würde auch in diesem Fall eine Rechtsscheinhaftung gem. § 172 Abs. 2 BGB analog angenommen werden, stünde der Gläubiger infolge der Rechtsscheinhaftung besser als bei einer tatsächlich formwirksam abgegebenen Erklärung des Vertragspartners. Insoweit würde nämlich nicht nur das Vertrauen in die formwirksame Abgabe einer Bürgschaftserklärung, sondern überhaupt in die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags und damit in das Fehlen eines gesetzlichen Nichtigkeitsgrundes geschützt werden. Damit würde zugleich die gesetzgeberische Entscheidung, bestimmte Rechtsgeschäfte dem Nichtigkeitsverdikt des § 134 BGB oder des § 138 BGB zu unterziehen, ausgehöhlt. Die Rechtsscheinhaftung kann allerdings niemals weitergehen, als der erzeugte Rechtsschein reicht.[29] Infolgedessen ist zu prüfen, ob der Vertrag rechtliche Geltung erlangt hätte, wenn das Vertrauen der B-Bank in die formwirksame Abgabe einer Bürgschaftserklärung berechtigt wäre.

Hätte R die Bürgschaftserklärung formwirksam abgegeben, wäre der Bürgschaftsvertrag möglicherweise gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig. Aus dem Wortlaut des § 138 Abs. 2 BGB („[…] für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt […]") folgt jedoch, dass dieser auf die Kontrolle von Austauschverhältnissen zugeschnitten ist.[30] Der Bürgschaftsvertrag stellt dem entgegen einen einseitig verpflichtenden Vertrag dar, sodass die Anwendung des § 138 Abs. 2 BGB ausscheidet.[31] Das hat zur Folge, dass der Vertrag bei unterstellter formwirksamer Abgabe der Bürgschaftserklärung nicht gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig wäre.

Der Bürgschaftsvertrag wäre gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn dieser gegen die guten Sitten, das heißt gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, verstößt.[32] Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist eine Inhaltskontrolle eines Bürgschaftsvertrages am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB erforderlich, wenn eine Partei ungewöhnlich stark belastet wird und der Vertrag das Ergebnis ungleicher Verhandlungsstärke ist.[33] Dahingehend werden insbesondere solche Bürgschaftsverträge einer Kontrolle unterworfen, in denen ein naher Angehöriger des Hauptschuldners sich für eine Verbindlichkeit verbürgt, welche den Bürgen krass finanziell überfordert.[34] Ist dies der Fall, wird aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung widerlegbar vermutet, dass der Bürge das Bürgschaftsversprechen nur aufgrund der emotionalen Verbundenheit zum Hauptschuldner abgegeben hat und der Gläubiger dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat.[35]

Ein solches Näherverhältnis folgt aus einer Ehe (§§ 1353 ff. BGB)[36], sodass R als Ehegattin eine nahestehende Person des J als Hauptschuldner ist.

Fraglich ist, ob eine krasse finanzielle Überforderung der R anzunehmen wäre. Die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie erlaubt es dem Individuum, besonders risikoreiche Geschäfte abzuschließen und sich zu Leistungen zu verpflichten, welche nur im Falle besonders günstiger Bedingungen erbracht werden können.[37] Die Bürgschaft stellt insoweit ein risikoreiches, einseitig den Bürgen verpflichtendes Geschäft dar.[38] Der Gläubiger eines Bürgschaftsvertrags kann grundsätzlich davon ausgehen, dass derjenige, der ein Bürgschaftsversprechen abgibt, die Tragweite seines Handelns absehen kann und sein Risiko abschätzt.[39] Das hat zur Folge, dass nur in besonders gravierenden Fällen von einer krassen finanziellen Überforderung des Bürgen auszugehen ist. Von einer solchen Überforderung ist nach der Rechtsprechung des BGH auszugehen, wenn der Bürge „mit an Sicherheit grenzender

[24] *Canaris* (Fn. 22), S. 37; *Müller*, AcP 181 (1981), 515 (536).
[25] BGH NJW 1963, 1971; *Leptien*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1998, § 172 Rn. 6.
[26] BGH NJW 1996, 1467 (1469); *Musielak*, JA 2015, 161 (163).
[27] *Nobbe* (Fn. 5), § 91 Rn. 74.
[28] BGH NJW 1996, 1467 (1469).
[29] *Ott*, JuS 2019, 745.
[30] *Habersack* (Fn. 1), § 765 Rn. 17.
[31] BGH NJW 1991, 2015 (2017); BGH NJW 1988, 2599 (2602).
[32] St. Rspr., RGZ 48, 114 (124); BGH NJW 2004, 2668 (2670).
[33] BVerfGE 89, 214.
[34] Siehe zur Bürgschaft eines Ehegattens oder Lebenspartners etwa, BGH NJW 1999, 58; BGH NJW 1997, 3372.
[35] BGH NJW 2013, 1534; BGH NJW 2009, 2671 (2672).
[36] *Habersack* (Fn. 1), § 765 Rn. 24.
[37] BGH NJW 1989, 1276.
[38] BGH NJW 1989, 830 (831).
[39] BGH NJW 1989, 830 (831).

Wahrscheinlichkeit nicht einmal in der Lage ist, die vertraglich geschuldeten Zinsen aufzubringen".[40]

Eine Inanspruchnahme der R hätte eine schwerwiegende Beeinträchtigung der finanziellen Basis der Ehe zur Folge. Allein hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass R nicht einmal in der Lage wäre, die Zinsen, welche sich nach Ablauf eines Jahres auf 2.400 € beschränken, zu bezahlen und infolgedessen eine krasse finanzielle Überforderung der R besteht. Die Abgabe einer formwirksamen Bürgschaftserklärung durch R wäre vielmehr als Ausübung der Privatautonomie zu verstehen, die auch das risikoreiche Geschäft, auf eine „auskömmliche finanzielle Basis der Ehe" zu verzichten, umfasst. Infolgedessen kann nicht angenommen werden, dass der Inhalt des Bürgschaftsvertrags gegen die guten Sitten verstoßen hätte.

> *Anmerkung*: Parallel zur Prüfung der § 138 Abs. 2 und Abs. 1 BGB könnte des Weiteren problematisiert werden, ob der Bürgschaftsvertrag, wenn dieser unter Einhaltung des Schriftformerfordernisses zustande gekommen wäre, angefochten werden könnte. Hätte R die Urkunde selbst ausgefüllt, ist jedoch davon auszugehen, dass diese eine Höhe von 40.000 € angegeben hätte. In diesem Fall wäre es folglich nicht zu einer Erklärung, i.H.v. 80.000 € bürgen zu wollen, gekommen.

bb) Zwischenergebnis

Das hat zur Folge, dass die Rechtsscheinhaftung des § 172 Abs. 2 BGB analog vorliegend nicht einzuschränken ist.

f) Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB

Einer Inanspruchnahme der R durch die B-Bank gem. § 172 Abs. 2 BGB analog könnte jedoch die von R erklärte Anfechtung entgegenstehen.

aa) Anfechtbares Rechtsgeschäft

Diesbezüglich ist unsicher, ob ein anfechtbares Rechtsgeschäft vorliegt. Die Bürgschaftserklärung der R ist gem. § 766 S. 1 BGB i.V.m. § 125 S. 1 BGB nichtig, sodass auch der Bürgschaftsvertrag gem. § 139 Hs. 1 BGB nichtig ist.

Problematisch ist, ob der durch eine Blanketterklärung begründete Rechtsschein gem. § 142 Abs. 1 BGB anfechtbar ist. Dagegen könnte bereits der Wortlaut des § 142 Abs. 1 BGB sprechen. Die Rechtsscheinhaftung des § 172 Abs. 2 BGB analog begründet gerade kein Rechtsgeschäft, sondern tritt an die Stelle eines mangels Einhaltung der gesetzlichen Form nicht zustande gekommenen Rechtsgeschäfts. Zudem würde die Möglichkeit einer Anfechtung in Widerspruch mit der Haftung des Blankettausstellers gem. § 172 Abs. 2 BGB analog stehen.[41] Wird die Rechtsscheinhaftung damit begründet, dass der Blankettaussteller selbst das Risiko tragen muss, welches durch das Ausstellen einer auszufüllenden Bürgschaftserklärung entsteht, würde diese Risikozuweisung ausgehöhlt, wenn sich der Erklärende durch eine spätere Anfechtung dem zurechenbar begründeten Rechtsschein entledigen könnte. Der Rechtsschein kann infolgedessen nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft beseitigt werden.[42]

bb) Rechtsfolge

Das hat zur Folge, dass eine Anfechtung gem. § 142 Abs. 1 BGB mangels anfechtbaren Rechtsgeschäfts ausscheidet. Somit haftet R gem. § 172 Abs. 2 BGB analog i.V.m. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB aufgrund des zurechenbar begründeten Rechtsscheins.

3. Durchsetzbarkeit

Fraglich ist, ob die Forderung der B-Bank gegen R durchsetzbar ist.

a) Vorherige Inanspruchnahme der Z-GmbH?

Unsicher ist, ob eine Inanspruchnahme der R voraussetzt, dass die B-Bank die Z-GmbH zunächst in Anspruch nimmt. Es ist zu prüfen, ob sich eine solche Pflicht aus dem Gesetz ableiten lässt.

Haften mehrere Bürgen für eine Verbindlichkeit, hat dies grundsätzlich zur Folge, dass diese gem. § 769 BGB i.V.m. §§ 421 ff. BGB Gesamtschuldner sind. Es besteht zwischen den gleichrangig haftenden Bürgen eine Gleichstufigkeit[43], sodass der Gläubiger im Außenverhältnis jeden Gesamtschuldner in voller Höhe in Anspruch nehmen kann.[44] Daraus folgt, dass zumindest in dem Fall, dass mehrere Bürgen gleichrangig für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners haften, keine Pflicht zu einer vorrangigen Inanspruchnahme von wirtschaftlich versierten bzw. unternehmerisch tätigen Bürgen besteht.

Problematisch ist, ob dies auch gilt, wenn neben einem Bürgen, hier der Z-GmbH, eine andere Person, hier R, infolge einer Rechtsscheinhaftung gem. § 172 Abs. 2 BGB analog für die gesicherte Verbindlichkeit einzustehen hat. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob in diesem Fall § 769 BGB analog anzuwenden ist.

Der Fall, dass neben einem Bürgen ein Dritter gem. § 172 Abs. 2 BGB analog haftet ist gesetzlich nicht geregelt. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass es sich hierbei nicht um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung handelt. Folglich liegt eine planwidrige Regelungslücke vor.

Wird im Falle einer Blankobürgschaft durch § 172 Abs. 2 BGB analog eine Rechtsscheinhaftung dergestalt begründet, dass der Blankettaussteller so haftet, wie wenn dessen Willenserklärung wirksam abgegeben wurde[45], führt dies dazu, dass auch der nach § 172 Abs. 2 BGB analog Haftende wie ein Bürge in Anspruch genommen werden können muss. Infolgedessen liegt eine vergleichbare Interessenlage vor.

---

[40] BGH NJW 1999, 2584 (2586).

[41] *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 59; *Leptien* (Fn. 25), § 167 Rn. 22.

[42] *Leptien* (Fn. 25), § 167 Rn. 22.

[43] *Rohe*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2022, § 769 Rn. 3; *Staudinger*, in: Schulze, Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 769 Rn. 1.

[44] *Habersack* (Fn. 1), § 769 Rn. 1.

[45] BGH NJW 1996, 1467 (1469); *Musielak*, JA 2015, 161 (163).

Damit ist § 769 BGB analog anwendbar.[46] Das führt dazu, dass zwischen der Z-GmbH und R, welche bei formwirksamem Abschluss des Bürgschaftsvertrags wie die Z-GmbH selbstschuldnerisch als Bürgin haften würde, eine Gesamtschuld i.S.d. § 421 S. 1 BGB besteht. Infolgedessen kann die B-Bank – ohne vorherige Inanspruchnahme der Z-GmbH – R im Außenverhältnis in Anspruch nehmen, § 421 S. 1 BGB.

b) Einrede der fehlenden Fälligkeit, § 768 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 271 Abs. 1 BGB

Möglicherweise könnte R gem. § 768 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 271 Abs. 1 BGB die fehlende Fälligkeit der gesicherten Forderung der B-Bank gegen J geltend machen.

Dies setzt voraus, dass der Anspruch der B-Bank gegen J noch nicht fällig ist. Die B-Bank und J haben sich darüber geeinigt, dass das Darlehen nach einem Jahr nach Valutierung zurückzuzahlen ist. Das Darlehen wurde im Februar 2020 durch die B-Bank ausgezahlt. Das hat zur Folge, dass der Rückzahlungsanspruch zumindest zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme der R am 10.4.2021 fällig ist.

Somit kann sich R nicht auf die fehlende Fälligkeit der gesicherten Forderung gem. § 768 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m § 271 Abs. 1 BGB berufen.

c) Einrede der Vorausklage, § 771 S. 1 BGB (analog)

Der Durchsetzbarkeit der Forderung könnte jedoch die sog. Einrede der Vorausklage gem. § 771 S. 1 BGB (analog) entgegenstehen. Unabhängig davon, ob R die Einrede erhoben hat, könnte die Einrede aufgrund des vertraglichen Verzichts jedoch ausgeschlossen sein. Zwar findet § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB mangels wirksamen Zustandekommens des Bürgschaftsvertrags keine direkte Anwendung, allerdings muss sich im Rahmen der Rechtsscheinhaftung nach § 172 Abs. 2 BGB analog derjenige, gegen den der Rechtsschein wirkt, so behandeln lassen, als wäre die nichtige Bürgschaftserklärung formwirksam abgegeben worden.[47] Das hat zur Folge, dass R auch den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage i.S.d. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB gegen sich gelten lassen muss. Folglich kann R die Einrede der Vorausklage nicht erheben.

d) Zwischenergebnis

Das hat zur Folge, dass die Forderung der B-Bank gegen R gem. § 172 Abs. 2 BGB analog i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen durchsetzbar ist.

IV. Ergebnis

Die B-Bank hat gegen R einen durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m § 172 Abs. 2 BGB analog.

V. Gesamtergebnis zur Frage 1

Die B-Bank kann von R infolge der Rechtsscheinhaftung gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 172 Abs. 2 BGB analog Zahlung i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen verlangen.

Frage 2: Zahlungsanspruch der B-Bank gegen die Z-GmbH

I. Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB

Die B-Bank könnte gegen die gem. § 13 Abs. 1 Hs. 1 GmbHG rechtsfähige Z-GmbH einen Anspruch gerichtet auf Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB haben.

1. Forderung der B-Bank gegen J

Ein Zahlungsanspruch der B-Bank gegen J gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen besteht (siehe oben).

2. Bürgschaftsvertrag, § 765 Abs. 1 BGB

Zu prüfen ist, ob ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen der B-Bank und der gem. § 13 Abs. 1 Hs. 1 GmbHG rechtsfähigen Z-GmbH vorliegt.

a) Einigung

Die Z-GmbH, vertreten durch die Geschäftsführerin R (§ 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG), und die B-Bank, vertreten durch M (§ 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 167 Abs. 1 BGB), müssten sich über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags geeinigt haben.

Die Erklärung der R, die Z-GmbH wolle einen Bürgschaftsvertrag zu den gleichen Konditionen und mit demselben Betrag der Bürgschaft abschließen, wie sie es bereits für sich persönlich getan habe, ist gem. §§ 133, 157 BGB so auszulegen, dass die Z-GmbH der B-Bank ein Angebot (§ 145 BGB) über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags mit einer Bürgschaftssumme i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen machen wolle. Jenes Angebot wurde durch M in Vertretung der B-Bank (§ 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 167 Abs. 1 BGB) entgegen- und angenommen, §§ 147 ff. BGB. Folglich liegt eine Einigung über den Abschluss eines Bürgschaftsvertrags zwischen der B-Bank und der Z-GmbH vor.

b) Formerfordernis, § 766 S. 1 BGB

Fraglich ist, ob der Vertrag formwirksam zustande gekommen ist.

aa) Nichtigkeit gem. § 766 S. 1 BGB i.V.m. § 125 S. 1 BGB

Die Bürgschaftserklärung der Z-GmbH könnte mangels Schriftform (§ 766 S. 1 BGB i.V.m § 126 Abs. 1 BGB) gem. § 125 S. 1 BGB nichtig sein. Die Erklärung wurde durch die Geschäftsführerin R nur telefonisch abgegeben, sodass es an der Wahrung des Schriftformerfordernisses fehlt. Dies hat grundsätzlich zur Folge, dass der Vertrag gem. § 125 S. 1 BGB nichtig ist.

[46] Eine analoge Anwendung des § 769 BGB für den Fall des Zusammentreffens einer Bürgschaft und eines Schuldbeitritts annehmend, OLG Hamm BeckRS 2009, 13600.

[47] BGH NJW 1996, 1467 (1469); *Musielak*, JA 2015, 161 (163).

bb) Ausnahme vom Schriftformerfordernis gem. § 350 HGB

Etwas anderes gilt, wenn § 766 S. 1 BGB infolge des § 350 HGB nicht anwendbar ist. § 350 HGB ist nach dessen Wortlaut auf die Bürgschaftserklärung sachlich anwendbar. Daneben ist Voraussetzung, dass die Bürgschaft ein Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB darstellt.[48] Eine GmbH ist gem. § 13 Abs. 3 GmbHG i.V.m. § 6 Abs. 2 HGB Formkaufmann[49], sodass die Z-GmbH Kaufmann ist.

Problematisch ist, ob die Abgabe der Bürgschaftserklärung ein betriebszugehöriges Geschäft der Z-GmbH darstellt. Dies könnte vor dem Hintergrund, dass eine geschäftliche Beziehung zwischen J und der Z-GmbH nicht erkennbar ist, zweifelhaft sein. Zu beachten ist, dass es bei Personenhandels- und Kapitalgesellschaften keinen privaten Rechtsbereich gibt, sodass sämtliche von einer GmbH vorgenommene Außengeschäfte Handelsgeschäfte darstellen und folglich betriebsbezogen sind.[50] Infolgedessen ist das Geschäft der Z-GmbH betriebsbezogen i.S.d. § 343 HGB.

Somit liegt ein Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB vor. Das hat zur Folge, dass § 350 HGB einschlägig ist, sodass die Formvorschrift des § 766 S. 1 BGB nicht anwendbar ist.

c) Zwischenergebnis

Es ist ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen der Z-GmbH und der B-Bank gem. §§ 765 Abs. 1, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB zustande gekommen.

3. Nichtigkeit, § 142 Abs. 1 BGB

Der Bürgschaftsvertrag könnte gem. § 142 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig sein, wenn dieser wirksam angefochten wurde.

a) Anfechtbares Rechtsgeschäft

Der Bürgschaftsvertrag stellt ein anfechtbares Rechtsgeschäft i.S.d. § 142 Abs. 1 BGB dar.

b) Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1 BGB

Der Prokurist P hat gegenüber der B-Bank die Anfechtung des Bürgschaftsvertrags erklärt. Unsicher ist aber, ob diese Erklärung der Z-GmbH zugerechnet werden kann. Dies könnte sich aus § 164 Abs. 1 BGB i.V.m. § 48 HGB ergeben.

aa) Eigene Erklärung in fremdem Namen

P hat die Anfechtung für die Z-GmbH erklärt und damit eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen abgegeben.

bb) Vertretungsmacht

P müsste mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Mangels anderweitiger Sachverhaltsangaben ist davon auszugehen, dass P die Prokura wirksam erteilt wurde (§ 48 Abs. 1 HGB). Unsicher ist, ob die Anfechtungserklärung vom Umfang der Prokura (§ 49 HGB) gedeckt ist. Die Abgabe der Anfechtungserklärung stellt kein Rechtsgeschäft i.S.d. § 49 Abs. 2 HGB dar. Fraglich ist, ob jene als Rechtshandlung im Zusammenhang mit dem Betrieb des Handelsgewerbes der Z-GmbH steht. Diesbezüglich ist – entsprechend der obigen Ausführungen – zu berücksichtigen, dass die Geschäfte von Handelsgesellschaften stets deren Handelsgewerbe zuzuordnen sind.[51] Folglich liegt auch hier eine Betriebszugehörigkeit vor. Das hat zur Folge, dass P mit Vertretungsmacht gehandelt hat.

Somit liegen die Voraussetzungen der § 164 Abs. 1 BGB i.V.m § 48 HGB vor, sodass P in Vertretung der Z-GmbH wirksam eine Anfechtungserklärung i.S.d. § 143 Abs. 1 BGB gegenüber der B-Bank abgegeben hat.

c) Anfechtungsgrund

Als möglicher Anfechtungsgrund kommt allein ein Inhaltsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB in Betracht. Diesbezüglich ist zu prüfen, ob R bei der Abgabe der Bürgschaftserklärung einem rechtserheblichen Irrtum über den Inhalt ihrer Erklärung unterlag, welcher der Z-GmbH gem. § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen ist.

R hat in Vertretung der Z-GmbH gem. § 164 Abs. 1 BGB i.V.m. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG gegenüber der B-Bank erklärt, die Z-GmbH wolle eine Bürgschaft für die Verbindlichkeit der B-Bank gegen J zu den Konditionen, zu denen R persönlich eine Bürgschaft übernommen hat, stellen. Entsprechend der obigen Ausführungen durfte die B-Bank die Erklärung der R (in Vertretung der Z-GmbH gem. § 164 Abs. 1 BGB i.V.m § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG) so verstehen, dass die Z-GmbH eine Bürgschaft i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen übernehmen wolle.

Tatsächlich glaubte R zu erklären, dass sie in Vertretung der Z-GmbH deutlich macht, einen Bürgschaftsvertrag i.H.v. 40.000 € abschließen zu wollen. Folglich fällt der Bedeutungsgehalt der Erklärung, wie er durch die B-Bank verstanden werden durfte, und der eigentliche Wille der R auseinander.

Fraglich ist, ob es sich hierbei um einen nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB erfassten Irrtum handelt. Dies wäre nicht der Fall, wenn es sich um einen grundsätzlich[52] unbeachtlichen Motivirrtum handelt. Ein solcher stellt einen Irrtum bei der Willensbildung dar und ist gegeben, wenn der Erklärende bereits in dem der Willenserklärung vorgelagerten Stadium

[48] *Hakenberg*, in: Ebenroth u.a., Kommentar zum HGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 350 Rn. 10.

[49] *Fest*, in: Ebenroth u.a., Kommentar zum HGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 343 Rn. 27.

[50] OLG Köln BeckRS 1998, 11897 Rn. 5; *Fest* (Fn. 49), § 343 Rn. 49; anders BGH NJW 2011, 3435 (3436); BGH NZG 2009, 273 (274), der das Vorliegen einer Betriebszugehörigkeit bei einer GmbH mit der Vermutung des § 344 HGB begründet.

[51] *Meyer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, Stand: 15.4.2022, § 49 Rn. 2.

[52] Ein Motivirrtum kann ausnahmsweise zur Anfechtung berechtigen, so etwa im Falle des Eigenschaftsirrtums gem. § 119 Abs. 2 BGB oder bei letztwilligen Verfügungen gem. §§ 2078 Abs. 1, 2079, 2281 Abs. 1 BGB, siehe hierzu etwa, *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 41 Rn. 5.

der Willensbildung irrtümlich von einem falschen Umstand ausgeht, welcher für den Geschäftswillen bedeutsam ist.[53]

Das Auseinanderfallen von Erklärung und Wille ist Folge dessen, dass R bei der Erklärung der Übernahme einer persönlichen Bürgschaft der Fehlvorstellung unterlag, dass sie und die Z-GmbH jeweils nur i.H.v. 40.000 € haften sollen. Dieser Irrtum, welcher der Abgabe der Bürgschaftserklärung in Vertretung der Z-GmbH vorgelagert war, führte erst zum Auseinanderfallen des objektiven Bedeutungsgehalts der Erklärung und dem tatsächlichen Willen. Das bedeutet, die Fehlvorstellung der R ist allein daraus erwachsen, dass R glaubte, dass im Bürgschaftsvertrag zwischen der B-Bank und R eine Bürgschaftssumme von 40.000 € vereinbart wurde. Sie ging mithin im Rahmen der vorgelagerten Willensbildung von einem falschen Umstand aus, sodass ein unbeachtlicher Motivirrtum vorliegt.

Folglich ist kein Inhaltsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB gegeben.

> *Anmerkung*: Eine a.A. ist gut vertretbar. Insoweit könnte insbesondere darauf abgestellt werden, dass die Fehlvorstellung der R gerade zum Zeitpunkt der Willenserklärung besteht. Dann müsste das Vorliegen eines Inhaltsirrtums gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB angenommen werden, sodass die fristgemäße Anfechtungserklärung zur ex-tunc-Nichtigkeit der Erklärung führen würde, § 142 Abs. 1 BGB.

d) Zwischenergebnis

Mangels Anfechtungsgrundes wurde der Bürgschaftsvertrag infolge der Erklärung des P nicht wirksam angefochten. Somit besteht ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen der B-Bank und der Z-GmbH i.H.v. 80.000 € nebst Zinsen.

4. Durchsetzbarkeit

Im Bürgschaftsvertrag hat die Z-GmbH mit der B-Bank vereinbart, als selbstschuldnerische Bürgin zu haften. Das hat zur Folge, dass gem. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) wirksam ausgeschlossen ist. Folglich ist die Forderung auch durchsetzbar.

II. Ergebnis

Die B-Bank hat gegen die Z-GmbH einen durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung von 80.000 € nebst Zinsen gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 765 Abs. 1 BGB.

[53] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 45. Aufl. 2021, § 18 Rn. 11; *Neuner* (Fn. 52), § 41 Rn. 52.

Schwerpunktbereichsklausur im Arbeits- und Sozialrecht: Kündigung, Krise und Kurzarbeit

Von Ass. iur. **Christiane Waschke**, München*

Der erste Teil dieser studienabschließenden Prüfung behandelt neben einigen altbekannten „Klassikern" auch eine Vielzahl von aktuellen Problemen, die sich bei einer (außerordentlichen) Kündigung ergeben können. Zusätzlich werden sozialrechtliche Aspekte, die bei der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu beachten sind, abgeprüft. Der zweite Teil der Schwerpunktklausur beschäftigt sich mit der Einführung von Kurzarbeit und dem Anspruch auf Kurzarbeitergeld während der COVID-19-Pandemie.

Ausgangsfall

Katharina Karotte (K) betreibt den Bio-Supermarkt „Karottenkönigin" mit 50 Beschäftigten in der Münchner Innenstadt. Es bestehen ein Betriebsrat sowie eine Schwerbehindertenvertretung. Dennis Dattel (D) arbeitet seit vielen Jahren als Verkäufer in der Gemüseabteilung der „Karottenkönigin". Bei ihm liegt ein Grad der Behinderung von 60 vor.

Am 1.7.2021 veröffentlicht D das Bild eines vor der „Karottenkönigin" geparkten SUVs und schreibt dazu folgenden Eintrag in seine Facebook-Chronik: „Vorne rum einen auf bio machen und hinten rum ne fette Karre fahren und die Umwelt verpesten. Typisch Chefin. So ne dumme, verlogene Heuchlerin!!! Lasst euch nicht für blöd verkaufen…geht lieber wo anders hin!!!".

Am 2.8.2021 wird K von einer verärgerten Kundin auf Ds Facebook-Eintrag aufmerksam gemacht. K ist entsetzt und fürchtet um ihren Ruf bei Kunden und Geschäftspartnern. Sollten weitere Kunden oder ihre Geschäftspartner den Eintrag sehen, könnte es sein, dass sie nicht mehr bei K einkaufen bzw. Verträge mit ihr abschließen wollen. Außerdem ärgert sich K sehr über D. Ihre Arbeitnehmer gehe es nichts an, wie sie ihre Geschäfte führe und welches Auto sie fahre. Dass D sie im Internet so bloßstelle und dazu auch noch beschimpfe, hält K für unerträglich. Auch D wird von der verärgerten Kundin auf den Eintrag angesprochen und löscht diesen daraufhin noch am 2.8.2021 aus seiner Facebook-Chronik.

Am 3.8.2021 unterrichtet K die Schwerbehindertenvertretung und den Betriebsrat darüber, dass sie beabsichtige, den D außerordentlich zu kündigen. Sie ruft hierfür bei der Vertrauensperson der Schwerbehindertenvertretung Nina Nektarine (N) und bei dem Betriebsratsvorsitzenden Timo Tomate (T) an. K teilt N und T jeweils ausführlich und umfassend den Sachverhalt, die Kündigungsgründe und die Sozialdaten des D mit. Sie weist darauf hin, dass es sich um eine außerordentliche Kündigung handelt und bittet beide um Stellungnahme. Die für den 4.8.2021 angesetzte Betriebsratssitzung findet als Videokonferenz statt. Dabei ist sichergestellt, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Alle Betriebsratsmitglieder sind mit Bild und Ton zugeschaltet und fassen mehrheitlich den Beschluss, der außerordentlichen Kündigung des D zuzustimmen. Noch am selben Tag teilt T der K telefonisch mit, dass der Betriebsrat mit der außerordentlichen Kündigung des D einverstanden sei.

Als K auch am 9.8.2021 noch keine Rückmeldung von N erhalten hat, beantragt sie schriftlich die Zustimmung des zuständigen Integrationsamtes zur außerordentlichen Kündigung des D. Mit Bescheid vom 17.8.2021, welcher der K am 18.8.2021 zugeht, erteilt das Integrationsamt die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung. Am 19.8.2021 informiert K die Schwerbehindertenvertretung, dass sie sich dazu entschieden habe, D außerordentlich zu kündigen. Mit Schreiben vom 20.8.2021, welches D am 21.8.2021 zugeht, erklärt K gegenüber D die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

D möchte sich diese Kündigung nicht gefallen lassen. Es könne ja wohl nicht sein, dass K ihn wegen einer solchen Kleinigkeit sofort rauswerfe. Was er im Internet verbreite, sei seine Privatangelegenheit. Es sei doch total normal, im Internet Dinge auch mal überspitzt darzustellen und bei der Wortwahl nicht so zimperlich zu sein. Die Kündigung sei außerdem viel zu spät und ohne ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung erfolgt. Am 30.8.2021 erhebt D beim Arbeitsgericht München Kündigungsschutzklage.

Frage 1

Hat die zulässige Klage des D Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk

Ds Facebook-Profil und seine Einträge sind „öffentlich" sichtbar. Es können also alle Internetnutzer, einschließlich Personen ohne Facebook-Account, auf sein Profil zugreifen, die Informationen einsehen und die Einträge lesen. D ist auf seinem Profilbild eindeutig zu erkennen. Als Profilnamen hat er „Dennis Dattel" und als Arbeitgeberin die „Karottenkönigin" angegeben.

Fallfortsetzung

Die Corona-Krise trifft die „Karottenkönigin" hart. Die Homeoffice-Pflicht und insbesondere die „2G"-Regelung für die Gastronomie führen dazu, dass deutlich weniger Kunden den „Bio Business Lunch" im Supermarkt-Restaurant in Anspruch nehmen. Um auf den vorübergehend geringen Bedarf an Personal reagieren zu können, schließt K mit dem Betriebsrat eine schriftliche Betriebsvereinbarung über die Einführung von Kurzarbeit. K zeigt den Arbeitsausfall bei der Agentur für Arbeit München ordnungsgemäß an und macht glaubhaft, dass ein erheblicher Arbeitsausfall besteht und die betrieblichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld erfüllt sind. Nachdem jeglicher Resturlaub aufgebraucht und alle Überstunden abgebaut sind, ordnet K am 29.10.2021 entsprechend

* Die *Autorin* ist Wiss. Mitarbeiterin am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR), Lehrstuhl für Sozialrecht, Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht (Prof. *Dr. Richard Giesen*), Ludwig-Maximilians-Universität München.

den Festlegungen in der Betriebsvereinbarung für die Zeit vom 1.12.2021 bis zum 31.1.2022 für die im Supermarkt-Restaurant beschäftigten Arbeitnehmer (insgesamt zehn der 50 Beschäftigten) Kurzarbeit an. Wie in der Betriebsvereinbarung bestimmt, wird die Arbeitszeit von Montag bis Donnerstag von 10:00 bis 18:00 Uhr auf 11:00 bis 16:00 Uhr reduziert. Die Arbeitszeit am Freitag von 10:00 bis 17:00 Uhr entfällt vollständig. Das Supermarkt-Restaurant öffnet im Dezember 2021 und Januar 2022 freitags nicht. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit wird damit von 40 auf 20 Stunden reduziert, was mit einem Entgeltausfall i.H.v. 50 % des monatlichen Bruttoentgelts einhergeht.

Der an der Essensausgabe tätige Arthur Ananas (A) möchte zwar weiterhin für K arbeiten, diese Kürzung will er sich aber nicht bieten lassen. In seinem Arbeitsvertrag befinde sich keine Klausel, wonach ihn K einfach so in Kurzarbeit schicken dürfe. Es könne ja wohl nicht sein, dass seine Arbeitgeberin und der Betriebsrat so etwas über seinen Kopf hinweg entscheiden dürften. A erklärt gegenüber K, dass er die volle Arbeitszeit leisten und dafür auch die volle Vergütung erhalten wolle; K will davon nichts wissen. A fragt, ob ihm für Dezember 2021 und Januar 2022 die volle oder eine der Kurzarbeitsanordnung entsprechende, reduzierte Vergütung zusteht. Für den Fall, dass die Anordnung der Kurzarbeit rechtmäßig ist und ihm nur ein reduzierter Vergütungsanspruch zusteht, möchte A wissen, ob er Anspruch auf Kurzarbeitergeld hat. Ihn interessiert auch, in welcher Höhe das Kurzarbeitergeld geleistet wird.

Frage 2

Prüfen Sie die Fragen des A gutachtlich.

Bearbeitungsvermerk

Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen, notfalls hilfsgutachtlich, einzugehen.

A ist unverheiratet und kinderlos. Sein reguläres monatliches Bruttoentgelt beträgt 3.000 €. Sein monatliches Bruttoentgelt während der Kurzarbeit würde bei Kürzung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 auf 20 Stunden 1.500 € betragen. As reguläres pauschaliertes Nettoentgelt beträgt 2.000 €. Sein pauschalisiertes Nettoentgelt würde bei der genannten Kürzung während der Kurzarbeit 1.000 € betragen.

Gliederung

Ausgangsfall

I. Kündigungserklärung
II. Keine materielle Präklusion, §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG
III. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 Abs. 2 S. 1 Hs.1 SGB IX
IV. Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG
V. Zustimmung Integrationsamt, § 168 SGB IX
VI. Mitteilung der Kündigungsentscheidung an die Schwerbehindertenvertretung
VII. Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung, § 626 BGB
  1. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 2 BGB
  2. Vorliegen eines wichtigen Grundes, § 626 Abs. 1 BGB
VIII. Umdeutung, § 140 BGB
  1. Wirksamkeit der Kündigung als ordentliche Kündigung
  2. Keine Umdeutungsmöglichkeit
IX. Gesamtergebnis zu Frage 1

Fallfortsetzung

I. Anspruch auf Vergütung, § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag
  1. Arbeitsvertrag
  2. Reduzierung der Arbeitsvertragspflichten aufgrund der Kurzarbeitsanordnung
II. Anspruch auf Kurzarbeitergeld
  1. Erheblicher Arbeitsausfall, §§ 95 S. 1 Nr. 1 SGB III
  2. Betriebliche Voraussetzungen, § 95 S. 1 Nr. 2 SGB III
  3. Persönliche Voraussetzungen, § 95 S. 1 Nr. 3 SGB III
  4. Anzeige des Arbeitsausfalls, § 95 S.1 Nr. 4 SGB III
  5. Zwischenergebnis
III. Höhe Kurzarbeitergeld
IV. Gesamtergebnis zu Frage 2

Lösungsvorschlag

Ausgangsfall

Die zulässige Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie begründet ist. Die Klage ist begründet, wenn die von K am 20.8.2021 ausgesprochene außerordentliche Kündigung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis zwischen K und D daher nicht aufgelöst hat.

I. Kündigungserklärung

Die Kündigung wurde von K als kündigungsberechtigter Person in Schriftform gem. § 623 BGB erklärt. Das Kündigungsschreiben ist D als Adressat auch zugegangen, § 130 Abs. 1 BGB. Eine wirksame Kündigungserklärung liegt damit vor.

II. Keine materielle Präklusion, § 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG

Die Klage müsste rechtzeitig, also innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 S. 1 KSchG erhoben worden sein. Andernfalls wird die Kündigung gem. § 7 Hs. 1 KSchG i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG als von Anfang an rechtswirksam behandelt.

Das Kündigungsschreiben ist D am 21.8.2021 zugegangen. Gem. § 187 Abs. 1 BGB, § 222 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG begann die Dreiwochenfrist am 22.8.2021 zu laufen und endete gem. §§ 188 Abs. 2, 193 BGB, § 222 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG am 13.9.2021.[1] Die Klage wurde von

[1] Zur Fristberechnung siehe *Hesse*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, KSchG § 4 Rn. 89 ff.; *Kiel*,

D bereits am 30.8.2021 und damit innerhalb der Frist beim Arbeitsgericht München erhoben.

III. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 SGB IX

D ist der Auffassung, die Schwerbehindertenvertretung sei nicht ordnungsgemäß beteiligt worden. Bei D liegt ein Grad der Behinderung von 60 und damit gem. § 2 Abs. 2 SGB IX eine Schwerbehinderteneigenschaft vor. Nach § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX ist eine ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausgesprochene Kündigung unwirksam. Eine ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung setzt gem. § 178 Abs. 2 S. 1 Hs.1 SGB IX eine unverzügliche und umfassende Unterrichtung sowie eine Anhörung[2] vor der Kündigungsentscheidung voraus.[3] K hat die Schwerbehindertenvertretung am nächsten Tag, und damit sowohl vor der endgültigen Kündigungsentscheidung als auch unverzüglich[4] unterrichtet. Indem K ausführlich und vollumfänglich den Sachverhalt, die Kündigungsgründe und die Sozialdaten des D mitgeteilt hat, erfolgte die Unterrichtung auch umfassend.[5]

Fraglich ist, ob die Schwerbehindertenvertretung ordnungsgemäß angehört wurde. Dies würde voraussetzen, dass ihr von K genügend Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde, sie also ausreichend Zeit hatte, etwaige Bedenken bezüglich der außerordentlichen Kündigung des D zu äußern.[6] An einer Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung fehlt es. § 178 Abs. 2 SGB IX enthält keine ausdrückliche Fristenregelung.[7] Es wäre denkbar, dass K auch über den 20.8.2021 hinaus auf eine Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung hätte warten müssen und nicht bereits die Kündigung hätte aussprechen dürfen. Ohne Bestimmung einer Frist könnte sich die Schwerbehindertenvertretung bis an die Grenze der Verwirkung oder des Rechtsmissbrauchs Zeit lassen, eine Stellungnahme abzugeben und dadurch mehrere Wochen oder gar Monate den Kündigungsausspruch blockieren. Im Falle einer außerordentlichen Kündigung würde dies bedeuten, dass die Schwerbehindertenvertretung durch das Abwarten von nur zwei Wochen bereits die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB bzw. die Antragsfrist des § 174 Abs. 2 SGB IX verstreichen lassen und damit stärkeren Einfluss auf die Kündigung nehmen könnte als der Betriebsrat. Dies entspricht weder Sinn noch Zweck des Anhörungsrechts.[8] Deshalb wäre es denkbar, § 102 Abs. 2 BetrVG analog heranzuziehen. Eine Analogie setzt eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage voraus.[9] Die Planwidrigkeit ergibt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte.[10] Auch die beiden Interessenlagen sind vergleichbar.[11] § 102 Abs. 2 BetrVG ist also analog anzuwenden,[12] mit der Folge, dass die Schwerbehindertenvertretung etwaige Bedenken gegen eine außerordentliche Kündigung unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, mitzuteilen hat.[13]

---

in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, KSchG § 4 Rn. 21 ff.

[2] Die Anhörung kann sowohl mündlich als auch schriftlich erfolgen, *Baeck/Winzer/Abend*, NZG 2017, 651 (652).

[3] *Schnelle*, NZA 2017, 880 (881).

[4] *Brose*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Sozialrecht, Stand: 1.6.2021, SGB IX § 178 Rn. 28; *Rolfs*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, SGB IX § 178 Rn. 9.

[5] Vertiefung/Exkurs: Es bestanden Unklarheiten darüber, wie umfangreich der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung zu unterrichten habe. Teilweise wurde vertreten, die Schwerbehindertenvertretung müsse lediglich in die Lage versetzt werden, überprüfen zu können, ob die Kündigung im Zusammenhang mit der Schwerbehinderung des betroffenen Arbeitnehmers stehe. Umstände, die in keinem Zusammenhang stehen, brauche der Arbeitgeber nicht mitzuteilen. Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung diene der Überprüfung der behindertenspezifischen Besonderheiten, nicht der Wirksamkeitskontrolle der Kündigung an sich. Die Anforderungen an die Unterrichtungspflicht der Schwerbehindertenvertretung reichten deshalb nicht so weit wie die Anforderungen an die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG, *Baeck/Winzer/Abend*, NZG 2017, 651 (652); *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (89); *Lingemann/Steinhauser*, NJW 2017, 1369 (1370); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2296). Dem trat das BAG entgegen. Aufgabe der Schwerbehindertenvertretung sei es, die Interessen von schwerbehinderten Menschen umfassend zu vertreten. Sie könne deshalb auch „nicht behinderungsspezifische" Einwände gegen die beabsichtigte Kündigung erheben. Die Schwerbehindertenvertretung müsse selbst beurteilen können, ob sie einen Bezug der Kündigung zur Behinderung des Arbeitnehmers für gegeben erachte. Eine Reduzierung des Unterrichtungsinhalts auf schwerbehindertenspezifische Kündigungsbezüge dürfe deshalb nicht stattfinden. Der notwendige Inhalt der Unterrichtung bleibe nicht hinter dem für die Anhörung des Betriebsrats zurück. Der Arbeitgeber müsse auch der Schwerbehindertenvertretung „die Gründe für die Kündigung" i.S.v. § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG mitteilen, BAG NZA 2019, 305 (306 Rn. 21 m.w.N.); *Vossen*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, SGB IX § 168 Rn. 29f; kritisch *Zöllner*, SAE 2019, 139 (143).

[6] BAG NZA 2019, 305 (307 Rn. 20).

[7] *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (89).

[8] *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (90).

[9] *Grüneberg*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, Einl. Rn. 48.

[10] BAG NZA 2019, 305 (306 Rn. 23); *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (90); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2297) mit Verweis auf BT-Drs. 18/10523, S. 67.

[11] Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, der Schwerbehindertenvertretung ein zeitlich weitreichenderes Mitbestimmungsrecht einzuräumen als dem Betriebsrat, *Baeck/Winzer/Abend*, NZG 2017, 651 (652); *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (89 f.); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2297).

[12] BAG NZA 2019, 305 (306 Rn. 23); *Baeck/Winzer/Abend*, NZG 2017, 651 (652); *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (90); *Benkert*, NJW-Spezial 2017, 370 (370); *Klein*, NJW 2017, 852 (855); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2297); *Schnelle*, NZA 2017, 880 (882).

[13] *Schnelle*, NZA 2017, 880 (882); einer ausdrücklichen Fristsetzung durch den Arbeitgeber bedarf es nicht, BAG NZA

Das Anhörungsverfahren ist demgemäß beendet, wenn diese Frist abgelaufen ist oder eine das Verfahren abschließende Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung vorliegt.[14] Da es an einer solchen Stellungnahme fehlt, kommt es darauf an, ob die Frist zur Anhörung zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bereits abgelaufen war. Für die Fristberechnung gelten §§ 187 ff. BGB. Gem. § 187 Abs. 1 BGB begann die Frist am 4.8.2021 zu laufen und endete gem. § 188 Abs. 2 BGB am 6.8.2021. Damit war die Frist am 20.8.2021 bereits abgelaufen und das Anhörungsverfahren beendet. Eine ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung liegt vor.

IV. Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG

Auch der Betriebsrat müsste ordnungsgemäß nach § 102 Abs. 1 BetrVG beteiligt worden sein.

Dies setzt voraus, dass K dem Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung[15] die Gründe für die Kündigung mitgeteilt hat, § 102 Abs. 1 S. 1, S. 2 BetrVG. Indem K den T am 3.8. 2021 angerufen und ihn ausführlich und umfassend über den Sachverhalt, die Sozialdaten des D sowie die Art der Kündigung informiert und T zur Stellungnahme aufgefordert hat, hat sie die Anforderungen an die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers erfüllt.[16] K durfte T die Kündigungsgründe auch telefonisch durchgeben. Für die Einleitung des Anhörungsverfahrens besteht kein Schriftformerfordernis.[17] T ist als Betriebsratsvorsitzender zur Entgegennahme der Mitteilung der K berechtigt, § 26 Abs. 2 S. 2 BetrVG.[18]

Der Betriebsrat hat der außerordentlichen Kündigung des D am 4.8.2021 und damit innerhalb der Dreitagesfrist des § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG zugestimmt.[19] Diese, das Beteiligungsverfahren abschließende Stellungnahme darf der Betriebsratsvorsitzende auch mündlich abgeben, wenn der Betriebsrat der Kündigung vorbehaltlos zustimmt. Das Schriftformerfordernis des § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG findet nur bei der Geltendmachung von „Bedenken" Anwendung.[20]

Problematisch könnte sein, dass der Zustimmungsbeschluss im Rahmen einer virtuell stattfindenden Betriebsratssitzung gefasst wurde. Gem. § 30 Abs. 1 S. 5 BetrVG sind Betriebsratssitzungen in Präsenz abzuhalten und Beschlüsse gem. § 33 Abs. 1 S. 1 BetrVG durch die Mehrheit der Stimmen der anwesenden Mitglieder zu fassen.

Unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 S. 2 BetrVG kann die Teilnahme an den Betriebsratssitzungen aber auch mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen. Gem. § 33 Abs. 1 S. 2 BetrVG gelten Betriebsratsmitglieder, die mittels Video- und Telefonkonferenz an der Beschlussfassung teilnehmen, als anwesend.[21]

Es ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 S. 2 BetrVG eingehalten und damit kein Mangel im Anhörungsverfahren vorliegt. Der Betriebsrat wurde ordnungsgemäß beteiligt.

V. Zustimmung Integrationsamt, § 168 SGB IX

Schließlich[22] müsste K gem. §§ 168, 174 Abs. 1 SGB IX die Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt eingeholt

2019, 305 (306 Rn. 23); bezüglich der Einzelheiten und der Fristberechnung gelten die zu § 102 Abs. 2 BetrVG herausgearbeiteten Grundsätze entsprechend, *Bayreuther*, NZA 2017, 87 (90).

[14] BAG NZA 2019, 305 (308 Rn. 24).

[15] *Koch*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, BetrVG § 102 Rn. 61.

[16] Zum Inhalt der Mitteilung siehe ausführlich *Koch* (Fn. 15), BetrVG § 102 Rn. 86 ff.

[17] *Koch* (Fn. 15), BetrVG § 102 Rn. 68.

[18] *Koch* (Fn. 15), BetrVG § 102 Rn. 77.

[19] Zur Fristberechnung siehe *Koch* (Fn. 15), BetrVG § 102 Rn. 130; *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, BetrVG § 102 Rn. 11.

[20] *Kania* (Fn. 19), BetrVG § 102 Rn. 10.

[21] Vertiefung/Exkurs: Bereits vor Beginn der Corona-Krise wurde der h.M., wonach Betriebsratssitzungen und Beschlussfassungen wegen der Missbrauchsgefahr und der Möglichkeit des Verstoßes gegen das Gebot der Nichtöffentlichkeit nicht mittels Videokonferenz abgehalten werden dürfen (*Jesgarzewski/Holzendorf*, NZA 2012, 1021; *Koch*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017, BetrVG § 33 Rn. 3; *Raab*, in: Wiese/Kreutz/Oetker, Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl. 2018, Bd. 1, § 33 Rn. 12; *Thüsing*, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 2018, § 33 Rn. 3; *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde, Kommentar zum BetrVG, 17. Aufl. 2019, § 33 Rn. 11; differenzierend: *Fitting*, in: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 29. Aufl. 2018, § 33 Rn. 21) von Teilen der Lit. entgegengetreten (*Butz/Pleul*, AuA 2011, 213 [214]; *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552 [555]; *Stück/Wein*, AuA 2007, 345 [348]). Mit Ausbruch der COVID-19-Pandemie wurden die kritischen Stimmen lauter, die eine Pflicht zur Abhaltung von Betriebsratssitzungen in physischer Anwesenheit der Beteiligten vor Ort für veraltet hielten und eine Neuregelung forderten. Es könne nicht sein, dass in Zeiten, in denen zum Schutze der Gesundheit Dienstreisen abgesagt und Arbeit ins Home-Office verlegt wird, Betriebsräte durch ganz Deutschland reisen müssen, um beschlussfähig zu bleiben (*Beden/Rombey*, BB 2020, 1141; *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345 [349]; *Grimm*, ArbRB 2020, 129). Der Gesetzgeber reagierte auf die (berechtigte) Kritik und führte Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie ein (BGBl. I 2020, S. 1044 [Nr. 24 v. 28.5.2020]). Die Übergangsregelung des § 129 BetrVG n.F. ermöglichte Betriebsräten, Beschlüsse rückwirkend ab dem 1.3.2020 bis zum 31.12.2020 auch via Video- und Telefonkonferenz zu fassen und virtuelle Betriebsversammlungen abzuhalten. Dadurch sollten die mit Infektionsrisiken verbundenen Präsenzsitzungen vermieden und gleichzeitig die Handlungs- und Beschlussfähigkeit des Betriebsrats sichergestellt werden (*Klumpp/Holler*, BB 2020, 1268; *Stück*, CCZ 2020, 205 [207]). Mit in Kraft treten des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes am 18.6.2021 wurde die Regelung dauerhaft in den neu gefassten §§ 30, 33 BetrVG verankert (BGBl. I 2021, S. 1762 [Nr. 32 v. 17.6.2021]).

[22] Es ist keine Reihenfolge vorgeschrieben, in der Schwerbehindertenvertretung, Betriebsrat und Integrationsamt beteiligt werden müssen. Sowohl § 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX als auch

haben. Eine ohne vorherige Zustimmung ausgesprochene Kündigung ist nichtig.[23]

Gem. § 174 Abs. 2 SGB IX muss die Zustimmung innerhalb von zwei Wochen ab dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt,[24] beantragt werden. K sieht den Eintrag in Ds Facebook-Chronik am 2.8.2021. Damit begann die Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB am 3.8.2021 zu laufen und endete gem. § 188 Abs. 2 BGB am 16.8.2021. Die Beantragung der Zustimmung erfolgte bereits am 9.8.2021 und damit innerhalb der Zweiwochenfrist.

Auch dem Integrationsamt steht gem. § 174 Abs. 3 SGB IX eine Zweiwochenfrist zur Erteilung der Zustimmung zu. Die Frist beginnt mit der Antragstellung zu laufen.[25] K hat die Zustimmung am 9.8.2021 beantragt. Die Frist begann gem. § 187 Abs. 1 BGB am 10.8.2021 zu laufen und endete gem. § 188 Abs. 2 BGB am 23.8.2021. Das Integrationsamt hat seine Entscheidung[26] spätestens am 17.8.2021 und damit fristgerecht getroffen.[27]

Eine ordnungsgemäße Beteiligung des Integrationsamts liegt demnach vor.

VI. Mitteilung der Kündigungsentscheidung an die Schwerbehindertenvertretung

K ist ihrer Mitteilungspflicht aus § 178 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 SGB IX nachgekommen. Sie hat die Schwerbehindertenvertretung am 19.8.2021, und damit unverzüglich, über ihre Kündigungsentscheidung informiert.[28]

VII. Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung, § 626 BGB

Schließlich müssten die Voraussetzungen des § 626 BGB erfüllt sein. Dafür dürfte die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht verstrichen sein und es müsste gem. § 626 Abs. 1 BGB ein „an sich" wichtiger Grund vorliegen, der es auch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und nach Abwägung der Interessen beider Vertragsteile für K unzumutbar erscheinen lässt, das Arbeitsverhältnis mit D noch bis zum Fristablauf fortzuführen.[29]

1. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 2 BGB

K müsste die Kündigung gem. § 626 Abs. 2 S. 1, S. 2 BGB innerhalb von zwei Wochen ab Kenntniserlangung von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erklärt haben. Die Frist beginnt grundsätzlich, sobald der Arbeitgeber von den Äußerungen auf Facebook erfährt. K wurde am 2.8.2021 auf den Eintrag des D aufmerksam gemacht. Der Eintrag war zu diesem Zeitpunkt aber bereits mehrere Wochen auf Facebook eingestellt und daher über einen länger anhaltenden Zeitraum nachlesbar. Dies hat zur Folge, dass es sich um einen sog. Dauertatbestand handelt. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt bei Dauertatbeständen nicht vor deren Beendigung zu laufen. Sie beginnt jeden Tag neu bis der Eintrag auf Facebook tatsächlich gelöscht wird.[30] D löschte den Eintrag am 2.8.2021. Damit begann die Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB am 3.8.2021 zu laufen und endete gem. § 188 Abs. 2 BGB

---

§ 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG und § 168 SGB IX legen nur fest, dass die Anhörung bzw. Zustimmung vor der Entscheidung, also vor Ausspruch der Kündigung, erfolgen bzw. eingeholt werden muss. Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung kann folglich sowohl vor, gleichzeitig als auch nach der Anhörung des Betriebsrats erfolgen. Die Schwerbehindertenvertretung muss nicht zwingend vor der Beteiligung des Integrationsamtes angehört werden. Ihre Anhörung kann vor, während oder nach dem Zustimmungsverfahren nach §§ 168 ff. SGB IX erfolgen. Auch der Betriebsrat kann vor oder gleichzeitig mit Einleitung des Zustimmungsverfahrens oder nach der Entscheidung des Integrationsamts angehört werden; BAG NZA 2019, 305 (307 Rn. 19); LAG Baden-Württemberg BeckRS 2019, 39361 Rn. 90; *Mühlmann*, NZA 2017, 884 (885 f.); *Zimmermann*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 198 Rn. 143 f.; *Zöllner*, SAE 2019, 139 (142 f.).

[23] *Gutzeit*, in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 1.6.2021, SGB IX § 168 Rn. 32; *Rolfs* (Fn. 4), SGB IX § 168 Rn. 13; *Vossen* (Fn. 5), SGB IX § 168 Rn. 32.

[24] § 174 Abs. 2 SGB IX ist § 626 Abs. 2 BGB nachgebildet. Es gelten dieselben Erwägungen für die Kenntniserlangung des Kündigungsgrunds, *Rolfs* (Fn. 4), SGB IX § 174 Rn. 3; *Vossen* (Fn. 5), SGB IX § 174 Rn. 7 f. m.w.N.

[25] *Gutzeit* (Fn. 23), SGB IX § 174 Rn. 9.

[26] Gem. § 174 Abs. 4 SGB IX soll das Integrationsamt die Zustimmung erteilen, wenn der Kündigungsgrund in keinem Zusammenhang mit der der Behinderung des Arbeitnehmers steht. Diese Soll-Vorschrift schränkt das Ermessen des Integrationsamts im Falle eines behinderungsunabhängigen Kündigungsgrunds ein; *Gutzeit* (Fn. 23), SGB IX § 174 Rn. 12 f.; *Rolfs* (Fn. 4), SGB IX § 174 Rn. 6.

[27] Es kommt nur darauf an, dass das Integrationsamt innerhalb der Zweiwochenfrist seine abschließende Endentscheidung trifft. § 174 Abs. 3 S. 1 SGB IX verlangt hingegen nicht, dass die Entscheidung dem Arbeitgeber auch innerhalb der Frist zugestellt wird, BAG NZA 2005, 1173 (1174); *Gutzeit* (Fn. 23), SGB IX § 174 Rn. 9.

[28] Die Unwirksamkeitsfolge des § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX tritt nicht ein, wenn der Arbeitgeber nur die Mitteilungspflicht aus § 178 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 SGB IX verletzt. Die Mitteilung dient zur Kontrolle der ordnungsgemäßen Beteiligung. Sie ermöglicht der Schwerbehindertenvertretung keine Mitwirkung an der Willensbildung des Arbeitgebers; BAG NZA 2019, 305 (307 Rn. 14); LAG Baden-Württemberg BeckRS 2019, 39361 Rn. 90; *Rolfs* (Fn. 4), SGB IX § 178 Rn. 10; *Vossen* (Fn. 5), SGB IX § 168 Rn. 29g; *Zöllner*, SAE 2019, 139 (141); a.A. *Mühlmann*, NZA 2017, 884 (887); *Schmitt*, BB 2017, 2293 (2297 f.).

[29] Zum zweistufigen Prüfungsverfahren siehe *Henssler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 626 Rn. 80 ff.; *Niemann*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, BGB § 626 Rn. 14 ff.

[30] ArbG Duisburg BeckRS 2012, 74872 Rn. 34; *Bauer/Günther*, NZA 2013, 67 (72); allgemein zur Kündigung bei Dauertatbeständen siehe *Henssler* (Fn. 29), § 626 Rn. 338 f.; *Niemann* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 212 ff.

am 16.8.2021. K erklärte die Kündigung erst mit Schreiben vom 20.8.2021 und damit nach Ablauf der Zweiwochenfrist. Allerdings erfolgte die Zustimmung des Integrationsamtes erst am 17.8.2021 und damit nach Fristablauf. Gem. § 174 Abs. 5 SGB IX kann eine außerordentliche Kündigung nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB erfolgen,[31] wenn sie unverzüglich[32] nach Erteilung der Zustimmung des Integrationsamtes erklärt wird. K erklärte die außerordentliche Kündigung mit Schreiben vom 20.8.2021 und damit innerhalb von drei Tagen nach in Kenntnissetzung durch das Integrationsamt. Die Kündigungserklärung erfolgte unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung. Die Kündigungserklärungsfrist wurde eingehalten.

2. Vorliegen eines wichtigen Grundes, § 626 Abs. 1 BGB

a) Wichtiger Grund „an sich"

Die Veröffentlichung des Facebook-Eintrags stellt ein von D steuerbares Verhalten dar. Das Verhalten eines Arbeitnehmers ist abstrakt geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, wenn in diesem Verhalten ein erheblicher Verstoß gegen die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu sehen ist.[33]

aa) Pflichtverletzung

Ds Facebook-Eintrag müsste zunächst ein objektiv vertragswidriges Verhalten darstellen. Ein solches liegt bei Verletzung bestimmter, vom Arbeitnehmer geschuldeter Verhaltenspflichten vor.[34]

Der Eintrag weist auf ein umweltschädliches Verhalten der K hin. D steht es grundsätzlich zu, sich für den Umweltschutz einzusetzen. Er muss sich dabei nicht auf sein privates Umfeld beschränken. Als Arbeitnehmer kann sich D auch in seinem beruflichen Umfeld auf sein Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG berufen und somit unternehmensöffentliche Kritik an seinem Arbeitgeber und den betrieblichen Verhältnissen äußern. In diesem Zusammenhang sind zwar auch polemische und übertriebene Äußerungen möglich, es muss jedoch stets die Auseinandersetzung in der Sache und nicht die Diffamierung der Person des Arbeitgebers im Vordergrund stehen. Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit wird nach Art. 5 Abs. 2 GG unter anderem durch die allgemeinen Gesetze, zu denen auch § 241 Abs. 2 BGB gehört, und das Recht der persönlichen Ehre beschränkt. Das Recht der persönlichen Ehre schützt den Arbeitgeber vor unsachlichen Angriffen. Äußerungen von Arbeitnehmern, die seine Position untergraben oder als Formalbeleidigung oder Schmähkritik eingestuft werden können, müssen vom Arbeitgeber nicht hingenommen werden.[35]

Die Bezeichnung der K als „Heuchlerin" könnte dahingehend verstanden werden, dass auf ein Sich-Verstellen und Vortäuschen von Umweltbewusstsein und nachhaltiger Lebensweise hingewiesen werden soll. In Verbindung mit den Bezeichnungen „dumm" und „verlogen" wird aber deutlich, dass keine überspitzte Kritik am Verhalten der K geäußert, sondern K als Person beschimpft und herabgewürdigt werden soll. Der Facebook-Eintrag stellt deshalb eine Beleidigung, jedenfalls aber eine Respektlosigkeit und damit ein Verstoß gegen nebenvertraglichen Verhaltenspflichten dar (a.A. vertretbar).

Die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB umfasst eine Verschwiegenheitspflicht. Dieser Verschwiegenheitsverpflichtung unterliegen alle Vorgänge und Tatsachen, die dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit seiner Stellung im Betrieb bekannt geworden sind und deren Geheimhaltung im Interesse des Arbeitgebers liegt, wie z.B. persönliche Umstände und Verhaltensweisen des Arbeitgebers.[36] Mit dem Hinweis auf das umweltschädliche Verhalten geht neben der öffentlichen Kritik auch ein Schadenspotenzial und eine mögliche Geschäfts- und Rufschädigung einher.[37] K hat deshalb ein berechtigtes Interesse an der Nichtverbreitung dieser Information. Ds Facebook-Eintrag verstößt gegen die Verschwiegenheitspflicht und stellt eine Verletzung seiner Rücksichtnahmepflicht gegenüber K dar.

§ 241 Abs. 2 BGB verpflichtet Arbeitnehmer auch, Störungen des Betriebsfriedens und des Betriebsablaufs sowie bewusst illoyales Verhalten zu vermeiden.[38] Der Facebook-Eintrag führt zu Verärgerungen bei Ks Kunden. Der Aufruf, nicht mehr in der „Karottenkönigin" einzukaufen, lässt erkennen, dass D der K durch einen Kundenrückgang Schäden zufügen möchte. Auch dieser Aufruf stellt eine Verletzung der nebenvertraglichen Rücksichtnahmepflicht dar.

Dass die Äußerungen im Internet[39] getätigt wurden, ändert nichts an ihrer Einstufung als Pflichtverletzung. Unternehmensschädigende Postings in den sozialen Medien sind nicht weniger schwerwiegend zu beurteilen als beleidigende Äußerungen in den herkömmlichen Verbreitungswegen der analogen Welt. Vielmehr kommen noch erschwerende Faktoren wie die enorme Verbreitungsgeschwindigkeit und der kaum überschaubare Adressatenkreis der sozialen Netzwerke hinzu.[40] Der Eintrag ist D zweifelsfrei zuzuordnen, denn er hat sich mit seinem Namen angemeldet und ist auf seinem Profilbild zu erkennen. Ds Profil ist öffentlich zugänglich, sodass der Eintrag von einer unbegrenzten Personenanzahl gelesen werden und ggf. auch geteilt und verbreitet werden

[31] Zur Besonderheit der Fristausdehnung bei Dauertatbeständen siehe BAG NZA 2004, 1271 (1273).
[32] BAG NZA 2020, 717 (718 Rn. 16 ff.).
[33] *Niemann* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 14 ff.; *Stoffels*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2021, BGB § 626 Rn. 45 f.; *Vossen* (Fn. 5), BGB § 626 Rn. 29.
[34] *Vossen* (Fn. 5), BGB § 626 Rn. 72.
[35] St. Rspr. vgl. BAG NJOZ 2003, 3169 (3171 f.); *Plum*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2021, BGB § 626 Rn. 25 ff.
[36] *Vossen* (Fn. 5), BGB § 626 Rn. 271 ff.
[37] Zur Geschäfts- bzw. Rufschädigung als Kündigungsgrund siehe *Stoffels* (Fn. 33), BGB § 626 Rn. 110.
[38] *Plum* (Fn. 35), BGB § 626 Rn. 21; BAG NZA 2017, 1332 (1337 Rn. 49).
[39] Zur Kündigung wegen beleidigender Äußerungen im Internet siehe *Bauer/Günter*, NZA 2013, 67; *Göpfert/Wilke*, ArbR Aktuell 2011, 159; *Kort*, NZA 2012, 1321.
[40] *Günther/Lenz*, ArbR Aktuell 2020, 405 (405).

kann. D muss damit rechnen, dass nicht nur Kunden und Geschäftspartner der K, sondern auch K selbst, den Eintrag lesen wird. Aufgrund der öffentlichen Zugänglichkeit kann D sich nicht auf eine Vertraulichkeit der Kommunikation und damit auch nicht auf eine erhöhte Schutzwürdigkeit berufen.

Aber aus der Tatsache, dass D den Eintrag auf seinem privaten Facebook-Profil veröffentlicht hat, folgt auch, dass es sich um ein außerdienstliches Verhalten handelt. Außerdienstliches Verhalten von Arbeitnehmern ist grundsätzlich ungeeignet, eine Kündigung zu rechtfertigen. Die Gestaltung des privaten Lebensbereichs befindet sich außerhalb der Einflusssphäre des Arbeitgebers. Dies gilt jedoch nur, soweit Verhaltensweisen keine Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben. Außerdienstliche Handlungen werden kündigungsrelevant, sobald sie konkrete, innerbetriebliche Auswirkungen haben oder ein Bezug zum Arbeitsverhältnis hergestellt werden kann. Bei der Nutzung sozialer Netzwerke reicht für die Herstellung eines Bezugs zum Arbeitsverhältnis bereits die Angabe des Arbeitgebers in dem Profil.[41]

D hat die „Karottenkönigin" in seinem Profil als Arbeitgeberin angegeben. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Facebook-Eintrag den Ruf der K bei Kunden und Geschäftspartnern schädigt und zu einem Rückgang der Kundenzahlen und Vertragspartner führt. Der Eintrag stellt damit ein kündigungsrelevantes, außerdienstliches Verhalten dar.

bb) Negativprognose

Aufgrund des von D in der Vergangenheit gezeigten Verhaltens müsste eine Störung in der Zukunft zu erwarten sein, die einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses entgegensteht. Eine solche negative Prognose lässt sich entweder bei Wiederholungsgefahr bejahen oder wenn die Störung so schwerwiegend ist, dass eine zukünftige Zusammenarbeit nicht mehr möglich erscheint.[42] D zeigt sich nicht einsichtig, sondern hält seinen Facebook-Eintrag für eine Kleinigkeit. Es ist davon auszugehen, dass er auch zukünftig auf Verhaltensweisen der K in den sozialen Medien aufmerksam machen wird. Eine negative Prognose ist damit gegeben (a.A. vertretbar).

cc) Zwischenergebnis

Es liegt ein „an sich" wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vor.

b) Umfassende Interessenabwägung im Einzelfall

Schließlich müsste das Interesse der K an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Interesse des D an einer Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist überwiegen.

aa) Ultima-ratio-Prinzip

Es müsste K unzumutbar sein, D bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Die Kündigung muss im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips ultima ratio des Kündigenden sein. Sie dient nicht als Sanktion vergangenen Verhaltens, sondern zur Verhinderung künftiger Vertragsstörungen. K dürften keine anderen, geeigneten und milderen Mittel als die außerordentliche Kündigung zur Verfügung stehen. Als mildere Mittel kommen grundsätzlich eine ordentliche Kündigung und eine Abmahnung in Betracht.[43]

Die Abmahnung hat Hinweis-, Ermahnungs- und Warnfunktion. Liegen ein steuerbares Verhalten und eine verhaltensbedingte Kündigung vor, muss die Abmahnung einer Kündigung grundsätzlich vorangehen.[44] K hat D nicht abgemahnt, sondern die außerordentliche Kündigung ausgesprochen. Fraglich ist, ob eine Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich war.

Eine Abmahnung ist entbehrlich, wenn die mit ihr bezweckte zweite Chance erkennbar nicht realisiert werden kann. Dies ist der Fall, wenn eine künftige Verhaltensänderung auch nach Abmahnung nicht zu erwarten ist, oder wenn die Pflichtverletzung derart schwer wiegt, dass auch deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar ist. Hierbei muss auch für den Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar sein, dass es ausgeschlossen ist, dass der Arbeitgeber den Verstoß hinnimmt.[45] Ein solcher, besonders schwerwiegender Verstoß liegt nicht vor. Es ist nach dem Prognoseprinzip[46] zu fragen, ob eine Verhaltensänderung des D zu erwarten ist. D hielt seinen Facebook-Eintrag für eine „Kleinigkeit" und seine Wortwahl für „total normal". Dies spricht dafür, dass er sich der Tragweite seines Handelns nicht bewusst war. Außerdem löschte D den Facebook-Eintrag, nachdem er von der verärgerten Kundin darauf angesprochen wurde. Darin lässt sich erkennen, dass er bereit war, auf Beanstandungen zu reagieren und sein Verhalten anzupassen. Eine Abmahnung war daher nicht entbehrlich. K hätte D vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung abmahnen müssen.

Überdies hätte auch eine ordentliche Kündigung genügt, um zukünftige Vertragsstörungen durch D zu vermeiden.[47] D löschte den Facebook-Eintrag an dem Tag, an dem er darauf angesprochen wurde. Daraus ließ sich schließen, dass jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist keine weiteren Störungen durch D zu befürchten waren.

Damit ist K eine Weiterbeschäftigung des D zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar. K hätte eine ordentliche Kündigung als milderes Mittel aussprechen müssen.

bb) Zwischenergebnis

Das Interesse des D an einer Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist überwiegt das Interesse der K an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

c) Zwischenergebnis

Die abschließende Interessenabwägung führt zu dem Ergeb-

[41] *Niemann* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 82.
[42] *Stoffels* (Fn. 33), BGB § 626 Rn. 70 ff.
[43] *Henssler* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 95 ff.
[44] *Henssler* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 97, 102.
[45] *Henssler* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 99, 106 ff.
[46] *Henssler* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 99.
[47] *Niemann* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 28.

nis, dass kein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. Die Kündigung des D ist als außerordentliche Kündigung unwirksam.

VIII. Umdeutung, § 140 BGB

Die unwirksame außerordentliche Kündigung könnte aber möglicherweise gem. § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung zum nächstzulässigen Termin umgedeutet werden. Dies setzt voraus, dass ein unwirksames Rechtsgeschäft vorliegt, die Umdeutung dem mutmaßlichen Willen des Erklärenden entspricht und dieser mutmaßliche Wille für den Erklärungsempfänger im Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung auch erkennbar war.[48]

Die von K ausgesprochene Kündigung ist als außerordentliche Kündigung unwirksam. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass K sich unter allen Umständen von dem Arbeitsverhältnis mit D lösen wollte und folglich den Willen gehabt hätte, die Kündigung als ordentliche Kündigung aufrechtzuerhalten. Dies war für D erkennbar.

Damit liegen die Voraussetzungen für eine Umdeutung vor, mit der Folge, dass die Wirksamkeit der Kündigung als ordentliche Kündigung zu überprüfen ist.

1. Wirksamkeit der Kündigung als ordentliche Kündigung

a) Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen

Die Schriftform des § 623 BGB wurde eingehalten und die Kündigung ist D nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam zugegangen. Die Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage ist noch nicht abgelaufen, sodass keine Wirksamkeitsfiktion nach §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG eingetreten ist.

b) Beteiligungsrechte

Fraglich ist, ob der Betriebsrat, die Schwerbehindertenvertretung und das Integrationsamt ordnungsgemäß beteiligt wurden.

aa) Anhörung des Betriebsrats

Da auch eine ordentliche Kündigung eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG voraussetzt, müsste dieser ebenfalls vorsorglich zu einer ordentlichen Kündigung angehört worden sein. Andernfalls ist eine Umdeutung grundsätzlich ausgeschlossen.[49] K hat den Betriebsrat nur zur außerordentlichen Kündigung angehört.

Eine vorsorgliche Anhörung zur ordentlichen Kündigung ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hat und auch aus sonstigen Umständen nicht davon auszugehen ist, dass er einer ordentlichen Kündigung entgegengetreten wäre.[50]

Der Betriebsrat hat der außerordentlichen Kündigung des D ausdrücklich und ohne Vorbehalte zugestimmt. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass er der ordentlichen Kündigung aus anderen Gründen entgegengetreten wäre.

Es ist daher von einer ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats auszugehen.

bb) Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Zudem müsste die Schwerbehindertenvertretung ordnungsgemäß nach § 178 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 SGB IX beteiligt worden sein.

K hat die Schwerbehindertenvertretung nur zur außerordentlichen Kündigung angehört. Eine Unterrichtung und Anhörung zur außerordentlichen Kündigung beinhaltet nicht zugleich eine Beteiligung an einer ordentlichen Kündigung.[51] Überdies wäre auch die Anhörungsfrist von einer Woche, die sich aus der analogen Anwendung des § 102 BetrVG ergibt, nicht eingehalten.

Es fehlt an einer ordnungsgemäßen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung.

cc) Zustimmung des Integrationsamtes

Schließlich müsste das Integrationsamt seine Zustimmung erteilt haben.

Es liegt eine Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des D vor. Diese kann jedoch nicht in eine Zustimmung zur ordentlichen Kündigung umgedeutet werden. § 43 Abs. 1 SGB X ermöglicht nur eine Umdeutung von fehlerhaften Verwaltungsakten und setzt voraus, dass der neue Bescheid in der gewählten Verfahrensweise und Form ebenfalls rechtmäßig hätte erlassen werden können. An dieser Voraussetzung fehlt es, denn das Verfahren auf Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung nach §§ 168 ff. SGB IX unterscheidet sich insbesondere im Hinblick auf die einzuhaltenden Fristen von dem Verfahren auf Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 174 Abs. 1 SGB IX.[52]

dd) Zwischenergebnis

Eine Umdeutung scheitert bereits an der fehlenden Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und an der fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes.

Darüber hinaus würde die Kündigung auch als ordentliche Kündigung mangels vorheriger Abmahnung am Ultima-ratio-Grundsatz scheitern.[53]

2. Keine Umdeutungsmöglichkeit

Die Kündigung des D ist auch als ordentliche Kündigung unwirksam. Die außerordentliche Kündigung kann nicht in

[48] *Henssler* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 398 ff.
[49] *Henssler* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 399.
[50] *Henssler* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 399.
[51] *Düwell*, in: Dau u.a., Kommentar zum Sozialgesetzbuch IX, 6. Aufl. 2021, Teil 3, § 178 Rn. 62; *Esser/Isenhardt*, in: juris PraxisKommentar SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 178 Rn. 28.
[52] *Henssler* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 400.
[53] Scheitert die außerordentliche Kündigung an der fehlenden Abmahnung, dann führt dieser Mangel in der Regel auch zur Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG. § 1 Abs. 1 KSchG fordert wie § 626 Abs. 1 BGB eine Interessenabwägung und damit die Beachtung des Ultima-ratio-Grundsatzes, *Niemann* (Fn. 29), BGB § 626 Rn. 28.

eine wirksame ordentliche Kündigung umgedeutet werden.

IX. Gesamtergebnis zu Frage 1

Die Kündigung ist unwirksam. Die Kündigungsschutzklage ist daher begründet. Sie hat Aussicht auf Erfolg.

Fallfortsetzung

I. Anspruch auf Vergütung, § 611a Abs. 2 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag

A könnte der volle Vergütungsanspruch von je 3.000 € brutto für die Monate Dezember 2021 und Januar 2022 zustehen.

1. Arbeitsvertrag

Zwischen A und K wurde ein Arbeitsvertrag geschlossen und eine Vergütung von 3.000 € brutto bei einer Wochenarbeitszeit von 40 Stunden vereinbart.

2. Reduzierung der Arbeitsvertragspflichten aufgrund der Kurzarbeitsanordnung

Diese Wochenarbeitszeit und die Vergütung des A könnten sich durch die Anordnung der Kurzarbeit[54] reduziert haben. Das setzt voraus, dass die Anordnung der Kurzarbeit durch K rechtmäßig war. Grundsätzlich darf der Arbeitgeber Kurzarbeit nur anordnen, wenn dies individualvertraglich, durch Betriebsvereinbarung oder tarifvertraglich zulässig ist.[55]

a) Arbeitsvertragliche Regelung

Es fehlt an einer individualvertraglichen Regelung. Der zwischen K und A geschlossene Arbeitsvertrag enthält weder eine Kurzarbeitsklausel noch wurde eine Vertragsänderung vereinbart. Die Anordnung von Kurzarbeit ist auch nicht vom Direktionsrecht umfasst.[56]

b) Betriebsvereinbarung, § 77 Abs. 2 BetrVG

K hat jedoch mit dem Betriebsrat eine förmliche Betriebsvereinbarung über Kurzarbeit geschlossen.

Der Arbeitgeberseite ist es möglich, mit dem Betriebsrat eine Regelung zu Lasten von Arbeitnehmern zu treffen, die sie einseitig bzw. mangels Befugnis gegenüber der Arbeitnehmerseite allein nicht anordnen könnte. Die Einführung von Kurzarbeit für die Monate Dezember und Januar stellt eine zeitlich vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen, regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer im Supermarkt-Restaurant dar und ist demnach gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mitbestimmungspflichtig. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG enthält eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage und ermöglicht es den Betriebsparteien auf den Inhalt der Arbeitsverhältnisse durch Betriebsvereinbarung kollektivvertraglich einzuwirken. Arbeitgeber und Betriebsrat steht eine umfassende Regelungskompetenz zu.[57]

Die zwischen K und dem Betriebsrat geschlossene Betriebsvereinbarung könnte gem. § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG unmittelbar und zwingend auf das Arbeitsverhältnis zwischen K und A einwirken. Betriebsvereinbarungen haben eine normative, gesetzesgleiche Wirkung auf die im Geltungsbereich liegenden Arbeitsverhältnisse. Sie schaffen objektives Recht und wirken automatisch auf die Arbeitsverhältnisse ein.[58]

Doch A macht geltend, dass sich in seinem Arbeitsvertrag keine Klausel zur Kurzarbeit befindet und verlangt, dass nicht die Betriebsvereinbarung über Kurzarbeit, sondern die Regelung über 40 Wochenarbeitsstunden bei einer Bezahlung von 3.000 € brutto Anwendung findet.

Grundsätzlich ist die Kollision einer Betriebsvereinbarung mit einer arbeitsvertraglichen Einzelvereinbarung nach dem Günstigkeitsprinzip aufzulösen.[59] Demnach würde die Regelung Anwendung finden, die für den einzelnen Arbeitnehmer bei Zugrundelegung eines objektiven Maßstabs günstiger ist (individueller Günstigkeitsvergleich).[60]

---

[54] Die Einführung von Kurzarbeit führt zu einer temporären und teilweisen Suspendierung der Vertragspflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Entsprechend der Höhe der Kurzarbeit entfällt die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und im entsprechenden Umfang verringert sich die Vergütungspflicht des Arbeitgebers, *v. Bockelmann*, in: Tödtmann/v. Bockelmann, Arbeitsrecht in Not- und Krisenzeiten: COVID-19, 2. Aufl. 2021, Rn. 61.

[55] *Geulen/Vogt*, ArbR Aktuell 2020, 181 (182).

[56] *Spinner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 945.

[57] Vertiefung/Exkurs: Dies ist umstritten. Während BAG (vgl. BAG NZA 2016, 565 [566 f. Rn. 15]) und h.L. (vgl. *Kania* [Fn. 19], BetrVG § 87 Rn. 31; *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 47 Rn. 2, 6; *Linsenmaier*, RdA 2014, 336 (337); *Werner*, in Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Stand: 1.12.2021, BetrVG § 87 Rn. 71) davon ausgehen, dass alle in den Mitbestimmungstatbeständen des § 87 Abs. 1 BetrVG aufgeführten Angelegenheiten durch Betriebsvereinbarung geregelt werden können und die jeweils einschlägige Nummer des § 87 Abs. 1 BetrVG als Rechtsgrundlage dienen kann, lehnen Teile der Lit. dies mit Hinweis auf die Bestimmungsrechtsakzessorietät und den Schutzzweck ab. § 87 Abs. 1 BetrVG beziehe die Mitbestimmung des Betriebsrats auf Entscheidungen des Arbeitgebers. Nur so weit, wie der Arbeitgeber entscheiden kann, tritt an die Stelle seiner Alleinentscheidung die durch § 87 Abs. 1 BetrVG gebotene mitbestimmte Entscheidung. Hat der Arbeitgeber ein einseitiges Bestimmungsrecht, Kurzarbeit anzuordnen, bestimmt der Betriebsrat bei dieser Entscheidung mit und es kann eine Betriebsvereinbarung geschlossen werden. Hat der Arbeitgeber kein einseitiges Bestimmungsrecht, dann liegen die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 BetrVG nicht vor und es kann keine Betriebsvereinbarung geschlossen werden. Dies entspricht dem Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Die Mitbestimmung des Betriebsrats soll den Arbeitnehmer vor arbeitgeberseitigen Maßnahmen schützen und nicht zur Schaffung einer neuen Ermächtigungsgrundlage führen, vgl. *Heinze*, RdA 1998, 14 (19 f.); *Lobinger*, RdA 2011, 76 (85 f.); *Waltermann*, NZA 1993, 679 (681).

[58] *Kania* (Fn. 19), BetrVG § 77 Rn. 5.

[59] *Kania* (Fn. 19), BetrVG § 77 Rn. 6, 68.

[60] *Arnold*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2018, § 316 Rn. 41 ff.

Das Günstigkeitsprinzip als Kollisionsregel kommt nur zur Anwendung, wenn tatsächlich eine Konkurrenz zwischen der einzelvertraglichen Regelung und derjenigen in der Betriebsvereinbarung besteht.[61] Dies ist der Fall, wenn Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung denselben Gegenstand unterschiedlich regeln.[62]

Die einzelvertragliche Regelung zwischen K und A legt die regelmäßige Wochenarbeitszeit und die entsprechende, volle Vergütung fest. Die Betriebsvereinbarung regelt eine vorübergehende Verkürzung der Wochenarbeitszeit und eine entsprechende, reduzierte Vergütung. Die beiden Vereinbarungen haben folglich einen anderen Regelungsgegenstand. Die arbeitsvertragliche Vereinbarung zwischen K und A müsste mit einer Betriebsvereinbarung über die regelmäßige Wochenarbeitszeit und die volle Vergütung verglichen werden; die Betriebsvereinbarung über Kurzarbeit mit einer arbeitsvertraglichen Regelung zur vorübergehenden Verringerung der Arbeitszeit und Vergütung. An einer solchen fehlt es aber. Ein Günstigkeitsvergleich kann nicht angestellt werden. Das Günstigkeitsprinzip findet mangels einer einzelvertraglichen Regelung zur Kurzarbeit keine Anwendung.[63]

Ungeachtet dessen, könnte auch die besondere Interessenlage bei der Einführung von Kurzarbeit dafürsprechen, den Betriebsparteien über § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG eine nicht durch das Günstigkeitsprinzip beschränkte Eingriffsbefugnis einzuräumen.[64]

Die Günstigkeitsproblematik ließe sich auch dadurch entschärfen, dass die arbeitsvertragliche Vereinbarung zur Arbeitszeit als „betriebsvereinbarungsoffen" angesehen werden könnte. Ein Arbeitsvertrag ist „betriebsvereinbarungsoffen" geschlossen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer darauf einigen, dass einer Betriebsvereinbarung der Vorrang gegenüber der arbeitsvertraglichen Regelung eingeräumt werden soll. Auf betriebsvereinbarungsoffene Vertragsgestaltungen findet das Günstigkeitsprinzip keine Anwendung.[65] Ob eine solche Absprache vorliegt, ist durch Auslegung des Arbeitsvertrags zu klären.[66] K und A haben weder bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses noch während der Durchführung des Arbeitsvertrags über eine mögliche Anordnung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung gesprochen. Eine Betriebsvereinbarungsoffenheit kann jedoch auch konkludent vereinbart werden.[67] Wenn eine vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit zwischen den Arbeitsvertragsparteien nicht ausgeschlossen wurde, ist dies unter Berücksichtigung des objektiven Empfängerhorizonts dahingehend zu verstehen, dass auch die Einführung von Kurzarbeit durch Betriebsvereinbarung nicht ausgeschlossen werden sollte, mit der Folge, dass der Arbeitsvertrag an diesem Punkt als betriebsvereinbarungsoffen zu verstehen ist.[68] Das Günstigkeitsprinzip würde folglich auch bei Vorliegen von kollidieren Regelungen nicht zum Tragen kommen.

Die Betriebsvereinbarung zwischen K und dem Betriebsrat findet auf das Arbeitsverhältnis des A grundsätzlich Anwendung.

Sie müsste auch den Mindestanforderungen an eine wirksame Betriebsvereinbarung genügen.

Betriebsvereinbarungen müssen, die sich ergebenden Rechte und Pflichten so deutlich regeln, dass diese für die Arbeitnehmer zuverlässig zu erkennen sind. Bei der Einführung von Kurzarbeit ist also mindestens die Bestimmung von Beginn und Dauer der Kurzarbeit, die Regelung der Lage und Verteilung der Arbeitszeit sowie die Auswahl der betroffenen Arbeitnehmer oder Abteilungen als auch die Festlegung der Zeiträume, in denen die Arbeit ganz ausfallen soll, erforderlich.[69] In der Betriebsvereinbarung ist der Zeitraum vom 1.12.2021 bis zum 31.1.2022 festgelegt und damit sowohl Beginn als auch Dauer der Kurzarbeit bestimmt. Es ist zudem eindeutig, dass die im Supermarkt-Restaurant beschäftigten Arbeitnehmer betroffen sind und sich ihre regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 40 auf 20 Stunden reduziert. Auch die Verteilung der Arbeitszeit auf Montag bis Donnerstag sowie der Arbeitsausfall am Freitag sind festgelegt.

Damit sind die Erfordernisse an eine Betriebsvereinbarung erfüllt und die Kurzarbeit ist wirksam in der „Karottenkönigin" eingeführt worden.

A steht ein der Kurzarbeitsanordnung entsprechender, reduzierter Vergütungsanspruch zu.

II. Anspruch auf Kurzarbeitergeld

A könnte zusätzlich einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben. Hierfür müssten die Voraussetzungen des § 95 S. 1 SGB III vorliegen.

1. Erheblicher Arbeitsausfall, § 95 S. 1 Nr. 1 SGB III

In der „Karottenkönigin" müsste ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegen. Indem weniger Kunden den „Business Bio Lunch" in Anspruch nehmen, liegt ein tatsächlicher Rückgang des Arbeitsanfalls vor. Dieser ist auf die Homeoffice-Pflicht und die „2G"-Regelung als staatliche Schutzmaßnahmen und damit auf ein unabwendbares, von außen kommendes Ereignis zurückzuführen, § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 SGB III.[70]

Der Arbeitsausfall ist nur vorübergehend i.S.v. § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III, denn er beschränkt sich auf die Zeit der COVID-19-Pandemie.

Der Arbeitsausfall ist auch nicht vermeidbar i.S.v. § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB III, denn alle anderen in Betracht

[61] *Waltermann*, NZA 1996, 357 (363).
[62] *Linsenmaier*, RdA 2014, 336 (339).
[63] Vgl. ArbG Berlin BeckRS 2004, 41161 Rn. 83 f. m.w.N.; a.A. *Heinze*, RdA 1998, 14 (18 f.).
[64] *Kania* (Fn. 19), BetrVG § 87 Rn. 31; *Richardi/Maschmann*, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl. 2022, § 87 Rn. 345.
[65] *Linck* (Fn. 57), § 47 Rn. 6; *Linsenmaier*, RdA 2014, 336 (341).
[66] *Linsenmaier*, RdA 2014, 336 (341 ff).
[67] BAG NZA 2013, 916 (921 Rn. 60); *Linsenmaier*, RdA 2014, 336 (342).
[68] Vgl. LAG Hessen BeckRS 2015, 70834 Rn. 25.
[69] BAG NZA 2016, 565 (566 Rn. 15); *Linck* (Fn. 57), § 47 Rn. 6.
[70] *Geulen/Vogt*, ArbR Aktuell 2020, 181 (183).

kommenden Maßnahmen wurden bereits durchgeführt. So wurde insbesondere der Resturlaub gewährt und die Überstunden abgebaut, vgl. § 96 Abs. 4 SGB III.[71]

Schließlich müsste auch die Quote des § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III erfüllt sein, also mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 % ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sein. Es liegt zwar ein Entgeltausfall i.H.v. 50 % vor. Hiervon sind allerdings nur zehn der 50 Beschäftigten und damit lediglich 20 % der Arbeitnehmer betroffen.

Um auf außergewöhnliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt reagieren zu können, ermöglicht § 109 Abs. 5 SGB III der Regierung durch Rechtsverordnung die erforderliche Quote von einem Drittel auf 10 % herabzusetzen. Hiervon hat die Bundesregierung Gebrauch gemacht und rückwirkend zum 1.3.2020 die Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit erlassen.[72] Danach genügt die Betroffenheit von 20 % der Arbeitnehmer und die Quote ist erfüllt.

2. Betriebliche Voraussetzungen, § 95 S. 1 Nr. 2 SGB III

Die betrieblichen Voraussetzungen liegen vor. In der „Karottenkönigin“ sind insgesamt 50 Arbeitnehmer beschäftigt, § 97 S. 1 SGB III. Davon arbeiten zehn im Supermarkt-Restaurant, § 97 S. 2 SGB III.

3. Persönliche Voraussetzungen, § 95 S. 1 Nr. 3 SGB III

Auch die persönlichen Voraussetzungen sind erfüllt. A möchte weiterhin in der „Karottenkönigin“ arbeiten und damit nach Beginn des Arbeitsausfalls eine versicherungspflichtige Beschäftigung fortsetzen, § 98 Abs. 1 Nr. 1. lit. a SGB III.

4. Anzeige des Arbeitsausfalls, § 95 S.1 Nr. 4 SGB III

K hat den Arbeitsausfall ordnungsgemäß bei der Agentur für Arbeit München angezeigt, § 99 Abs. 1 SGB III.

5. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen liegen vor. A hat einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld.

III. Höhe Kurzarbeitergeld

Die Höhe des Kurzarbeitergeldes richtet sich für den unverheirateten und kinderlosen A nach § 105 Nr. 2 SGB III und beträgt 60 % der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum. Für die Nettoentgeltdifferenz ist das pauschalisierte Nettoentgelt aus dem Soll-Entgelt mit dem pauschalisierten Nettoentgelt aus dem Ist-Entgelt zu vergleichen. Das Soll-Entgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall im jeweiligen Kalendermonat erzielt hätte. Das Ist-Entgelt ist das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer in dem Anspruchszeitraum tatsächlich erzielt hat.

As pauschalisiertes Nettoentgelt bei regulärer Arbeitszeit beträgt 2.000 €. As pauschalisiertes Nettoentgelt während der verkürzten Arbeitszeit würde 1.000 € betragen. Die Differenz beträgt demnach 1.000 €. 60 % von 1.000 € sind 600 €.

A würde Kurzarbeitergeld i.H.v. 600 € erhalten.

IV. Gesamtergebnis zu Frage 2

Für die Monate Dezember und Januar steht A jeweils ein reduzierter Vergütungsanspruch i.H.v. 1.500 € brutto bzw. 1.000 € netto zu. Zusätzlich hat A monatlich einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld i.H.v. 600 €.

[71] *Geulen/Vogt*, ArbR Aktuell 2020, 181 (183).

[72] Vertiefung/Exkurs: Die Kurzarbeitergeldverordnung (KugV) vom 25.3.2020 (BGBl. I 2020, S. 595 [Nr. 14 v. 27.3.2020]) i.d.F. des Art. 1 der Verordnung vom 25.3.2021 (BGBl. I 2021, S. 381 [Nr. 12 v. 30.3.2021]) und die Kurzarbeitergeldverlängerungsverordnung (KugverlV) vom 30.11.2021 (BGBl. I 2021, S. 5042 [Nr. 81 v. 6.12.2021]) regeln Erleichterungen für die Gewährung von Kurzarbeit und die Zahlung von Kurzarbeitergeld. § 421c Abs. 2 SGB III regelt darüber hinaus eine vorübergehende, gestaffelte Aufstockung des Kurzarbeitergeldes. Unternehmen, die von der COVID-19-Pandemie und ihren Folgen betroffen sind, soll damit möglichst schnelle und unbürokratische Unterstützung zukommen. Es soll Planungssicherheit geschaffen werden und Arbeitsplätze erhalten bleiben. Die Sonderregelungen wurden bis zum 30.6. 2022 verlängert, https://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Pressemitteilungen/2022/mit-kurzarbeit-weiter-arbeitsplaetze-sichern.html (12.9.2022).

Übungsfall zu Verträgen über digitale Produkte: Upgrade für den Gutachtenstil*

Von Stud. iur. **Julia Buschmann**, Stud. iur. **Alice Mathieu**, Bielefeld**

Sachverhalt

Jurastudent Viktor (V) kauft sich zu Beginn seines Studiums im Oktober 2022 das Textverarbeitungsprogramm „Word-Gutachtenstil-Edition" von Anbieter U für 350 €, welches besonders für Anfänger gedacht ist, da es aufgrund seiner Programmierung die Einhaltung des Gutachtenstils überprüfen kann. Nach erfolgter Zahlung versendet U an V per Mail den Product-Key, durch dessen Eingabe in das zuvor installierte Programm V die Lizenz zur dreijährigen Nutzung erhält.

Ein Jahr nach Zusendung des Product-Keys wird V auf einmal stets, wenn er das Programm öffnet, ein rot hinterlegtes Kästchen angezeigt, welches besagt, dass V nach der *hier* abrufbaren Schritt-für-Schritt-Anleitung ein Update installieren solle, welches für die weitere Nutzung dringend erforderlich sei. Obwohl das Update nur fünf Minuten in Anspruch genommen hätte, klickt V das lästige Kästchen jedes Mal weg, wenn er das Programm benutzt.

Hätte V auf den Link im Kästchen geklickt, hätte er dort eine genaue Anleitung für das Aufspielen des Updates vorgefunden. Der Grund für die Notwendigkeit des Updates wurde jedoch nicht genannt. Dieser lag darin, dass alsbald Windows 12 erscheinen würde und das Programm, damit es künftig auch auf Windows 12 ausgeführt werden könne, geupdatet werden müsse. Diese Folge für das Programm war aus den Informationen jedoch nicht ersichtlich, ebenso nicht die haftungsrechtlichen Konsequenzen, wenn V von einer Installation absehen sollte.

Vier Monate, nachdem V zum ersten Mal das rote Kästchen erschienen ist, upgradet er seinen Rechner von Windows 11 auf das nun verfügbare Betriebssystem Windows 12. Anschließend funktioniert die Texteingabe in das Programm nicht mehr. Aufgrund technischer Schwierigkeiten bei U wird auch das Kästchen nicht länger angezeigt. Da V den Gutachtenstil jedoch mittlerweile beherrscht, tut er erst einmal nichts.

Zu Beginn seines Repetitoriums im April 2027 ruft V bei U an und verlangt Fehlerbehebung. U entgegnet, er habe im Oktober 2023 ganze vier Monate lang darauf hingewiesen, dass ein Update des Programms verfügbar sei. Wenn V diesem nicht nachgekommen ist, sei das nicht sein Problem. Um eine Fehlerbehebung müsse er sich nicht mehr kümmern, erst recht nicht, da schon so viel Zeit vergangen ist.

Fallfrage

Kann V von U Fehlerbehebung verlangen?

Lösungsvorschlag

I. Anspruch V gegen U auf Nacherfüllung aus § 327i Nr. 1 BGB i.V.m. § 327l Abs. 1 BGB

V könnte gegen U einen Anspruch auf Fehlerbehebung im Rahmen der Nacherfüllung aus § 327i Nr. 1 BGB i.V.m. § 327l Abs. 1 BGB haben.

1. Anwendungsbereich, § 327 Abs. 1 BGB

Dafür müsste zunächst der Anwendungsbereich der § 327 ff. BGB eröffnet sein.

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Zum einen müsste der Sachverhalt in den persönlichen Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB fallen. Dies erfordert gem. § 327 Abs. 1 BGB einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB, d.h. U müsste als Unternehmer mit V als Verbraucher einen Vertrag geschlossen haben.

aa) V als Verbraucher

Verbraucher ist gem. § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. V wollte das Programm zum Erlernen des Gutachtenstils, mithin zu einem ausschließlich privaten Zweck erwerben. Somit handelte er weder gewerblich noch für eine etwaige berufliche Tätigkeit und folglich als Verbraucher.

bb) U als Unternehmer

Weiterhin müsste U auch Unternehmer gem. § 14 BGB, d.h. eine natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft sein, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. U ist Anbieter für ein Textverarbeitungsprogramm. Beim Abschluss des Vertrags mit V handelte er in Ausübung dieser gewerblichen Tätigkeit und befand sich mithin in der Rolle eines Unternehmers i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB.

cc) Vertragsschluss

V und U einigten sich schließlich auch über den Erwerb des Programms für 350 €.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

aa) Vertrag über digitale Produkte

Damit der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist, muss es sich bei dem zwischen V und U geschlossenen Vertrag gem. § 327 Abs. 1 BGB um einen Vertrag über digitale Produkte handeln. Den digitalen Produkten unterfallen dabei zum einen digitale Inhalte und zum anderen digitale Dienstleistungen. Das Textverarbeitungsprogramm müsste daher entweder einen digitalen Inhalt oder eine digitale Dienstleistung darstellen.

---

* Dieser Übungsfall wurde für die Veranstaltung „Aufbau- und Vertiefungskurs Verträge über digitale Produkte" erstellt und soll einen ersten Eindruck im Umgang mit dem neuen Recht vermitteln.

** Die *Autorinnen* sind Stud. Hilfskräfte am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. *Dr. Markus Artz* an der Universität Bielefeld.

Digitale Inhalte sind gem. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB alle Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Digitale Dienstleistungen sind gem. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB all jene Dienstleistungen, die dem Verbraucher 1. die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen, oder 2. die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktion mit diesen Daten ermöglichen.

Vorliegend erhält V durch den Product-Key Zugriff auf ein Textverarbeitungsprogramm, welches die Einhaltung des Gutachtenstils überprüfen kann. V wird demnach die Verarbeitung seiner eingegebenen Texte ermöglicht, indem sie auf die Einhaltung bestimmter Satzstrukturen überprüft werden. Damit ist das Programm als digitale Dienstleistung i.S.v. § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB zu qualifizieren.[1]

bb) Einigung über Bereitstellung

Zuletzt müsste der zwischen V und U geschlossene Vertrag auch die Bereitstellung der digitalen Dienstleistung zum Gegenstand haben, vgl. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB. Gem. § 327b Abs. 4 BGB wird eine digitale Dienstleistung bereitgestellt, indem sie zugänglich gemacht wird. Unter Zugänglichmachen ist die Schaffung einer Möglichkeit zur Nutzung eines Dienstes durch den Verbraucher unter fremder Kontrolle zu verstehen.[2] U und V haben sich darauf geeinigt, dass U dem V den Product-Key zur Installation des Programms per Mail zusendet. Damit haben sie sich über die Bereitstellung des digitalen Produkts geeinigt.

c) Zwischenergebnis

Folglich ist der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB eröffnet.

2. Produktmangel, § 327e BGB

Um Nacherfüllung verlangen zu können, müsste das Textverarbeitungsprogramm zunächst mangelhaft sein. Gem. § 327e Abs. 1 S. 1 BGB ist ein digitales Produkt dann mangelhaft, wenn es von den subjektiven, objektiven oder den Anforderungen an die Integration abweicht.

a) Abweichung von den subjektiven Anforderungen, § 327e Abs. 2 BGB

Zunächst ist ein Mangel in Form einer Abweichung von den subjektiven Anforderungen nach § 327e Abs. 2 BGB denkbar. Unter anderem könnte es gem. § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a BGB auf eine Beschaffenheitsvereinbarung ankommen. Eine solche ist zwar grundsätzlich auch bei Online-Käufen möglich; hier liegt jedoch kein über den bloßen Bestellvorgang hinausgehendes Verhalten des V vor, sodass weder eine Vereinbarung über die Beschaffenheit, § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a BGB, noch über eine Verwendung, § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b BGB, besteht. Abweichungen von § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB bezüglich Vereinbarungen über Zubehör und Aktualisierungen kommen ebenfalls nicht in Betracht.

b) Abweichung von den objektiven Anforderungen, § 327e Abs. 3 BGB

Allerdings könnten die objektiven Anforderungen an das Textverarbeitungsprogramm mögliche Anknüpfungspunkte für die Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts liefern.

aa) Gewöhnliche Verwendung, § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB

Möglicherweise könnte sich das Programm nicht mehr für die gewöhnliche Verwendung gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB eignen. Maßgeblich sind dafür die Zwecke, für welche Produkte derselben Art in der Regel genutzt werden.[3] Das von V erworbene Textverarbeitungsprogramm sollte, wie jedes andere derartige Programm, seinen entsprechenden Dienst an dem eingegebenen Text verrichten können.[4] V kann in das Programm jedoch keinen Text mehr eingeben, wodurch dieser nicht mehr verarbeitet werden kann. Somit eignet sich das Programm nicht mehr für die gewöhnliche Verwendung und weicht insofern von den objektiven Anforderungen gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB ab.

bb) Übliche und erwartbare Beschaffenheit, § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB

Weiterhin könnte es dem Programm an der Beschaffenheit mangeln, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und die der Verbraucher unter Berücksichtigung der Art des digitalen Produkts erwarten kann. Zur Beschaffenheit gehören insbesondere auch die Funktionalität und die Kompatibilität, vgl. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB.

Funktionalität umschreibt gem. § 327e Abs. 2 S. 2 BGB die Fähigkeit des digitalen Produkts, seine Funktionen seinem Zweck entsprechend zu erfüllen. Der Zweck des Programms lag in der Überprüfung der Einhaltung des Gutachtenstils im eingegebenen Text. Ohne Texteingabe kann das Programm diesen Zweck jedoch nicht erfüllen, sodass es an seiner Funktionalität mangelt.

Unter Kompatibilität ist gem. § 327e Abs. 2 S. 3 BGB die Fähigkeit eines digitalen Produkts zu verstehen, mit Hardware oder Software zu funktionieren, mit der digitale Produkte derselben Art in der Regel genutzt werden, ohne dass sie konvertiert werden müssen. Von Textverarbeitungsprogrammen wie dem vorliegenden, gerade solchen, die über einen längeren Zeitraum bereitgestellt werden, kann der verständige Verbraucher erwarten, dass sie mit derzeitigen Versionen von Betriebssystemen, mit denen das Programm in der Regel verwendet wird, funktionieren. Darunter fällt gerade auch das neueste Betriebssystem Windows 12, auf welchem das Pro-

[1] *Fries*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2022, § 327 Rn. 10.
[2] BT-Drs. 19/27653, S. 48; *Fries* (Fn. 1), § 327b Rn. 6.
[3] *Tamm/Tonner*, in: Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht, 2022, § 2 Rn. 112.
[4] Vgl. ausführlich zu den objektiven Anforderungen an Textverarbeitungsprogramme *Metzger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 327e Rn. 54.

gramm bei V nun nicht mehr funktioniert. Somit mangelt es dem Textverarbeitungsprogramm auch hinsichtlich der Kompatibilität an der üblichen und erwartbaren Beschaffenheit.

cc) Bereitstellung von Aktualisierungen gem. § 327f BGB und Information über diese, § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB

Zuletzt könnte U auch von den Anforderungen an die Bereitstellung von Aktualisierungen, die U dem V gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB i.V.m. § 327f BGB während des maßgeblichen Zeitraums zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit schuldet und über welche er diesen zu informieren hat, abgewichen sein.

(1) Aktualisierungen, die den Erhalt der Vertragsmäßigkeit sichern

Als Vertragspartner hat U nicht irgendwelche Aktualisierungen bereitzustellen, sondern gem. § 327f Abs. 1 BGB nur solche, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderlich sind. Aktualisierung bildet den Oberbegriff für Änderungen des digitalen Produkts mit dem Ziel einer Verbesserung gegenüber der bisherigen Version und erfasst damit sowohl Updates als auch Upgrades.[5]

Für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit sind jedoch keine Verbesserungen des Produkts vonnöten, sondern nur solche, die das Produkt weiterhin im gewohnten Stile funktionieren lassen und nachträglich aufgetretene Schwächen beseitigen. Geschuldet sind somit nur Letztere, sog. Updates.[6]

Vorliegend wäre ein Update notwendig gewesen, um die Funktionalität und die Kompatibilität auch weiterhin unter Verwendung von Windows 12 zu gewährleisten. Damit handelt es sich um eine Aktualisierung, die den Erhalt der Vertragsmäßigkeit sichern sollte.

(2) Während des maßgeblichen Zeitraums, § 327f Abs. 1 S. 1 BGB

Gem. § 327f Abs. 1 BGB schuldet der Unternehmer die erforderlichen Aktualisierungen nur während des maßgeblichen Zeitraums. Dieser bestimmt sich wiederum nach § 327f Abs. 1 S. 3 BGB. Danach entspricht der maßgebliche Zeitraum bei einem Vertrag über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts dem Bereitstellungszeitraum, § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB, in allen anderen Fällen hingegen dem Zeitraum, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB.

§ 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB erfasst damit Fälle der dauerhaften Bereitstellung, § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB hingegen den einmaligen Leistungsaustausch, bei dem aber je nach digitalem Produkt und Vertrag für eine gewisse Dauer Aktualisierungspflichten fortbestehen können.[7]

Hier ist U zu einer fortlaufenden Bereitstellung über einen Zeitraum von drei Jahren verpflichtet, d.h. zu einer dauerhaften Bereitstellung i.S.v. § 327e Abs. 1 S. 3 BGB. Damit beträgt der maßgebliche Zeitraum, in welchem er Aktualisierungen bereitzustellen hat, gem. § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB drei Jahre, also bis Oktober 2025.

> *Hinweis*: Falls keine Vertragslaufzeit vereinbart worden wäre, liefe die Aktualisierungspflicht auf unbestimmte Zeit wohl bis zur Vertragsbeendigung, vgl. Erwägungsgrund 57 der Digitale-Inhalte-Richtlinie: „[…] Eine fortlaufende Bereitstellung kann Fälle erfassen, in denen der Unternehmer dem Verbraucher eine digitale Dienstleistung für einen bestimmten oder unbegrenzten Zeitraum zur Verfügung stellt, beispielsweise bei Zweijahresverträgen für eine Cloud-Speicherung oder bei einer unbefristeten Mitgliedschaft bei einer Plattform für soziale Medien. Diese Kategorie ist dadurch gekennzeichnet, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen dem Verbraucher nur so lange zur Verfügung stehen oder zugänglich sind, wie die festgelegte Vertragslaufzeit andauert oder der unbefristete Vertrag in Kraft ist. […]“).

(3) Bereitgestellt

U müsste V die erforderliche Aktualisierung während des maßgeblichen Zeitraums auch bereitgestellt haben. Indem U dem V im Oktober 2023 vier Monate lang die Möglichkeit gegeben hat, über einen Link zum Update zu gelangen, hat er ihm die Aktualisierung zugänglich gemacht und damit bereitgestellt.

(4) Information über Aktualisierung

Neben der Bereitstellung der Aktualisierung müsste U den V auch über ebendiese informiert haben. Fraglich ist, wie umfassend die in § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB statuierte Informationspflicht ist. Auf einer ersten Ebene ist danach zu unterscheiden, über was informiert werden muss, auf einer zweiten dann, wie eindringlich dies zu geschehen hat.

Auf der erstgenannten Ebene kommen grundsätzlich zwei Bezugspunkte in Betracht. Zum einen die Information über die Verfügbarkeit der Aktualisierung, zum anderen über die (haftungsrechtlichen) Folgen, die der Verbraucher bei unterlassener Installation zu erwarten hat. Dies ergibt sich aus dem Verweis aus § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB auf den (gesamten!) § 327f BGB. Während § 327f Abs. 1 BGB genauso allgemein verbleibt wie § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB, in dem schlicht eine Informationspflicht über die Aktualisierung statuiert wird, wird § 327f Abs. 2 BGB genauer. Er, der zuvörderst einen Haftungsausschluss statuiert, verlangt für eben diesen Ausschluss eine Information sowohl über die Verfügbarkeit als auch über die Folgen einer unterlassenen Installation. Es ist daher zu fragen, ob in einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem zwar über die Verfügbarkeit der Aktualisierung informiert wurde, nicht aber über die Folgen, schon ein Produktmangel i.S.d. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB angenommen werden kann.

Dafür spricht, wie bereits erwähnt, der Verweis auf den gesamten § 327f BGB, welcher folglich neben dem Haftungs-

[5] Vgl. *Schulze*, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 327f Rn. 4.
[6] *Metzger* (Fn. 4), § 327f Rn. 5.
[7] *Metzger* (Fn. 4), § 327f Rn. 9 ff.

ausschluss auch eine Konkretisierung der Informationspflicht darstellen könnte.[8] Weiterhin kann der Verbraucher nur dann, wenn er auch die Folgen einer etwaigen Unterlassung kennt, selbstbestimmt entscheiden, ob er das Update durchführen möchte oder nicht.[9]

Auf der anderen Seite könnte das Informieren des § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB auch so gemeint sein, dass lediglich über die Verfügbarkeit informiert werden muss. Dafür spricht, dass die Information über die Folgen einer unterlassenen Installation erstmals im Tatbestand des Haftungsausschlusses genannt wird. Zwar wird auch die Information bezüglich der Verfügbarkeit erstmalig wörtlich im § 327f Abs. 2 Nr. 1 BGB erwähnt, jedoch muss dies auch Inhalt der Information „über diese Aktualisierung" gem. § 327f Abs. 1 BGB sein, damit die Information überhaupt von Mehrwert für den Verbraucher ist. Eine Information über die Aktualisierung, die nicht gleichzeitig auch über ihre Verfügbarkeit informiert, ist in der Praxis wohl nicht denkbar.

Insofern doppelt sich die Prüfung eines Produktmangels nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB mit der des Haftungsausschlusses nach § 327f Abs. 2 BGB im Hinblick auf den Informationsbestandteil der Verfügbarkeit. Weiterhin spricht auch die Gesetzesbegründung für eine solche Auslegung, indem sie i.R.d. § 327f Abs.1 BGB darauf abstellt, wann und wie schnell über eine neu erschienene Aktualisierung zu informieren ist und bezüglich § 327f Abs. 2 BGB, in welchem Ausmaß auf sie und ihre „Konsequenzen einer unterbliebenen Installation" hingewiesen werden muss.[10] Die Information über die Folgen erscheint in Anbetracht von § 327f Abs. 1 und Abs. 2 BGB als eine zusätzliche Anforderung, die nur für den Haftungsausschluss relevant wird.[11] Zuletzt spricht auch die Richtlinie nur im Zusammenhang mit dem Haftungsausschluss von einer Information über die Folgen.[12]

Dem Einwand, der Verbraucher könne ansonsten nicht selbstbestimmt über die Durchführung der Aktualisierung entscheiden, kann damit begegnet werden, dass der Unternehmer sich bezüglich Mängel, die auf einer unterlassenen Installation beruhen, bei fehlender Information über die Folgen aufgrund von § 327f Abs. 2 Nr. 1 BGB nie wird entlasten können. Der Verbraucher ist damit hinreichend geschützt.

V erschien bei Öffnung des Programms stets ein rotes Kästchen mit entsprechendem Hinweis auf eine für die weitere Nutzung dringend notwendige Aktualisierung. Damit hat U den V auf die Verfügbarkeit des Updates hingewiesen. Fraglich ist aber, ob die Information über das rote Kästchen mit dem weiterführenden Link ausreichend eindringlich war. Der erforderliche Umfang der Information bestimmt sich danach, wie schwerwiegend die Folgen einer unterlassenen Installation der Aktualisierung für das Produkt ausfallen. Je relevanter die unterlassene Installation wäre, desto eindringlicher hat der Unternehmer über das verfügbare Update zu informieren.[13] Vorliegend war das Update für die Nutzung des Programms unter Windows 12 als aktuellstes Betriebssystem unabdingbar.

Durch die rote Hinterlegung und die Wortwahl hat er dieser Dringlichkeit Ausdruck verliehen und damit ordnungsgemäß i.S.d. § 327f Abs. 1 S. 1 BGB informiert. Somit ist kein Produktmangel nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB i.V.m. § 327f BGB gegeben.

dd) Zwischenergebnis

Das Textverarbeitungsprogramm weist Produktmängel auf, allerdings nur im Hinblick auf § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB, nicht hingegen gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB i.V.m. § 327f BGB.

c) Zur maßgeblichen Zeit, § 327e Abs. 1 S. 3 BGB

Weiterhin müssten die Mängel auch zur maßgeblichen Zeit bestanden haben. Die Mängel traten bereits im Februar 2024 auf, somit innerhalb des geschuldeten Bereitstellungszeitraums von drei Jahren.

d) Zwischenergebnis

Folglich ist die Voraussetzung eines Produktmangels zur maßgeblichen Zeit gem. § 327e Abs. 1 BGB erfüllt.

3. Kein Ausschluss

Die Haftung des U für die Produktmängel gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB könnte jedoch durch § 327f Abs. 2 BGB ausgeschlossen sein. Dafür müsste der Verbraucher es unterlassen haben, eine Aktualisierung, die ihm gem. § 327f Abs. 1 BGB bereitgestellt worden ist, innerhalb einer angemessenen Frist zu installieren, und der Unternehmer müsste den Verbraucher sowohl über die Verfügbarkeit der Aktualisierung als auch über die Folgen einer unterlassenen Installation informiert haben und zudem auch eine mangelfreie Installationsanleitung bereitgestellt haben.

a) Keine Installation innerhalb angemessener Frist

V dürfte also trotz angemessener Frist das Update nicht vorgenommen haben.

aa) Keine Installation

„Installieren" bedeutet im Wesentlichen, die Aktualisierungsinhalte zu kopieren und die vom Unternehmer als notwendig umschriebenen Schritte auszuführen.[14] V hat die erforderliche Mitwirkungshandlung[15] „auf das Kästchen klicken" unterlassen. Auch war die Installation dem § 327l Abs. 1 BGB entsprechend nicht mit erheblichen Unannehmlichkeiten für V verbunden.[16] Damit hat V die Installation nicht vorgenommen.

[8] Vgl. *Fries* (Fn. 1), § 327f Rn. 12 („[…] vielmehr benötigt der Verbraucher detaillierte Angaben zu Umfang und Sicherheitsrelevanz der Aktualisierung.").
[9] Vgl. *Fries* (Fn. 1), § 327e Rn. 33.
[10] BT-Drs. 19/27653, S. 60.
[11] *Metzger* (Fn. 4), § 327f Rn. 20; so wohl auch *Schulze* (Fn. 5), § 327f Rn. 6, 14.
[12] Vgl. ErwG 47 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.
[13] *Metzger* (Fn. 4), § 327f Rn. 20.
[14] BT-Drs. 19/27653, S. 60; *Schulze* (Fn. 5), § 327f Rn. 12.
[15] *Metzger* (Fn. 4), § 327f Rn. 17.
[16] *Metzger* (Fn. 4), § 327f Rn. 16.

bb) Innerhalb einer angemessenen Frist

V müsste eine angemessene Frist eingeräumt worden sein. Fraglich ist, wie die Angemessenheit der Frist zu ermitteln ist. Der Gesetzgeber hat diese Bestimmung der Rechtsprechung überlassen.[17] Als Orientierungspunkte können aber die für die Installation benötigte Zeit, die Auswirkungen auf andere Hard- und Software und das Gefahrenpotential für die digitale Umgebung des Verbrauchers bei Unterlassen der Installation dienen.[18]

Hier hatte V vier Monate Zeit, die Installation durchzuführen. Im Hinblick auf die kurze Installationsdauer und die Tatsache, dass sie keinerlei Auswirkungen auf andere Hard- oder Software gehabt hätte, ist die Frist als angemessen anzusehen.[19] Unerheblich ist daher, dass ihm das Update nach der Installation von Windows 12 wegen technischer Schwierigkeiten nicht mehr angezeigt wurde.

cc) Zwischenergebnis

V ist der Obliegenheit,[20] die Installation der Aktualisierung innerhalb der angemessenen Frist durchzuführen, nicht nachgekommen.

b) Information über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen einer unterlassenen Installation, § 327f Abs. 2 Nr. 1 BGB

Gem. § 327f Abs. 2 Nr. 1 BGB müsste U den V über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen einer unterlassenen Installation informiert haben.[21]

U hat V ordnungsgemäß über die Verfügbarkeit der Aktualisierung informiert (vgl. I. 2. b) cc) (4). Über die Folgen einer unterlassenen Installation hat er jedoch weder in technischer noch in haftungsrechtlicher Hinsicht informiert.[22] Damit ist V seiner Informationspflicht nach § 327f Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht nachgekommen und kann sich damit nicht enthaften.

c) Kausalität

Weiterhin müssten die Produktmängel allein auf das Fehlen der Aktualisierung zurückzuführen sein, d.h. auch, dass der Unternehmer sie nicht mitverursacht haben darf.[23]

Hätte V das Update installiert, wäre das Programm auch mit Windows 12 kompatibel gewesen. Es kann auch nicht eingewandt werden, V hätte einfach die Aktualisierung des Betriebssystems unterlassen können, denn es gehört zur Vertragsmäßigkeit des Programms, mit den aktuellen Betriebssystemen kompatibel zu sein.

d) Zwischenergebnis

Dem Anspruch des V gegen U auf Nacherfüllung aus § 327i Nr. 1 BGB i.V.m. § 327l Abs. 1 BGB steht mangels hinreichender Information über die Folgen einer unterlassenen Aktualisierung kein Haftungsausschluss gem. § 327f Abs. 2 BGB entgegen.

4. Zwischenergebnis

Somit hat V gegen U grundsätzlich einen Anspruch auf Nacherfüllung aus § 327i Nr. 1 BGB i.V.m. § 327l Abs. 1 BGB. Dabei steht es U frei, ob er den Fehler im Sinne einer Nachbesserung behebt oder beispielsweise durch Zusendung eines neuen Product-Keys nachliefert.[24]

5. Kein Untergang des Anspruchs

Es sind keine rechtsvernichtenden Einwendungen ersichtlich.

6. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch auf Nacherfüllung müsste auch durchsetzbar sein. Hier könnte U die Einrede der Verjährung erhoben haben, § 327j Abs. 1 BGB.

Grundsätzlich beträgt die Verjährungsfrist zwei Jahre und beginnt mit dem Zeitpunkt der Bereitstellung, § 327j Abs. 1 BGB.[25] Für Ansprüche aus der Verletzung einer Aktualisierungspflicht wurde jedoch eine Ablaufhemmung statuiert: Gem. § 327j Abs. 3 BGB verjähren solche Ansprüche nicht vor zwölf Monaten nach dem Ende des für die Aktualisierungspflicht maßgeblichen Zeitraums.[26] Hier betrug der Aktualisierungszeitraum drei Jahre, d.h. er endete im Oktober 2025. Somit verjährten Ansprüche aufgrund von Mängeln, die auf einer Verletzung der Aktualisierungspflicht beruhten, im Oktober 2026. Im April 2027 ist der Anspruch des V gegen U auf Nacherfüllung damit bereits verjährt.

Auch die Ablaufhemmung des § 327j Abs. 4 BGB hilft nicht ab, denn der Mangel entstand bereits im Februar 2024.[27]

---

[17] BT-Drs. 19/27653, S. 60.

[18] *Metzger* (Fn. 4), § 327f Rn. 18.

[19] Teils wird angenommen, dass eine Frist zwischen einem Tag und einer Woche angemessen ist, vgl. *Fries* (Fn. 1), § 327f Rn. 20.

[20] *Tamm/Tonner* (Fn. 3), § 2 Rn. 138; *Weiler*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2022, § 36 Rn. 19.

[21] Vgl. ErwG 47 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.

[22] Ob sowohl über die rechtlichen als auch über die tatsächlichen „technischen" Folgen aufgeklärt werden muss, ist fraglich, vgl. ErwG 47 der Digitale-Inhalte-Richtlinie für eine Informationspflicht nur bezüglich der haftungsrechtlichen Folgen; a.A. *Schulze* (Fn. 5), § 327f Rn. 15. Dies kann hier jedoch dahinstehen, da schon nicht auf die rechtlichen Folgen hingewiesen wurde.

[23] *Metzger* (Fn. 4), § 327f Rn. 17, 19; *Schulze* (Fn. 5), § 327f Rn. 13.

[24] *Artz*, in: Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Inhalte, 2022, Rn. 441.

[25] *Tamm/Tonner* (Fn. 3), § 2 Rn. 153.

[26] *Tamm/Tonner* (Fn. 3), § 2 Rn. 156.

[27] Der § 327j Abs. 4 BGB soll sicherstellen, dass der Verbraucher bei einem Mangel, der sich innerhalb der Verjährungsfrist zeigt, seine Gewährleistungsrechte auch noch vier Monate nach erstmaligem Auftreten des Mangels geltend machen kann, selbst wenn diese eigentlich nicht mehr von der Verjährungsfrist umfasst wären.

II. Ergebnis

Der Anspruch des V gegen U auf Nacherfüllung aus § 327i Nr. 1 BGB i.V.m. § 327l Abs. 1 BGB ist zwar entstanden und nicht untergegangen, jedoch ist er nicht durchsetzbar. V kann somit keine Fehlerbehebung verlangen.

Zwischenprüfungsklausur: Tanzen und feiern im Wohngebiet

Von Dr. **Timo Dahlmann**, Duisburg

Die Klausur wurde im Wintersemester 2020/2021 an der Ruhr-Universität Bochum als Abschlussklausur der Baurechtsvorlesung von Prof. Dr. Julian Krüper im Grundstudium geschrieben. Die hier vorliegende Version wurde für die Zwecke der ZJS überarbeitet und an die aktuelle Gesetzeslage angepasst. Sie behandelt die Frage der baurechtlichen Zulässigkeit einer Tanzschule, die auch als Diskothek genutzt wird. Schwerpunktmäßig geht es um die Herausarbeitung des Gebietscharakters und die Ermittlung des hauptsächlichen Nutzungszwecks einer Tanzschule-Diskothek-Kombination sowie um Fragen des Drittschutzes, insbesondere – in Anknüpfung an das Wannsee-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts – hinsichtlich der Festsetzungen des Maßes der baulichen Nutzung. Die Klausur wurde von 149 Studierenden geschrieben. Der Punktedurchschnitt lag bei 5,0 Punkten, die Durchfallquote bei 45 %.

Sachverhalt

A ist passionierte Tänzerin und möchte ihr Hobby nun zum Beruf machen. Deshalb möchte sie auf ihrem kürzlich erworbenen und bislang unbebauten Grundstück eine Tanzschule errichten. Das Grundstück befindet sich in der kreisfreien Stadt Bochum (Nordrhein-Westfalen). Es ist 900 qm groß (30 m x 30 m). Das Grundstück ist überplant mit einem Bebauungsplan aus dem Jahr 1959. Dieser sieht vor, dass ein Gebäude drei Vollgeschosse haben darf. Außerdem sieht der Bebauungsplan eine Grundflächenzahl (GRZ) von 0,4 vor. Weitere Festsetzungen trifft der Bebauungsplan nicht.

In dem Plangebiet befinden sich unmittelbar östlich angrenzend an das Grundstück der A weitere Wohnhäuser. Am östlichen Rand des Gebiets befindet sich zudem eine kleine Bücherei. Westlich des Grundstücks liegt ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück, dessen Eigentümer der N ist. Auf der anderen Straßenseite befinden sich zwei Restaurants, eine Kirche und weitere Wohnhäuser. Keines der Gebäude in der Umgebung hat mehr als drei Geschosse oder ist – mit Ausnahme der Kirche – höher als 12 Meter.

Da das Grundstück eher klein ist, A aber dennoch eine möglichst große Tanzschule bauen möchte, überlegt sie sich Folgendes: Sie plant, auf ihrem Grundstück ein fünfgeschossiges Haus mit einer Höhe von 16 Metern zu erbauen, welches auf vier Etagen jeweils einen Tanzraum und im obersten Geschoss ein kleines Büro und Umkleiden mit Duschen haben soll. In der näheren Umgebung gibt es keine andere Tanzschule, weshalb A fest davon überzeugt ist, nur eine Tanzschule mit vier Tanzräumen könne die zu erwartende Nachfrage nach Tanzsport im Ansatz befriedigen. Auf jeder Etage soll eine andere Tanzart unterrichtet werden, von Hip-Hop bis hin zu Standardtänzen und Disco Fox. Die Kurszeiten sind dienstags bis donnerstags und sonntags von 12 bis 20 Uhr sowie freitags und samstags von 10 bis 22 Uhr. Zusätzlich zu den Tanzkursen hat A eine weitere Idee. Jeden Donnerstag, Freitag und Samstag will sie in der unteren Etage verschiedene Motto-Tanz-Partys veranstalten. Diese sollen nach dem letzten Kurs gegen 22:30 Uhr beginnen und bis ca. 3 Uhr nachts dauern. Bei diesen Feiern soll auch ein DJ „auflegen“. Zudem will A dann selbst hinter der Theke stehen und alkoholische und nicht-alkoholische Getränke ausschenken. An diesen Feiern kann jede*r Feierwillige teilnehmen, der Eintritt soll 5 € betragen. A geht davon aus, dass die Einnahmen aus den Partys annähernd denen entsprechen werden, die sie durch die Tanzkurse erwirtschaften wird.

Da A als überzeugte Fahrradfahrerin gegen die Nutzung von Autos ist, möchte sie keinen Parkplatz bauen. Sie ist der Ansicht, es genüge vollkommen, einen Fahrradständer aufzustellen. Außerdem sei die nächste Bushaltestelle ohnehin direkt „um die Ecke“. Platz für einen Parkplatz habe sie nicht, weil das Gebäude das Grundstück fast vollständig ausfüllen solle. Zu allen Seiten soll bloß ein Meter Abstand bis zur Grundstücksgrenze verbleiben, sodass jede Wand des Gebäudes 28 Meter lang würde. Jede Etage soll somit 784 qm groß werden.

Nachdem ihre Planungen abgeschlossen sind, tritt A an die zuständige Bauaufsichtsbehörde heran und beantragt für das Vorhaben eine Baugenehmigung. Diese wird ihr kurze Zeit später auch erteilt, nachdem zuvor die Nachbar*innen angehört worden sind.

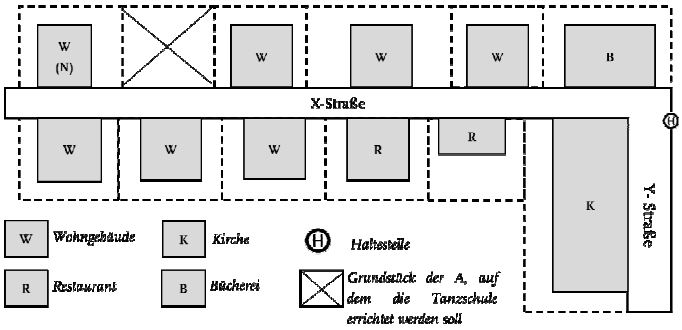
N, dessen Grundstück unmittelbar an das der A angrenzt, ist empört, dass die Baugenehmigung trotz seiner Einwände erteilt worden ist. Er kann nicht verstehen, wie die Stadt ein derartiges Vorhaben genehmigen könne, sei es doch geradezu offensichtlich baurechtlich unzulässig. N hat selbst einige Semester Jura studiert und ist sich deshalb sicher, dass eine Tanzschule, die ja auch einen sportlichen Zweck verfolge, womöglich an sich in der Lage noch in Ordnung sei. Bei dem Vorhaben der A handle es sich aber nicht mehr um eine Tanzschule, sondern zumindest auch um eine Diskothek, wodurch der sportliche Aspekt entfalle. Ein solches Vorhaben gehöre definitiv nicht in ein Wohngebiet. N ist zudem der Ansicht, das Gebäude sei viel zu hoch. Schließlich habe die Bebauung in der Umgebung maximal drei Geschosse. Das sei durch den Bebauungsplan auch so vorgesehen. Darüber könne A sich nicht einfach hinwegsetzen. N ist davon überzeugt, dass er sich als Nachbar dagegen wehren können müsse. Dies müsse spätestens nach dem Wannsee-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gelten, aus dessen Lektüre N folgert, dass Maßfestsetzungen ebenfalls drittschützend sein könnten. Er befürchtet nämlich, dass sich das Gebiet anderenfalls auf kurz oder lang verfremden werde. N ist zudem der Ansicht, die A wolle viel zu nah an sein Grundstück heranbauen. Er meint, ein gewisser Abstand zu seinem Grundstück müsse gewahrt bleiben. Zuletzt befürchtet N, dass der Anfahrtsverkehr enorm sein werde und, da A keine Parkplätze zur Verfügung stellen wolle, sei absehbar, dass ihm dann die Einfahrt zugeparkt würde. N meint, sich an eine Vorschrift in der Bauordnung erinnern zu können, aus der hervorgehe, dass A dazu verpflichtet sei, Stellplätze bereit zu stellen.

N erhebt deshalb Klage zum zuständigen Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, mit dem Ziel, die Baugenehmigung der A „aus der Welt zu schaffen“.

Ist die Klage des N begründet?

Bearbeitungsvermerk

Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragestellungen – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen. Auf die unten abgedruckte Planskizze wird verwiesen. Gehen Sie davon aus, dass die Baugenehmigung formell rechtmäßig ist. Weitere Aspekte des Maßes der baulichen Nutzung als die, die im Bebauungsplan vorgesehen sind, sind nicht anzusprechen. Unterstellen Sie zudem, dass ein im Zusammenhang bebauter Ortsteil vorliegt. Gaststättenrechtliche Fragen sind ebenso wie immissionsschutzrechtliche Erwägungen (inklusive der TA Lärm) außer Betracht zu lassen. Ein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme ist nicht zu prüfen. Es sei zudem darauf hingewiesen, dass die Grundsätze des verwaltungsprozessrechtlichen Drittschutzes erst 1960 entstanden sind. In dem angesprochenen Wannsee-Urteil hatte das Bundesverwaltungsgericht Maßfestsetzungen eines Bebauungsplans, der vor 1960 entstanden ist, für drittschützend erachtet und dabei u.a. auf die Möglichkeit einer nachträglich subjektiv-rechtlichen Aufladung solcher Festsetzungen verwiesen.



Gliederung

A. Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung
I. Rechtsgrundlage
II. Formelle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung
III. Materielle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung
1. Tatbestandsvoraussetzungen
a) Genehmigungspflichtigkeit
b) Genehmigungsfähigkeit
aa) Bauplanungsrecht (§§ 29 ff. BauGB)
(1) Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB
(2) Zulässigkeit des Vorhabens nach § 30 Abs. 1 BauGB
(3) Zulässigkeit des Vorhabens nach § 30 Abs. 3 i.V.m. Bebauungsplan und § 34 BauGB
(a) Zulässigkeit hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung
(b) Zulässigkeit hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung gem. § 34 Abs. 2 BauGB
(aa) Abgrenzung Innen- und Außenbereich
(bb) Reines Wohngebiet
(cc) Allgemeines Wohngebiet
(c) Sonstige Prüfungspunkte
(4) Zwischenergebnis
bb) Bauordnungsrecht
(1) Verstoß gegen das Abstandsflächengebot, § 6 BauO NRW
(2) Verstoß gegen die Stellplatzpflicht, § 48 BauO NRW
(3) Sonstiges (materielles) öffentliches Recht
(4) Zwischenergebnis
cc) Ergebnis
c) Ergebnis
2. Rechtsfolgen

B. Verletzung in eigenen Rechten
I. Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts
1. Bauplanungsrecht
a) Verstoß gegen Maßfestsetzungen
aa) Theoretische Möglichkeit des Drittschutzes von Maßfestsetzungen in Anknüpfung an das Wannsee-Judikat
bb) Übertragung auf den Fall
b) Verstoß gegen § 34 Abs. 2 BauGB iVm § 4 BauNVO
2. Bauordnungsrecht
a) Verstoß gegen § 6 BauO NRW
b) Verstoß gegen § 48 BauO NRW
II. Kläger als Teil des geschützten Personenkreises
1. Verstoß gegen Bauplanungsrecht
2. Verstoß gegen Bauordnungsrecht: § 6 BauO NRW
3. Ergebnis
III. Ergebnis

Lösungsvorschlag

Die Klage des N ist begründet, wenn die Baugenehmigung rechtswidrig und der N dadurch in seinen Rechten verletzt ist, vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

A. Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

Fraglich ist, ob die Baugenehmigung rechtmäßig ist. Das ist der Fall, wenn sie auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht, deren formelle und materielle Voraussetzungen erfüllt sind und die richtige Rechtsfolge gewählt wurde.

I. Rechtsgrundlage

Nach Art. 20 Abs. 3 GG bedarf jeder staatliche Eingriff einer (tauglichen) Rechtsgrundlage (Vorbehalt des Gesetzes).[1] Die hier erteilte Baugenehmigung ist zwar grundsätzlich nicht belastend.[2] Dies gilt indes nur für die Bauherrin, also A. N wird aber von der erteilten Genehmigung belastet (sogenann-

[1] Zum Vorbehalt des Gesetzes siehe etwa *Battis/Edenharter*, Einführung in das Verfassungsrecht, 7. Aufl. 2022, S. 228 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Kment, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 69 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 105 ff.; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5; *Gusy*, JA 2002, 610.

[2] Die Baugenehmigung ist also ein begünstigender Verwaltungsakt, vgl. etwa *Muckel/Ogorek*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2020, § 9 Rn. 59.

ter Verwaltungsakt mit Doppelwirkung), weil er das Bauvorhaben, sofern die Genehmigung rechtmäßig oder bestandskräftig ist, dulden muss.

Nach § 74 Abs. 1 BauO NRW muss die zuständige Behörde die Baugenehmigung auf Antrag erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Insoweit dient § 74 Abs. 1 BauO NRW als Rechtsgrundlage. Bedenken hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit bestehen nicht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

Laut Bearbeitungsvermerk ist vorliegend davon auszugehen, dass die Baugenehmigung formell rechtmäßig ist.

III. Materielle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

Fraglich ist ferner, ob die Baugenehmigung auch materiell rechtmäßig ist. Das ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage vorliegen, die richtige Rechtsfolge gewählt wurde sowie kein Verstoß gegen höherrangiges Recht vorliegt.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Eine Baugenehmigung ist nach § 74 Abs. 1 BauO NRW zu erteilen, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen.

a) Genehmigungspflichtigkeit

Zu beachten ist aber zunächst, dass eine Baugenehmigung überhaupt nur erteilt werden muss, wenn das Bauvorhaben genehmigungspflichtig ist. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach §§ 60 ff. BauO NRW.

Nach § 60 Abs. 1 BauO NRW bedarf jede Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung einer (Bau-)Genehmigung. Dies gilt nach § 1 Abs. 1 S. 1 BauO NRW für bauliche Anlagen.

Es müsste daher zunächst eine bauliche Anlage vorliegen. Nach § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW ist eine bauliche Anlage jede mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlage. Es ist davon auszugehen, dass das von A geplante Haus aus Bauprodukten hergestellt und mit dem Erdboden verbunden werden soll. Im Übrigen werden Gebäude als bauliche Anlagen eingeordnet, vgl. § 2 Abs. 2 BauO NRW. Damit ist das Haus eine bauliche Anlage i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW.

Ferner müsste die Errichtung einer baulichen Anlage geplant sein. Errichtung ist die erstmalige Herstellung einer Anlage.[3] Auf dem bislang unbebauten Grundstück soll nun ein Gebäude erbaut werden. Eine erstmalige Herstellung und somit eine Errichtung einer baulichen Anlage liegt somit vor.

Einer Baugenehmigung bedarf es gem. § 60 Abs. 1 BauO NRW a.E. dennoch nicht, wenn die Voraussetzungen der §§ 61–63, 78 oder 79 BauO NRW vorliegen. Dies ist indes hier nicht der Fall. Damit ist die Errichtung genehmigungspflichtig, vgl. § 60 Abs. 1 BauO NRW.

b) Genehmigungsfähigkeit

Fraglich ist ferner, ob die Anlage auch genehmigungsfähig ist. Das ist der Fall, wenn ihrem Erlass keine (materiell-rechtlichen) Vorschriften des öffentlichen Rechts entgegenstehen. In Betracht kommen insbesondere Vorschriften des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts.

> *Hinweis*: Da A auch alkoholische Getränke anbieten will, bedarf sie hier einer (gaststättenrechtlichen) Genehmigung. Grundsätzlich wäre daher das Konkurrenzverhältnis beider Genehmigungen anzusprechen. Dies kann hier laut Bearbeitungsvermerk aber außer Betracht bleiben.

Zu bedenken ist an dieser Stelle, dass es sich bei dem Vorhaben der A nicht um einen großen Sonderbau i.S.v. § 50 Abs. 2 BauO NRW handelt. Die Baugenehmigung wurde deshalb im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilt, § 64 Abs. 1 BauO NRW. Daraus folgt ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab der Bauaufsichtsbehörde. Die Klage kann entsprechend auch nur dann begründet sein, wenn ein Verstoß einer zum Prüfprogramm der Bauaufsichtsbehörde gehörenden Vorschrift in Betracht kommt.[4] Hier kommen Verstöße gegen die §§ 29 ff. BauGB sowie gegen die §§ 6 und 48 BauO NRW in Betracht, die allesamt auch vom Prüfungsmaßstab umfasst sind.

> *Hinweis*: Das vereinfachte Genehmigungsverfahren ist mittlerweile das Regelverfahren zur Erteilung einer Baugenehmigung.[5]

aa) Bauplanungsrecht (§§ 29 ff. BauGB)

Das Vorhaben müsste bauplanungsrechtlich zulässig sein, §§ 29 ff. BauGB.

(1) Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB

Fraglich ist zunächst die Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB. Dafür müsste der Bau der Tanzschule eine Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen darstellen, § 29 Abs. 1 BauGB. Eine Errichtung liegt vor (s.o.). Eine bauliche Anlage i.S.v. § 29 Abs. 1 BauGB ist gegeben, wenn ein Bauvorhaben bodenrechtliche, d.h. bauplanungsrechtliche Relevanz entfaltet.[6] Dies ist der Fall, wenn es Belange des § 1

[3] Zum Begriff der Errichtung siehe etwa *Kersten*, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Kap. 3 Rn. 261: „Die Errichtung eines Vorhabens meint den Neubau, also die erstmalige Herstellung oder Aufstellung einer baulichen Anlage an einem bestimmten Standort, wobei hierzu auch die Wiederherstellung einer – beispielsweise durch Brand – zerstörten Anlage zählt".

[4] *Keller*, in: Spannowsky/Saurenhaus (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Bauordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 1.10.2021, § 64 Rn. 24.

[5] *Keller* (Fn. 4), § 64.

[6] Zur bodenrechtlichen Relevanz siehe *Schulte Beerbühl*, Baurecht Nordrhein-Westfalen, 6. Aufl. 2022, S. 86: „Diese liegt vor, wenn das Vorhaben geeignet ist, ein Bedürfnis nach einer seine Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitpla-

Abs. 6 BauGB berührt. Der Bau der hier in Rede stehenden Tanzschule ist zumindest in der Lage, die allgemeinen Anforderungen an die gesunden Wohnverhältnisse zu berühren (§ 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB). Bodenrechtliche Relevanz ist folglich anzunehmen. Eine bauliche Anlage im Sinne des BauGB liegt vor, die §§ 29 ff. BauGB sind anwendbar.

(2) Zulässigkeit des Vorhabens nach § 30 Abs. 1 BauGB

Die Zulässigkeit des Vorhabens richtet sich grundsätzlich nach den Festsetzungen des Bebauungsplans, vgl. § 30 BauGB. Dies gilt uneingeschränkt, sofern der Bebauungsplan die Mindestfestsetzungen des § 30 Abs. 1 BauGB enthält. Der Bebauungsplan enthält vorliegend lediglich Festsetzungen über die zulässige Anzahl von Geschossen und über die Grundflächenzahl (GRZ), also über das Maß der baulichen Nutzung (vgl. § 16 BauNVO). Allerdings enthält der Bebauungsplan keine Bestimmungen über die Art der baulichen Nutzung sowie die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen. Damit liegt ein einfacher Bebauungsplan i.S.d. § 30 Abs. 3 BauGB vor.

(3) Zulässigkeit des Vorhabens nach § 30 Abs. 3 BauGB i.V.m. Bebauungsplan und § 34 BauGB

Gem. § 30 Abs. 3 BauGB richtet sich die Zulässigkeit des Vorhabens im Anwendungsbereich eines einfachen Bebauungsplans *im Übrigen*, also soweit der Bebauungsplan keine Festsetzungen i.S.v. § 30 Abs. 1 BauGB trifft, nach § 34 BauGB oder § 35 BauGB. Soweit der Bebauungsplan Festsetzungen enthält, sind diese für die Zulässigkeitsprüfung heranzuziehen. Nur dort, wo der Bebauungsplan Lücken enthält, richtet sich die Zulässigkeit nach den §§ 34, 35 BauGB.

(a) Zulässigkeit hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung

Hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung enthält der (einfache) Bebauungsplan Festsetzungen zur zulässigen Anzahl an Geschossen, § 20 Abs. 1 BauNVO. Im Bebauungsplan wird festgelegt, dass maximal drei Geschosse zulässig sind. Das geplante Bauwerk soll hingegen fünf Geschosse haben. Folglich widerspricht es den Festsetzungen des Bebauungsplans in dieser Hinsicht.

Außerdem enthält der Bebauungsplan Festsetzungen über die Grundflächenzahl. Der Bebauungsplan legt eine Grundflächenzahl von 0,4 fest. Nach § 19 Abs. 1 BauNVO handelt es sich bei der Grundflächenzahl um die Vorgabe, wieviel Quadratmeter Grundfläche je Quadratmeter Grundstücksfläche zulässig sind. Es wird damit bestimmt, wie viel Prozent des Grundstücks bebaut werden dürfen.[7] Bei einer Grundflächenzahl (GRZ) von 0,4 dürfen lediglich 40 % der Grundstücksfläche bebaut werden, d.h. hier von 900 qm nur 360 qm Grundfläche. A beabsichtigt hingegen, 784 qm der Grundstücksfläche zu bebauen. Dies wurde ihr in der Baugenehmigung auch gestattet. Die GRZ wird somit überschritten. Das zulässige Maß der baulichen Nutzung wird daher auch bezüglich der Grundflächenzahl überschritten.

(b) Zulässigkeit hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung gem. § 34 Abs. 2 BauGB

Fraglich ist weiter, ob das Vorhaben hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung zulässig ist. Dies richtet sich hier mangels Festsetzung im Bebauungsplan nach den §§ 34, 35 BauGB.

(aa) Abgrenzung Innen- und Außenbereich

Der gegenüber § 35 BauGB speziellere § 34 BauGB ist anwendbar, wenn das Vorhaben im sogenannten Innenbereich liegt.[8] Mangels entsprechender Satzungen i.S.v. § 34 Abs. 4 BauGB ist dies der Fall, wenn das betroffene Grundstück zu einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil gehört, § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB. Davon ist hier laut Bearbeitungsvermerk auszugehen. Das Vorhaben liegt somit im Innenbereich, § 34 BauGB ist anwendbar.

Die Zulässigkeit des Vorhabens richtet sich hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO, wenn das Gebiet einem Gebiet der §§ 2 ff. BauNVO entspricht. Damit ist § 34 Abs. 2 BauGB lex specialis zu § 34 Abs. 1 BauGB. Fraglich ist, ob diese Umgebungsbebauung einem Gebietstyp der BauNVO entspricht.

(bb) Reines Wohngebiet

In Frage kommt hier ein reines Wohngebiet, § 3 BauNVO. Dieses Gebiet dient gem. § 3 Abs. 1 BauNVO dem Wohnen. Hier besteht die vorhandene Bebauung zwar überwiegend, nicht jedoch ausschließlich aus Wohnhäusern. Darüber hinaus finden sich in dem Gebiet auch zwei Restaurants, eine Kirche und eine kleine Bücherei. Die Bücherei kann als den Bedürfnissen der Bewohner*innen des Gebiets dienende Anlage für kulturelle Zwecke eingestuft werden und ist somit ausnahmsweise nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO zulässig. Gleiches gilt für die Kirche als Anlage für kirchliche Zwecke. Die Restaurants sind hingegen in einem reinen Wohngebiet unzulässig. Zwar sind solche Anlagen bei der Beurteilung des Gebietscharakters unberücksichtigt zu lassen, die die Eigenart des Gebiets nicht prägen.[9] Anhaltspunkte dafür, dass die Restaurants hier aus dem prägenden Rahmen in einer Weise herausfallen, dass sie echte Fremdkörper darstellen, sind nicht ersichtlich.[10] Vielmehr sind hier zwei vergleichbare Anlagen vorhanden, sodass diese für den Gebietscharakter mitprägend sind. Folglich handelt es sich nicht um ein reines Wohngebiet.

Hinweis: Insgesamt erscheint es – vor allem angesichts der Länge der Klausur – nicht zwingend notwendig, auf

nung hervorzurufen, und es Gegenstand bauplanerischer Festsetzungen sein kann".

[7] *Söfker*, in: Ernst u.a., Baugesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 122. Lfg., Stand: August 2016, BauNVO § 19 Rn. 1.

[8] Zu unterscheiden ist zwischen dem qualifiziert beplanten und dem unbeplanten Innenbereich. Vgl. dazu *Kersten* (Fn. 3), Kap. 3 Rn. 263 ff. und Rn. 308 ff.

[9] *Stollmann/Beaucamp*, Öffentliches Baurecht, 12. Aufl. 2020, § 16 Rn. 37.

[10] Vgl. zum Begriff des Fremdkörpers etwa *Kment*, Öffentliches Baurecht, Bd. 1, 8. Aufl. 2022, S. 374 Rn. 20 f.

das reine Wohngebiet einzugehen. Positiv wäre zu bewerten, wenn kurze Ausführungen zum reinen Wohngebiet gemacht werden. Dabei ist vor allem das Argument, dass nicht prägende Bauten bei der Beurteilung des Gebietscharakters grundsätzlich unberücksichtigt bleiben, hier aber durchaus eine prägende Wirkung auf das Gebiet anzunehmen ist, von Bedeutung, zumal es dazu keinen Hinweis im Sachverhalt gibt.

(cc) Allgemeines Wohngebiet

Es könnte sich aber um ein allgemeines Wohngebiet handeln. Gem. § 4 Abs. 1 BauNVO dient das allgemeine Wohngebiet vorwiegend dem Wohnen. Das hier in Rede stehende Gebiet ist durch Wohnhäuser geprägt. Außerdem gibt es eine Kirche und eine Bücherei, die als Anlagen für kirchliche bzw. kulturelle Zwecke gem. § 4 Abs. 2 Nr. 3 Var. 1 BauNVO zulässig sind. Restaurants stellen Anlagen der Speisewirtschaft dar und sind im allgemeinen Wohngebiet somit gem. § 4 Abs. 2 Nr. 2 Var. 3 BauNVO zulässig. Insgesamt handelt es sich ausschließlich um Anlagen, die für ein allgemeines Wohngebiet typisch sind. Das Gebiet stellt somit faktisch ein allgemeines Wohngebiet i.S.v. § 4 BauNVO dar. Fraglich ist, ob die Tanzschule in diesem Gebiet zulässig ist.

Hinweis: Sollte das Gebiet als Mischgebiet i.S.v. § 6 BauNVO eingestuft werden, so ist dies zwar nur schwer vertretbar, da es an der erforderlichen Mischung aus Gewerbe und Wohnen fehlt. Sollte dies dennoch angenommen werden, ist in der Folge dann zu diskutieren, ob die Kombination aus Tanzschule und Diskothek dazu führt, dass es sich um eine Vergnügungsstätte i.S.v. § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO handelt.

Eine Tanzschule dient nicht dem Wohnen, § 4 Abs. 1 BauNVO. Sie könnte aber dennoch gem. § 4 Abs. 2 Nr. 3 Var. 5 BauNVO als Anlage für sportliche Zwecke zulässig sein.

Ballettschulen, Fitnessstudios und Vereinsräume für die Ausübung des Tanzsports gelten – im Unterschied zu Diskotheken – als Anlagen für sportliche Zwecke.[11] Es erscheint sachgerecht, eine Tanzschule dann als Anlage für sportliche Zwecke zu beurteilen, wenn dort die körperliche Betätigung im Vordergrund steht und der Zweck nicht vorrangig in der Vergnügung zu sehen ist. Hintergrund ist, dass sportliche Nutzungen andere bodenrechtliche Auswirkungen auf das Gebiet haben, da davon auszugehen ist, dass beispielsweise Tanzkurse zu festen Zeiten und auch nicht in den Zeiten der Nachtruhe stattfinden. Dadurch können Beeinträchtigungen der Wohnnutzung entstehen.

Die Tanzarten, die A unterrichten (lassen) will, sind dem Tanz*sport* zuzuordnen. Dazu gehört gerade auch, dass die Tanz-Fähigkeiten trainiert werden müssen, damit sie sich verbessern. Alle genannten Tanzarten sind – freilich je nach Intensität des Tanzstils und Schwierigkeit des Kurses – körperlich anstrengend. Dass Tanzsport auch aus Unterhaltungsgründen betrieben wird, ist unschädlich, weil die Motivation der Besucher*innen grundsätzlich planungsrechtlich nicht allein ausschlaggebend ist. Tritt daher der Vergnügungsaspekt neben den sportlichen Aspekt, führt dies nicht bereits dazu, einer Tätigkeit den sportlichen Charakter abzusprechen. Dies ist erst der Fall, wenn der Vergnügungsaspekt dominant wäre.[12] Das ist hier aber nicht ersichtlich. Vielmehr sollen Tanzkurse mit sportlichem Anspruch gegeben werden.

Einer Einordnung als Anlage für sportliche Zwecke könnte hier aber entgegenstehen, dass es sich bei dem Vorhaben der A nicht um eine reine Tanzschule handelt. A plant, im unteren Geschoss „Motto-Tanz-Partys“ zu veranstalten. Wenngleich dabei auch getanzt wird, steht nicht die sportliche Betätigung, sondern der Vergnügungsaspekt im Vordergrund. Dafür spricht, dass A auch Getränke ausschenken will und ein DJ Musik spielt. Diese Partys sollen auch nicht nur eine untergeordnete Rolle spielen. Zwar würde die Anlage rein quantitativ mehr für Tanzkurse genutzt. Bei drei Wochentagen, an denen die Partys stattfinden sollen, kann aber nicht mehr von einer nur untergeordneten Nutzung die Rede sein, wofür auch der wirtschaftliche Aspekt – der planungsrechtlich zwar nicht entscheidend sein, dennoch als unterstützendes Indiz angeführt werden kann – spricht, da die Einnahmen aus Tanzschule und Partyveranstaltungen einander entsprechen werden. Zu bedenken ist zudem, dass durch die Partys bodenrechtliche Spannungen mit der überwiegend vorhandenen Wohnnutzung entstehen würden, die sich vor allen in den Abend- und Nachtbereich realisieren würden. Erschwerend tritt der Umstand hinzu, dass diese Spannungen sich teilweise wochentags realisieren würden (donnerstags und freitags), was für all diejenigen eine Belastung darstellen würde, die durch den entstehenden Lärm um den Schlaf gebracht würden. Diese Erwägungen führen dazu, dass bauplanungsrechtlich der Schwerpunkt der Anlage auf dem Vergnügungsaspekt liegt. Insgesamt handelt es sich somit um eine Anlage, die auch für sportliche Zwecke genutzt werden soll, aber eben nicht ausschließlich, was § 4 Abs. 2 Nr. 3 Var. 5 BauNVO aber gerade fordert.[13] Die Anlage ist folglich nicht nach § 4 Abs. 2 BauNVO zulässig.

Hinweis: Sollte die Umgebung als Mischgebiet eingestuft worden sein, müsste an dieser Stelle entschieden werden, ob es sich insgesamt um eine Vergnügungsstätte handelt. Das Ergebnis ist dabei unerheblich, die Argumentation ist entscheidend.

Zudem ist die Tanzschule auch nicht ausnahmsweise nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO als „sonstiger nicht störender“ Gewerbebetrieb zulässig.[14] Allein der bis in die späten Abend- und Nachtstunden hinein zu erwartende An- und Abfahrtsverkehr ließe den nichtstörenden Charakter entfallen, weshalb es schon

[11] *Stock*, in: Ernst u.a. (Fn. 7), 124. Lfg., Stand: Februar 2017, BauNVO § 4 Rn. 103.

[12] Zur Abgrenzung zwischen Sport und Vergnügung siehe *Stock*, in: König/Roeser/Stock, Baunutzungsverordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2022, § 4 Rn. 61.

[13] Zum Sportzweck siehe ausführlich *Stock* (Fn. 11), BauNVO § 4 Rn. 101 ff.

[14] Siehe dazu VG Saarlouis, Urt. v. 29.7.2015 – 5 K 677/14, Rn. 83 (juris).

keiner näheren Erörterung bedarf, ob es sich um einen Gewerbebetrieb handelt. Hinzu kommt der Umstand, dass die Anlage schwerpunktmäßig Vergnügungszwecken dient (s.o.), was dazu führt, dass sie als Vergnügungsstätte einzuordnen ist. Insgesamt ist das Vorhaben in einem allgemeinen Wohngebiet jedenfalls unzulässig.

Hinweis: Der Fall ist insgesamt lang, weshalb es aus zeitökonomischen Gründen sinnvoll ist, unproblematische Aspekte kurz abzuhandeln. Gewiss könnte auch an dieser Stelle ausführlicher gearbeitet werden, etwa wie folgt:
Die Tanzschule könnte indes ausnahmsweise zugelassen werden, wenn es sich um einen nicht störenden Gewerbebetrieb (§ 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO) handelte. Der Begriff des Gewerbes ist planungsrechtlich nicht legaldefiniert. In Anlehnung an § 1 GewO versteht man unter einem Gewerbe jede sozialadäquate, selbstständige und nachhaltige Tätigkeit, die mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird und weder freier Beruf, Land- und Forstwirtschaft noch private Vermögensverwaltung ist.[15] Die Tanzschule/Diskothek-Kombination ist vorliegend nicht verboten, geschweige denn sozialschädlich. A beabsichtigt zudem, das Studio unabhängig und nicht als Angestellte, somit selbstständig, zu betreiben. Sie plant, ihren Lebensunterhalt aus den Einnahmen zu bestreiten, was auf eine Gewinnerzielungsabsicht schließen lässt. Mangels Vorliegens eines Ausschlussgrundes handelt es sich somit um ein Gewerbe.
Fraglich ist aber nun, ob der hier vorliegende Gewerbebetrieb nicht störend ist. Ein Gewerbebetrieb stört nicht, wenn seine Auswirkungen das gebietsadäquate Maß akzeptabler Störungen nicht übersteigen. Dabei ist aber nicht auf die konkreten Umstände abzustellen, sondern auf eine typisierende Betrachtungsweise: „Ausgangspunkt ist die Frage, ob der konkrete Betrieb seiner Art nach erfahrungsgemäß generell geeignet ist, das Wohnen in einem allgemeinen Wohngebiet zu stören […]. Gegenstand der Betrachtung sind alle Auswirkungen, die typischerweise von einem Vorhaben der beabsichtigten Art ausgehen, insbesondere nach seinem räumlichen Umfang und der Größe seines betrieblichen Einzugsbereichs, der Art und Weise der Betriebsvorgänge, dem vorhabenbedingten An- und Abfahrtsverkehr von Beschäftigten, Kunden und Lieferanten sowie der Dauer dieser Auswirkungen und ihrer Verteilung auf die Tages- und Nachtzeiten […].“[16]
Für eine Störung spricht vorliegend unter anderem der An- und Abfahrtsverkehr, der typischerweise bei Tanzschulen und bei Partys entsteht. Bedenkt man vor allem die Größe der Tanzschule, kann es auch zu größerem Andrang kommen. Ferner spricht für eine störende Wirkung die Dauer der Auswirkungen. Typischerweise sind diese vor allem bei Partys nicht einheitlich. Die Anlage übersteigt somit das gebietsadäquate Maß an hinzunehmenden Störungen.
Sollte das Gebiet als Mischgebiet eingestuft werden, sind nähere Ausführungen dazu, ob es sich um eine Vergnügungsstätte handelt, zu erwarten. Diese könnten folgendermaßen aussehen:
Etwas Anderes würde aber dann gelten, wenn es sich bei der Tanzschule, in der auch Partys stattfinden, tatsächlich um eine Vergnügungsstätte handeln würde. Denn diese ist allein nach den §§ 4a Abs. 3 Nr. 2, 5 Abs. 3, 6 Abs. 2 Nr. 8, Abs. 3, 6a Abs. 3 Nr. 1, 7 Abs. 2 Nr. 2, 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO zulässig. Es handelt sich hierbei um eine abschließende Aufzählung. In Mischgebieten sind Vergnügungsstätten zulässig.
Vergnügungsstätten sind grundsätzlich besondere Arten von Gewerbebetrieben, die durch die kommerzielle Unterhaltung der Besucher*innen geprägt sind und die dabei in unterschiedlicher Ausprägung den Sexual-, Spiel- oder Geselligkeitstrieb ansprechen.[17] Sie neigen zu negativen Auswirkungen auf andere schutzwürdige Nutzungsarten und sind daher nur ausnahmsweise beziehungsweise selten zulässig.[18] Vergnügungsstätten liegen dabei insbesondere vor, wenn die Kund*innen durch die konkrete Ausgestaltung der Räumlichkeiten dazu animiert werden, sich dort länger aufzuhalten und in geselligem Beisammensein ihrem Besuchszweck nachzugehen.[19] Bei Gewerbebetrieben/Läden kommt es dagegen überwiegend allein auf die Auswahl und den Erwerb des Produkts an.
Im Falle der hier in Rede stehenden Anlage könnte vor allem der Party-Aspekt zur Einstufung als Vergnügungsstätte führen. Hier geht es insbesondere um das Tanzen zu lauter Musik, das Konsumieren von alkoholischen und nicht-alkoholischen Getränken und um das Beisammensein, es gehört also auch eine Art Freizeitgestaltung und Amüsierverhalten dazu. Hier steht somit die Vergnügung im Vordergrund.
Im vorliegenden Fall sprechen gute Gründe dafür, die Tanzschule als Vergnügungsstätte anzuerkennen. Damit ist sie hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung unzulässig gem. § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 4 BauNVO, aber zulässig gem. § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 6 BauNVO.

(c) Sonstige Prüfungspunkte

Weitere Probleme sind nicht ersichtlich. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Erschließung gesichert ist, die Anforderungen an die gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse gewahrt sind und das Ortsbild nicht beeinträchtigt wird.

(4) Zwischenergebnis

Das Bauvorhaben verstößt gegen Bauplanungsrecht, §§ 29 ff. BauGB.

[15] Zum Gewerbebegriff siehe *Stock* (Fn. 12), § 8 Rn. 16.
[16] *Stock* (Fn. 12), § 4 Rn. 72.
[17] *Söfker* (Fn. 7), 129. Lfg., Stand: Mai 2018, BauNVO § 6 Rn. 42; BVerwG NJW 1977, 1932 (1932 ff.); OVG Koblenz NVwZ-RR 2011, 635 (636).
[18] *Rausch*, DÖV 2009, 667 (669).
[19] Vgl. OVG Koblenz NVwZ-RR 2011, 635 Lts. 1.

(bb) Bauordnungsrecht

Es kommen auch Verstöße gegen bauordnungsrechtliche Vorschriften in Betracht. Hierbei kommen insbesondere Verstöße gegen § 6 und § 48 BauO NRW in Betracht. Diese sind gem. § 64 Abs. 1 Nr. 3 BauO NRW auch von dem eingeschränkten Prüfungsmaßstab der Baubehörde im vereinfachten Genehmigungsverfahren erfasst und daher auch Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle.

(1) Verstoß gegen das Abstandsflächengebot, § 6 BauO NRW

Nach § 6 Abs. 1 S. 1 BauO NRW muss das Bauvorhaben Abstandsflächen wahren, wenn es sich um ein oberirdisches Gebäude handelt, § 2 Abs. 2 BauO NRW, und keine Ausnahme nach S. 3 ersichtlich ist. Ausnahmen sind hier nicht ersichtlich. Ein oberirdisches Gebäude liegt vor. Die vorgeschriebenen Abstandsflächen müssen also beachtet werden. Die Tiefe der Abstandsflächen richtet sich hier gem. § 6 Abs. 4 S. 1 Hs. 1 BauO NRW nach der Wandhöhe (H). Die Abstandsfläche muss gem. § 6 Abs. 2 S. 1 BauO NRW auf dem Grundstück selbst liegen. Das Gebäude soll hier eine Wandhöhe von 16 Metern haben. Die Tiefe der Abstandsfläche beträgt gem. § 6 Abs. 5 S. 1 BauO NRW grundsätzlich 0,4 H. Erforderlich wären vorliegend somit 6,4 Meter Abstand zur Grundstücksgrenze des Nachbarn, mindestens jedoch drei Meter, vgl. § 6 Abs. 5 S. 1, S. 5 BauO NRW. A plant allerdings, bis auf einen Meter an die Grundstücksgrenze heranzubauen. Entsprechend liegt ein Verstoß gegen die Vorschrift vor. §§ 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, Abs. 5 S. 1 BauO NRW sind verletzt.

> *Hinweis*: Hier ist nicht ausreichend, nur auf den Mindestabstand von drei Metern zu verweisen, da der Bearbeitungsvermerk eine Prüfung aller aufgeworfenen Fragen verlangt.

(2) Verstoß gegen die Stellplatzpflicht, § 48 BauO NRW

Nach § 48 Abs. 1 S. 1 BauO NRW sind Stellplätze i.S.v. § 2 Abs. 8 BauO NRW herzustellen. A will hier auf PKW-Parkplätze verzichten, stattdessen aber Fahrradständer bereitstellen. Zwar ist die Anzahl der Stellplätze nicht in der BauO NRW geregelt;[20] da hier aber gar keine Stellplätze eingerichtet werden sollen, ist ein Verstoß gegen § 48 BauO NRW zu bejahen, zumal auch keine Ablösung i.S.v. § 48 Abs. 2 BauO NRW stattgefunden hat.

(3) Sonstiges (materielles) öffentliches Recht

Weitere Verstöße gegen sonstiges materielles öffentliches Recht kommen vorliegend nicht in Betracht.

(4) Zwischenergebnis

Das Vorhaben verstößt gegen Bauordnungsrecht.

cc) Ergebnis

Wegen der Verstöße gegen Bauplanungs- und Bauordnungsrecht ist das Bauvorhaben nicht genehmigungsfähig. Die Tatbestandsvoraussetzungen für die Baugenehmigung liegen damit nicht vor.

c) Ergebnis

Die Baugenehmigung ist daher materiell rechtswidrig.

2. Rechtsfolge

§ 74 Abs. 1 BauO NRW sieht eine gebundene Entscheidung vor, sofern die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Baugenehmigung hätte folglich nicht erteilt werden dürfen.

B. Verletzung in eigenen Rechten

Ein Verwaltungsakt (VA) wird im Wege der Anfechtungsklage nicht bereits aufgehoben, wenn er rechtswidrig ist, sondern nur, wenn die/der Kläger*in dadurch in ihren/seinen Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Da es sich im vorliegenden Fall bei dem Kläger um einen Dritten handelt, ist genauer zu prüfen, ob die Rechtsverstöße zugleich zu Rechtsverletzungen des Klägers führen. Dies hängt wiederum davon ab, inwieweit die Normen, denen der VA widerspricht, den Kläger zu schützen bestimmt sind. Er muss sich folglich auf Normen berufen können, die gerade ihm ein subjektiv-öffentliches Recht vermitteln, also drittschützend sind. Es ist daher nach verletzten Rechten zu suchen, die überhaupt subjektiv-öffentlichen Rechtscharakter aufweisen (I.) und die gerade N als Kläger betreffen (II.).

I. Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts

Wie oben festgestellt werden konnte, liegen objektiv Verstöße sowohl gegen Bauplanungs- als auch gegen Bauordnungsrecht vor. Entscheidend ist nunmehr, ob – über die objektive Rechtsverletzung hinaus – auch eine Verletzung von subjektiv-öffentlichen Rechten vorliegt.[21] Subjektiv-öffentliche Rechte sind dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht lediglich der Allgemeinheit, sondern zumindest auch Individualinteressen zu dienen bestimmt sind (Schutznormtheorie).[22] Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei sind im Rahmen des Baurechts generell drittschützende von partiell drittschützenden Normen zu unterscheiden.[23] Im ersten Fall hat bereits der Gesetzgeber den Konflikt mit Drittinteressen gesehen und selbst auf Gesetzesebene geregelt. Im letzten Fall dagegen überlässt der Gesetzgeber den Ausgleich mit Drittinteressen dem Einzelfall, so dass die entsprechende Norm auch nur im Einzelfall drittschützend ist.[24]

[20] Siehe dazu Nr. 51.11. Verwaltungsvorschrift zur BauO NRW i.V.m. Anlage 6 („Richtzahlen für den Stellplatzbedarf“).

[21] Vgl. diesbezüglich statt Vieler *Finkelnburg/Ortloff/Otto*, Öffentliches Baurecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, § 17 Rn. 6.

[22] Zur Schutznormtheorie siehe etwa *Krüper*, Gemeinwohl im Prozess, 2009, S. 127 ff.

[23] Zur Unterscheidung siehe beispielsweise *Will*, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl. 2022, § 5 Rn. 764 ff., wo jeweils auch eine Übersicht dazu abgedruckt ist.

[24] Dazu insgesamt *Stollmann/Beaucamp* (Fn. 9), § 20 Rn. 14 ff.

1. Bauplanungsrecht

a) Verstoß gegen Maßfestsetzungen

Die Baugenehmigung missachtet die Festsetzung des Bebauungsplans hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung. Fraglich ist, ob dies drittschützend und der Einwand des N, das Gebiet würde sich verändern, zu berücksichtigen ist.

Die Vorschriften der BauNVO hinsichtlich des Maßes baulicher Nutzungen (§§ 16 ff. BauNVO) sind grundsätzlich grundstücksbezogen[25] und für den Städtebau prägend.[26] Die §§ 16 ff. BauNVO dienen den Interessen der Allgemeinheit und der städtebaulichen Ordnung,[27] sind also nicht auf Drittschutz angelegt. Drittschützend sind diese Normen deshalb nur ausnahmsweise, wenn der Plangeber dies ausdrücklich wollte.[28]

aa) Theoretische Möglichkeit des Drittschutzes von Maßfestsetzungen in Anknüpfung an das Wannsee-Judikat

In Anknüpfung an die Wannsee-Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zum Drittschutz von Festsetzungen eines übergeleiteten Bebauungsplans[29] könnte angedacht werden, ob diese pauschale Einschätzung so womöglich nicht mehr tragfähig ist. Drittschutz von Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung könnte nunmehr dann anzunehmen sein, wenn man – wie es das BVerwG tut – auf die objektiven Funktionen der Festsetzungen abstellt.[30] „Der baurechtliche Nachbarschutz beruht [nämlich] auf dem Gedanken des wechselseitigen Austauschverhältnisses, in dem der nachbarliche Interessenskonflikt durch Merkmale der Zuordnung, der Verträglichkeit und der Abstimmung benachbarter Nutzungen geregelt und ausgeglichen ist […]. Dieser Gedanke prägt nicht nur die Anerkennung der drittschützenden Wirkung von Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung […], sondern kann auch eine nachbarschützende Wirkung von Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung rechtfertigen."[31] Zu bedenken ist zwar, dass der Bebauungsplan im Wannsee-Fall aus dem Jahr 1959 stammt, also aus einer Zeit, in der die Grundsätze des verwaltungsprozessrechtlichen Drittschutzes noch unbekannt waren. Allerdings ist es nach Ansicht des BVerwG möglich, die Festsetzungen auch nachträglich subjektiv-rechtlich aufzuladen.[32]

Für diese Einschätzung spricht, dass es „allgemeiner Rechtsüberzeugung [entspricht], dass das öffentliche Baurecht nicht in dem Sinne statisch aufzufassen ist, dass es einer […] [subjektiv-rechtlichen] Auslegung unzugänglich wäre."[33] Zudem kann argumentiert werden, dass es aus Sicht der Nachbar*innen häufig keinen Unterschied macht, ob ein Vorhaben gegen die Art oder das Maß der baulichen Nutzung verstößt. Die Auswirkungen auf das Grundstück der Nachbar*innen können auch durch Verstöße gegen das Maß der baulichen Nutzung enorm sein, weshalb es durchaus interessengerecht erscheint, den Nachbar*innen in diesem Fall ein subjektiv-öffentliches Recht einzuräumen.

Man könnte dagegen zwar anführen, dass dem Konzept des Plangebers dadurch letztlich ein Inhalt beigemessen werde, der so nicht beabsichtigt gewesen sei, dass diese Neuerungen dem Plangeber letztlich etwas „unterstellen", was er nicht vorgesehen hat, nämlich Drittschutz. Das lässt die Frage aufkommen, ob die Schutznormtheorie und somit die Grundsätze des Drittschutzes insgesamt womöglich überdacht werden müssten.[34] In der Folge könnte diese Entscheidung Rechtsunsicherheit zur Folge haben.[35] Abgestellt werden könnte dabei vor allem darauf, dass der Aspekt des „wechselseitigen Austauschverhältnisses" sehr unbestimmt bleibt und somit viel Spielraum für weite Auslegungen lässt, was im Extremfall sogar bis an die Grenze der Willkür getrieben werden könnte.[36]

Diesen Einwänden ist allerdings im Ergebnis nicht zuzustimmen. Insgesamt bleibt das planerische Konzept nämlich

[25] *Hanne*, Das öffentliche Baurecht in der Praxis, 2. Aufl. 2020, Kap. 108 Rn. 5.

[26] *Schimpfermann/Stühler*, in: Fickert/Fieseler, Baunutzungsverordnung, Kommentar, 13. Aufl. 2019, § 16 Rn. 1.

[27] *Schröer/Kümmel*, NVwZ 2018, 1775 (1776).

[28] Vgl. *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Vorbemerkungen zu den §§ 29–38 Rn. 42.

[29] Gemeint sind solche Bebauungspläne, die vor Inkrafttreten des BBauG im Jahre 1960 geschaffen wurden. Nach § 173 Abs. 3 S. 1 BBauG gelten diese Alt-Pläne als Bebauungspläne fort. Vgl. dazu die eingängigen Ausführungen bei *Dirnberger*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Baugesetzbuch, Stand: 1.8.2021, § 1 Rn. 31.

[30] Vgl. dazu und zu der gesamten Thematik des Drittschutzes, inklusive des Wannsee-Judikats *Ramsauer*, JuS 2020, 385 (390 f.).

[31] BVerwGE 162, 363 = NVwZ 2018, 1808 (1810 Rn. 15).

[32] BVerwGE 162, 363 = NVwZ 2018, 1808 (1810 Rn. 16). Zum näheren Verständnis der nachträglich subjektiv-rechtlichen Aufladung sei verwiesen auf *Kiefer*, NVwZ 2019, 1340 (1342). Diese Voraussetzung sieht sich durch die Literatur teilweise heftiger Kritik ausgesetzt. Vgl. zur Kritik etwa *Dünchheim/Schleiden*, DVBl 2019, 1361 (1363), die die Voraussetzung unklar finden und zudem die Frage aufwerfen, ob dies nun nur für alte Bebauungspläne gelten solle. Letztere Frage wirft auch auf *Lang*, NVwZ 2021, 1431 (1432), der im Folgenden (1433) aber auch offenlegt, dass der Begriff der Aufladung missverständlich sei, da letztlich eine objektiv-teleologische Auslegung gemeint sei. Besonders kritisch stehen dem Merkmal der nachträglich subjektiv-rechtlichen Aufladung gegenüber *Schröer/Kümmel*, NVwZ 2018, 1775 (1777), die befürchten, dass die „Büchse der Pandora" geöffnet werde und die Gewährung von Drittschutz in die Hände der Tatsachengerichte gelegt würde. Diese Befürchtungen haben sich – dies kann heute festgestellt werden – nicht bewahrheitet.

[33] BVerwGE 162, 363 = NVwZ 2018, 1808 (1810 Rn. 16).

[34] Vgl. etwa den Titel des Aufsatzes von *Schröer/Kümmel*, NVwZ 2018, 1775 („Vom Wannsee zu neuen Ufern. Das BVerwG am Abgrund der Schutznormtheorie"); siehe auch *Hufen*, JuS 2019, 509 (511).

[35] Siehe dazu auch *Hufen*, JuS 2019, 509 (511); *Schröer/Kümmel*, NVwZ 2018, 1775 (1777).

[36] *Schröer/Kümmel*, NVwZ 2018, 1775 (1777).

unberührt. Dem Plangeber wird insbesondere auch kein Inhalt untergeschoben, den er so nicht wollte. Es handelt sich schließlich „nur" um eine prozessuale Aufladung. Die Ausführungen des BVerwG sind nämlich dahingehend zu verstehen, dass der drittschützende Gedanke dennoch vom Plangeber implementiert worden sein muss. Um dies zu ermitteln, hilft eine objektiv-teleologische Auslegung des Bebauungsplans, über die den Nachbar*innen lediglich eine Möglichkeit eröffnet wird, gegen Verstöße gegen Maßfestsetzungen vorzugehen.[37] Dies ist indes nur im Einzelfall und ausnahmsweise möglich, wenn das (alte) Plankonzept Maßfestsetzungen für besonders prägend erachtet. Dies spricht dafür, dass das Wannsee-Judikat nicht als weitere Ausnahme zu verstehen ist, bei deren Vorliegen Drittschutz im Einzelfall gewährt werden kann. Vielmehr handelt es sich um eine Wiederholung der anerkannten Ausnahme, dass der Plangeber Drittschutz will.[38] Diese Ausnahme wird lediglich um einen Aspekt der prozessualen Aufladung ergänzt.

bb) Übertragung auf den Fall

Hier erscheint es allerdings fraglich, ob Maßfestsetzungen für das Gepräge des Gebiets von besonderer Bedeutung sind. Es fehlt an Anhaltspunkten, die dafür, aber auch solchen, die dagegen sprechen. Allein die Festsetzung der maximal zulässigen Anzahl an Vollgeschossen gibt darüber keine Auskunft. Geht man davon aus, dass Maßfestsetzungen zumindest im Einzelfall partiellen Drittschutz vermitteln *können*, wäre Voraussetzung aber jedenfalls, dass eine Auslegung des Bebauungsplans ergibt, dass Maßfestsetzungen besondere Bedeutung zukommen soll, sodass auch diese einen Gebietserhaltungsanspruch begründen können. Dafür fehlt es – wie gesagt – aber an entsprechenden Anhaltspunkten. Eine Rechtsverletzung des N lässt sich entsprechend im Hinblick auf Verstöße gegen Maßfestsetzungen nicht begründen.

> *Hinweis*: Zur Verdeutlichung: Es wird hier letztlich unterschieden zwischen der theoretischen Möglichkeit, Maßfestsetzungen für drittschützend zu erachten, und dem konkreten Einzelfall, in dem die genannten Voraussetzungen auch tatsächlich erfüllt sein müssen. Ersteres kann bejaht werden, für Zweiteres fehlt es hier an Anhaltspunkten, weshalb Drittschutz nicht angenommen werden sollte. Im Wannsee-Fall bestand etwa die Möglichkeit, die Begründung des Bebauungsplans als in der Praxis entscheidenden Faktor einzubeziehen, dazu gibt der Sachverhalt aber keine Hinweise. Zudem ging es um ein Seeufer, das anderen Zwecken dient als das Gebiet im hier zu entscheidenden Fall.
> Eine derart ausführliche Bearbeitung kann in einer Klausur nicht erwartet werden. Da das Wannsee-Judikat aber in der Literatur hohe Wellen geschlagen hat und dem Urteil somit zumindest in der rechtswissenschaftlichen Diskussion große Bedeutung beigemessen wird, sind kurze Ausführungen dazu, dass es zumindest nicht ausgeschlossen ist, dass Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung auch drittschützend sein können, wenn der Plangeber das bei übergeleiteten Plänen nicht hat vorsehen können (nachträglich subjektiv-rechtlich aufgeladen), sowie einzelne Argumente, was für diesen Ansatz spricht, zu erwarten. Wenn überzeugende Argumente aufgeführt werden, kann bereits die Möglichkeit des Drittschutzes an dieser Stelle freilich auch verneint werden. Teile der Literatur plädieren neuerdings allerdings sogar dafür, Maßfestsetzungen generell Drittschutz zuzusprechen.[39] Dieser Ansatz würde in einer Klausur zumindest großen Argumentationsaufwand erfordern. Lediglich die pauschale Verneinung des Drittschutzes würde an dieser Stelle negativ gewertet werden.

b) Verstoß gegen § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 4 BauNVO

Fraglich ist, wie die Frage des Drittschutzes bei § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO zu beurteilen ist. Zweck des § 34 Abs. 2 BauGB ist die Gleichstellung der Vorhabenzulassung in einem faktischen Baugebiet mit der in einem beplanten Gebiet.[40] In „homogenen"[41] Gebieten sollen Bauvorhaben hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung so behandelt werden, als ob sie in einem beplanten Gebiet errichtet würden. Folglich entspricht der Drittschutz dem in beplanten Gebieten (vgl. § 30 BauGB). Dabei ist zu sehen, dass für die Frage nach der Art der baulichen Nutzung die §§ 2 ff. BauNVO Bauvorhaben, die hinsichtlich ihrer Anforderungen an beziehungsweise Auswirkungen auf ihre Umgebung vergleichbar sind, zusammenführen und Bauvorhaben, die in hohem Maße unterschiedlich sind oder sich gegenseitig stören, trennen möchten. Damit stellen die §§ 2 ff. BauNVO hinreichend konkrete Anforderungen an betroffene Gebiete und lassen sich so zu einer Art „Schicksalsgemeinschaft" entwickeln.[42] Für die Gebiete ist es daher von zentraler Bedeutung, dass alle „Mitglieder" dieser Gemeinschaft die entsprechenden Anforderungen (der §§ 2 ff. BauNVO) erfüllen; den anderen betroffenen „Mitgliedern" steht insoweit ein Gebietserhaltungsanspruch zu.[43]

Insgesamt ist daher den § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO – folglich auch § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 4 Bau-

[37] Zur Auslegung des Bebauungsplans siehe etwa *Kiefer*, NVwZ 2019, 1340 (1341); *Lang*, NVwZ 2021, 1431 (1433); vgl. auch *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 21), § 18 Rn. 9.

[38] Vgl. dazu BVerwG NVwZ 1996, 888; BVerwG, Beschl. v. 13.12.2016 – 4 B 29/16 = BeckRS 2016, 110566; *Faßbender*, NJW 2019, 2132 (2132); vgl. dazu auch *Schubert*, ZfBR 2019, 343 (345).

[39] *Lang*, NVwZ 2021, 1431 (1434).

[40] Zur Gleichstellung von beplanten und unbeplanten Gebieten siehe *Söfker* (Fn. 7), 143. Lfg., Stand: August 2021, BauGB § 34 Rn. 8, dort auch unter Verweis auf die Entwicklung des § 34 BauGB und seines Verständnisses.

[41] *Stollmann/Beaucamp* (Fn. 9), § 20 Rn. 14 ff.

[42] *Schulte Beerbühl* (Fn. 6), S. 325; *Muckel/Ogorek* (Fn. 2), § 10 Rn. 12b.

[43] *Schulte Beerbühl* (Fn. 6), S. 325 ff.; *Muckel/Ogorek* (Fn. 2), § 10 Rn. 12b sprechen von einem „Gebietsgewährleistungsanspruch".

NVO – der Drittschutz bereits in den Normzweck eingebettet. Es handelt sich um generell drittschützende Normen.[44]

Hinweis: Auch hier können die Ausführungen kürzer ausfallen. Die Nennung der Stichworte „Gebietserhaltungsanspruch" und „Schicksalsgemeinschaft" sind dabei besonders positiv zu bewerten. Der Gebietserhaltungsanspruch kann auch schon oben angesprochen werden.

2. Bauordnungsrecht

a) Verstoß gegen § 6 BauO NRW

Es ist zu prüfen, ob § 6 Abs. 1 BauO NRW nicht nur der Allgemeinheit, sondern zumindest auch Individualinteressen zu dienen bestimmt ist. Der *Zweck der Norm* ist also entscheidend.

Abstandsflächen dienen zum einen dem Schutz des Gebäudes an sich, zum anderen aber auch dem Schutz benachbarter Gebäude. Dadurch sollen ausreichende Belichtung, Belüftung, Feuerschutz und Brandbekämpfung sowie ein allgemeiner Sozialabstand gewährleistet werden. Durch hinreichenden Abstand soll ein Übergreifen von Bränden auf andere Gebäude verhindert werden. Damit zeigt sich, dass § 6 Abs. 1 BauO NRW beziehungsweise das grundsätzliche Abstandsflächengebot nicht nur den Schutz der Allgemeinheit, sondern auch der Positionen der Angrenzer*innen bezweckt. Bei § 6 Abs. 1 BauO NRW handelt es sich damit um eine drittschützende Norm, d.h. um eine Norm mit subjektivrechtlichem Charakter.[45]

Hinweis: Gerade, wenn die Abstandsflächen nicht eingehalten werden, stellt sich die Frage nach der Rücksichtslosigkeit des Vorhabens. Angesichts der Angaben im Sachverhalt (größer, deutlich höher, zu nah) wäre ein Verstoß gegen den Grundsatz der Rücksichtnahme auch hier zu prüfen, wenn dies durch den Bearbeitungsvermerk nicht ausgeschlossen wäre.

b) Verstoß gegen § 48 BauO NRW

Wie gezeigt wurde, verstößt der geplante Bau gegen das Stellplatzerrichtungsgebot des § 48 Abs. 1 S. 1 BauO NRW. Fraglich ist, ob diese Norm drittschützend ist. Der Zweck der Stellplatzerrichtung ist nicht der Schutz anderer Nachbar*innen, sondern allein der Schutz des öffentlichen Straßenraums, des Verkehrs und der Allgemeinheit. Durch genügend Stellplätze soll verhindert werden, dass durch „wild" parkende Fahrzeuge der Straßenraum und der Verkehr gestört, behindert oder überhaupt beeinflusst werden. § 48 BauO NRW hat damit lediglich allgemeinen und nicht drittschützenden Charakter.[46] Das Argument des N, dass seine Einfahrt zugeparkt würde, führt insgesamt somit nicht dazu, dass die Norm drittschützend ist. N kann sich folglich nicht darauf berufen, dass A keine Stellplätze geplant hat.

II. Kläger als Teil des geschützten Personenkreises

Es reicht indes nicht aus, dass sich N als Kläger auf eine Norm beruft, die subjektiv-öffentliche Rechte vermittelt. Vielmehr muss diese Norm *gerade ihn* zu schützen bestimmt sein. Drittschützende Baurechtsnormen sind dabei stets auf die/den Nachbar*in bezogen. Dabei sind zwei Dimensionen zu beachten: Zum einen muss der Kläger – räumlich gesehen – von dem Bauvorhaben rechtlich betroffen sein, zum anderen muss er – personell gesehen – eine hinreichende Rechtsposition besitzen.[47] In räumlicher Hinsicht ist stets Nachbar*in, wer unmittelbar an das betroffene Grundstück angrenzt (Angrenzer*in). Dies ist N vorliegend. Fraglich ist somit, ob er sich auch personell gesehen darauf berufen kann.

1. Verstoß gegen Bauplanungsrecht

Die Tanzschule ist bauplanungsrechtlich unzulässig, da sie gegen die Festsetzungen hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung und gegen § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 4 BauNVO verstößt.

Wie bereits dargelegt soll § 34 Abs. 2 BauGB die Interessen und Rechte der übrigen Mitglieder der nachbarlichen Schicksalsgemeinschaft berücksichtigen. Damit ist § 34 Abs. 2 BauGB generell drittschützend und N durch die Genehmigung der Tanzschule in seinen Rechten verletzt.

2. Verstoß gegen Bauordnungsrecht: § 6 BauO NRW

§ 6 Abs. 1 BauO NRW schützt die Bewohner*innen der anderen Gebäude, insbesondere der Angrenzer*innen des Bauvorhabens. N ist hier direkter Angrenzer, sodass die Betroffenheit vorliegt.

Die Frage, wer genau geschützt ist, kann aber wegen des Charakters des öffentlichen Baurechts nur *grundstücks*-, nicht aber personenbezogen beantwortet werden. Geschützt sein können daher grundsätzlich nur *dinglich Berechtigte*, die in ihren rechtlichen Interessen betroffen sind. *Obligatorisch Berechtigte* sind grundsätzlich nicht geschützt. Nur wenn andere Rechtsgüter (z.B. Leben, Gesundheit) geschützt werden sollen, muss aus Gründen grundrechtlicher Schutzpflichten ein baurechtlicher Abwehranspruch bestehen können.

N ist Eigentümer des angrenzenden Grundstücks und damit Adressat des Drittschutzes des § 6 Abs. 1 BauO NRW.

Hinweis: Ausführungen zum Erfordernis der dinglichen Berechtigung sind positiv zu berücksichtigen, das Fehlen dieser Ausführungen aber nicht negativ!
Aufbautechnisch wäre es genauso richtig, die Frage, ob N als Kläger zum geschützten Personenkreis gehört, bereits oben nach der Feststellung des Drittschutzes der jeweiligen Vorschrift zu thematisieren. Auch hier sind Ausführungen in dieser Breite freilich nicht zu erwarten.

[44] *Muckel/Ogorek* (Fn. 2), § 10 Rn. 41 ff.
[45] Dazu auch *Dürr/Middeke*, Baurecht Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 2005, S. 99 f.; *Kamp/Schmickler*, in: Schönenbroicher/Kamp, Bauordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2012, § 6 Rn. 1 ff., 11 f.
[46] OVG Münster BauR 1999, 237 (237 ff.).
[47] Dazu insgesamt *Stollmann/Beaucamp* (Fn. 9), § 20 Rn. 18 ff.

3. Ergebnis

N kann sich auf eine Verletzung des Abstandsflächengebots sowie auf die genannten Verletzungen des Bauplanungsrechts berufen.

III. Ergebnis

Die Baugenehmigung ist rechtswidrig und verletzt N in seinen Rechten. Die Klage ist damit begründet, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

> *Hinweis*: Die Frage nach der Zulässigkeit von Tanzschulen hat auch die Rechtsprechung bereits das eine oder andere Mal beschäftigt. Verwiesen sei etwa auf die Entscheidung des VG Saarlouis, Urt. v. 29.7.2015 – 5 K 677/14, in der das Gericht differenziert darlegt, ob und wann eine Tanzschule im allgemeinen Wohngebiet „störend" ist (Rn. 43 ff.) und wie die Immissionsrichtwerte der TA Lärm – was hier ausgeschlossen war – in die Prüfung einbezogen werden (Rn. 55 ff.). Lesenswert ist auch die Entscheidung des VG Gelsenkirchen, Urt. v. 14.8.2007 – 6 K 926/04, das sich mit der Frage der Bestimmtheit einer Baugenehmigung eines „Tanzschul-Centers" auseinanderzusetzen hatte. Letztlich sei auf die Entscheidung des OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.7.2020 – 1 LA 162/18 verwiesen, in der es um die Zulässigkeit einer Tanzschule im Kerngebiet geht. Diese Entscheidung ist insofern interessant, als sie eine ähnliche Frage, aber in einem anderen Gebiet betrifft. Dort wird – vor allem im Vergleich zur Entscheidung des VG Saarlouis – deutlich, dass der Begriff der Störung gebietsspezifisch zu beurteilen ist.

Vorlesungsabschlussklausur Allgemeines Verwaltungsrecht: Rücktritt von der Prüfung

Von Dr. **Benjamin Rusteberg**, Bielefeld*

Der folgende Sachverhalt wurde im Wintersemester 2021/22 an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf zum Abschluss der Vorlesung „Öffentliches Recht III: Allgemeines Verwaltungsrecht" als sog. Kurzhausarbeit gestellt. Auf Nachweise in Fußnoten war dabei zu verzichten. Die Bearbeitungszeit betrug drei Stunden. Nach dem Studienverlaufsplan richtete sich die Vorlesung primär an Studierende des dritten Fachsemesters.

Die Lösung erfolgt nach dem nordrhein-westfälischen Landesrecht. Die aufgeworfenen Probleme des allgemeinen Verwaltungsrechts stellen sich aber in identischer Form auch in den übrigen Bundesländern.

Sachverhalt

Student S studiert Rechtswissenschaft mit dem Studienziel erste juristische Staatsprüfung am Fachbereich Rechtswissenschaften der Landesuniversität U in Nordrhein-Westfalen. Er belegt dort den Schwerpunktbereich SPB 1. Die für den Abschluss des Schwerpunkts erforderlichen Teilleistungen der Hausarbeit sowie der mündlichen Prüfung hat er bereits erfolgreich absolviert. Die zum Abschluss der Schwerpunktbereichsprüfung ebenfalls erforderliche Aufsichtsarbeit steht hingegen immer noch aus. S war zwar bereits fünfmal für die Klausur angemeldet. Nach Einreichung eines Attests seines Hausarztes wurde ihm jedoch jedes Mal ein krankheitsbedingter Rücktritt gewährt und er daraufhin von der aktuellen Klausur ab- und zum nächsten Prüfungstermin wieder angemeldet.

Zuletzt wurde ihm ein solcher Rücktritt mit Schreiben der Dekanin D des Fachbereichs Rechtswissenschaften vom 26.7. 2019 gewährt. Dieses ging dem S am 29.7.2019 zu. In dem mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Schreiben wies D den S allerdings zusätzlich darauf hin, dass in seinem Fall als Nachweis für einen krankheitsbedingten Rücktritt von nun an nur noch ein amtsärztliches Attest anerkannt werde. Zur Begründung wurde auf den bereits mehrfach erfolgten Rücktritt des S von der Klausur verwiesen.

Am 4.2.2020 findet die nächste Klausur im Schwerpunktbereich SPB 1 statt, für die auch S angemeldet ist. S sieht sich jedoch auch dieses Mal krankheitsbedingt nicht in der Lage, an der Klausur teilzunehmen. S gibt deshalb noch am selben Tag bei der Post ein Schreiben an das Prüfungsamt des Fachbereichs Rechtswissenschaften auf. In dem Schreiben erklärt S seinen krankheitsbedingten Rücktritt von der Klausur und bittet um die Anmeldung für den nächsten Prüfungstermin. Seinem Schreiben legt er ein Attest seines Hausarztes vom selben Tag bei, aus dem hervorgeht, dass es ihm krankheitsbedingt nicht möglich gewesen sei, an der Klausur teilzunehmen. Das Schreiben geht dem Prüfungsamt des Fachbereichs am 6.2.2020 zu.

Mit Bescheid vom 13.2.2020 lehnt die D den Rücktrittsantrag des S ab. Das von S eingereichte Attest seines Hausarztes genüge nicht den Anforderungen für einen Rücktritt. Aufgrund der Tatsache, dass er bereits fünfmal von der Aufsichtsarbeit zurückgetreten sei, habe sie dem S mit Bescheid vom 26.7.2019 mitgeteilt, dass er im Fall eines weiteren Rücktritts ein amtsärztliches Attest einzureichen habe. Dieser Aufforderung sei er nicht nachgekommen. Sein Antrag auf Rücktritt sei deshalb abzulehnen.

S ist der Meinung, es sei nicht nachvollziehbar, warum für den Rücktritt bislang ein einfaches ärztliches Attest ausgereicht habe und nun plötzlich ein amtsärztliches Attest erforderlich sein solle. Die Prüfungsordnung des Studiengangs verlange ein amtsärztliches Attest schließlich nur für Wiederholungsprüfungen bei Nichtbestehen. Soweit sich die D mit dem Bescheid vom 26.7.2019 eine Grundlage für erhöhte formale Anforderungen an den Rücktritt habe verschaffen wollen, sei dies „offensichtlich und im besonderen Maße rechtswidrig". Für eine etwaige Anordnung dazu gebe es in der Prüfungsordnung schon gar keine Grundlage. Bei den formalen und inhaltlichen Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Prüfungsunfähigkeit handele es sich zudem um einen besonders grundrechtssensiblen Bereich. Die Anordnung sei für ihn auch völlig unerwartet gekommen, da niemand mit ihm vorher darüber gesprochen habe.

D ist hingegen der Ansicht, dass bezüglich der Anordnungsbefugnis von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen sei, da die Prüfungsordnung für den Studiengang Rechtswissenschaften in § 9 Abs. 1 lediglich für Wiederholungsprüfungen, nicht aber für wiederholte Erkrankungen spezifische Anforderungen normiere. Demgegenüber enthielten die Prüfungsordnungen der meisten anderen Studiengänge Regelungen, die bereits nach dem zweimaligen Rücktritt von einer Prüfung die Vorlage eines amtsärztlichen Attests notwendig machten. Insofern sei man im Falle des S noch sehr großzügig verfahren.

Aufgabe 1

Prüfen Sie die Rechtmäßigkeit der Anordnung der D vom 26.7.2019, wonach im Fall des S nur noch ein amtsärztliches Attest als Nachweis für einen krankheitsbedingten Rücktritt anerkannt werde.

Aufgabe 2

Prüfen Sie, ob ein Anspruch des S auf Genehmigung seines Rücktritts von der Klausur am 4.2.2020 besteht

Bearbeitungsvermerk

Gehen Sie auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen ein, nötigenfalls auch im Hilfsgutachten.

Gehen Sie davon aus, dass die Prüfungsordnung des Studiengangs Rechtswissenschaften formell wie materiell rechtmäßig ist.

* Der *Autor* vertritt zurzeit einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Universität Bielefeld.

Juristenausbildungsgesetz NRW (JAG) [Auszug]

§ 28 Universitäre Prüfungen

(1) Zwischenprüfung und Schwerpunktbereichsprüfung werden an einer Universität abgelegt; sie sollen studienbegleitend abgelegt werden. […]

(4) Die Universitäten erlassen Prüfungsordnungen für die Zwischenprüfung und die Schwerpunktbereichsprüfung, durch die im Einzelnen geregelt werden: […]

4. die Voraussetzungen und das Verfahren für die Zulassung sowie die Fristen für die Meldung zur Prüfung;

5. die Voraussetzungen für die Wiederholung von Prüfungsleistungen; […]

13. die Folgen der Nichterbringung von Prüfungsleistungen und des Rücktritts von einer Prüfung; […]

Landeshochschulgesetz NRW (LHG) [Auszug]

§ 2 Rechtsstellung

(1) Die Hochschulen […] sind vom Land getragene, rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts. […]

(2) Die Hochschulen nehmen die ihnen obliegenden Aufgaben als Selbstverwaltungsangelegenheiten wahr. Soweit dieses Gesetz nichts anderes zulässt, erledigen sie ihre Aufgaben in Forschung, Entwicklung und Kunst, Lehre und Studium in öffentlich-rechtlicher Weise. […]

§ 26 Die Binneneinheiten der Hochschule

(1) Die Hochschule gliedert sich in Fachbereiche. Diese sind die organisatorischen Grundeinheiten der Hochschule.

(2) Der Fachbereich erfüllt unbeschadet der Gesamtverantwortung der Hochschule und der Zuständigkeiten der zentralen Hochschulorgane und Gremien für sein Gebiet die Aufgaben der Hochschule.

(3) Organe des Fachbereichs sind die Dekanin oder der Dekan und der Fachbereichsrat. Der Fachbereich regelt seine Organisation durch eine Fachbereichsordnung und erlässt die sonstigen zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Ordnungen.

§ 27 Dekanin oder Dekan

(1) Die Dekanin oder der Dekan leitet den Fachbereich und vertritt ihn innerhalb der Hochschule. […]

Prüfungsordnung für den Studiengang Rechtswissenschaften (PO) [Auszug]

§ 9 Rücktritt von der Prüfung

(1) Ist der/die Studierende wegen Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund gehindert, an einer Prüfung teilzunehmen, wird der Rücktritt auf Antrag hin durch die Dekanin/den Dekan genehmigt. Im Falle einer Erkrankung ist unverzüglich ein ärztliches Attest, das die für die Beurteilung der Prüfungsunfähigkeit nötigen medizinischen Befundtatsachen enthält, einzuholen. Der Antrag ist unverzüglich zu stellen und das Attest beim Prüfungsamt des Fachbereichs einzureichen. Für den Fall der Wiederholung einer nichtbestandenen Prüfung ist abweichend von Satz 2 ein amtsärztliches Attest einzuholen.

(2) Wird der Rücktritt genehmigt, gilt die Prüfung als nicht unternommen und der/die Studierende ist für die nächstmögliche Prüfungsleistung gleicher Art zuzulassen. Im Falle der Nichtgenehmigung gilt der nichtunternommene Teil der Prüfung als nicht bestanden.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1

Damit die Anordnung rechtmäßig ist, darf sie nicht gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstoßen und muss formell sowie materiell rechtmäßig sein.

I. Ermächtigungsgrundlage

1. Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage

Einer Ermächtigung in Form einer gesetzlichen Grundlage bedarf behördliches Handeln jedenfalls immer dann, wenn es mit Grundrechtseingriffen einhergeht.

Die Anordnung der D vom 26.7.2019 hat nicht lediglich informatorischen Wert, sondern zielt auf eine Regelungswirkung ab. Sie ist darauf ausgerichtet, das Rechtsverhältnis zwischen dem Fachbereich und S dahingehend zu ändern, dass, abweichend von der Regelung in der Prüfungsordnung, für den krankheitsbedingten Rücktritt von der Schwerpunktklausur nicht mehr die Beibringung des Attests eines beliebigen Arztes, sondern nur noch eines Amtsarztes ausreicht.

Insoweit gestaltet die Regelung die Rechtslage nachteilig für S.

D ist gem. § 26 Abs. 3 S. 1 LHG Organ des Fachbereichs, der wiederum gem. § 26 Abs. 2 LHG Bestandteil der U ist. U ist gem. § 2 Abs. 1 LHG Körperschaft des öffentlich Rechts. Sowohl U als auch D sind damit Teil der staatlichen Verwaltung und grundrechtsgebunden i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG. Es gibt auch keine Gründe, anzunehmen, dass die Grundrechte im Verhältnis der Universität zu den ihr angehörenden Studierenden – etwa aufgrund eines sog. Sonderstatusverhältnisses – keine Anwendung finden würden.

Damit liegt in der Anordnung der D jedenfalls ein Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit des S. Aufgrund des Zusammenhangs mit dem Studium des S, das zumindest mittelbar auch der beruflichen Qualifikation dient, besitzt die Maßnahme auch eine berufsregelnde Tendenz und stellt einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Berufsfreiheit dar. Zudem wird durch die Pflicht, sich gesundheitlich bei einem nicht von ihm selbst ausgewählten Arzt untersuchen zu lassen, auch ein Eingriff in das aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) begründet. Für Handlungen der Verwaltung, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren sind, gilt der sog. Vorbehalt des Gesetzes.

Die Mitteilung der D bedarf damit einer gesetzlichen Grundlage.

> *Anmerkung*: Von vielen Bearbeiter:innen wurde bereits an dieser Stelle darauf eingegangen, ob es sich bei der Anordnung der D um einen Verwaltungsakt handelte. Diese Frage ist an dieser Stellung jedoch eigentlich nicht relevant.

2. Existenz einer Ermächtigungsgrundlage

a) § 9 Abs. 1 PO i.V.m. § 28 Abs. 4 JAG

Als gesetzliche Grundlage des Eingriffs kommt mittelbar § 28 Abs. 4 JAG in Betracht. Die Regelung ermächtigt die Universität zum Erlass einer Prüfungsordnung für die Schwerpunktbereichsprüfung, in der nach Nr. 12 insbesondere der Punkt des Rücktritts von einer Prüfung zu regeln ist. Von dieser Ermächtigung hat die U bzw. der Fachbereich Rechtswissenschaften durch den Erlass der Prüfungsordnung auch Gebrauch gemacht.

§ 9 Abs. 1 PO sieht vor, dass der/die Studierende, wenn er bzw. sie wegen Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund gehindert ist, an einer Prüfung teilzunehmen, unverzüglich einen Antrag auf Rücktritt von der Prüfung zu stellen und beim Prüfungsamt ein ärztliches Attest einzureichen hat. Dass es sich um ein amtsärztliches Attest handeln müsse, ist insoweit nicht vorgesehen. Gem. § 9 Abs. 1 S. 4 PO besteht die Pflicht zur Beibringung eines amtsärztlichen Attests vielmehr nur für den Fall der Wiederholung einer nichtbestandenen Prüfung.

So oder so enthält die Prüfungsordnung jedenfalls keine Ermächtigung, die es D erlauben würde, im Einzelfall abweichende Voraussetzungen für einen Prüfungsrücktritt zu normieren.

b) Analogie

D macht insoweit jedoch geltend, dass in einer Situation, in der die Person bereits mehrfach von einer Prüfung zurückgetreten ist, eine Regelungslücke bestehe. Sie will diese dadurch schließen, dass sie in Analogie zu dem Umstand, dass zahlreiche Prüfungsordnungen anderer Fachbereiche eine entsprechende Regelung für den Fall eines mindestens zweifachen Rücktritts enthalten, eine Kompetenz in Anspruch nimmt, im Einzelfall die Notwendigkeit der Einreichung eines amtsärztlichen Attests anzuordnen. Ein solcher Analogieschluss wird im Allgemeinen davon abhängig gemacht, dass eine planwidrige Regelungslücke besteht, die eine vergleichbare Interessenlage zu dem von der herangezogenen Norm geregelten Sachverhalt aufweist.[1]

Dabei ist angesichts des Detailgrades, den die Regelung des Rücktritts in der PO aufweist, bereits fraglich, ob eine solche Regelungslücke tatsächlich besteht. Zudem stünde es dem Fachbereich jederzeit frei, die PO anzupassen, wenn er ein entsprechendes Bedürfnis sieht.

Eine entsprechende Heranziehung der Regelung anderer PO würde, bei vergleichbarer Interessenlage, zudem allenfalls dazu führen, dass bereits abstrakt eine Verpflichtung anzunehmen wäre, im Falle eines mehrmaligen Rücktritts ein amtsärztliches Attest beizubringen. Hieraus eine Befugnis der D abzuleiten, nunmehr im Einzelfall einseitig eine solche Vorlagepflicht anordnen zu können, scheint demgegenüber fernliegend.

Schließlich gilt im Verwaltungsrecht zwar kein absolutes Analogieverbot zuungunsten des Bürgers, wie dies etwa im Strafrecht aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG der Fall ist. Allerdings kann es gegen den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt verstoßen, wenn die eigentliche Befugnisnorm ohne ausreichende gesetzliche Absicherung lediglich im Wege der Analogiebildung ermittelt wird. Denn insoweit fehlt es an der gesetzlichen Entscheidung, der Behörde den Eingriff in die Grundrechte zu ermöglichen. Auch soweit man eine Analogiebildung in Eingriffskonstellationen grundsätzlich für möglich hält, wird diese – entsprechend den Anforderungen der sog. Wesentlichkeitstheorie – aber jedenfalls dort abzulehnen sein, wo es sich um besonders grundrechtsensible Bereiche handelt.[2] Da es vorliegend um eine Maßnahme geht, die durchaus einschneidende Konsequenzen für die Berufsfreiheit der Betroffenen haben kann und zudem in das APR eingreift, ist die Möglichkeit einer derartigen Analogiebildung abzulehnen.

> *Anmerkung*: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar. So könnte z.B. damit argumentiert werden, dass mit § 26 JAG im weitesten Sinne eine gesetzliche Grundlage existiert. Wichtig war an dieser Stelle, dass das Problem einer ggf. fehlenden Ermächtigungsgrundlage überhaupt gesehen wurde.
> Demgegenüber gingen einige Bearbeitungen so vor, dass sie an dieser Stelle der Prüfung zunächst unproblematisch eine der genannten Normen als Ermächtigungsgrundlage heranzogen, um dann erst im Rahmen der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit zu thematisieren, inwieweit die Rechtsfolge der Norm überhaupt eine entsprechende Anordnung ermöglicht. Dies erscheint zwar wenig konsequent, brachte, solange die Vorgehensweise einigermaßen nachvollziehbar blieb, aber auch keine wesentlichen Abzüge ein.
> Problematischer erscheint ein anderer, ebenfalls mehrfach gewählter Lösungsansatz, bei dem die Anordnung der D als Nebenbestimmung zu der in demselben Bescheid erfolgten Rücktrittsgewährung qualifiziert und auf § 36 LVwVfG gestützt wurde. Diese Vorgehensweise scheitert freilich schon an der fehlenden inhaltlichen Bezogenheit der in die Zukunft gerichteten Anordnung einer Attestpflicht auf den für die Vergangenheit gewährten Rücktritt. Zudem besaß S nach § 9 Abs. 1 S. 1 PO einen Anspruch auf die Genehmigung, so dass es ausweislich des § 36 Abs. 1 LVwVfG selbst in diesem Fall einer gesonderten Ermächtigungsgrundlage bedurft hätte.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

Vorliegend hat D die Mitteilung erlassen. Gem. § 26 Abs. 2 LHG erfüllt innerhalb der Universität der Fachbereich für sein Gebiet die Aufgaben der Hochschule. Gem. § 27 Abs. 1 LHG vertritt die Dekanin den Fachbereich innerhalb der Hochschule. D wäre somit für den Erlass einer entsprechenden Regelung zuständig gewesen.

[1] *Beaucamp*, AöR 134 (2009), 83 (84 f.).

[2] Vgl. *Beaucamp*, AöR 134 (2009), 83 (99 ff.), auch mit Nachweis zur Rechtsprechung des BVerfG, das sich insoweit zwar skeptisch zeigt, zu der Frage aber noch nicht eindeutig geäußert hat.

2. Verfahren

Die verfahrensrechtlichen Regelungen des LVwVfG kommen nach § 9 LVwVfG jedenfalls dann zur Anwendung, wenn es sich um eine nach außen wirkende Tätigkeit der Behörde handelt, die auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist.

Die Anordnung der D vom 26.7.2019 ist auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet, s.o. Da sich die Studierenden als Angehörige der Universität auch nicht in einem Sonderstatusverhältnis befinden und die Regelung zudem in die Grundrechte des S eingreift, kommt ihr auch Außenwirkung zu. Bei der Anordnung handelte es sich somit um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 LVwVfG, womit auf das Verfahren die Regelungen der §§ 9 ff. LVwVfG Anwendung finden.

Insbesondere ist dem Beteiligten gem. § 28 Abs. 1 LVwVfG für den Fall, dass ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift, vorab Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.

Gem. § 13 Nr. 2 LVwVfG sind Beteiligte u.a. diejenigen, an die die Behörde den Verwaltungsakt richten will oder gerichtet hat. S war somit vorliegend Beteiligter. Der Verwaltungsakt greift auch in die Rechte des S ein, s.o.

Eine Anhörung des S fand nicht statt. Diese war auch nicht nach § 28 Abs. 2 LVwVfG entbehrlich. Insbesondere war auch die Ausnahme nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 LVwVfG nicht einschlägig. Angaben hatte S allenfalls zu seinem krankheitsbedingten Rücktritt gemacht. Zu dem Vorhaben der D, eine entsprechende Regelung gegenüber ihm zu erlassen, hatte er sich hingegen noch nicht geäußert.

Die bislang fehlende Anhörung kann insoweit auch nicht mehr gem. § 45 LVwVfG nachgeholt werden, da der Verwaltungsakt bereits bestandskräftig geworden ist.

> *Anmerkung*: Dieser Punkt wurde häufig übersehen, was leicht dadurch zu erklären ist, dass es aufgrund der ansonsten zumeist vorhandenen prozessualen Einkleidung eher nicht dazu kommt, die Rechtmäßigkeit eines bestandskräftigen Verwaltungsakts zu prüfen. Insofern wurde ein entsprechender Verweis auf die Heilungsmöglichkeiten auch nicht negativ gewertet.

Auf die Folgenregelung des § 46 LVwVfG kommt es zur Beantwortung der Frage nach der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts nicht an.

3. Form

Für Verwaltungsakte gelten grundsätzlich keine bestimmten Formvorgaben. Gem. § 37 Abs. 2 S. 1 LVwVfG kann ein Verwaltungsakt insbesondere auch schriftlich ergehen. Dies war vorliegend der Fall. Die nach § 39 Abs. 1 LVwVfG notwendige Begründung lag vor und ist auch noch als ausreichend anzusehen.

4. Zwischenergebnis

Die Mitteilung war formell rechtswidrig, da es an der notwendigen Anhörung des S fehlte.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestand

Soweit die Existenz einer Befugnisnorm verneint wird, existiert auch kein Tatbestand, der erfüllt sein könnte.

Soweit die Möglichkeit einer analogen Anwendbarkeit der Prüfungsordnungen anderer Fachbereiche angenommen wird, wäre insoweit lediglich zu fordern, dass S bereits mindestens einmal von der Prüfung zurückgetreten ist. Dies war vorliegend der Fall.

2. Rechtsfolge

Auf der Ebene der Rechtsfolge sind grundsätzlich mögliche Ermessensfehler sowie die Verhältnismäßigkeit der Regelung zu thematisieren.

Eine Fehlerhaftigkeit des Ermessens würde freilich erst einmal voraussetzen, dass zuvor nicht nur eine Anordnungsbefugnis der D bejaht wurde, sondern auch angenommen wurde, dass diese der D überhaupt Ermessen einräumt. Im Übrigen bestehen für das Vorliegen von Ermessensfehlern keine Anhaltspunkte.

Darüber hinaus ist eine entsprechende Anordnung verhältnismäßig. Sie dient der Sicherstellung, dass die Voraussetzungen eines Rücktritts tatsächlich vorliegen und ist insoweit auch geeignet. Mildere, gleichgeeignete Regelungen sind nicht ersichtlich. Dass in der Anordnung eine unangemessene Belastung für den S läge, ist ebenfalls nicht ersichtlich.

IV. Ergebnis

Die Mitteilung war rechtswidrig. Ihr fehlte es schon an der für ihre Vornahme erforderlichen Ermächtigungsgrundlage. Zudem war sie formell rechtswidrig, da S nicht angehört wurde.

Aufgabe 2

I. Anspruchsgrundlage

Ein Anspruch des S könnte sich vorliegend aus § 9 Abs. 1 S. 1 PO ergeben, wonach der Rücktritt von einer Prüfung auf Antrag hin durch die Dekanin/den Dekan genehmigt wird, wenn der Studierende wegen Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund gehindert ist, an dieser teilzunehmen.

Ein Anspruch des S würde zunächst voraussetzen, dass § 9 Abs. 1 S. 1 PO dem S ein subjektives Recht vermittelt. Dies beurteilt sich nach der sog. Schutznormtheorie. Diese besagt im Grundsatz, dass eine Norm ein subjektives Recht vermittelt, wenn sie nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern nach ihrer Zweckbestimmung zumindest auch den Individualinteressen des Einzelnen zu dienen bestimmt ist.

Explizit sagt § 9 Abs. 1 S. 1 PO hierüber nichts aus. Vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit ist § 9 Abs. 1 S. 1 PO allerdings so auszulegen, dass die Norm nicht nur eine objektive Pflicht der Dekanin normiert, sondern gerade auch darauf abzielt, dem einzelnen Studierenden ein durchsetzbares Recht auf Genehmigung des Rücktritts zu verschaffen. Der Studierende ist insoweit nicht ein bloßes „Objekt“, das es auszubilden gilt, sondern ihm stehen im Verhältnis zur Universität und ihren Teilen eigene Rechte zu.

II. Anspruchsvoraussetzungen

1. Formelle Voraussetzungen

a) Passivlegitimation (Zuständigkeit)

Gem. § 26 Abs. 1 S. 1 LHG gliedert sich die Hochschule in Fachbereiche, deren Organ die Dekanin bzw. der Dekan nach § 26 Abs. 3 S. 1 LHG ist. Die Fachbereiche sind somit als Teilkörperschaften der Hochschule und als juristische Personen Rechtsträger der Dekanin bzw. des Dekans.[3] Der Anspruch des S richtet sich somit gegen den Fachbereich Rechtswissenschaften der U.

b) Verfahren

aa) Antrag

Der Rücktritt nach § 9 Abs. 1 S. 1 PO setzt einen Antrag des Studierenden voraus. Diesen hat S vorliegend in seinem Schreiben vom 4.2.2020 gestellt.

bb) (Amtsärztliches) Attest

(1) Pflicht aus der Prüfungsordnung

Gem. § 9 Abs. 1 S. 2 und 3 PO hat der Studierende im Falle einer Erkrankung unverzüglich ein ärztliches Attest, das die für die Beurteilung der Prüfungsunfähigkeit nötigen medizinischen Befundtatsachen enthält, einzuholen und dieses beim Prüfungsamt des Fachbereichs einzureichen.

Diese Anforderungen hat S mit seinem Schreiben vom 4.2.2020 erfüllt.

D ist jedoch der Ansicht, dass S verpflichtet gewesen sei, nicht das Attest eines beliebigen Arztes, sondern das Attest eines Amtsarztes einzureichen.

Gem. § 9 Abs. 1 S. 4 PO besteht die Pflicht zur Einholung eines amtsärztlichen Attests nur im Falle der Wiederholung einer nichtbestandenen Prüfung. Eine solche Situation war vorliegend jedoch nicht gegeben, da S die Prüfung bislang noch überhaupt nicht absolviert hatte.

(2) Pflicht aus dem Bescheid vom 26.7.2019

Eine Pflicht des S zur Vorlage eines amtsärztlichen Attests könnte sich jedoch aus der Mitteilung der D vom 26.7.2019 ergeben, die eine solche Vorlage als Bedingung für einen weiteren Rücktritt des S wegen Krankheit normierte.

Wie oben gesehen, war der Bescheid der D vom 26.7.2019 rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts führt aber nicht automatisch zu dessen Unwirksamkeit, vgl. § 43 Abs. 3 LVwVfG. Darüber hinaus ist der Bescheid aufgrund der verstrichenen Widerspruchs- bzw. Anfechtungsfristen mit Ablauf des 29.8.2019 bestandskräftig geworden, was es für S ausschließt, sich auf die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts zu berufen.

> *Anmerkung*: Gem. § 110 Abs. 2 Nr. 2 JustG besteht eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Entfallen der Notwendigkeit eines Widerspruchverfahrens nach § 110 Abs. 1 JustG bei Verwaltungsakten, denen die Bewertung einer Leistung im Rahmen einer berufsbezogenen Prüfung zugrunde liegt. Inwieweit diese Variante einschlägig ist, bedarf vorliegend allerdings keiner Prüfung, da sowohl die Frist nach § 70 Abs. 1 VwGO als auch die Frist nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO verstrichen sind. Insbesondere war der Verwaltungsakt auch mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen, so dass die Jahresfrist nach § 58 Abs. 2 VwGO nicht eingreift.
> Letztlich kann aber auch die Frage der Bestandskraft dahingestellt bleiben, da im Sachverhalt insoweit keine Rede davon ist, dass S überhaupt einen Rechtsbehelf gegen den Verwaltungsakteingelegt hätte, durch den dessen Wirksamkeit hätte beseitigt werden können.

Eine Bindung an die Regelung des Bescheids vom 26.7.2019 könnte vorliegend damit nur ausgeschlossen sein, wenn er S entweder nie wirksam bekanntgegeben worden wäre, vgl. § 43 Abs. 1 S. 1 LVwVfG, oder gem. § 44 LVwVfG nichtig wäre, vgl. § 43 Abs. 3 LVwVfG.

(a) Bekanntgabe

Gem. § 43 Abs. 1 S. 1 LVwVfG wird ein Verwaltungsakt gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird. § 41 LVwVfG regelt die Voraussetzungen der Bekanntgabe nur für einzelne Sonderfälle. Im Übrigen ist der Verwaltungsakt grundsätzlich als eine empfangsbedürftige Willenserklärung zu qualifizieren, so dass die Bekanntgabe sich nach den Regeln über den Zugang von Willenserklärungen richtet.[4] Eine unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung ist dem Empfänger jedenfalls zugegangen, wenn sie dergestalt in seine Verfügungsgewalt gelangt, dass es nur noch an ihm liegt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen und mit seiner Kenntnisnahme unter normalen Umständen gerechnet werden kann.[5]

Der Verwaltungsakt vom 26.7.2019 ging S in Form eines Schreibens der D am 29.7.2019 zu. Der Verwaltungsakt ist S somit bekanntgegeben worden, wodurch er gem. § 43 Abs. 1 S. 1 LVwVfG auch wirksam geworden ist.

(b) Nichtigkeit?

Ein nichtiger Verwaltungsakt ist unwirksam, § 43 Abs. 3 LVwVfG. Die Voraussetzungen der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts ergeben sich aus § 44 LVwVfG.

Ein Nichtigkeitsgrund nach § 44 Abs. 2 LVwVfG ist vorliegend ersichtlich nicht gegeben.

Die Nichtigkeit der Anordnung kann sich vorliegend demnach nur aus der allgemeinen Regel des § 44 Abs. 1 LVwVfG ergeben. Danach ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.

[3] Vgl. *Pernice-Warnke*, in: v. Coelln/Schemmer (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar HochschulR NRW, Stand: 1.9.2021, HG § 26 Rn. 9.

[4] Ausführlich *Schoch*, Jura 2011, 23.

[5] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 130 Rn. 9.

(aa) Nichtigkeit wegen formeller Mängel

Der Verwaltungsakt war vorliegend formell rechtswidrig, da es an einer vorherigen Anhörung des S fehlte.

Ein Ausschluss der Nichtigkeit nach § 44 Abs. 3 LVwVfG liegt für diesen Punkt nicht vor.

Allerdings ist das Fehlen einer Anhörung grundsätzlich nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 LVwVfG heilbar. Daraus ergibt sich, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz einen entsprechenden Fehler nicht als derart gravierend erachtet, dass er zu einer Nichtigkeit des Verwaltungsakts nach § 44 Abs. 1 LVwVfG führen könnte.

(bb) Nichtigkeit wegen fehlender Ermächtigungsgrundlage

Eine Nichtigkeit des Verwaltungsakts könnte sich jedoch aus dem Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ergeben.

(α) Schwerwiegender Fehler

Besonders schwerwiegend ist ein Fehler nach der Rechtsprechung des BVerwG, soweit dieser schlechterdings unerträglich ist, d.h. den Verwaltungsakt als mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertvorstellungen unvereinbar erscheinen lässt.[6]

Dabei leidet der sog. gesetzlose Verwaltungsakt, bei dem unter keinen Umständen eine gesetzliche Ermächtigung vorgelegen hat, nach der Rechtsprechung nicht automatisch unter einem derartigen Fehler. Dies gilt etwa für Verwaltungsakte, die auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruhen. Hingegen ist bei Verwaltungsakten, die (bewusst) ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Anforderungen erlassen wurden, grundsätzlich von einem derartigen Fehler auszugehen.[7]

Vorliegend ist der Verwaltungsakt unter keinen Umständen von der Rechtsgrundlage des § 28 Abs. 4 LHG i.V.m. § 9 Abs. 1 PO gedeckt. Dabei fehlt es nicht einfach an den tatbestandlichen Voraussetzungen, sondern die Regelung beinhaltet schon überhaupt keine Befugnis, die entsprechende Rechtsfolgen für den Einzelfall anzuordnen. D behauptet zwar, die Maßnahme ließe sich auf eine Analogie stützen. Auch sind Analogieschlüsse im öffentlichen Recht nicht vollkommen ausgeschlossen. Allerdings liegt, wie oben dargestellt, die Annahme fern, dass über eine Analogie die Ermächtigung zu einer Bestimmung der Rücktrittsanforderungen für den Einzelfall geschaffen werden könnte. Insofern ist vorliegend von einem besonders schweren Fehler auszugehen.

(β) Offensichtlichkeit

Zur Schwere des Fehlers muss hinzukommen, dass die besondere Fehlerhaftigkeit bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Die Offensichtlichkeit bezieht sich sowohl auf die tatsächlichen Umstände, die zu dem Fehler führen, als auch auf die rechtliche Würdigung der gegebenen Sachlage, d.h. es müssen der Fehler als solcher und sein besonders schweres Gewicht offensichtlich sein.[8] Maßgeblich ist die Parallelwertung in der Laiensphäre, d.h. aus der Sicht eines Beobachters, der weder besondere Rechts- noch Sachkenntnis hat. Diesem Beobachter muss zweifelsfrei klar sein, dass der Verwaltungsakt so fehlerhaft ist, dass er nicht ernsthaft als verbindlich angesehen werden kann.[9]

Vorliegend war leicht erkennbar, dass § 9 PO keine derartige Anordnungsbefugnis enthielt. Die Konstruktion einer derartigen Befugnis mittels Analogiebildung erscheint gleichsam fernliegend, s.o. Insofern ist auch von einer Offensichtlichkeit des Fehlers auszugehen.

> *Anmerkung*: Eine andere Ansicht ist in beiden Punkten ohne weiteres vertretbar. So ging auch das VG Greifswald in der Ausgangsentscheidung nicht von einer Nichtigkeit des Verwaltungsakts aus: Es könnten durchaus Zweifel entstehen, ob die Prüfungsunfähigkeit bei wiederholtem Rücktritt allein durch einen Arzt festgestellt werden könne oder – wie im Fall einer Wiederholungsprüfung – nicht vielmehr die amtliche Bescheinigung durch einen Amtsarzt zu fordern sei. Anders als vorliegend beurteilte das VG auch die Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage mittels Analogieziehung nicht als schlechthin unvertretbar.
> Letztlich sind die Kriterien des § 44 Abs. 1 VwVfG auch nur mittels Rückgriffs auf die dazugehörige Kasuistik halbwegs rechtssicher anwendbar, wenn man von der Tendenz der Rspr. absieht, die Nichtigkeit des Verwaltungsakts im Zweifelsfall eher auszuschließen. Insofern reichte es an dieser Stelle vollkommen aus, wenn Systematik und Maßstäbe des § 44 LVwVfG grundsätzlich zutreffend dargestellt werden und eine nachvollziehbare Subsumtion erfolgte.

In der Konsequenz war S nicht verpflichtet, ein amtsärztliches Attest einzureichen. Vielmehr reichte die Einreichung irgendeines ärztlichen Attests nach § 9 Abs. 1 PO aus.

2. Materielle Voraussetzungen

Der Rücktritt muss gem. § 9 Abs. 1 S. 1 PO wegen Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund erfolgen. Eine Erkrankung des S war vorliegend gegeben.

> *Anmerkung*: In der Praxis dürften die materiellen Voraussetzungen bei einer gleichzeitigen Normierung über Art und Weise des zu erbringenden Nachweises regelmäßig keine eigenständige Rolle spielen. Allerdings sind durchaus Fälle denkbar, in denen trotz vorhandenen Attests Zweifel an einer tatsächlichen Erkrankung des Kandidaten entstehen.

[6] *Schemmer*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar VwVfG, Stand: 1.10.2021, § 44 Rn. 12.

[7] *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 44 Rn. 105 f.

[8] *Sachs* (Fn. 7), VwVfG § 44 Rn. 122 f.

[9] *Goldhammer*, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Kommentar, 1. Lfg., Stand: August 2021, § 44 Rn. 64.

III. Anspruchsinhalt

§ 9 Abs. 1 S. 1 PO eröffnet der Dekanin nach dem Wortlaut „wird … genehmigt“ kein Ermessen und stellt somit eine gebundene Entscheidung dar. Da die Voraussetzungen für die Genehmigung vorliegen, ist D verpflichtet, S die Genehmigung des Rücktritts zu erteilen.

IV. Ergebnis

S hat einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung des Rücktritts.

(Referendar-)Examensklausur: Kommando zurück!

Von Dipl.-Jur. **David Preßlein**, München/New Haven*

Die Klausur bewegt sich an der Schnittstelle zwischen allgemeinem Verwaltungsrecht und Europarecht. Prozessual stellt sie sich ungewohnt dar, da es um einen Rechtsbehelf der Behörde und nicht des Bürgers geht. Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen zählt mittlerweile zu den Klassikern im öffentlichen Recht, hier geht es allerdings um eine Rückabwicklung eines Vertrages, nicht um die Rücknahme/ den Widerruf eines Subventionsbescheids. Die zu bearbeitenden Probleme sind zwar im Sachverhalt angesprochen, zeichnen sich teilweise aber durch einen erhöhten Schwierigkeitsgrad aus, sodass jede Auseinandersetzung damit honoriert werden sollte.

Sachverhalt

Die A-UG ist ein mittelständisches Unternehmen aus der kreisangehörigen Gemeinde K in Oberfranken. Sie hat sich auf das Verlegen von Schienenteilen spezialisiert und da sich die Bahnstrecken in Oberfranken in einem desolaten Zustand befinden, gehen bei dem Unternehmen auch reichlich Arbeitsaufträge ein. Deswegen möchte die A-UG expandieren. Dazu hofft sie auf finanzielle Unterstützung durch die öffentliche Hand, in concreto den Landkreis Bayreuth. Dieser hat nämlich ein Förderprogramm für Unternehmen aus der Region ins Leben gerufen, das insbesondere Unternehmen in der Expansionsphase mit beträchtlichen Summen bis zu 1 Mio. € unterstützen soll. Dafür wird mit dem jeweiligen Unternehmen ein schriftlicher Vertrag geschlossen, in dem die Bewilligung der Beihilfe vereinbart wird. Dieser sieht vor, dass ein Förderbetrag in einer bestimmten Höhe zur Unterstützung lokaler Unternehmen im Interesse des Landkreises Bayreuth ohne Rückzahlungsverpflichtung ausgezahlt wird.

Die A-UG bewirbt sich nun darum und erhält tatsächlich auch eine Zusage für ein Vertragsangebot. Es kommt zum Vertragsschluss zwischen der A-UG und dem Landkreis Bayreuth über die Auszahlung der Fördersumme von 1 Mio. €. Die A-UG erhält die vereinbarte Summe am 20.8.2021 ausbezahlt. Eine Woche später stellt der zuständige Sachbearbeiter für den Landkreis Bayreuth fest, dass man in der Eile vergessen hat, die Europäische Kommission (im Folgenden: Kommission) zu informieren, obwohl die Beihilfe die de-minimis-Grenze (= Unerheblichkeitsschwelle für Beihilfen nach europäischem Beihilfenrecht) überschreitet. Gleichwohl lässt er aber Fünfe gerade sein und leitet die Nachricht nicht an die Kommission weiter. Zwei Wochen später erfährt die Kommission aber doch von den Beihilfen und leitet das Prüfverfahren ein. Sie kommt zu dem (als richtig zu unterstellenden) Ergebnis, dass die Beihilfe mit dem Unionsrecht, namentlich Art. 107 Abs. 1 AEUV, nicht vereinbar ist. Dies teilt sie dem Landkreis Bayreuth auch per Beschluss nach Art. 288 Abs. 4 AEUV mit und trägt ihm auf, das Geld zurückzufordern. Andernfalls sehe man sich dazu gezwungen, die Bundesrepublik Deutschland zu verklagen. Der entsprechende Bescheid wird bestandskräftig.

Die A-UG erhält daraufhin ein Schreiben des Landkreises Bayreuth, in dem er um Rückzahlung bittet und auf das Schreiben der Kommission verweist. Geschäftsführer G hält davon aber nichts: Er habe darauf doch vertrauen dürfen, dass der Landkreis Bayreuth seine Beihilfepolitik „auf die Reihe bekomme“. Und was die Kommission mit einer Klage mache, das gehe ihn nichts an. Deswegen habe er auch von einer Klage vor dem EuGH abgesehen. Er werde jedenfalls nichts unternehmen, Verträge müsse man schon einhalten.

Da also von dieser Seite nichts zu erreichen ist, schlägt der Landkreis Bayreuth einen anderen Weg ein. Er erhebt form- und fristgerecht Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht Bayreuth mit dem Antrag, die A-UG zur Rückzahlung zu verurteilen. Der Beihilfevertrag sei unter diesen Umständen doch keineswegs rechtens, die A-UG könne sich darauf nicht berufen. Der G erwidert daraufhin per Brief, dass er überhaupt nicht verstehen könne, wieso seine UG jetzt verklagt werde – der Landkreis Bayreuth könne doch sicher einfach einen Bescheid erlassen, das ginge schneller.

Da gleichzeitig aber die Kommission weiter Druck macht, kann es dem Landkreis Bayreuth nicht schnell genug gehen: Der Sachbearbeiter fragt Sie nun, was man denn noch tun könne, „um die Klage zu beschleunigen“ und ob das erfolgreich sein werde.

Bearbeitungsvermerk

Erstellen Sie das Gutachten für den Sachbearbeiter.

Europäisches Beihilfenrecht ist nicht zu prüfen, von der Unionsrechtswidrigkeit der Beihilfe ist auszugehen.

Hingewiesen sei hiermit auf Art. 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Zudem sei auf Art. 16 VO (EU) 2015/1589 hingewiesen, der lautet:

Art. 16 Rückforderung von Beihilfen

(1) In Negativbeschlüssen hinsichtlich rechtswidriger Beihilfen entscheidet die Kommission, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern (im Folgenden „Rückforderungsbeschluss“). Die Kommission verlangt nicht die Rückforderung der Beihilfe, wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verstoßen würde.

(2) Die aufgrund eines Rückforderungsbeschlusses zurückzufordernde Beihilfe umfasst Zinsen, die nach einem von der Kommission festgelegten angemessenen Satz berechnet werden. Die Zinsen sind von dem Zeitpunkt, ab dem die rechtswidrige Beihilfe dem Empfänger zur Verfügung stand, bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung zahlbar.

(3) Unbeschadet einer Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union nach Artikel 278 AEUV erfolgt die Rückforderung unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats, sofern hierdurch die sofortige und tat-

* Der *Autor* war Wiss. Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München. Er dankt Ass. iur. *Lisa Buziek* und Dipl.-Jur. *Hao-Hao Wu* für wertvolle Anmerkungen und Hinweise.

sächliche Vollstreckung des Beschlusses der Kommission ermöglicht wird. Zu diesem Zweck unternehmen die betreffenden Mitgliedstaaten im Fall eines Verfahrens vor nationalen Gerichten unbeschadet des Unionsrechts alle in ihren jeweiligen Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte einschließlich vorläufiger Maßnahmen.

Lösungsvorschlag

A. Ermittlung des Rechtsschutzziels

Fraglich ist zunächst, welches Mittel dem Landkreis Bayreuth noch zur Verfügung steht, um eine möglichst schnelle Rückzahlung des Geldbetrags zu erreichen und „die Klage zu beschleunigen". Dazu bedarf es einer Auslegung des Begehrens des Landkreises Bayreuth. Da hier zusätzlich zu der bereits erhobenen Klage noch kein (weiterer) Rechtsbehelf eingelegt wurde, handelt es sich nicht um ein den §§ 88, 86 Abs. 3 VwGO, gegebenenfalls i.V.m. §§ 122 Abs. 1, 123 Abs. 4 VwGO, unterfallendes Begehren. Ob zur Bestimmung des Rechtsschutzziels des Landkreises Bayreuth insoweit die §§ 88, 86 Abs. 3 VwGO analog oder aber die §§ 133, 157 BGB analog herangezogen werden müssen, kann hier allerdings dahinstehen, denn eine Auslegung nach beiden Maßstäben führt zum selben Ergebnis: Dem Landkreis Bayreuth geht es um eine möglichst schnelle Abwicklung der Rückzahlung.

Diesem Begehren könnte auf verschiedene Arten Rechnung getragen werden: Entweder mit dem Erlass eines entsprechenden Verwaltungsakts oder mit einer einstweiligen Anordnung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes.

Zunächst ist an einen Verwaltungsakt zu denken, der die Rückforderung der gezahlten Summe zum Gegenstand hat. Hierfür spricht der Vorrang der Selbsttitulierung: Nach dem Grundsatz der Selbsttitulierung kann sich eine Behörde durch Erlass eines Verwaltungsakts nach Art. 35 S. 1 BayVwVfG einen eigenen Vollstreckungstitel verschaffen, den sie dann nach dem Grundsatz der Selbstvollstreckung auch selbst vollstrecken kann (hier nach dem VwZVG).[1] Wenn also der Landkreis Bayreuth schlicht einen Verwaltungsakt erlassen könnte, der die A-UG zur Rückzahlung verpflichtet, dann hätte er bereits einen Vollstreckungstitel, er bräuchte nicht erst ein Gerichtsurteil.[2]

Es ist also fraglich, ob es dem Landkreis Bayreuth hier konkret möglich ist, einen Verwaltungsakt zu erlassen. Wegen des mit der Rückforderung verbundenen Grundrechtseingriffs bedarf es hierfür nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG einer Rechtsgrundlage.[3] Nur wenn eine solche existiert, kann ein entsprechender Verwaltungsakt erlassen werden, der dann als Vollstreckungstitel fungieren würde. Hier kämen verschiedene Möglichkeiten in Betracht:

(1) Das deutsche Verwaltungsrecht kennt keine Rechtsgrundlage für die Rückforderung vertraglich gewährter Beihilfen, §§ 48, 49 VwVfG bzw. Art. 48, 49 BayVwVfG sind nicht, auch nicht entsprechend, anwendbar.[4]

(2) Doch auch unionsrechtliche Grundlagen scheiden aus: Die Rückforderungsentscheidung der Kommission kann nicht herangezogen werden, weil nur die Bundesrepublik Deutschland oder gegebenenfalls der Landkreis Bayreuth selbst Adressaten des Beschlusses waren und der Beschluss damit nur für sie verbindlich ist, Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV. Ein Stützen direkt auf Art. 108 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV scheidet aus, da dieser nicht unmittelbar anwendbar ist. Teil des dortigen Verfahrens ist nämlich noch die Entscheidung der Kommission als konkretisierender Umsetzungsakt.[5] Denken ließe sich schließlich noch an Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV: Schließlich wurde die Kommission nicht rechtzeitig über die Beihilfe und deren Auszahlung informiert. Gleichwohl regelt Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nur die Notifikationspflicht im Interesse der Durchführung des Prüfverfahrens durch die Kommission. Sollte sich aus ihm eine Grundlage für eine Rückforderung ergeben, so dürfte diese allenfalls temporär sein, da sich die Beihilfe im Verfahren auch noch als unionsrechtskonform darstellen könnte.[6] Für eine hier gewollte endgültige Rückforderung reicht Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV daher auch nicht aus. Mangels tauglicher Rechtsgrundlage kann der Landkreis Bayreuth keinen Rückforderungsverwaltungsakt erlassen.

(3) Es ließe sich allenfalls erwägen, ob sich aus den Vorgaben des europäischen Unionsrechts ergibt, dass im Einzelfall ein Verwaltungsakt auch ohne Rechtsgrundlage ergehen darf.[7] So spricht Art. 16 Abs. 3 S. 1 der VO (EU) 2015/1589 davon, dass die Rückforderung unverzüglich und faktisch effektiv sein muss. Verbunden mit dem oben erwähnten unionsrechtlichen Effektivitätsgebot könnte dies dazu führen, dass für die Rückforderung auch vertraglich gewährleisteter Beihilfen ein Verwaltungsakt zu wählen ist. Denn dessen Vollstreckung läuft regelmäßig schneller ab als eine Klage vor dem Verwaltungsgericht und wäre damit effizienter.[8]

Gleichwohl ist der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, zu dem auch der Vorbehalt des Gesetzes gehört, genauso im Unionsrecht anerkannt.[9] Der Erlass eines Verwaltungsakts ohne jegliche Rechtsgrundlage wäre damit auch mit Unionsrecht nur schwer vereinbar. Dem Erfordernis nach einer möglichst schnellen und effizienten Rückforderung kann, wie Art. 16 Abs. 3 S. 2 der VO (EU) 2015/1589 selbst anordnet,

[1] *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2016, 698; *Deusch/Burr*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar VwVG, Stand: 1.7.2022, § 3 Rn. 4.

[2] *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2016, 698 (699).

[3] *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 44 Rn. 46 ff.

[4] Vgl. allgemein *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2015, 687 (689) und speziell für den Fall unionsrechtlich determinierter Sachverhalte *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398.

[5] *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (400 ff.); siehe zu den Kriterien für die unmittelbare Anwendbarkeit EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (van Gend en Loos).

[6] *Koenig/Ghazarian*, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 108 Rn. 44–48.

[7] Zur Diskussion etwa *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (399 ff.).

[8] So die Erwägung bei *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (399 f.).

[9] EuGH, Urt. v. 25.9.1984 – C-117/83 (Könnecke) = Slg. 1984, 3291 Rn. 11; dazu *Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 726.

auch durch einstweiligen Rechtsschutz hinreichend Rechnung getragen werden.[10] Demnach ist es unionsrechtlich nicht geboten, dass eine Rückforderung per Verwaltungsakt in Form eines Leistungsbescheids durchgeführt wird. Der Vorrang der Selbsttitulierung scheidet damit aus, denn der Landkreis Bayreuth kann sich auf keinem Wege einen einfacheren Vollstreckungstitel beschaffen.[11]

Demnach bleibt dem Landkreis Bayreuth nach obigen Erwägungen nur der Antrag im einstweiligen Rechtsschutz. Hierzu ist dem Landkreis Bayreuth zu raten, wenn dieser erfolgreich wäre. Dies ist der Fall, wenn er zulässig und begründet ist.

> *Hinweis*: Es wäre auch vertretbar, an dieser Stelle sogleich auf den Antrag im einstweiligen Rechtsschutz abzustellen. Dann müssten die folgenden Erwägungen unter dem Prüfungspunkt „Rechtsschutzbedürfnis" thematisiert werden. Ein Antrag im einstweiligen Rechtsschutz wäre nämlich dann nicht notwendig, wenn das Ziel durch den Erlass eines entsprechenden Verwaltungsakts genauso oder sogar noch effektiver erreicht werden kann.

B. Zulässigkeit

Hierzu müssten zunächst die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Dazu müsste zunächst einmal der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies ist der Fall, wenn in der Hauptsache der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.[12]

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Es müsste demnach eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Eine Streitigkeit ist dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlich sind, also einen Hoheitsträger als solchen zumindest einseitig berechtigen und/oder verpflichten.[13]

Vorliegend geht es dem Landkreis Bayreuth um die Rückabwicklung eines Vertrages mit der A-UG. Hierfür stünden zwei verschiedene Rechtsregime zur Verfügung: Sollte es sich um einen rein privatrechtlichen Vertrag handeln, so wären die §§ 812 ff. BGB, insbesondere die condictio indebiti aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, einschlägig, und die streitentscheidenden Normen nicht öffentlich-rechtlich. Sollte es sich dagegen um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag nach den Art. 54 ff. BayVwVfG handeln, so käme der gewohnheitsrechtliche öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch in Betracht.[14] Es ist damit fraglich, ob es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt oder nicht.

Maßgeblich ist hierfür, ob der Vertragsgegenstand öffentlich-rechtlicher Natur ist. Bei verschiedenen Komponenten wird dabei auf den Schwerpunkt des Vertrags abgestellt, sollte sich ein solcher nicht ermitteln lassen, so werden die Komponenten getrennt betrachtet.[15] Gegenstand des Vertrags ist hier die Zahlung einer Beihilfe an die A-UG. Die entsprechenden Regelungen über die Auszahlung und Förderziele und -konditionen können sowohl zivilrechtlich als auch öffentlich-rechtlich gestaltet sein. Es erscheint daher sinnvoll, dem Gedanken der sog. Zwei-Stufen-Theorie folgend,[16] darauf abzustellen, ob der Vertrag die Gewährung selbst (das „Ob") oder nur die Abwicklung (das „Wie") regelt. In ersterem Fall wäre er öffentlich-rechtlich, in zweiterem Fall könnte er auch privatrechtlich ausgestaltet sein.

Der Vertrag regelt hier bereits die Entscheidung über die Gewährung der Beihilfe an sich. Wegen der öffentlichen Bedeutung der Entscheidung über die staatliche Mittelverwendung ist er demnach seinem Schwerpunkt nach öffentlich-rechtlich. Für seine Rückabwicklung muss ergo nach dem actus-contrarius-Gedanken dasselbe gelten.[17] Im Übrigen stellt sich die Auszahlung mangels Rückzahlungsverpflichtung letztlich als sogenannter „verlorener Zuschuss" dar, welcher nur in einem einstufigen Verfahren ausgezahlt wird, ohne dass es auf die Einordnung nach der Zwei-Stufen-Theorie zwingend ankäme.[18] Die Streitigkeit ist damit in jedem Fall öffentlich-rechtlicher Natur. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit (Normen und Beteiligte)[19] ist sie auch nicht-

---

[10] *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (401 f.).

[11] Dafür spricht auch folgende Erwägung: Wenn sich der Landkreis Bayreuth durch Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags auf die Ebene der Gleichrangigkeit mit der A-UG begeben hat, soll er dies nicht durch einseitig-hoheitliche Maßnahme wieder rückgängig machen können. Im Übrigen kann mangels Rechtsgrundlage auch offenbleiben, ob die Behörde überhaupt eine Verwaltungsaktsbefugnis in solchen Fällen innehat. Diese wird für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Vertrag ganz herrschend abgelehnt, statt aller *Kämmerer*, in: Bader/Ronellenfitsch (Fn. 1), § 61 Rn. 3.

[12] *Kuhla*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar VwGO, Stand: 1.7.2022, § 123 Rn. 2 m.w.N.

[13] *Reimer*, in: Posser/Wolff (Fn. 12), § 40 Rn. 45, 45.4.

[14] *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 523 ff.

[15] Statt aller BVerwG, Urt. v. 26.5.2010 – 6 A 5/98, Rn. 5. Verwiesen sei hier auf diverse Gegenmeinungen, welche die Natur des Vertrages nach den Vertragsparteien (etwa *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider [Hrsg.], Verwaltungsrecht, Kommentar, 41. Lfg., Stand: 2021, VwGO § 40 Rn. 241 ff.), nach der Wahl der Behörde (etwa *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 14 Rn. 11) oder nach dem Willen der Vertragspartner (etwa *Bonk/Neumann/Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Fn. 3], § 54 Rn. 55) beurteilen wollen. Diese begegnen überwiegend Zweifeln, kämen aber jeweils zum selben Ergebnis.

[16] Zur Zwei-Stufen-Theorie etwa *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 35 Rn. 106 ff.

[17] Zum actus contrarius etwa exemplarisch *Thess*, Jura 2018, 1168 (1170) oder *Haltern/Manthey*, JuS 2016, 344 (345).

[18] Dazu BVerwG NJW 1969, 809; BGHZ 57, 130 (133, 135); *Ehlers/Schneider* (Fn. 15), VwGO § 40 Rn. 260.

[19] Hierzu statt aller BVerfG NVwZ 1988, 817; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 49 ff.

verfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Der Verwaltungsrechtsweg ist damit in der Hauptsache eröffnet.

II. Statthafte Antragsart, §§ 88, 86 Abs. 3, 122 Abs. 1, 123 Abs. 4 VwGO

Fraglich ist nun, welche Antragsart statthaft ist.

Diese richtet sich nach dem (gegebenenfalls auszulegenden) Begehren des Antragstellers sowie der Schaltnorm des § 123 Abs. 5 VwGO. Da das Begehren des Landkreises Bayreuth über die Klage in der Hauptsache hinaus bislang noch nicht dem Gericht vorliegt, können die §§ 88, 86 Abs. 3, 122 Abs. 1, 123 Abs. 4 VwGO zu dessen Auslegung nur entsprechend herangezogen werden.[20] Der Landkreis Bayreuth begehrt hier nach obigen Erwägungen einstweiligen Rechtsschutz. Dieser wird in der VwGO in den §§ 47 Abs. 6, 80, 80a und 123 VwGO gewährt, wobei Anträge nach den §§ 47 und 80a VwGO ausscheiden. Statthaft könnte ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO sein. Dieser ist aber nach § 123 Abs. 5 VwGO gegenüber einem Antrag aus § 80 Abs. 5 VwGO subsidiär. Es dürfte also kein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft sein.

1. Hauptsacherechtsbehelf

Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO wäre statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage i.S.d. § 42 Abs. 1 VwGO statthaft wäre. Fraglich ist deshalb, welcher der statthafte Rechtsbehelf in der Hauptsache ist.

Der Landkreis Bayreuth strebt ersichtlich keine Anfechtungsklage an – weder gibt es einen Verwaltungsakt, den er anfechten könnte, noch wäre dies bei verständiger Würdigung des Falles auch ein sinnvolles Klageziel. Zudem geht es ihm allein um die Rückzahlung von Geld, also einen Realakt. Statthaft ist damit in der Hauptsache eine allgemeine Leistungsklage, die in der VwGO zwar nicht explizit geregelt ist, in den §§ 43 Abs. 2, 111 S. 1, 113 Abs. 4 VwGO aber vorausgesetzt wird.[21] Mangels Statthaftigkeit des § 80 Abs. 5 VwGO greift § 123 Abs. 5 VwGO damit nicht ein und ergo ist der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO nicht subsidiär.

2. Sicherungs-/Regelungsanordnung

Fraglich ist nun, welche Art von Anordnung der Landkreis Bayreuth beantragen muss.

§ 123 Abs. 1 VwGO unterscheidet in seinen Sätzen 1 und 2 zwischen der Sicherungs- und der Regelungsanordnung. Mit ersterer will der Antragsteller erreichen, dass der status quo bis zur Entscheidung in der Hauptsache gewahrt bleibt, damit ihm keine Nachteile drohen. Mit letzterer hingegen will er eine Erweiterung seines Rechtskreises über den status quo hinaus erreichen, damit ihm bis zur Hauptsacheentscheidung keine unwiderruflichen Nachteile drohen.[22]

Vorliegend geht es dem Landkreis Bayreuth um eine möglichst schnelle Rückzahlung des Geldes. Dies geht über den aktuellen status quo (das Geld befindet sich im Vermögen der A-UG) hinaus und erfordert ein weitergehendes Tätigwerden. Damit liegt hier ein Fall der Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO vor.

3. Zwischenergebnis

Somit ist ein Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung im einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO statthaft.

III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

Der Landkreis Bayreuth müsste auch antragsbefugt sein, § 42 Abs. 2 VwGO analog.

Nach der Möglichkeitstheorie müsste er dazu geltend machen können, in seinen Rechten verletzt zu sein. Dies ist der Fall, wenn ihm ein Anspruch auf Rückzahlung der 1 Mio. € zusteht.[23] Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes muss der Antragsteller einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund geltend machen, deren Vorliegen darf also nicht von vornherein ausgeschlossen sein.[24]

1. Geltendmachung eines Anordnungsanspruchs

Der Landkreis Bayreuth müsste zunächst also einen Anordnungsanspruch geltend machen können.

Vorrangige europarechtliche Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich, vielmehr gilt nach Art. 291 Abs. 1 AEUV der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten beim Vollzug von Unionsrecht.[25] Damit richtet sich der Anspruch eben nicht nach Unionsrecht, sondern nach nationalem Recht. Insoweit könnte er sich aus dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ergeben. Dessen Herleitung ist umstritten: Manche sehen in ihm eine Fortsetzung des Grundrechtsschutzes, andere verstehen ihn als Gewohnheitsrecht. Wieder andere wollen in ihm eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG erkennen, und eine letzte Ansicht zieht eine Analogie zu den §§ 812 ff. BGB. Regelmäßig kann der Streit jedoch offenbleiben, da der Anspruch an sich gewohnheits- und richterrechtlich anerkannt sowie in seiner Existenz und seinen Voraussetzungen unumstritten ist.[26]

Hier allerdings ist der Landkreis Bayreuth als Anspruchssteller eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, Art. 1 BayLKrO. Eine Herleitung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch aus den Grundrechten scheidet daher in diesem Fall wegen der fehlenden Grundrechtsberechtigung von Hoheitsträgern aufgrund des Art. 19 Abs. 3 GG und des Konfusionsarguments[27] aus. Gleichwohl wird der Anspruch sodann meist

[20] Vgl. dazu oben unter A.

[21] Siehe etwa *Pietzscher/Marsch*, in: Schoch/Schneider (Fn. 15), VwGO § 42 Abs. 1 Rn. 150 f.

[22] OVG Münster BeckRS 2009, 42136; VGH Mannheim VBl. BW 1992, 179; *Kuhla* (Fn. 12), § 123 Rn. 54–57.

[23] *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolff (Fn. 12), § 42 Rn. 177.

[24] *Schmidt-Kötters* (Fn. 23), § 42 Rn. 172, 175.

[25] *Streinz* (Fn. 9), Rn. 609.

[26] Siehe dazu umfassend *Wienhues* (Fn. 14), Rn. 525 f.

[27] Hierzu ausführlich BVerfGE 143, 246; 21, 362 (369); *Goldhammer*, JuS 2014, 891 (892 f.); kritisch *Merten*, DÖV 2019,

aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet und bleibt in seinen Voraussetzungen, seinem Umfang und seinen Grenzen identisch.[28]

Wäre der Beihilfenvertrag tatsächlich unwirksam, etwa wegen eines Verstoßes gegen EU-Beihilfenrecht, so wäre die Auszahlung an die A-UG rechtsgrundlos erfolgt. In diesem Fall hätte der Landkreis Bayreuth einen Anspruch auf Rückzahlung der 1 Mio. €. Da dies nicht von vornherein ausgeschlossen ist, kann der Landkreis Bayreuth einen Anordnungsanspruch geltend machen.

2. Geltendmachung eines Anordnungsgrunds

Er müsste auch einen Anordnungsgrund geltend machen.

Dies ist jeder Grund für die besondere Dringlichkeit und Eilbedürftigkeit der Angelegenheit.[29] Der Landkreis Bayreuth verweist hier auf den Brief der Kommission und die darin enthaltene Androhung einer Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland. Eine Rückforderungsentscheidung der Kommission und ein solches mögliches Vertragsverletzungsverfahren in Form der Aufsichtsklage, Art. 258 AEUV, stellen bei hinreichender Wahrscheinlichkeit Gründe für ein besonderes Eilbedürfnis und damit einen Anordnungsgrund dar.[30]

Somit kann auch ein solcher geltend gemacht werden.

IV. Zuständiges Gericht, §§ 123 Abs. 2 S. 1, 45, 52 Nr. 5 VwGO

Zuständig ist das Bayerische Verwaltungsgericht Bayreuth als Gericht der Hauptsache, §§ 123 Abs. 2 S. 1, 45, 52 Nr. 5 VwGO i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 3 BayAGVwGO.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

Der Landkreis Bayreuth ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO, Art. 1 S. 1 BayLKrO beteiligtenfähig und wird nach § 62 Abs. 3 VwGO, Art. 35 Abs. 1 S. 1 BayLKrO durch den Landrat vertreten.

Die A-UG als Unterform der GmbH ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO, §§ 5a Abs. 1, 13 Abs. 1 GmbHG beteiligtenfähig und wird durch G als Geschäftsführer nach § 62 Abs. 3 VwGO, §§ 5a Abs. 1, 35 Abs. 1 GmbHG vertreten.

VI. Form, §§ 81 f. VwGO analog

Die Formerfordernisse analog der §§ 81 f. VwGO sind gewahrt.

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Es müsste auch das Rechtsschutzbedürfnis vorliegen.

1. Vorherige Kontaktaufnahme

Der Landkreis Bayreuth hat die A-UG vorher schriftlich kontaktiert, jedoch erfolglos.

2. Hauptsacherechtsbehelf

Die Einlegung eines Hauptsacherechtsbehelfs ist ausweislich § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht zwingend erforderlich. Ein Hauptsacherechtsbehelf ist aber ohnehin bereits eingelegt.

3. Zwischenergebnis

Somit besteht das Rechtsschutzbedürfnis.

> *Hinweis*: Wie oben bereits angemerkt, wäre es vertretbar, die Ausführungen zum Vorrang der Selbsttitulierung auch erst an dieser Stelle zu machen.

VIII. Zwischenergebnis

Der Antrag im einstweiligen Rechtsschutz ist damit zulässig.

C. Begründetheit

Der Antrag ist auch begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog), der Landkreis Bayreuth einen Anordnungsanspruch sowie einen Anordnungsgrund glaubhaft macht (§ 123 Abs. 3 VwGO, §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO) und keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache vorliegt.

I. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog

Passivlegitimiert ist die A-UG.

II. Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs, § 123 Abs. 3 VwGO, §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO

Der Landkreis Bayreuth müsste einen Anordnungsanspruch glaubhaft machen können, § 123 Abs. 3 VwGO, §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO. Dieser könnte sich aus dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ergeben.[31]

1. Anspruchsgrundlage/Herleitung

Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist gewohnheitsrechtlich anerkannt (zu seiner Herleitung siehe oben unter B. III. 1).

2. Anspruchsvoraussetzungen

a) Vermögensverschiebung

Die Zahlung von 1 Mio. € stellt, unabhängig von ihrer (im Sachverhalt nicht näher benannten) konkreten Einordnung als Barzahlung oder Überweisung, eine relevante Vermögensverschiebung dar.

41; allgemein zu Art. 19 Abs. 3 GG *Becker*, Jura 2019, 496.

[28] *Kemmler*, JA 2005, 659 (660).

[29] VGH München BeckRS 2018, 12878; AGH Hamm NJOZ 2015, 1388.

[30] Vgl. auch Art. 16 Abs. 2 S. 1 VO (EU) 2015/1589, der unter anderem anordnet, dass die sofortige Vollstreckung der Kommissionsentscheidung zu ermöglichen ist. Art. 16 Abs. 3 S. 2 der VO verweist dafür insbesondere auf vorläufige Maßnahmen, was die Notwendigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes zeigt.

[31] Zur Prüfung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs sowie eines öffentlich-rechtlichen Vertrags instruktiv *Laude/Jürgensen*, Jura 2019, 409.

b) Im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung

Diese müsste auch im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung erfolgt sein. Wie oben bereits festgehalten, erfolgte die Auszahlung im Rahmen der Abwicklung des Beihilfevertrags zwischen der A-UG und dem Landkreis Bayreuth. Bei diesem handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (siehe oben unter B. I.). Die Vermögensverschiebung erfolgte mithin im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung.

c) Ohne Rechtsgrund

Sie müsste aber auch ohne Rechtsgrund erfolgt sein.

Ein möglicher Rechtsgrund könnte im Vertrag zwischen der A-UG und dem Landkreis Bayreuth liegen, der einen öffentlich-rechtlichen Vertrag i.S.d. Art. 54 ff. BayVwVfG darstellt. Sollte dieser jedoch unwirksam sein, so würde er als Rechtsgrund wegfallen und die Zahlung wäre ohne Rechtsgrund erfolgt. Fraglich ist also, ob der Beihilfevertrag wirksam war.

aa) Kein Vertragsformverbot

Ein Vertragsformverbot existiert weder explizit noch lässt es sich implizit aus dem Wesen der Sachmaterie ableiten.[32]

bb) Wirksame Einigung, Art. 62 S. 2 BayVwVfG, §§ 145, 147 BGB

Eine wirksame Einigung liegt vor, von der ordnungsgemäßen Vertretung beider Vertragsparteien nach Art. 35 Abs. 1 S. 1 BayLKrO bzw. §§ 5a Abs. 1, 35 Abs. 1 GmbHG ist mangels entgegenstehender Hinweise im Sachverhalt auszugehen.

cc) Formelle Rechtmäßigkeit

Der Vertrag müsste auch formell rechtmäßig sein.

(1) Zuständigkeit

Als Träger der eigenen Förderinitiative ist der Landkreis Bayreuth sachlich und örtlich zuständig.

(2) Verfahren, Art. 58 BayVwVfG

Auch das Verfahren müsste aber ordnungsgemäß durchgeführt worden sein. In Betracht käme hier ein Verstoß gegen das Zustimmungserfordernis des Art. 58 Abs. 2 BayVwVfG. Dies wäre der Fall, wenn eine notwendig zu beteiligende Behörde nicht informiert wurde und dementsprechend nicht zugestimmt hat.

Es ließe sich hier an die Kommission denken, die über das Notifizierungserfordernis bei Beihilfen aus Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV eine zentrale Stellung im Bewilligungs- und Auszahlungsverfahren innehat. Hierfür spräche, dass eine Einbeziehung der Kommission dazu beitragen würde, die Umsetzung des Unionsrechts samt seiner Vorgaben zu effektivieren.[33]

Allerdings handelt es sich bei der Kommission nicht um eine „andere Behörde" i.S.d. Art. 54 Abs. 2 BayVwVfG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und 2 BayVwVfG, denn der Anwendungsbereich der Vorschriften wird nach Art. 1 Abs. 1 BayVwVfG auf den Freistaat Bayern beschränkt. Aus diesem Grund kann die Kommission nicht unter Art. 58 Abs. 2 BayVwVfG fallen. Eine Erstreckung der Norm auch auf die Kommission würde dagegen dogmatischen Bedenken begegnen.[34] Da somit Art. 58 Abs. 2 BayVwVfG nicht verletzt ist, war das Verfahren ordnungsgemäß.

(3) Form, Art. 57 BayVwVfG

Das Schriftformerfordernis wurde laut Sachverhalt gewahrt.

(4) Zwischenergebnis

Der Beihilfevertrag ist formell rechtmäßig.

dd) Materielle Rechtmäßigkeit

Er müsste aber auch materiell rechtmäßig sein. Insbesondere dürfte kein Nichtigkeitsgrund i.S.d. Art. 59 BayVwVfG vorliegen.

(1) Besondere Nichtigkeitsgründe, Art. 59 Abs. 2 BayVwVfG

Besondere Nichtigkeitsgründe sind hier nicht ersichtlich.

(2) Allgemeiner Nichtigkeitsgrund, Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB

Somit kommt nur der allgemeine Nichtigkeitsgrund nach Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB in Betracht. Der Vertrag müsste also seinem Inhalt nach gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Um die besonderen Gründe in Art. 59 Abs. 2 BayVwVfG aber nicht zu konterkarieren, kann dieser Nichtigkeitsgrund nur in Fällen evidenter und schwerwiegender, sogenannter qualifizierter Rechtsverstöße, angenommen werden.[35] Dafür bedarf es einer Verletzung einer zwingenden Rechtsnorm, die einen bestimmten Rechtserfolg nach Wortlaut, Sinn und Zweck unbedingt verhindern will. Hinzukommen muss außerdem, dass durch den Vertrag öffentliche Belange oder gewichtige Interessen beeinträchtigt werden.[36]

Ein gesetzliches Verbot i.S.d. Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB kann unterschiedlichen Ursprungs sein. So kann es sich auch aus dem Unionsrecht ergeben, sofern dieses unmittelbar anwendbar ist.[37] In Betracht kommt hier Art. 107 Abs. 1 AEUV, der als Norm des Unionsprimärrecht unmit-

[32] Ein Beispielsfall hierfür wäre etwa das Prüfungswesen, dazu *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Fn. 15), VwVfG § 54 Rn. 66 mit weiteren Beispielen.

[33] So *Tegethoff*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 23. Aufl. 2022, § 58 Rn. 16a; *Finke/Gurlit*, Jura 2011, 87 (93).

[34] *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 14 Rn. 53; *Gellermann*, DVBl 2003, 481 (484); *Ehlers*, GewArch 1999, 305 (318); relativierend *Oldiges*, NVwZ 2001, 626 (635).

[35] *Brosius-Gersdorf*, in: Schoch/Schneider (Fn. 15), VwVfG § 59 Rn. 38 ff.

[36] BVerwG DVBl. 1990, 438 (439); OVG Münster NVwZ 1992, 989; *Spieth*, in: Bader/Ronellenfitsch (Fn. 1), § 59 Rn. 10 ff.

[37] BVerwGE 70, 40; *Tegethoff* (Fn. 33), § 59 Rn. 9.

telbar anwendbar ist.[38] Dieser verbietet mit dem Binnenmarkt nicht zu vereinbarende staatliche Beihilfen und entfaltet insoweit eine strenge Bindungswirkung. Hinzukommt, dass die Kommission die Unionsrechtswidrigkeit der Beihilfe festgestellt hat und keine Ausnahme nach Art. 107 Abs. 2, Abs. 3 AEUV vorliegt. Mangels dagegen gerichteter Klage (etwa nach Art. 263 Abs. 4 AEUV) erwuchs diese Feststellung in Bestandskraft. Insoweit liegt ein Verstoß gegen das gesetzliche Verbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

Dieser Verstoß muss aber auch hinreichend qualifiziert sein, also öffentliche Belange besonders tangieren. Die ratio des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt darin, dass er Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Beihilfen verhindern will. Diese Kontrollfunktion hat grundlegende Bedeutung für das Funktionieren des EU-Binnenmarkts und damit eines Eckpfeilers der Unionsrechtsordnung insgesamt.[39] Dann aber muss, um der ratio des Art. 107 Abs. 1 AEUV effektiv Rechnung zu tragen, ein Vertrag, der mit dem EU-Beihilfenrecht unvereinbare Leistungen gewährt, unwirksam sein. Dies ergibt sich auch und gerade aus den involvierten öffentlichen Interessen, die durch die unionsrechtswidrigen Beihilfen beeinträchtigt werden (freier Wettbewerb, Interessen der Konkurrenten etc.). Aus diesen Gründen ist daher auch eine besondere und evidente Schwere des Verstoßes anzunehmen. Damit aber verstößt der Vertrag gegen Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB i.V.m. Art. 107 Abs. 1 AEUV, sodass er materiell rechtswidrig und nichtig ist.[40]

(3) Zwischenergebnis

Somit ist der Vertrag materiell rechtswidrig und damit unwirksam. Er stellt mithin keinen tauglichen Rechtsgrund für die Zahlung dar, sodass diese insgesamt rechtsgrundlos erfolgt ist.

d) Zwischenergebnis

Somit liegen die Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs vor.

3. Rechtsfolge

Somit hat die A-UG nach den Grundsätzen über den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch das Erlangte, also die gesamte Beihilfe i.H.v. 1 Mio. €, herauszugeben.

4. Anspruchsausschluss

Der Anspruch könnte aber ausgeschlossen sein.

a) Entreicherung, § 818 Abs. 3 BGB analog

Für eine Entreicherung der A-UG ist nichts ersichtlich, vielmehr befindet sich das Geld noch immer in ihrem Vermögen. Ungeachtet der Frage, ob § 818 Abs. 3 BGB hier überhaupt analog herangezogen werden kann,[41] scheidet daher eine Berufung hierauf im konkreten Fall von vornherein aus.

b) Verwirkung, § 242 BGB analog

In Betracht könnte aber eine Verwirkung des Anspruchs kommen.

Dieses Institut ist eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben, der auch im Verwaltungsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt ist.[42] Sie könnte hier in Betracht kommen, weil die private A-UG grundsätzlich ein schutzwürdiges Vertrauen darauf genießt, dass die Behörden rechtmäßig handeln. So wendet auch hier G ein, dass es kaum erkennbar war, dass der Landkreis Bayreuth das europäische Beihilfenrecht nicht bedacht hatte.

Allerdings ist in Anlehnung der vom EuGH in der Rechtssache Alcan[43] aufgestellten Grundsätze festzuhalten, dass solche Erwägungen wegen des unionsrechtlichen Effektivitätsgebots als Ausprägung des Art. 4 Abs. 3 EUV und des Grundsatzes des effet utile nur eingeschränkt und allenfalls ausnahmsweise eingreifen können. Heutzutage ist es auch für mittelständische Unternehmen nicht unzumutbar, sich über die Details der Beihilfengewährung zu informieren. Zudem bestand die Möglichkeit der Klage zum EuG nach Art. 263 Abs. 3 AEUV unmittelbar gegen die Kommissionsentscheidung. Dies genügt als Mittel zur Interessenwahrung. Mit Ablauf der Frist des Art. 263 Abs. 6 AEUV aber wird die Kommissionsentscheidung bestandskräftig und kann daher in einem Verfahren vor mitgliedstaatlichen Gerichten nicht mehr infrage gestellt werden.[44]

Eine Verwirkung durch die Behörde scheidet damit aus.

c) Zwischenergebnis

Der Anspruch ist damit nicht ausgeschlossen.

5. Zwischenergebnis

Somit kann der Landkreis Bayreuth einen Anordnungsanspruch glaubhaft machen.

---

[38] Siehe zur unmittelbaren Anwendbarkeit bereits die Nachweise in Fn. 5.

[39] Ausführlich dazu *Kühling*, in: Streinz (Fn. 6), AEUV Art. 107 Rn. 1 ff.

[40] Ein Verstoß gegen die Notifizierungspflicht allein könnte dagegen die Nichtigkeit nicht begründen, da dieser nur eine temporäre Verlangsamung zur Wahrung des Prüfverfahrens bezweckt vgl. die Argumentation im Rahmen der Prüfung als Rechtsgrundlage für einen Rückforderungsverwaltungsakt.

[41] Dazu *Wienhues* (Fn. 14), Rn. 542. Im Ergebnis wird dies überwiegend abgelehnt, wobei an die Stelle dieser Regelung allgemeine Vertrauensschutz-Aspekte treten sollen. Dies gilt im Übrigen unabhängig davon, ob der Anspruchsgegner ein Hoheitsträger oder ein Privater ist, dazu *Kemmler*, JA 2005, 659 (660). A.A. allerdings *Wienhues* (Fn. 14), Rn. 542 für den Fall eines Anspruchs gegen den Bürger.

[42] Siehe etwa *Maurer/Waldhoff* (Fn. 15), § 3 Rn. 36 ff., § 11 Rn. 30 ff.

[43] EuGH, Urt. v. 20.3.1997 – C-24/95, ECLI:EU:C1997:163 (Land Rheinland-Pfalz gegen Alcan Deutschland GmbH).

[44] *Streinz* (Fn. 9), Rn. 678; vgl. auch EuGH, Urt. v. 24.2.1987 – C-310/85 (Deufil/Kommission) = Slg. 1987, 901.

III. Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes

Er müsste auch einen Anordnungsgrund glaubhaft machen können.

Dieser liegt vor, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass die Interessen des Landkreises Bayreuth an der möglichst schnellen Rückzahlung das Interesse der A-UG am (vorläufigen) Erhalt des Geldes überwiegen.[45] Der Landkreis Bayreuth verweist, wie bereits oben behandelt, auf die Kommissionsentscheidung und ein drohendes Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, Art. 258 AEUV. Da die Kommission die Vorgabe gegeben hat, dass die Beihilfe unverzüglich zurückzufordern ist, würde jede Verzögerung, etwa durch Abwarten der Hauptsacheentscheidung, eine Vertragsverletzung darstellen. Demgegenüber ist der Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Beihilfe ohnehin durch den Beschluss der Kommission entfallen, sodass das Interesse der A-UG als nicht allzu hoch zu gewichten ist.

Es besteht demnach eine erhöhte Eilbedürftigkeit. Der Landkreis Bayreuth kann damit auch einen Anordnungsgrund glaubhaft machen.

IV. Keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache

Allerdings könnte eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache vorliegen.

Aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen an Beweismaß und Beweismittel zwischen den Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz und in der Hauptsache darf grundsätzlich keine Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergehen, die identisch wäre mit der in der Hauptsache oder die sogar darüber hinausginge.[46]

Im konkreten Fall will der Landkreis Bayreuth schon im Rahmen einer einstweiligen Anordnung die vollständige und endgültige Rückzahlung der 1 Mio. € erreichen. Dies ergibt sich auch aus den Vorgaben der Kommission nach der dargestellten Interessenlage (siehe oben). Das aber wiederum wäre auch Inhalt einer (positiven) Hauptsacheentscheidung, was einen Verstoß gegen das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache zur Folge hätte. Eine Ausnahme mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG scheidet aus, da sich der Landkreis Bayreuth als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft hierauf nicht berufen kann, vgl. Art. 19 Abs. 3 GG und hierzu das bereits erwähnte Konfusionsargument.[47]

Allerdings kann sich eine weitere Ausnahme aufgrund höherrangigen Rechts ergeben. Insbesondere kommt hier eine Durchbrechung aufgrund von Unionsrecht in Betracht.[48] Zwar gilt nach Art. 291 Abs. 1 AEUV der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, sodass sich die Durchführung von Unionsrecht grundsätzlich nach nationalem Recht bestimmt. Gleichwohl ergeben sich aus dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 AEUV die Gebote der Äquivalenz und der Effektivität. Hiernach dürfen unionsrechtlich determinierte Sachverhalte nicht schlechter behandelt werden als rein innerstaatliche Sachverhalte (Äquivalenzgebot) und die Durchsetzung des Unionsrechts darf nicht übermäßig erschwert oder gar unmöglich gemacht werden (Effektivitätsgebot).[49] Die bestandskräftige Kommissionsentscheidung verpflichtet zur unverzüglichen Rückforderung und -erlangung der Beihilfe, vgl. auch Art. 288 Abs. 4 AEUV. Um ihr und damit den dahinterstehenden Interessen (Erhalt des EU-Binnenmarkts, Interessen der Konkurrenten etc.) hinreichend Geltung zu verschaffen, ist es daher notwendig, schnellstmöglich dafür zu sorgen, dass ein unionsrechtskonformer Zustand hergestellt wird. Dies kann unter Umständen nach Abwägung der widerstreitenden Interessen auch die Vorwegnahme der Hauptsache gebieten.[50]

Bei der ausgezahlten Summe von 1 Mio. € handelt es sich um einen größeren Geldbetrag, der in eindeutigem Widerspruch zum Unionsrechts ausbezahlt wurde. Hieraus könnten Wettbewerbsverzerrungen gegenüber Mitkonkurrenten der A-UG entstehen, die gerade bei mittelständischen Unternehmen schwere Folgewirkungen erzielen können, was aber genau eine der Folgen ist, vor denen das europäische Beihilfenrecht schützen will, vgl. nur den Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Wegen des unionsrechtlichen Loyalitätsgebots aus Art. 4 Abs. 3 EUV sowie des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht[51] ist daher in solchen Fällen eine Vorwegnahme der Hauptsache geboten.

Es liegt somit keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache vor.

V. Zwischenergebnis

Somit ist der Antrag nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO begründet.

C. Zwischenergebnis

Der Antrag ist damit zulässig und begründet. Er hat mithin Erfolg.

D. Gesamtergebnis

Somit ist dem Landkreis Bayreuth zu raten, einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO, gerichtet auf Erlass einer Regelungsanordnung zur Rückforderung der 1 Mio. €, zu stellen. Dieser wäre zulässig und begründet und hätte mithin Aussicht auf Erfolg.

---

[45] Vgl. allgemein zu den Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 123 Rn. 80 ff. und 87 ff.

[46] *Kuhla* (Fn. 12), § 123 Rn. 154–157.

[47] Dazu die Nachweise in Fn. 27.

[48] Hierzu auch *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398.

[49] Hierzu ausführlich *Streinz* (Fn. 9), Rn. 609 ff. mit umfassenden Nachweisen zur Rspr.

[50] Zustimmend *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (401 f.).

[51] Dazu emblematisch EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – C-6-64 (Costa/E.N.E.L.) = Slg. 1964, 1151.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Große und kleine Finanzgeschäfte

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Stephan Christoph**, Augsburg*

Der Sachverhalt war Teil einer Hausarbeit, die in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene im Wintersemester 2021/22 an der Universität Augsburg gestellt wurde. Die hier behandelten Problemfragen weisen insgesamt einen gehobenen Schwierigkeitsgrad auf.

Sachverhalt

Die H-AG ist ein junges Finanzunternehmen, das sich auf Hard- und Softwarelösungen für Geldtransaktionen spezialisiert hat. Das Unternehmen war im Geschäftsjahr 2021 recht umtriebig. Gleichwohl sind die Gewinne hinter den Erwartungen der Vorstände A, B und C zurückgeblieben. Sie befürchten, dass die schwachen Zahlen zu einem Reputationsverlust des Unternehmens in den Medien führen könnten. Kurz vor Ende des Geschäftsjahres am 31.12. sollen deshalb durch ein übereilt anberaumtes Geschäft mit der X-Bank die Geschäftszahlen aufpoliert werden. Das Geschäftsvolumen beläuft sich auf einen dreistelligen Millionenbetrag. Zur Vornahme eines solchen Geschäfts sind die Vorstände grundsätzlich auch befugt, sofern die entsprechenden Beschlüsse einstimmig getroffen werden. Das hochkomplexe Vertragswerk in seiner Gesamtheit ist ihnen nicht bekannt. Die wenigen ihnen vorliegenden Dokumente sind zudem lückenhaft. Auch ist eine Prüfung des Gesamtvertrags durch die Rechtsabteilung noch nicht abgeschlossen. Zudem enthält das anvisierte Geschäft ganz erhebliche Kostenrisiken. Dies alles ist den Vorständen auch bewusst. Insbesondere die finanziellen Risiken nehmen sie aber billigend in Kauf, um die angestrebten Umsatzsteigerungen zugunsten der H-AG zu erreichen. Da die Zeit drängt, stimmen A, B und C dem Geschäftsabschluss nach nur drei Tagen am 20.12.2021 im Umlaufverfahren ohne vorherige Beratung zu. Kurze Zeit später stellt sich heraus, dass das Geschäft sich für die Aufbesserung der Bilanzzahlen überhaupt nicht eignet, sondern sich zu einem immensen Minusgeschäft entwickelt. Dies hätten die Vorstände bei gewissenhafter Prüfung aller Vertragsunterlagen auch erkennen können. Um Schlimmeres zu verhindern, kündigt die H-AG gegenüber der X-Bank den Vertrag vorzeitig. Am Ende kommt es trotzdem zu einem Verlust i.H.v. 1 Mio. €.

In der Folge werden A, B und C fristlos entlassen. Während B und C schnell wieder eine Anstellung finden, rutscht A in die Arbeitslosigkeit ab. Als er wieder einmal einen Nachmittag vor dem Fernseher verbringt, stolpert er über eine Reportage, die sein Interesse weckt. Darin wird eine neue Masche von Taschendieben beschrieben. Diese würden sich über das Internet handliche ec-Kartenterminals bestellen, die für kontaktlose Zahlungen geeignet sind. Im Rahmen des Zahlungsvorgangs erfolgt dabei zwischen Karte und Terminal ein elektronischer Datenaustausch auf kurze Distanz über Funk. In Fußgängerzonen und Straßenbahnen würden die Täter solche Lesegeräte nah an Kleidungsstücke und Taschen ahnungsloser Personen halten, um unbemerkt Geldbeträge von der Karte abzubuchen. Während des Bezahlvorgangs liest das Kartenterminal die im Chip enthaltenen Kartendaten aus und speichert diese zusammen mit dem Abbuchungsbetrag sowie Datum und Uhrzeit der Transaktion ab. Um eine Gutschrift auf sein Konto zu erhalten, muss der Täter seine „Umsätze“ anschließend durch eine entsprechende Funktion des Kartenlesegeräts über den zuständigen Zahlungsdienstleister in den Zahlungsverkehr einleiten (sog. Kassenschnitt), der wiederum die entsprechenden Zahlungsanweisungen an die jeweiligen kartenausgebenden Banken weiterleitet. Erst dann werden die entsprechenden Beträge auf dem Konto des Täters gutgeschrieben. Beim Kunden selbst wird auf dem Speicherchip der ec-Karte das dort gespeicherte maximale tägliche Verfügungslimit um den abgebuchten Betrag verringert. Da ec-Kartenzahlungen bis 50 € ohne Eingabe einer PIN möglich sind, können die Diebe auf diese Weise an nicht unerhebliche Geldsummen gelangen, ohne dass die Betroffenen davon etwas mitbekommen.

A beschließt, dieses „Geschäftsmodell“ selbst auszuprobieren, um künftig seinen Lebensunterhalt aufzubessern. Da die H-AG seinerzeit entsprechende Terminals vertrieb, weiß A über deren Funktionsweise und die technischen Hintergründe bestens Bescheid. A bestellt sich über das Internet ein ec-Terminal und setzt sein Vorhaben nach dessen Auslieferung in die Tat um. Er begibt sich in die Augsburger Innenstadt. An einer Fußgängerampel beobachtet A, wie O ihre Geldbörse in der Handtasche verstaut. A tippt einen Betrag von 50 € in das Terminal ein und aktiviert dieses. Dann stellt er sich dicht neben O und hält sein Lesegerät an deren Handtasche. Ein leiser Signalton, den O nicht bemerkt, zeigt ihm an, dass die Abbuchung erfolgreich war. A führt umgehend den sog. Kassenschnitt durch. Die vom Konto der O abgebuchten 50 € werden sogleich auf sein Konto gutgeschrieben.

Aufgabenstellung

Haben sich A, B und C nach dem StGB strafbar gemacht? Sämtliche im Sachverhalt aufgeworfene Problemfragen sind (ggf. hilfsgutachtlich) zu prüfen. §§ 202a, 202b und 303a StGB sind nicht zu prüfen. Auf § 93 AktG wird hingewiesen.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Geschäft der H-AG (Strafbarkeit der A, B und C)

Hinweis: Der Sachverhalt ist angelehnt an die HSH-Nordbank-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2016 (BGH, Urt. v. 12.10.2016 – 5 StR 134/15). Durch den Verweis auf § 93 AktG sollten auch Bearbeiterinnen und Bearbeiter, die mit dieser Entscheidung nicht vertraut sind, eine Hilfestellung für die Falllösung erhalten.

---

* Der *Verf.* ist Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht (Prof. *Dr. Johannes Kaspar*) an der Universität Augsburg. Für wertvolle Unterstützung bei der Aufbereitung dieses Textes zur Publikation sei Herrn Stud. iur. *Luca Schiliró* herzlich gedankt.

I. Untreue in Mittäterschaft, §§ 266 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB

A, B und C könnten sich wegen Untreue in Mittäterschaft in einem besonders schweren Fall gem. §§ 266 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie dem Geschäftsabschluss mit der X-Bank zustimmten.

1. Objektiver Tatbestand

a) Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis

Dazu müssten A, B und C gegenüber der H-AG Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnisse zugekommen sein.

Entsprechende Befugnisse liegen vor, wenn der Treunehmer zivil- oder öffentlich-rechtlich wirksam Geschäfte für fremdes Vermögen tätigen kann.[1] Eine solche Rechtsmacht ergibt sich für Vorstände einer AG aus §§ 78 ff. AktG, welche die Vertretung der Gesellschaft durch die Mitglieder des Vorstands regeln.

Damit lagen Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnisse auf Seiten von A, B und C vor.

b) Vermögensbetreuungspflicht

Umstritten ist, ob zur Erfüllung des objektiven Tatbestands – ähnlich wie bei § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB – zusätzlich das Bestehen einer besonderen Vermögensbetreuungspflicht erforderlich ist.[2] Eine Entscheidung dieses Streits könnte sich allerdings erübrigen, wenn ohnehin auf Seiten der A, B und C eine solche Pflicht zu bejahen ist.

Hierbei zählt nicht jedwede Vermögenssorge in den Kreis der Pflichten gem. § 266 StGB. Nach h.M. muss Gegenstand der Vermögensbetreuungspflicht die Geschäftsbesorgung für einen anderen in einer nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit mit einem Aufgabenkreis von einigem Gewicht und einem gewissen Grad an Verantwortlichkeit sein.[3] Anders ausgedrückt muss die Vermögensbetreuungspflicht Hauptpflicht oder jedenfalls wesentlicher Inhalt des in Frage stehenden Treueverhältnisses sein und sie muss dem Betreffenden Spielräume für eigenverantwortliche Entscheidungen geben. Die Tätigkeit muss sich also durch eine gewisse Selbstständigkeit des Handelnden auszeichnen.[4]

Geschäftsführer und Vorstände eines Unternehmens, hier einer AG, zählen klassischerweise zum tauglichen Personenkreis einer Untreue[5], da es gerade ihre Aufgabe ist, die Belange der Gesellschaft vor allem auch in finanzieller Hinsicht zu vertreten. Bezüglich des Erfordernisses der Verantwortlichkeit und Selbstständigkeit lässt sich auf § 76 Abs. 1 AktG verweisen, wonach der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten hat.

Vermögensbetreuungspflichten lagen mithin vor. Damit erübrigt sich auch ein Streitentscheid über deren Erforderlichkeit.

c) Missbrauch einer Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis

A, B und C müssten ihre Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnisse missbraucht haben.

Ein solcher Missbrauch liegt vor, wenn der Täter sein rechtliches Dürfen im Innenverhältnis im Rahmen des rechtlichen Könnens (nach außen) pflichtwidrig überschreitet.[6]

Ausweislich des Sachverhalts waren die Vorstände im Innenverhältnis zur Vornahme von Geschäften, wie dem hier in Rede stehenden mit der X-Bank, prinzipiell befugt. Allerdings fragt sich, ob eine Überschreitung des Dürfens aufgrund einer pflichtwidrigen Eingehung eines Risikogeschäfts anzunehmen ist.

Zur Frage, wann die Vornahme eines solchen Geschäfts als pflichtwidrig einzustufen ist, verhält sich § 266 StGB selbst nicht, daher muss zur weiteren Konkretisierung auf außerstrafrechtliche gesetzliche Tatbestände oder auf vertragliche Vereinbarungen zwischen den Parteien zurückgegriffen werden.[7]

aa) Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG

Die Pflichten der Vorstände einer AG ergeben sich insbesondere aus dem Aktiengesetz (AktG). Gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, haben die Vorstände bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht bemessen sich dabei nicht nach einem einheitlichen festen Maßstab, sondern nach der Art und Größe des Unternehmens, der Zahl der Beschäftigten, der Konjunkturlage, den Zeitverhältnissen sowie den besonderen Aufgaben des einzelnen Mitglieds.[8] Es gibt keinen einheitlichen Geschäftsleitertyp. Der Inhalt der Pflichten der Vorstände A, B und C werden auch im AktG somit nur vage geregelt.

---

[1] *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 18 Rn. 6; vgl. auch *Dierlamm/Becker*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 35.

[2] *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 11. Aufl. 2020, § 35 Rn. 3 ff.; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 266 Rn. 4; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2021, § 11 Rn. 5; *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 14.

[3] BGHSt 13, 315 (317); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 815.

[4] *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 10; *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 17.

[5] *Rengier* (Fn. 1), § 18 Rn. 18, 22.

[6] *Kindhäuser/Böse* (Fn. 2), § 35 Rn. 11; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 86.

[7] *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 20; *Jahn/Ziemann*, ZIS 2016, 552 (553); *Murmann*, Jura 2010, 561 (563 ff.).

[8] Vgl. auch BGHZ 129, 30 (34); *Hölters/Hölters*, in: Hölters/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2022, § 93 Rn. 24.

bb) Business Judgement Rule, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG

Für eine gewisse Konturierung des Sorgfaltsmaßstabs sorgt die Vorschrift des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Hiernach soll eine Pflichtverletzung des Vorstands jedenfalls dann nicht vorliegen, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

(1) Zunächst muss eine unternehmerische Entscheidung vorliegen.

Diese kennzeichnet sich durch die bewusste Auswahl einer unternehmerischen Handlungsmöglichkeit von besonderer wirtschaftlicher Tragweite aus mehreren Alternativen.[9] Sie bezeichnet also einerseits eine bewusste Aktivität oder ein bewusstes Unterlassen nach außen. Andererseits kennzeichnet sie das zur Verfügung stehen verschiedener Handlungsmöglichkeiten. Nicht unter § 93 Abs. 1 S. 2 AktG fallen also gesetzliche, satzungsmäßige oder anstellungsvertragliche Pflichten, bei denen keine tatbestandlichen Beurteilungsspielräume bestehen, sowie Maßnahmen, die nicht auf einer bewussten Entscheidung beruhen (z.B. das unbewusste fahrlässige Verstreichenlassen von Geschäftschancen oder Fristen).[10]

A, B und C waren zum Geschäftsabschluss mit der X-Bank nicht verpflichtet. Art und Inhalt des Geschäfts sowie das Ob eines Vertragsabschlusses lagen vielmehr in deren Ermessen und hätten von ihnen noch weiter gestalterisch beeinflusst werden können. Der konkrete Abschluss stellte also die bewusste Auswahl einer bestimmten unternehmerischen Geschäftsmöglichkeit aus mehreren denkbaren Alternativen dar, die auch von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite gewesen ist.

Eine unternehmerische Entscheidung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG liegt vor.

(2) Die Vorstandsmitglieder mussten zudem vernünftigerweise annehmen dürfen, die unternehmerische Entscheidung auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft getroffen zu haben.[11]

Insbesondere die Frage nach der angemessenen Information ist fraglich. Der Vorstand ist prinzipiell verpflichtet, alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen. Welche Intensität der Informationsbeschaffung im Sinne der Norm „angemessen" ist, soll anhand des Zeitvorlaufs, des Gewichts und der Art der zu treffenden Entscheidung sowie unter Berücksichtigung anerkannter betriebswirtschaftlicher Verhaltensmaßstäbe zu beurteilen sein.[12] Es wird also keine stets allumfassende Informationsbeschaffung verlangt, sondern es kommt auf die besonderen Umstände des Einzelfalls an.[13]

Es ist zunächst festzustellen, dass das Vorgehen der Vorstände A, B und C ganz eklatante Mängel aufweist. So fehlte es an einer Kenntnisnahme des vollständigen Vertragswerks ebenso wie an einem gegenseitigen Austausch der Vorstandsmitglieder und einer vollständigen Prüfung durch die Rechtsabteilung. Hier dürften die Informationslücken also so schwerwiegend sein, dass man von einer Entscheidung auf angemessener Tatsachenbasis kaum mehr sprechen kann. Für die Vorstände könnte allenfalls der erhebliche Zeitdruck sprechen, unter dem die Entscheidungen getroffen werden mussten. Angesichts dessen könnte man argumentieren, dass umfassendere Erkundigungen und eine vollständige Sichtung aller relevanten Vertragsunterlagen bis zum Stichtag (31.12.) schlicht nicht mehr möglich waren. Allerdings belief sich das Geschäftspaket auf einen dreistelligen Millionenbetrag mit erheblichen Risiken. Allein das Gewicht des anvisierten Geschäftsabschlusses hätte eine möglichst umfangreiche Informierung der Vorstände erforderlich gemacht. Hinzu kommt, dass die Vorstände das Geschäft lediglich zur kosmetischen „Aufhübschung" der Bilanz kurz vor Jahresabschluss, also ohne besonderen finanziellen Druck, vorgenommen haben. Ob man den eigentlich unnötig hervorgerufenen Zeitdruck als Argument zugunsten der Vorstände ins Feld führen kann, ist zweifelhaft.

Damit durften die Vorstände nicht annehmen, auf Grundlage angemessener Informationen zu handeln.

(3) § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist zu verneinen.

cc) Evidenz der Pflichtverletzung

Damit steht zunächst lediglich fest, dass eine Pflichtverletzung gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG in Betracht kommt (beachte den Wortlaut des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG: „Eine Pflichtverletzung liegt *nicht* vor, wenn […]"). Nicht gesagt ist dagegen, ob diese auch tatsächlich vorliegt und ob diese auch strafrechtlich relevant ist.

In der gesellschaftsrechtlichen Literatur wird vertreten, dass ein Verstoß gegen Informationspflichten im Sinne der Business Judgement Rule allein noch keine Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG darstellt, sondern dass eine solche lediglich indiziert wird.[14] Eine Verletzung sei vielmehr nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliege; der Leitungsfehler muss auch für einen Außenstehenden derart evident sein, dass sich das Vorliegen eines Fehlers förmlich aufdrängt.[15]

A, B und C haben in besonders eklatanter Weise ihre Informationspflichten missachtet. Das Geschäft wurde praktisch ohne hinreichende inhaltliche Prüfung und völlig überstürzt „durchgewunken". Dies mag bei Geschäften mit geringem Volumen noch vertretbar erscheinen, bei Abschlüssen in dreistelliger Millionenhöhe ist das Vorstandshandeln von A,

[9] *Spindler*, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 48; vgl. auch *Esser*, NZWiSt 2018, 201 (202).

[10] *Spindler* (Fn. 9), § 93 Rn. 51; vgl. zum Merkmal der „unternehmerischen Entscheidung" weiterführend *Koch*, in: Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 93 Rn. 35 ff.

[11] Vgl. dazu erg. *Eibach/Scholz*, ZStW 133 (2021), 685 (698 ff.).

[12] BT-Drs. 15/5092, S. 12; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar AktG, Stand: 1.7.2022, § 93 Rn. 92.

[13] Vgl. auch BGH NJW 2017, 578 (580); *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 93 Rn. 48.

[14] *Spindler* (Fn. 9), § 93 Rn. 47.

[15] BGH NJW 2017, 578 (580).

B und C als evident fehlerhaft und schlechterdings unvertretbar einzustufen.

Damit liegt auf gesellschaftsrechtlicher Ebene eine Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG vor.

dd) Strafrechtliche Relevanz der Pflichtverletzung

> *Hinweis*: Die nachfolgenden Ausführungen zur „gravierenden Pflichtverletzung" geben das gesamte Ausmaß der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung nur in gröbsten Zügen wieder. Auch von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern waren keine tiefergehenden dogmatischen Überlegungen gefordert, wichtig war nur, dass die Rechtsprechungsentwicklung kurz skizziert und zumindest knapp die Erforderlichkeit einer zusätzlichen strafrechtsautonomen Prüfungsebene andiskutiert wurde.

Fraglich ist, ob diese Pflichtverletzung auch eine Strafbarkeit nach § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB auszulösen vermag. Zwar gilt grundsätzlich, dass jedes zivilrechtlich erlaubte Verhalten auch aus strafrechtlicher Perspektive erlaubt sein muss. Doch folgt umgekehrt nicht aus jedem zivilrechtlich beachtlichen Fehlverhalten auch eine (Untreue-)Strafbarkeit. Dies hat seine Ursache nicht nur im ultima-ratio-Prinzip und dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts, sondern ist auch aufgrund einer gebotenen restriktiven Handhabung des sehr weitreichenden Untreuetatbestands sinnvoll. Insofern gilt der Grundsatz der asymmetrischen Akzessorietät des Untreuestrafrechts zum Zivil- und öffentlichen Recht.[16]

Aus den genannten Gründen wurde bislang, quasi als zusätzliche strafrechtsautonome Hürde, neben einer Pflichtverletzung auf zivil- bzw. gesellschaftsrechtlicher Ebene zusätzlich das Vorliegen einer gravierenden Pflichtverletzung für die Bejahung des Untreuetatbestands gefordert.[17] Erstmals erwähnt wurde das Merkmal in einem Urteil des *1. Strafsenats* des BGH aus dem Jahr 2001, wo es um die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit einer Kreditvergabe ging.[18] Hier stellte der *Senat* fest, dass eine untreuetaugliche Pflichtverletzung vorlag, da die Entscheidungsträger ihre bankenübliche Informations- und Prüfungspflicht hinsichtlich der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers gravierend verletzt hatten. Was allerdings genau das Merkmal „gravierend" inhaltlich ausmachte, wurde nicht geklärt.[19]

In der sog. „Sponsoring"- oder „SSV Reutlingen"-Entscheidung des BGH[20] konkretisierte der *1. Strafsenat* wenig später dann die Anforderungen an die Prüfung der Gravität: So müsse auf Basis einer Gesamtschau, insbesondere gesellschaftsrechtlicher Kriterien, das Vorliegen einer gravierenden Pflichtverletzung festgestellt werden. Zu diesen Kriterien zählt etwa die Nähe zum Unternehmensgegenstand, die Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, die fehlende innerbetriebliche Transparenz oder die Verfolgung sachwidriger Motive. Jedenfalls dann, wenn sämtliche dieser Kriterien erfüllt seien, seien die äußeren Grenzen des unternehmerischen Ermessens überschritten und es liege eine gravierende Pflichtverletzung vor.[21] In der „Kinowelt"-Entscheidung[22] wurde das Kriterium der Gravität wiederum aufgegriffen. Hier führte der BGH aus:

> „[Dem] Vorstand [ist] bei seinen […] Entscheidungen ein weiter Ermessensspielraum zuzubilligen. Werden hingegen die – weit zu ziehenden – äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit überschritten und wird damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit i.S. von § 266 StGB begründet."[23]

Über das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung als erforderliche Voraussetzung für die Untreuestrafbarkeit herrschte innerhalb der Rspr. keineswegs Einigkeit.[24] Das BVerfG erkannte es allerdings im Jahr 2010 als tatbestandsbegrenzendes Merkmal der Untreue an.[25]

Dennoch rückte der *5. Strafsenat* des BGH in seiner „HSH-Nordbank"-Entscheidung[26] im Bereich der unternehmerischen Entscheidungen vom Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung ab. Zwar sei es zutreffend, dass die Anwendung des Untreuetatbestands auf „klare und deutliche" Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken sei und dass sich gravierende Pflichtverletzungen nur dann bejahen ließen, wenn die Pflichtverletzung evident ist. Allerdings liege bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets eine „gravierende" bzw. „evidente" Pflichtverletzung im Sinne der oben genannten Rspr. vor.[27] Seien die in § 93 Abs. 1 AktG

[16] Zum Ganzen *Esser*, NZWiSt 2018, 201 (204); *Jahn/Ziemann*, ZIS 2016, 552 (553); *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.5.2022, § 266 Rn. 20. Vgl. auch *Kubiciel*, JZ 2017, 585 (587), der mit Blick auf § 266 StGB insgesamt von einem „asynchron-akzessorischen Tatbestand" spricht.

[17] Lesenswert zum Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 ff.

[18] BGH NJW 2002, 1211 (1214 f.). Dazu sowie zu weiteren Entwicklung der Rspr. vgl. auch *Eibach/Scholz*, ZStW 133 (2021), 685 (688 ff.); *Knieler*, HRRS 2020, 401 (402 f.); *Saliger* (Fn. 4), § 266 Rn. 47; *ders.*, in: Nietsch (Hrsg.), Compliance und soziale Verantwortung im Unternehmen, 2019, S. 85 (91 ff.); *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (320 ff.).

[19] *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (322).

[20] BGH NJW 2002, 1585.

[21] BGH NJW 2002, 1585 (1587); *Knieler*, HRRS 2020, 401 (402).

[22] BGH NJW 2006, 453; siehe dazu auch *Kutzner*, NJW 2006, 3541.

[23] BGH NJW 2006, 453 (454 f.); vgl. auch *Saliger* (Fn. 18), S. 93.

[24] Vgl. etwa das Mannesmann-Urteil des *3. Strafsenats*, BGH NJW 2006, 522 (526 f.); dazu wiederum *Knieler*, HRRS 2020, 401 (402); *Saliger* (Fn. 18), S. 94.

[25] BVerfG NJW 2010, 3209 (3215).

[26] BGH NJW 2017, 578.

[27] Krit. dazu *Eibach/Scholz*, ZStW 133 (2021), 685 (702 ff.).

normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und sei damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liege eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die (gleichsam „automatisch") so gravierend sei, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit i.S.v. § 266 StGB begründe. Angesichts des durch § 93 Abs. 1 AktG eingeräumten weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraums sei für eine gesonderte Prüfung der Pflichtverletzung als „gravierend" bzw. „evident" kein Raum.[28] Mit seinem Urteil scheint sich der BGH von der gravierenden Pflichtverletzung als strafrechtsautonomer Prüfungsebene somit zu verabschieden.[29]

Folgt man dieser Tendenz, so wären A, B und C aufgrund der Verletzung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG aus § 266 StGB zu bestrafen.

Tatsächlich fragt sich, ob angesichts der strengen Vorgaben, die bereits das Gesellschaftsrecht für die Annahme einer Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG vorsieht, noch Raum für eine gesonderte strafrechtliche Bewertungsebene bleibt. Denn bereits das Gesellschaftsrecht gelangt zu einer zweistufigen Prüfung und fordert neben einer Verletzung der Grenzen der Business Judgement Rule zusätzlich einen evidenten Pflichtenverstoß. Insofern scheint sich das Gesellschaftsrecht an die bislang geltenden strafrechtlichen Prämissen angenähert und zusätzliche Restriktionen überflüssig gemacht zu haben. Selbst wenn man von der Notwendigkeit eines zusätzlichen strafrechtlichen Filters ausgeht, müsste man sich fragen, ob diesem angesichts der strengen Vorgaben des Gesellschaftsrechts überhaupt ein Anwendungsbereich bliebe.[30]

Tatsächlich sollte entgegen der Auffassung des BGH von einer Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG i.V.m. der Business Judgement Rule nicht automatisch auf eine untreuerelevante Pflichtverletzung geschlossen werden. Nicht nur der ultima-ratio-Grundsatz legt eine Verengung des Untreuetatbestands auf schwerwiegende Verfehlungen nahe[31], auch das Leitbild des § 266 StGB spricht für eine zusätzliche strafrechtsautonome Wertungsstufe. Denn die Untreue bestraft nicht einfach nur Verstöße gegen zivilrechtliche Vorschriften, sondern der Strafgrund der Untreue besteht gerade in der Sanktionierung einer Ausnutzung interner Macht durch den Täter und einer Verletzung des besonderen Vertrauensverhältnisses zu seinem Opfer.[32] Nicht jeder Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG trifft diese Konstellation.[33] Daher bleibt einer denkbaren strafrechtlichen Wertungsstufe noch ein Anwendungsbereich. In Betracht kommt dies insbesondere bei an sich altruistisch motivierten Taten, wenn der Täter zwar zum Wohle der Gesellschaft, jedoch auf unsicherer Tatsachenbasis handelt und dabei betriebswirtschaftlich schwerwiegende Fehler begeht, die sich aber qualitativ nicht als Missbrauch interner Macht und Vertrauensbruch gegenüber dem Opfer darstellen.[34]

Unter dieser Prämisse wäre zu überlegen, ob das Fehlverhalten von A, B und C den Charakter eines Machtmissbrauchs und eines Vertrauensbruchs gegenüber der AG hat. Dies dürfte besonders dann in Betracht kommen, wenn deren Verhalten in besonderem Maße den wirtschaftlichen Interessen der AG zuwiderliefen, so dass man nicht mehr von einer im materiellen Unternehmensinteresse liegenden Entscheidung sprechen kann.[35] Vordergründig wollten die Vorstände der Gesellschaft und deren Ansehen durch eine Aufbesserung der Geschäftszahlen nutzen und handelten damit augenscheinlich in deren Interesse. Man könnte also vertreten, dass trotz des evident pflichtwidrigen Verhaltens die Strafbarkeitsschwelle noch nicht überschritten wurde. Die besondere Leichtfertigkeit, die eigentlich unnötig hervorgerufene Drucksituation und das äußerst nachlässige Vorgehen bei der Informationsbeschaffung lassen hier aber ebenso den Schluss zu, dass die Vorstände ihre Macht im Ergebnis doch, „gleich einem Spieler", in eklatanter und vertrauensschädigender Weise missbraucht und sich damit außerhalb des unternehmerischen Interesses bewegt haben. Für die weitere Prüfung wird hier der letztgenannten Argumentation gefolgt und vom Vorliegen einer gravierenden Pflichtverletzung ausgegangen (a.A. aber freilich vertretbar).

ee) Mittäterschaft

A, B und C handelten aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses und wirkten bei der Entscheidungsfindung arbeitsteilig zusammen, so dass eine Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB zu bejahen ist.

> *Hinweis*: Durch die Erwähnung des Einstimmigkeitserfordernisses für den Geschäftsabschluss mit der X-Bank im Sachverhalt sollte verhindert werden, dass sich die Studierenden Gedanken zur Kausalität bei Gremienentscheidungen machen.

[28] BGH NJW 2017, 578 (579).

[29] Vgl. *Esser*, NZWiSt 2018, 201 (207). In eine ähnliche Richtung tendierte bereits der *3. Strafsenat* in seiner Nürburgring-Entscheidung, siehe BGH NJW 2016, 2585 (2591 f.); *Becker*, NStZ 2017, 232 (233); *Knieler*, HRRS 2020, 401 (403). Das Erfordernis einer „evidenten" oder „gravierenden" Pflichtverletzung ist weiterhin umstritten, vgl. zum Streitstand *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (332 ff.).

[30] Vgl. auch *Becker*, NStZ 2017, 232 (233); *Rönnau/Becker*, JR 2017, 204 (209).

[31] Vgl. *Wagner*, ZIS 2012, 28 (33).

[32] Vgl. *Seier/Lindemann*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 5. Teil Kap. 2 Rn. 10.

[33] Umgekehrt umfasst § 93 AktG auch die Verletzung von Pflichten, die nicht dem Vermögensschutz dienen, vgl. *Kubiciel*, JZ 2017, 585 (587).

[34] Vgl. auch *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (358), der an das Bestehen untreuespezifischer Interessenkonflikte anknüpfen möchte und eine Strafbarkeit insbesondere dann in Erwägung zieht, wenn der Treupflichtige nicht bloß den Interessen des Vermögensinhabers zuwiderhandelt, sondern darüber hinaus explizit andere Interessen (eigene oder die eines Dritten) verfolgt, da der Strafgrund des Untreuetatbestands vor allem auf derlei Konfliktlagen abziele.

[35] Vgl. *Saliger* (Fn. 4), § 266 Rn. 50; *Kubiciel*, JZ 2017, 585 (588).

ff) Zwischenergebnis

Ein Missbrauch der Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnisse durch A, B und C gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB liegt mithin vor.

d) Vermögensnachteil

Durch das Geschäft mit der X-Bank entstand der H-AG ein Verlust i.H.v. 1 Mio. €. Ein Vermögensnachteil liegt vor.

2. Subjektiver Tatbestand

A, B und C verletzten wissentlich und willentlich ihre Vorstandspflichten und nahmen dabei auch einen Vermögensnachteil der H-AG billigend in Kauf. Sie handelten somit vorsätzlich.

> *Hinweis*: Auf die in der „Kanther"-Entscheidung des BGH[36] festgelegten erhöhten Anforderungen an den bedingten Vorsatz kommt es nicht an, da es nicht „nur" um einen Gefährdungsschaden geht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A, B und C handelten rechtswidrig und schuldhaft.

4. Besonders schwerer Fall, §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2 StGB

A, B und C könnten das Regelbeispiel der §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2 StGB erfüllt haben. Dazu müssten sie einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt haben. Die Schwelle hierfür liegt nach allgemeiner Auffassung bei 50.000 €.[37] A, B und C verursachten einen Vermögensnachteil i.H.v. 1 Mio. €. Ein Vermögensverlust großen Ausmaßes ist damit gegeben.

A, B und C haben das Regelbeispiel der §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2 StGB erfüllt.

II. Ergebnis

A, B und C haben sich wegen Untreue in Mittäterschaft in einem besonders schweren Fall gem. §§ 266 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Tatkomplex 2: In der Innenstadt (Strafbarkeit des A)

I. Computerbetrug, § 263a StGB

A könnte sich wegen Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit dem ec-Terminal 50 € vom Konto der O abgebucht hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Unbefugte Verwendung von Daten, § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB

Dazu müsste er unbefugt Daten verwendet haben.

A hat die Kartendaten der O mithilfe seines ec-Terminals ausgelesen und über den Kassenschnitt in den Zahlungsverkehr eingeleitet. Damit hat er Daten verwendet.

Fraglich ist, ob dies unbefugt geschah. Wann die Unbefugtheit der Datenverwendung gegeben sein soll, ist allerdings umstritten.

Nach einer eher subjektiv ausgerichteten Ansicht liegt eine unbefugte Datenverwendung immer dann vor, wenn die jeweilige Datenverwendung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des über die Daten Verfügungsberechtigen widerspricht.[38] A hat im konkreten Fall die Kartendaten ohne das Wissen der O ausgelesen. Dies läuft ihrem mutmaßlichen Willen zuwider, so dass die subjektive Auffassung zur Unbefugtheit der Datenverwendung gelangen würde.

Eine computerspezifische Sichtweise verlangt für den Tatbestand des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB, dass der Täter irregulär auf den Datenverarbeitungsprozess eingewirkt hat. Dies kann in Form einer Datenmanipulation oder in Form einer unzulässigen Bedienung eines Programms geschehen.[39] Da der A das ec-Kartenterminal ordnungsgemäß bediente und auf die dabei ablaufenden Datenübermittlungsprozesse nicht manipulierend einwirkte, würde nach dieser Sichtweise der Tatbestand zu verneinen sein.

Eine weitere, eher computerspezifische Ansicht, stellt darauf ab, ob im Programmablauf die Befugnis zur Verwendung der Daten – bspw. in Form einer Passwortabfrage – selbst überprüft wird. Wird dann unberechtigt ein Zugangscode o.ä. im Programm eingegeben, soll die Unbefugtheit der Datenverwendung zu bejahen sein.[40] Da aber aufgrund der Abbuchung von 50 € die Abfrage einer PIN unterbleibt und auch sonst die Berechtigung des A zur Nutzung der Kartendaten oder zur Abbuchung des Geldes nirgendwo überprüft wird, käme auch diese Sichtweise zu einer Verneinung des § 263a StGB.

Die h.M. interpretiert § 263a StGB aufgrund seiner Nähe zu § 263 StGB betrugsspezifisch. Sie fragt danach, ob die jeweilige Verwendung der fremden Daten gegenüber einem Menschen als eine (konkludente) Vorspiegelung der Verwendungsbefugnis zu deuten wäre.[41] Es wäre also zu fragen, ob ein fiktiver Bankangestellter, dem die vermeintliche Zahlungsanweisung der O samt deren ec-Karte durch den A vorgelegt würde, über die Berechtigung des A getäuscht würde. Hierzu führt das OLG Hamm in einem jüngst entschiedenen Verfahren wie folgt aus:

> „[Es fehlt] bei den hier vorliegenden kontaktlosen Einsätzen einer ec-Karte […], bei denen die PIN bei der Bezahlung gerade nicht abgefragt wird, an der Betrugsähnlich-

[36] BGH NJW 2007, 1760.

[37] *Hefendehl*, in: Erb/Schäfer (Fn. 1), § 263 Rn. 1224.

[38] *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 16; *Hefendehl/Noll*, in: Erb/Schäfer (Fn. 1), § 263a Rn. 76; *Kindhäuser* (Fn. 6), § 263a Rn. 27.

[39] *Arloth*, CR 1996, 359 (364); *Neumann*, StV 1996, 375.

[40] *Achenbach*, JR 1994, 293 (295); *ders.*, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, 2002, S. 481 (494).

[41] *Hefendehl/Noll* (Fn. 38), § 263a Rn. 78; *Kindhäuser* (Fn. 6), § 263a Rn. 25; *Wittig* (Fn. 38), § 15 Rn. 16.

> keit. Denn anders als in den Fällen, in denen der Bankcomputer die PIN vom Kartenverwender abfragt, wird hierbei die Berechtigung desjenigen, der den elektronischen Zahlungsvorgang durch Vorhalten der Karte vor das Lesegerät auslöst, gerade nicht durch Anwendung einer starken Kundenauthentifizierung […] überprüft. Stattdessen überprüft der Computer der Sparkasse als kartenausgebendem Kreditinstitut in der Autorisierungszentrale lediglich, ob die Karte in keine Sperrdatei eingetragen ist, der Verfügungsrahmen nicht überschritten wird und ob die Voraussetzungen für das Absehen von der PIN-Abfrage […] gegeben sind. Bereits bei Vorliegen dieser Voraussetzungen erteilt der Bankcomputer eine elektronische Autorisierung der Zahlung, die dem Händler übermittelt wird. Gegenüber einem an die Stelle des Bankcomputers in der Autorisierungszentrale tretenden Bankangestellten würden also auch nur die Einhaltung des Verfügungsrahmens, die Nicht-Eintragung in eine Sperrdatei und das Vorliegen der Voraussetzungen für das Absehen von der starken Kundenauthentifizierung erklärt. Nicht erklärt würde hingegen, dass die Voraussetzungen zur vollen Überprüfung der materiellen Berechtigung zur Kartennutzung vorliegen. Damit aber würde ein fiktiver menschlicher Bankangestellter an Stelle des Bankcomputers auch keinem dahingehenden Irrtum bezüglich der Berechtigung unterliegen, womit es an der für die Unbefugtheit erforderlichen Betrugsähnlichkeit fehlt."[42]

Hiergegen wird eingewandt, in der Verwendung einer unberechtigt erlangten fremden ec-Karte liege auch dann eine konkludente Täuschung über die Nutzungsberechtigung, wenn die Zahlungsabwicklung ohne Abfrage der PIN erfolgt. Dass durch die Kartennutzung im Wege der kontaktlosen Zahlung die Berechtigung zur Verwendung der Karte konkludent erklärt wird, könne nicht aus normativen Gründen in Abrede gestellt werden.[43] Der Verzicht auf die PIN sei an Voraussetzungen gebunden, die der Täter im Vorhinein nicht sicher erkennen könne (z.B. wird eine Sicherheitsabfrage nach jeder fünften Abbuchung durchgeführt, meist wird der Täter aber die Anzahl der vorangegangenen Verfügungen nicht kennen). Die PIN-Abfrage hänge folglich mehr oder minder vom Zufall ab. Daher werde bei Nutzung der Karte konkludent miterklärt, dass der Täter Berechtigter sei und die Berechtigung ggf. auch nachweisen könne.[44]

Dies überzeugt nicht. Auf die Frage der Nutzungsberechtigung kommt es beim *konkreten* Bezahlvorgang ggf. überhaupt nicht an, sofern mangels PIN-Abfrage eine solche nicht geprüft werden muss. Neben der prinzipiellen Frage, inwiefern konkludente Erklärungen überhaupt Relevanz i.R.d. § 263a StGB entfalten können, da sie von einer Maschine nicht erkannt und verstanden werden, wäre also zu klären, warum die Berechtigung trotz des bewussten und gewollten Verzichts auf deren Prüfung beim konkreten Bezahlvorgang gleichwohl vom Kartennutzer *stets* miterklärt werden sollte.[45] Mit der Ausgestaltung des kontaktlosen Bezahlverfahrens, bei dem eine PIN-Abfrage nach allseitigem Einverständnis nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen soll, haben die betreffenden Parteien klargemacht, dass die Frage der Berechtigung aus Sicherheitsgründen nur in den hierfür vorgesehenen Fällen Bedeutung erlangen soll. Jedenfalls im Bereich der Kleinstbetragszahlungen soll die Abfrage der Nutzungsberechtigung dabei die Ausnahme und nicht die Regel sein. Dies muss bei der Frage nach dem konkludent Erklärten berücksichtigt werden. Die „Miterklärung" der Berechtigung abstrakt mit einem gewissen Zufallsmoment zu begründen, ist ein interessanter Ansatz; den Inhalt als ein generelles „Ich darf und ich kann es notfalls beweisen" zu deuten, ist aber (auch mit Blick auf die Verkehrsanschauung) eine eher gewollte Fiktion unter Ausnutzung des schwammigen Vehikels der konkludenten Täuschung. Es liegt näher, von einer behaupteten Berechtigung erst dann auszugehen, wenn das ec-Terminal im Rahmen einer PIN-Abfrage auch explizit danach gefragt hat. Selbst wenn man aber von einer entsprechenden schlüssigen Erklärung ausgehen möchte, würde es jedenfalls an einem Irrtum bei einem fiktiven Angestellten fehlen, da sich dieser weder über die Berechtigung noch über die Fähigkeit zu deren Nachweis (auch nicht im Wege eines etwaigen sachgedanklichen Mitbewusstseins) irgendwelche Gedanken macht. Auf eine Authentifizierung wurde im konkreten Fall ja gerade zugunsten einer schnellen Zahlungsabwicklung verzichtet. Gegenüber einem Menschen wäre § 263 StGB mithin zu verneinen; würde man nunmehr § 263a StGB bejahen, so würde man den Gleichlauf beider Tatbestände, der von der betrugsspezifischen Auslegung angestrebt wird, verlassen.

Insgesamt ist eine Betrugsäquivalenz damit zu verneinen.

Somit würde lediglich die subjektive Betrachtungsweise zu einer Strafbarkeit des A gelangen. Indes spricht gegen diese Auffassung, dass sie den Tatbestand extrem weit ausdehnt. Da § 263a StGB Lücken des § 263 StGB in technologischer Hinsicht schließen soll, spricht dies eher für eine an § 263 StGB orientierte Tatbestandsauslegung, auch um die (ausufernde) Einbeziehung solcher Fälle unter den Computerbetrug zu verhindern, die – wären sie gegenüber einem Menschen geschehen – nicht strafbar gewesen wären.[46] Ein unbefugtes Verwenden von Daten ist somit zu verneinen.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Computerbetrugs gem. § 263a StGB strafbar gemacht.

[42] OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 22. I.E. ebenso *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 676 f.; *dies*., NStZ 2020, 697 (700 ff.); *Göhler*, JR 2021, 6 (17 f.); *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (495 f.).

[43] *Schmidt*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 16), § 263a Rn. 29.

[44] *Puschke/Haas*, RdZ 2022, 4 (8 f.).

[45] Vgl. erg. *Hefendehl/Noll* (Fn. 38), § 263a Rn. 109.

[46] Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 14 Rn. 16.

II. Scheck- und Kreditkartenmissbrauch, § 266b StGB

Eine Strafbarkeit wegen Scheck- und Kreditkartenmissbrauchs gem. § 266b StGB scheidet aus, da die Norm nur Missbräuche durch den berechtigten Karteninhaber umfasst[47] und der A damit als tauglicher Täter von vornherein ausscheidet.

III. Fälschung beweiserheblicher Daten, §§ 269 Abs. 1, Abs. 3, 270, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB bzgl. des Auslesens der Kartendaten und der Einleitung der Daten in den Zahlungsverkehr

Indem A mithilfe des ec-Kartenlesegeräts die Kontodaten der O auslas und in den Zahlungsverkehr einleitete, könnte er sich einer Fälschung beweiserheblicher Daten in einem besonders schweren Fall gem. §§ 269 Abs. 1, Abs. 3, 270, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt: Beweiserhebliche Daten

Dazu müsste es sich bei den ausgelesenen Informationen um Daten handeln, die auch beweiserheblich sind.

Daten sind Informationen, die Gegenstand eines Datenverarbeitungsvorgangs sein können und die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert oder übermittelt werden.[48] Bei den auf dem Magnetstreifen oder Chip einer ec-Karte hinterlegten Informationen handelt es sich um Daten i.S.d. § 269 Abs. 1 StGB.

Diese müssten auch beweiserheblich sein. Dies ist der Fall, wenn die Daten dazu bestimmt sind, bei ihrer Verarbeitung im Rechtsverkehr als Beweisdaten für rechtlich erheblichen Tatsachen benutzt zu werden.[49] Die Kartendaten einer ec-Karte dienen im Zahlungsverkehr dazu, die Zahlungsanweisung an eine Bank einem bestimmten Kunden bzw. einem bestimmten Konto zuzuordnen. Für die Abwicklung von Kartenzahlungen handelt es sich somit um Daten, die auch beweiserheblich sind.

Ein taugliches Tatobjekt liegt also vor.

b) Tathandlung: Speichern, Verändern, Gebrauchen

A könnte die Daten gespeichert haben. Speichern ist das Erfassen der Daten zum Zwecke der weiteren Verarbeitung.[50] Die Kartendaten werden durch das ec-Terminal ausgelesen und gemeinsam mit den übrigen Zahlungsdaten (Ort, Zeit, Geldbetrag) im Lesegerät hinterlegt, um sie später in den Zahlungsverkehr einleiten zu können. Ein Speichern liegt somit vor.

Des Weiteren könnte A die gespeicherten Daten gebraucht haben. Ein Gebrauchen liegt in jedem Zugänglichmachen der Daten an Dritte.[51] Hier hat A die Daten in den Zahlungsverkehr eingeleitet und so den entsprechenden Zahlungsdienstleister und schließlich auch der Bank des Karteninhabers zugänglich gemacht.

Damit liegt auch ein Gebrauchen der gespeicherten Daten vor.

c) Hypothetische unechte/verfälschte Urkunde

Die (gebrauchten) Daten müssten schließlich so gespeichert worden sein, dass bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde.[52]

Die ausgelesenen Kartendaten könnten in Verbindung mit den übrigen Zahlungsdaten eine hypothetische unechte Urkunde darstellen. Insbesondere müsste es sich um eine Gedankenerklärung handeln, die im Rechtsverkehr zum Beweis geeignet und bestimmt ist und die einen Aussteller erkennen lässt.[53] Unecht wäre diese Urkunde, wenn der aus ihr hervortretende Aussteller nicht mit dem tatsächlichen übereinstimmt.[54]

Zur Beweiserheblichkeit wurde bereits Stellung bezogen, so dass lediglich fraglich ist, ob sich aus den übermittelten Daten ein Aussteller erkennen lässt und wem ggf. die betreffende Gedankenerklärung als Aussteller zuzurechnen ist.

aa) Gedankenerklärung und deren Zuordnung

Zunächst ist zu klären, welche Gedankenerklärung mit den gespeicherten Daten transportiert wird und wem diese Gedankenerklärung ggf. zugeordnet werden kann.

Teilweise wird vertreten, dass die Transaktionsdaten den Überweisungsauftrag des Karteninhabers an das kartenausgebende Kreditinstitut „verkörpern".[55] Die Gedankenerklärung (also die Anweisung an die Bank) würde somit vom Karteninhaber als Aussteller herrühren.

Nach anderer Ansicht sei im Falle des § 269 StGB die Gedankenerklärung stets dem Betreiber der Datenverarbeitungsanlage zuzurechnen. Im Falle der Nutzung eines POS-Terminals werde erklärt, mit der Karte Nr. X sei am Datum Y zur Uhrzeit Z im Markt A an der Kasse Z ein Rechnungsbetrag i.H.v. N € kontaktlos zur Zahlung angewiesen worden. Für diese Sichtweise spreche, dass der Dateninput nicht nur vom Karteninhaber herrühre, vielmehr ziehe das Kartenterminal zusätzlich Daten aus dem Kassensystem eines Terminalinhabers heran, so dass der Dateninput aus mehreren Quellen stammt. Welche Daten genau herangezogen werden, bestimme aber letztlich der Betreiber des Lesegeräts, so dass diesem die Erklärung auch zuzurechnen sei.[56]

Dieser Ansicht ist jedoch zu widersprechen. Zwischen Karteninhaber und Kartenausgeber (der Bank) entsteht mit Ausgabe der ec-Karte ein Dauerschuldverhältnis in Form eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages nach den

[47] *Rengier* (Fn. 1), § 19 Rn. 3.
[48] Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 35 Rn. 1.
[49] Vgl. *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 269 Rn. 9.
[50] Siehe erg. *Heine/Schuster* (Fn. 49), § 269 Rn. 16.
[51] Vgl. *Erb*, in: Erb/Schäfer (Fn. 1), § 269 Rn. 38.
[52] *Heine/Schuster* (Fn. 49), § 269 Rn. 18.
[53] Vgl. *Erb* (Fn. 51), § 267 Rn. 25.
[54] *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 44. Aufl. 2021, Rn. 808.
[55] Vgl. *Rossa*, CR 1997, 219 (226); *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 697 (699).
[56] Vgl. zum Ganzen *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (496 f.); dagegen und i.E. wie hier *Puschke/Haas*, RdZ 2022, 4 (10).

§§ 675, 631 BGB.[57] In der Eingabe der Karte (und der PIN) in das ec-Terminal liegen einzelne Weisungen des Karteninhabers, die durch den Zahlungsdienstleister an den Kartenausgeber übermittelt werden. Zivilrechtlich gesehen liegt in der Nutzung der Karte am Lesegerät also die Anweisung an die Bank, den geforderten Betrag durch Abbuchung vom Konto des Kontoinhabers zu begleichen.[58] Gerade auf diese Anweisung kommt es der Bank auch an, da ohne eine entsprechende Autorisierung durch den Kontoinhaber eine Abbuchung von dessen Konto nicht erfolgen darf.[59] Zwar gibt die Bank mit Meldung der Zahlungsanweisung gegenüber dem Terminalinhaber ein abstraktes Schuldversprechen (§ 780 BGB) dahingehend ab, den geforderten Betrag in jedem Falle zu begleichen[60], jedoch dient dieses Versprechen lediglich als zusätzliche Absicherung der Funktionstüchtigkeit des POS-Zahlungssystems und ändert nichts daran, dass durch den Datentransfer primär eine Zahlungsanweisung, also eine Gedankenerklärung des Karteninhabers, transportiert wird.[61] Terminalinhaber und Zahlungsdienstleister fungieren allenfalls als Boten ohne eigene Erklärungen zu übermitteln.[62] Würde man der Gegenansicht folgen und in der Datenverarbeitung die Erklärung des Betreibers der Datenverarbeitungsanlage sehen, dass ein Kunde eine Zahlung angewiesen habe, so fragt sich, wem gegenüber im Zeitpunkt der Zahlung dann die eigentliche Anweisungserklärung des Karteninhabers erfolgt sein soll. Denn eine direkte Erklärung gegenüber der Bank unter Nutzung der Zahlungshard- und -software scheint ja gerade nicht vorzuliegen. Dass die Bank bereits auf die Behauptung, es sei durch einen Kunden eine Anweisung erfolgt, leistet, erscheint eher zweifelhaft.

Somit liegt in der Nutzung des Zahlungssystems eine Gedankenerklärung, die O zuzuordnen ist (a.A. vertretbar).

bb) Erkennbarkeit eines Ausstellers

Fraglich ist nun aber, ob sich durch den Verzicht auf die Eingabe einer PIN ein Aussteller der hypothetischen Urkunde ermitteln lässt.

Dies wird teilweise verneint. Hierzu führt das OLG Hamm aus:

> „Zwar werden bei dem Einsatz einer ec-Karte im POS-Verfahren am Kartenlesegerät die Transaktionsdaten (z.B. Kontonummer und Gültigkeitsdatum der ec-Karte) als Gedankenerklärung in das Autorisierungssystem eingelesen. Allerdings ist in Bezug auf die Transaktionsdaten bei den hier vorliegenden kontaktlosen Zahlungen mittels ec-Karte ohne PIN-Abfrage die Garantiefunktion des Urkundenbegriffs nicht erfüllt. […] Die Eingabe der PIN ermöglicht herkömmlicherweise die Identifikation des Anweisenden zum Zeitpunkt der Erteilung des Auftrags am Kartenlesegerät. Weil die PIN ausschließlich dem berechtigten Karteninhaber von dem kartenausgebenden Kreditinstitut unter Auferlegung einer Geheimhaltungspflicht mitgeteilt wird, erlaubt sie den Rückschluss, dass derjenige, der die Karte unter Verwendung der PIN im POS-Verfahren einsetzt, auch der berechtigte Karteninhaber ist. Sie bewirkt also eine Zuordnung der Gedankenerklärung zu dem berechtigten Karteninhaber als (vermeintlichem) Aussteller. Bei den hier vorliegenden kontaktlosen Bezahlvorgängen ohne PIN-Abfrage fehlt es dagegen an einer vergleichbaren Identifikationsmöglichkeit des Anweisenden. Denn der für die Anweisung hier allein erforderliche unmittelbare Besitz an der ec-Karte garantiert gerade nicht genauso wie die gleichzeitige Abfrage der herkömmlicherweise nur dem Berechtigten bekannten PIN, dass derjenige, der die Karte einsetzt, auch der berechtigte Karteninhaber ist. Die Eingabe der Transaktionsdaten ist damit nicht in einer von dem Urkundenbegriff vorausgesetzten Weise einer Person eindeutig zuzuordnen.“[63]

Diese Argumentation überzeugt wiederum nicht.[64] Über die Daten, die im Rahmen des Bezahlvorgangs übermittelt werden, lässt sich jedenfalls für die Bank nachvollziehen, welche Karte an einem bestimmten Terminal genutzt wurde und zu wem bzw. zu welchem Konto diese Karte gehört. Derlei Informationen wären für die Zuordnung der Gedankenerklärung zu einer bestimmen Person nur dann gänzlich nutzlos, wenn die ec-Karte von jedem beliebigen Dritten genutzt werden dürfte und mehr oder weniger frei zirkulieren könnte. Eine sichere Zuordnung der Erklärung zum berechtigten Karteninhaber als (vermeintlichem) Urheber wäre dann richtigerweise nicht möglich. In diesem Falle wäre der Gegenauffassung zuzustimmen. Allerdings ist zu beachten, dass zwischen ec-Karte und Karteninhaber eine enge Verbindung besteht. In den vom Bankenverband zur Verfügung gestellten Musterbedingungen für die Girocard heißt es, dass die betreffende Karte für das auf ihr angegebene Konto gilt und dass sie nur auf den Namen des Kontoinhabers oder eines Dritten ausgestellt werden kann, welchem der Kontoinhaber Kontovollmacht erteilt hat. Die Zahlungskarte ist folglich konto- und vor allem personengebunden und darf daher nur von der auf ihr bezeichneten Person verwendet werden; die Zuordnung der Karte zu ihrem Inhaber oder ihrer Inhaberin ist eine höchstpersönliche.[65] Zudem obliegt es laut den betreffenden

[57] *Graf v. Westphalen*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020. § 675f Rn. 126.
[58] *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 675f Rn. 52, 60/61.
[59] §§ 675j, 675u BGB.
[60] *Fischer*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 675 Rn. 74.
[61] Vgl. *Haertlein*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 6, 4. Aufl. 2019, Teil 1 E. Rn. 246.
[62] *Casper*, in: Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 8. Aufl. 2020, § 675f Rn. 21.
[63] OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 27 ff.; so auch *Göhler*, JR 2021, 6 (20); *Eisele*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2022, § 63 Rn. 139.
[64] Vgl. zum Folgenden *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 673 (677) m.w.N.; zust. *Kulhanek*, wistra 2021, 220 (224); insofern ebenfalls zweifelnd *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (496).
[65] Vgl. zum Ganzen *Haertlein* (Fn. 61), Teil 1 E. Rn. 26, 48, m.w.N.

Banken-AGB dem jeweiligen Karteninhaber, die Karte mit besonderer Sorgfalt aufzubewahren, um zu verhindern, dass sie abhandenkommt oder missbräuchlich verwendet wird.[66] Verletzt er diese Pflicht, kann er sich gegenüber dem Kreditinstitut ersatzpflichtig machen (vgl. § 675v BGB). Aus alldem kann herausgelesen werden, dass die Nutzung der ec-Karte im Prinzip ausschließlich durch den dazu berechtigten Karteninhaber selbst erfolgen soll. Somit kann beim Einsatz der ec-Karte nach allgemeiner Verkehrsanschauung eine hinreichend gesicherte Zurechnung der Gedankenerklärung zum berechtigten Karteninhaber auch ohne gesonderte Authentifizierung durch PIN-Eingabe erfolgen. Der Garantiefunktion wird daher genügt. Eine Quasiurkunde liegt damit vor.

cc) Unechtheit der Quasiurkunde

Da die hypothetische Urkunde von A stammt und nicht von O als vermeintliche Ausstellerin, ist diese unecht.

d) Zwischenergebnis

A hat somit beweiserhebliche Daten gefälscht.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Tatvorsatz

A wollte gerade die betreffenden Daten mithilfe des ec-Terminals auslesen und in den Zahlungsverkehr einleiten. Auch wusste er um die Beweiserheblichkeit der Daten, damit handelte er vorsätzlich.

b) Zur Täuschung im Rechtsverkehr

Zudem hatte er die Absicht, der Bank der O die Erteilung einer Zahlungsanweisung vorzuspiegeln. Damit hatte er auch die erforderliche Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr. Dass hier aufgrund der automatischen Datenübermittlung keine natürlichen Personen in die Abläufe involviert waren und somit nicht getäuscht werden konnten, ist unerheblich, da § 270 StGB die fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung einer Täuschung im Rechtsverkehr gleichstellt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafzumessung, §§ 269 Abs. 3, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB

Schließlich könnte ein besonders schwerer Fall der Fälschung beweiserheblicher Daten gem. §§ 269 Abs. 3, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB in Betracht kommen. A könnte bei seiner Tat gewerbsmäßig gehandelt haben. Gewerbsmäßig handelt, wer sich aus der wiederholten Begehung von Urkundendelikten eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und nicht unerheblicher Dauer verschaffen möchte.[67] Da A auch künftig in ähnlicher Weise an Geldmittel gelangen möchte, um seinen Lebensunterhalt aufzubessern, könnte eine Gewerbsmäßigkeit zu bejahen sein.

Teilweise wird jedoch die Indizwirkung des Regelbeispiels bei lediglich einer Tatausführung verneint. Die Gewerbsmäßigkeit sei kein rein subjektives Merkmal, sondern charakterisiere die Tat auch objektiv. Daher müsse sich der jeweilige Diebstahl als Realisierung eines auf fortlaufende Einkünfte bezogenen Planungszusammenhangs darstellen, der objektiv die Begehung mehrerer Taten voraussetzt.[68] Jedoch interpretiert die wohl h.M. das Tatbestandsmerkmal vor allem subjektiv, so dass beim Vorliegen entsprechender Absichten bereits die erste Tat das Regelbeispiel auslösen kann.[69]

Folgt man der h.M. so liegt das Regelbeispiel vor. Damit hat A das Regelbeispiel der §§ 269 Abs. 3, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB erfüllt (a.A. aber vertretbar).

5. Ergebnis

A hat sich einer Fälschung beweiserheblicher Daten gem. §§ 269 Abs. 1, Abs. 3, 270, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB schuldig gemacht.

IV. Fälschung beweiserheblicher Daten, § 269 Abs. 1 StGB bzgl. der Überschreibung des Verfügungsrahmens

Eine Fälschung beweiserheblicher Daten i.S.d. § 269 Abs. 1 StGB könnte auch in der Überschreibung des Verfügungsrahmens auf der Karte der O zu sehen sein. Dagegen spricht allerdings, dass es sich bei diesem Vorgang quasi um eine Rückantwort des Systems bzw. des Chips auf die angebliche Zahlungsanweisung handelt, durch die vermerkt wird, dass sich der ursprüngliche Verfügungsrahmen im Zuge der angewiesenen Transaktion vermindert hat. Diese Erklärung ist jedoch nicht dem Karteninhaber, sondern dem Systembetreiber bzw. der kartenausgebenden Bank zuzurechnen, eine fiktive Urkunde wäre damit echt. Eine Strafbarkeit aus § 269 Abs. 1 StGB scheidet daher aus.

V. Urkundenunterdrückung, § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Indem der ursprüngliche Verfügungsrahmen überschrieben wurde, könnte sich A einer Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Beweiserhebliche Daten

Die Daten hinsichtlich des Verfügungsrahmens müssten beweiserhebliche Daten sein. Gem. § 202a Abs. 2 StGB, auf den § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB verweist, sind dabei nur solche Daten erfasst, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden.[70] Der Verfügungsrahmen wird auf dem Chip bzw. dem Magnetstreifen der Karte gespeichert, so dass Daten i.S.d.

[66] *Haertlein* (Fn. 61), Teil 1 E. Rn. 87.
[67] *Puppe/Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 6), § 267 Rn. 115.
[68] Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 6), § 243 Rn. 27.
[69] BGH NStZ 1995, 85; *Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 243 Rn. 31; *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 243 Rn. 22.
[70] *Heine/Schuster* (Fn. 49), § 274 Rn. 22c.

§§ 274 Abs. 1 Nr. 2, 202a Abs. 2 StGB vorliegen.[71] Diese dienen dem Kunden, vor allem aber der Bank zum Nachweis verbleibender Verfügungsbefugnisse über das Kontoguthaben.[72] Damit sind die Daten auch beweiserheblich.

b) Fehlende Verfügungsbefugnis

A dürfte auch nicht zur Verfügung über die Daten befugt gewesen sein. Das Erfordernis des „Verfügendürfens" in § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist ebenso zu verstehen wie das „Gehören" i.S.d. Abs. 1 Nr. 1, daher kommt es nicht darauf an, wem die Daten als Eigentum „gehören", sondern wer mithilfe der Daten beweisführungsbefugt ist.[73] Die Informationen über den Verfügungsrahmen „gehören" in diesem Sinne nicht dem A, weshalb er auch nicht über diese verfügen durfte.

c) Löschen oder Verändern

Die Daten müsste A gelöscht, unterdrückt, unbrauchbar gemacht oder verändert haben. Je nachdem, ob man davon ausgeht, dass im Zuge der Transaktion der ursprüngliche Verfügungsrahmen gelöscht und durch den angepassten Betrag ersetzt wurde, oder ob man davon ausgeht, dass die Verfügung zusätzlich auf der Karte gespeichert wird, ist die Handlungsvariante des „Löschens" oder des „Veränderns" hier gegeben.[74] Jedenfalls liegt eine taugliche Tathandlung vor.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Tatvorsatz

A wusste, dass es sich bei den Daten bzgl. des Verfügungsrahmens um beweiserhebliche Daten handelte. Zudem wusste er, dass er nicht befugt war, über diese Daten zu verfügen. Aufgrund seines beruflichen Wissens war ihm auch klar, dass die betreffenden Daten gelöscht bzw. geändert werden würden. Er handelte insgesamt mithin vorsätzlich.

b) Nachteilszufügungsabsicht

Schließlich müsste A auch mit Nachteilszufügungsabsicht gehandelt haben. Diese ist gegeben, wenn dem Täter mindestens bewusst war (dolus directus II), dass er durch sein Verhalten einen Nachteil beim Tatopfer hervorruft.[75] Nachteil ist dabei jede (nicht notwendig vermögensrechtliche) Beeinträchtigung eines fremden Beweisführungsrechts.[76] Durch die Löschung bzw. Veränderung des ursprünglichen Verfügungsrahmens werden die diesbzgl. bestehenden Beweisführungsrechte der O beeinträchtigt, so dass ein Nachteil zu bejahen ist. Da A die technischen Abläufe und auch die Hintergründe elektronischer Kartenzahlungen bekannt waren, musste er auch gewusst haben, dass sein Verhalten zwangsläufig zu einer Beeinträchtigung fremder Beweisführungsinteressen führt. Daher handelte er mit Nachteilszufügungsabsicht[77] (a.A. hier bei entsprechender Begründung sehr gut vertretbar).

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich einer Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB schuldig gemacht.

VI. Ergebnis

Folgt man der hier vertretenen Lösung, so hat sich A wegen Fälschung beweiserheblicher Daten in einem besonders schweren Fall in Tateinheit mit einer Urkundenunterdrückung strafbar gemacht. Er ist mithin gem. §§ 269 Abs. 1, Abs. 3, 270, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB – § 52 StGB – § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu bestrafen.

Gesamtergebnis

Die Taten des A in den einzelnen Tatkomplexen stehen zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit. A hat sich folglich gem. §§ 266 Abs. 1 Var. 1, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB – § 53 StGB – §§ 269 Abs. 1, Abs. 3, 270, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1, 274 Abs. 1 Nr. 2, 52 StGB strafbar gemacht. B und C sind gem. §§ 266 Abs. 1 Var. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB zu bestrafen.

[71] Vgl. OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 37.
[72] Vgl. wiederum OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 37.
[73] *Heine/Schuster* (Fn. 49), § 274 Rn. 22d.
[74] *Altenhain*, JZ 1997, 752 (757 Fn. 56); i.E. ebenso OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 39.
[75] *Puppe/Schumann* (Fn. 67), § 274 Rn. 12.
[76] BGHSt 29, 192 (196); *Erb* (Fn. 51), § 274 Rn. 16; *Heger* (Fn. 2), § 274 Rn. 7.
[77] A.A. *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (497). Skeptisch bzgl. einer Nachteilszufügungsabsicht auch *Puschke/Haas*, RdZ 2022, 4 (10).

Anfängerübungsklausur: Alte Feindschaft

Von Rechtsanwalt Dr. **Julius-Vincent Ritz**, Stuttgart*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2021 als Prüfungsarbeit im Rahmen der Übung im Strafrecht für Anfänger gestellt. Bei 225 Teilnehmern und einer Nichtbestehensquote von 24 % lag die Durchschnittspunktzahl bei 5,57.

Sachverhalt

Seit O den T während einer Klausur wegen eines Täuschungsversuchs bei der Klausuraufsicht angeschwärzt hat, sind die beiden verfeindet. T plant deshalb, sich an O zu rächen und diesem einen gehörigen Schreck einzujagen. Zu diesem Zweck lockt T den O in einer stürmischen und regnerischen Nacht unter einem Vorwand in eine abgelegene Lagerhalle. Dabei rechnet T nicht damit, dass von O eine Gefahr ausgeht.

Als plötzlich ein Blitz in das Dach der Lagerhalle einschlägt, hält T den lauten Knall für einen Schuss aus einer Pistole. T glaubt, O müsse über eine Pistole verfügen und werde nun auf ihn schießen, weshalb sich nun auch T dazu berechtigt sieht, ohne jede Ankündigung auf O zu schießen. Sein eigenes Leben hält T aber nicht für gefährdet, da er O als lausigen Schützen einschätzt. T gibt daraufhin ohne vorherige Androhung des Schusswaffengebrauchs oder einen Warnschuss einen Schuss in Körperhöhe in Richtung des O ab, wobei er O lediglich außer Gefecht setzen will. Dessen Tod hält er nicht für möglich. O wird mit einem Streifschuss in die linke Schulter getroffen und trägt eine schmerzhafte Fleischwunde davon. Daraufhin gelingt ihm die Flucht. Tatsächlich führte O keine Waffe bei sich und hatte auch nicht vor, T irgendeinen Schaden zuzufügen.

Durch diese Vorkommnisse tief verstört kann O in nächster Zeit nicht zur Ruhe kommen. Um nicht mehr in ständiger Angst vor T leben zu müssen und diesem wieder Respekt vor ihm einzubläuen, begibt er sich zu dessen Wohnung. Er will an der Wohnungstür des T klingeln und jenem, falls dieser öffnet, mit einem Fausthieb ein blaues Auge verpassen. Da O aber bekannt ist, dass T mit seiner zweijährigen Tochter zusammenwohnt, und O schon immer ein Herz für Kinder hatte, will er seinen Plan nur verwirklichen, wenn T allein – ohne seine Tochter – an der Tür erscheint. Auf das Klingeln des O hin öffnet T mit seiner Tochter auf dem Arm die Tür. Unverrichteter Dinge wendet sich O zum Gehen und zieht von dannen.

Den unangekündigten Besuch will T wiederum nicht auf sich sitzen lassen. Er spannt nachts einen Draht vor der vermeintlichen Wohnungstür des O, damit dieser beim Hinaustreten aus der Wohnung stolpert und ungehindert zu Boden fällt. Daraufhin verlässt T den Tatort. Dem Klingelschild hat er keine Beachtung geschenkt. Etwaige Verletzungen des O hält er für möglich, nimmt diese gleichwohl billigend in Kauf. Was T nicht weiß, ist, dass es sich tatsächlich um die Wohnung des Nachbarn N handelt. Als N am nächsten Morgen auf dem Weg zur Arbeit aus der Tür tritt, bleibt er an dem Stolperdraht hängen, fällt zu Boden und bricht sich hierbei den rechten Arm.

Bearbeitungsvermerk

Wie haben sich T und O strafbar gemacht? Zu prüfen sind nur Straftatbestände des StGB mit Ausnahme der §§ 211, 224 StGB. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Lagerhalle

Hinweis: Der 1. Tatkomplex orientiert sich an der Entscheidung BGH, Urt. v. 27.10.2015 – 3 StR 199/15 = NStZ 2016, 333.

A. Strafbarkeit des T

I. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB scheitert hier bereits am fehlenden Tötungsvorsatz des T.

II. § 223 Abs. 1 StGB

T könnte sich durch die Schüsse auf O wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand setzt eine körperliche Misshandlung oder eine Gesundheitsschädigung voraus. Eine körperliche Misshandlung zeichnet sich durch eine üble, unangemessene Behandlung aus, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.[1] Die Gesundheitsschädigung wird wiederum als Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands definiert.[2]

Der Schuss auf O stellt ohne Zweifel eine üble und unangemessene Behandlung dar, die die körperliche Unversehrtheit des O aufgrund der Fleischwunde mehr als nur unerheblich beeinträchtigte. Eine körperliche Misshandlung liegt mithin vor. Jene Fleischwunde stellt bei O auch einen vom Normalzustand abweichenden krankhaften Zustand dar, weshalb auch eine Gesundheitsschädigung vorliegt

Der Schuss ist hierbei kausal, da er nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Körperverletzungserfolg entfiele. Dieser Körperverletzungserfolg ist dem T auch objektiv zurechenbar, da der Schuss ein rechtlich missbilligtes Risiko darstellt, das sich letztlich im Erfolg realisiert hat.

2. Subjektiver Tatbestand

T handelte zielgerichtet, um O außer Gefecht zu setzen, mithin mit dolus directus 1. Grades.

---

* Der *Autor* ist Rechtsanwalt in Stuttgart. Die Klausur entstand im Zuge seiner Tätigkeit als Wiss. Mitarbeiter an der Eberhard Karls Universität Tübingen am Lehrstuhl von Prof. *Dr. Bernd Hecker*.

[1] BGH NJW 1960, 1477 (1478).
[2] BGH NJW 1989, 781 (783).

3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist jedoch, ob T rechtswidrig handelte. Grundsätzlich indiziert die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens auch die Rechtswidrigkeit,[3] weshalb diese nur ausscheidet, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Hier kommt Notwehr nach § 32 StGB in Betracht. Dafür müsste zunächst eine Notwehrlage gegeben sein. Diese setzt einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff voraus.

Ein Angriff ist jedes menschliche Verhalten, das ein Rechtsgut bedroht.[4] Daran fehlt es aber bereits, da O tatsächlich über keine Waffe verfügte und auch keinerlei Intention hatte, T überhaupt zu attackieren. Demzufolge scheitert eine Rechtfertigung über § 32 StGB. Weitere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

4. Schuld

Zu klären ist ferner, ob T schuldhaft handelte.

a) Erlaubnistatbestandsirrtum (ETBI)

Zu erwägen ist zunächst ein sog. ETBI. Dieser zeichnet sich durch eine Fehlvorstellung des Täters über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes aus.[5] Bekanntermaßen sind dessen Rechtsfolgen strittig.[6] Darauf kommt es jedoch einzig dann an, wenn bei einer hypothetischen Prüfung des Rechtfertigungsgrund anhand der Vorstellung des Täters überhaupt die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wäre.

> *Hinweis*: Es ist ebenfalls möglich, dass Studierende dies bereits auf Ebene des Vorsatzes, der Rechtswidrigkeit oder als eigenen Prüfungspunkt zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld erörtern.

Demnach muss untersucht werden, ob nach der Vorstellung des T ein Rechtfertigungsgrund vorlag. Zu erörtern ist die Notwehr nach § 32 StGB.

Fraglich ist also, ob eine Notwehrlage nach dem Vorstellungsbild des T gegeben war. T ging davon aus, dass O über eine Pistole verfügen und als nächstes auf ihn schießen würde. Dies würde eine Bedrohung der körperlichen Unversehrtheit des T und mithin einen Angriff darstellen. Ein solcher Angriff wäre auch gegenwärtig[7], da er unmittelbar bevorstand.

Einer etwas genaueren Prüfung bedarf die Rechtswidrigkeit dieses Angriffs. Jene bemisst sich danach, ob der Angriff nicht seinerseits gerechtfertigt war.[8] Würde O tatsächlich auf T schießen, sähe er sich in diesem Moment zumindest keines gegenwärtigen Angriffes auf seine Rechtsgüter ausgesetzt. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass T bereits vor dem vermeintlichen Schuss des O Anstalten machte, O seinerseits anzugreifen. Ein Angriff des O wäre insoweit auch rechtswidrig. Nach der Vorstellung des T war deshalb eine Notwehrlage gegeben.

Augenmerk verdient weiterhin die hypothetische Notwehrhandlung des T. Diese erfordert eine Reaktion, die geeignet, erforderlich und geboten ist. Geeignetheit liegt vor, wenn das Notwehrmittel grundsätzlich in der Lage ist, den Angriff sofort und endgültig zu beenden.[9] Dies dürfte bei einem Schuss mit einer Pistole auf einen vermeintlichen Angreifer angesichts der unklaren Sachlage am Tatort jedenfalls der Fall sein.

Eine Notwehrhandlung ist erforderlich, wenn sie das relativ mildeste Mittel darstellt.[10] Hierbei braucht sich ein Notwehrübender gerade nicht auf Obrigkeitshilfe verweisen zu lassen.[11]

> *Hinweis*: Das folgende Problem kann auch im Rahmen der Gebotenheit erörtert werden.

Der BGH vertritt die Auffassung, dass bei dem Gebrauch einer Schusswaffe aufgrund deren besonderer Gefährlichkeit eine Abstufung vor deren Einsatz vorzunehmen ist:[12] Sofern es dem Schießenden möglich ist, soll dieser zunächst eine Warnung aussprechen. Falls diese nicht erfolgreich ist, folgt ein Warnschuss („Schutzwehr"). Nur wenn dieser ebenfalls nicht zur Abwendung des Angriffes führt, darf tatsächlich zielgerichtet auf den Angreifenden geschossen werden („Trutzwehr"). Aufgrund der erheblichen Eingriffsintensität und der potentiellen Gefahren, die ein Schusswaffengebrauch mit sich bringt, überzeugt diese Abstufung des BGH.

Dem T war es, wie er auch erkannt hat, durchaus noch möglich, vor einem etwaigen Schuss seinerseits einen Warnschuss abzugeben oder sogar zuvor noch einen Warnruf auszusprechen. Denn er ging nicht davon aus, dass eine Gefahr für sein Leben bestand, auf die er unmittelbar und ohne Rücksicht auf Konsequenzen reagieren müsste, da er einen (tödlichen) Treffer des O für abwegig hielt. Er unterließ es jedoch, eine Warnung auszusprechen oder einen Warnschuss abzugeben. Demzufolge wird das Verhalten des T selbst nach dessen Vorstellungsbild den Anforderungen, die an seine Notwehrhandlung zu stellen sind, nicht gerecht.

> *Hinweis*: Eine Auseinandersetzung mit den Rechtsfolgen eines ETBI wäre an dieser Stelle mithin verfehlt. Sollten Studierende diese dennoch vornehmen, wird dies regelmäßig zu einer fehlerhaften Schwerpunktsetzung führen.

b) Erlaubnisirrtum

Das Vorstellungsbild des T könnte gleichwohl einen anderen Irrtum begründen. Schließlich ging T davon aus, es bedürfe keiner vorherigen Ankündigung eines Schusses oder eines

[3] Krit. dazu *Momsen/Savic*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.8.2022, § 32 Rn. 11.
[4] *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 6.
[5] Statt vieler *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 16 Rn. 14.
[6] Dazu *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 5), § 16 Rn. 14 ff.
[7] BGH NJW 1995, 973 (973).
[8] *Rengier* (Fn. 4), § 18 Rn. 28.
[9] *Rengier* (Fn. 4), § 18 Rn. 33.
[10] *Rengier* (Fn. 4), § 18 Rn. 36.
[11] Im Detail *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 119 ff.
[12] BGH NStZ 2012, 272 (274).

Warnschusses, auch wenn dies noch möglich wäre. Insoweit meinte er, direkt zur Trutzwehr übergehen zu dürfen. Dabei handelt es sich aber seinerseits um einen Irrtum, und zwar um einen solchen über eine rechtliche Wertung, nämlich das Erlaubtsein seiner Notwehrhandlung. Man spricht bei einem solchem Irrtum von einem indirekten Verbotsirrtum oder einem Erlaubnisirrtum.[13]

Hier ist demzufolge die Konstellation eines sog. Doppelirrtums[14] gegeben, also die Kombination eines ETBI mit einem Erlaubnisirrtum nach § 17 StGB.

Hinweis: Dies Bezeichnung mag streng genommen etwas verfehlt sein, da die Voraussetzungen des vermeintlich ersten Irrtums – des ETBI – gar nicht vorliegen.[15] Schließlich sind auch nach der Vorstellung des T die Voraussetzungen eines hypothetischen Rechtfertigungsgrundes nicht gegeben. Dennoch wird dieses Problem in der Literatur regelmäßig unter dieser Bezeichnung besprochen, sodass eine solche Nomenklatur den Studierenden nicht anzukreiden ist.

Die rechtliche Bewertung richtet sich in diesen Fällen nach dem Erlaubnisirrtum gem. § 17 StGB.[16] Infolgedessen kommt es auf die Unvermeidbarkeit des Irrtums an. Der BGH legt hierbei grundsätzlich einen strengen Maßstab an. Die Unvermeidbarkeit eines Irrtums nach § 17 StGB setzt danach voraus, dass der Täter alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder erforderlichenfalls durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrats beseitigt hat.[17] Dem wurde der T zweifelsohne nicht gerecht. Er ging schlicht davon aus, dass die Rechtslage so sein müsse, wie er sich diese vorstellt. Ein Reflexionsprozess fand nicht statt. Bei T hätte unter gehöriger Gewissensanstrengung jedenfalls Zweifel dahingehend aufkommen müssen, ob ein sofortiger Schuss von der Rechtslage gedeckt sein kann. Sein Irrtum war daher gerade nicht unvermeidbar. Die Annahme eines entschuldigten Handelns über § 17 StGB scheidet deshalb aus. T handelte schuldhaft.

5.Ergebnis

T hat sich durch den Schuss auf O gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Der nach § 230 Abs. 1 StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

B. Ergebnis

T ist im ersten Tatkomplex wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar.

[13] *Rengier* (Fn. 4), § 31 Rn. 12.
[14] Dazu *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 5), § 17 Rn. 11.
[15] So auch *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 3), § 16 Rn. 26.
[16] Allg. Meinung, statt vieler *Kühl* (Fn. 11), § 13 Rn. 80.
[17] BGH NJW 2017, 1487 (1489).

Tatkomplex 2: Im Treppenhaus

Hinweis: Diesem Tatkomplex liegt die Entscheidung BGH, Urt. v. 22.4.1999 – 4 StR 76/99 = NStZ 1999, 395 zugrunde. Auch hier ist weniger entscheidend, dass die Studierenden einzelne Auffassungen zum unmittelbaren Ansetzen in Abhängigkeit von äußeren Bedingungen kennen, als dass sie dieses Problem identifizieren und einer begründeten Lösung zuführen.

A. Strafbarkeit des O

I. §§ 223 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

O könnte sich wegen versuchter Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er an der Tür des T klingelte.

1. Vorprüfung

Die Tat, deren Versuch gem. §§ 223 Abs. 2, 12 Abs. 2, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar ist, wurde offenkundig nicht vollendet.

2. Tatentschluss

O wies Tatentschluss hinsichtlich einer Körperverletzung mittels eines Faustschlages auf, da er T ein blaues Auge verpassen wollte, was jedenfalls einen pathologischen Zustand, also eine Gesundheitsschädigung, darstellen würde. Ebenso hatte er Tatentschluss in Bezug auf eine körperliche Misshandlung, da ein Faustschlag auch eine üble unangemessene Behandlung darstellt, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.

3. Unmittelbares Ansetzen

Das unmittelbare Ansetzen erfordert, dass die Schwelle zum „Jetzt-geht's-los" überschritten ist und keine wesentlichen Zwischenakte mehr nötig sind, um das Rechtsgut des Opfers konkret zu gefährden.[18] Dies ist hier problematisch. Denn O macht seine Tat von äußeren Bedingungen abhängig, auf die er letztlich selbst keinen Einfluss hat. Ob dies bereits ein unmittelbares Ansetzen darstellt, ist umstritten.

Hinweis: Da dieses Problem – wie *Jäger* zutreffend bemerkt[19] – bereits im Rahmen des Tatentschlusses angesprochen werden könnte, ist es gleichwertig, falls Studierenden in ihrer Lösung den Schwerpunkt dort setzen.

Der BGH hat hierzu in einem „Haustür-Fall" entschieden, dass das bloße Klingeln an der Haustür noch keine Versuchstat darstelle, da die weitere Tatbegehung von vorneherein davon abhängig gemacht worden sei, dass das in Aussicht genommene Tatopfer ohne sein Kleinkind erscheine; es habe somit noch eines weiteren Willensimpulses bedurft, damit das Tun des Täters unmittelbar in die Tatbestandshandlung

[18] BGH NStZ 2014, 633 (633).
[19] *Jäger*, JA 2013, 949 (950).

einmünde.[20] So würde es sich auch hier verhalten. Denn O machte die Ausführung der Körperverletzung gerade davon abhängig, dass T allein, ohne seine Tochter an der Tür erscheint. Ein unmittelbares Ansetzen läge demzufolge gerade nicht vor.

Dem stellt sich die Literatur teilweise entgegen.[21] Es sei durchaus ein unmittelbares Ansetzen anzunehmen, da der innere Vorbehalt des Täters lediglich als Rücktrittsvorbehalt zu qualifizieren sei, der aber nichts daran ändere, dass keine wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich seien und die Schwelle zum „Jetzt-geht's-los" überschritten sei.[22] Zudem ermögliche die Überbewertung solcher innerer Vorbehalte Schutzbehauptungen des Täters in einem nicht unbeachtlichen Umfang.[23] Daraus ergäbe sich somit, dass auch O bereits unmittelbar zur Tat angesetzt hätte und sein Vorbehalt in Hinblick auf das unmittelbare Ansetzen unbeachtlich wäre.

Freilich lässt sich noch überlegen, ob es sich bei diesem Streit nicht eigentlich um eine Sachverhaltsfrage handelt, und zwar in der Weise, ob O tatsächlich noch nicht oder aber zwar endgültig entschlossen war, sich aber noch einen Ausweg offenhalten wollte. Letztlich geht es aber um die Frage, wie der Vorbehalt des Täters strafrechtlich zu bewerten ist. Denn ob dieser auf Ebene des Tatbestands oder aber des Rücktritts zu berücksichtigten ist, ist eine juristische Frage. Es bedarf folglich einer Streitentscheidung.

Der Meinung im Schrifttum ist zuzugeben, dass durch die Herangehensweise des BGH zwischen Tatentschluss und unmittelbarem Ansetzen nicht sauber differenziert wird. Denn die Tatbegehung von bestimmten Umständen abhängig zu machen, spricht eigentlich schon gegen einen vorbehaltlosen Tatentschluss. In der Folge kann man sich fragen, welche Bedeutung dem Tatentschluss nach der Auffassung des BGH eigentlich noch zukommt.[24] Für ein unmittelbares Ansetzen spricht auch, dass sich der Täter bereits in unmittelbarer räumlicher Nähe des Opfers befindet und diese gewissermaßen nur nachträglich wieder verlässt, wenn sich die Sachlage anders entwickelt als von ihm erwartet. Unter Umständen führt der Ansatz der Rechtsprechung auch zu einer Begünstigung desjenigen Täters, der die Tat bloß in einer für ihn möglichst günstigen Situation begehen will. Damit wäre er aber im Vorteil gegenüber dem Täter, der sich gar keine oder wenige Gedanken zur konkreten Tatausführung macht (bzw. zumindest keine derartigen Schutzbehauptungen vorbringt).

Gleichwohl überzeugt der Rechtsprechungsansatz. Die Abhängigkeit der Tatausführung von einer äußeren Bedingung unterscheidet den Täter in diesen Konstellationen von einem Täter, der vorbehaltlos agiert. Denn der vorbehaltlos agierende Täter hat sich bereits endgültig dazu entschieden, eine Straftat zu begehen (und von dieser auch nicht zurückzutreten). Sein Handeln mündet unmittelbar in die Tatausführung ein. Demgegenüber steht dies für den Täter, der seine Tat von äußeren Bedingungen abhängig macht, noch nicht endgültig fest, auch wenn er selbst keinen Einfluss auf den Eintritt der Bedingung haben mag. Die Gefährdung von Rechtsgütern des Opfers hängt im Falle des vorbehaltlos agierenden Täters somit von keinem wesentlichen Zwischenschritt mehr ab, bei einem unter Bedingungsvorbehalt vorgehenden Täter hingegen durchaus. Um in die tatsächliche Tatausführung einzusteigen, bedarf es für den Täter in solchen Konstellationen zudem eines zusätzlichen Willensimpulseses, also eines „Jetzt-geht's-los", wenn die äußere Bedingung eingetreten ist oder der Täter sich über seinen ursprünglichen Vorbehalt hinwegsetzt. Dies sollte freilich gewürdigt werden, was die Gegenauffassung verkennt. Die feinsinnige Unterscheidung zwischen unmittelbarem Ansetzen und Tatentschluss mag zwar dogmatisch zutreffen, ist mit Blick auf die Rechtsfolgen für den Täter aber von geringerer Bedeutung. Die bloße Berücksichtigung auf Ebene des Rücktritts als persönlichem Strafausschließungsgrund wird ihm hingegen nicht gerecht. Sein Verhalten wäre tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft, sodass gegen einen solchen Täter bspw. Notwehr geübt werden könnte. Da noch keine schädigende Handlung nach außen getreten ist – das Klingeln verhält sich insofern neutral – käme die Bewertung als tatbestandsmäßiges Handeln einem Gesinnungsstrafrecht gleich. Für eine restriktive Handhabung der Versuchsvorschriften bei Verhaltensweisen, die noch eines zusätzlichen Willensimpulses und einer bestimmten objektiven äußeren Entwicklung bedürfen, spricht auch, dass die Strafwürdigkeit von reinen Vorbereitungshandlungen nur in bestimmten eng umgrenzten Situationen wie der Verabredung zur Begehung eines Verbrechens nach § 30 Abs. 2 StGB vorgesehen ist.

O hat deshalb nicht unmittelbar zur Tatausführung angesetzt.

> *Hinweis*: Eine a.A. ist selbstverständlich vertretbar. Soweit dann ein unmittelbares Ansetzen bejaht wird, wäre in der Folge weiter zu prüfen. Rechtswidrigkeit und Schuld sind unproblematisch gegeben. O dürfte ferner gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB vom Versuch strafbefreiend zurückgetreten sein. Der Versuch war nicht fehlgeschlagen, da der O die Tat seinem Horizont nach mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln weiterhin hätte ausführen können. Es liegt weiterhin ein unbeendeter Versuch vor, da O noch nicht alles aus seiner Sicht Erforderliche zur Tatbestandsverwirklichung getan hat. Insoweit genügt das schlichte Ablassen von der weiteren Tatausführung. Zweifel könnten einzig in Hinblick auf die Freiwilligkeit bestehen.[25] Gleichwohl ist im Sachverhalt an keiner Stelle angedeutet, dass das Erscheinen des Kindes für O gleichsam zwanghafte Wirkung hatte.

II. Ergebnis

O hat sich nicht gem. §§ 223 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

[20] BGH NStZ 1999, 395 (396); ähnlich auch BGH BeckRS 2013, 13334 Rn. 4.
[21] *Jäger*, JA 2013, 949 (949 f.); kritisch auch *Kudlich*, JuS 2005, 186 (187 f.).
[22] *Jäger*, JA 2013, 949 (950).
[23] *Kudlich*, JuS 2005, 186 (187 f.).
[24] *Jäger*, NStZ 2000, 415 (416).
[25] Dazu *Jäger*, JA 2013, 949 (950).

B. Ergebnis

O ist im zweiten Tatkomplex straflos.

Tatkomplex 3: Die Stolperfalle

Hinweis: Der 3. Tatkomplex ist an die Entscheidung BGH, Urt. v. 7.10.1997 – 1 StR 635/96 = NStZ 1998, 294 angelehnt. Es kommt vorrangig darauf an, dass die Studierenden eine argumentativ fundierte Lösung erarbeiten.

A. Strafbarkeit des T

I. § 223 Abs. 1 StGB

T könnte sich durch das Spannen des Drahtes wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB zulasten N strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

T hat den N durch das Spannen des Drahtes jedenfalls an der Gesundheit geschädigt, da der Armbruch einen pathologischen Zustand darstellt. Es entspricht auch einer üblen, unangemessenen Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden des O mehr als nur unerheblich beeinträchtigt hat. Eine körperliche Misshandlung war somit auch gegeben. Das Spannen war kausal für den Verletzungserfolg und T auch objektiv zurechenbar. Ferner ist hier nicht von einem unvorhersehbaren Kausalverlauf auszugehen.

2. Subjektiver Tatbestand

Problematisch ist der Vorsatz des T in Bezug auf die Körperverletzung des N. Denn der Plan des T war eigentlich darauf gerichtet, O zu verletzen. Die Sachlage hier entspricht nicht der klassischen Konstellation eines error in persona, also einer Verwechselung des Tatopfers, als bloßem Motivirrtum bei Gleichwertigkeit. Der Fall zeichnet sich vielmehr dadurch aus, dass der Täter nicht das Opfer selbst identifiziert und sich über dessen Identität irrt, sondern vielmehr einen Gegenstand einer Person zuordnet und darüber eine mittelbare, fehlerhafte Identifizierung vornimmt.[26] Die rechtliche Bewertung ist strittig.

Teilweise wird gefordert, dies ebenso wie einen regulären error in persona zu behandeln, sodass bei Gleichwertigkeit der Tatobjekte von Vorsatz hinsichtlich des tatsächlich getroffenen Opfers auszugehen ist.[27] Dann wäre hier über die Wohnungstür eine Konkretisierung auf N eingetreten, weshalb Vorsatz anzunehmen wäre.

Auf der anderen Seite wird mitunter eine Würdigung vergleichbar mit einer aberratio ictus befürwortet, und zwar in der Weise, dass der Vorsatz weiterhin dem ursprünglich geplanten Opfer gilt.[28] T würde demzufolge lediglich im Hinblick auf O, nicht aber N Vorsatz aufweisen.

Einen vermittelnden Ansatz vertritt die Individualisierungslösung.[29] Nach dieser soll der Täter, der die Konkretisierung des Opfers nicht unmittelbar selbst vornimmt, sondern diese dem Zufall überlässt, das Individualisierungsrisiko tragen.[30] Das heißt, wer ein Risiko setzt, das zur Verwirklichung des Tatbestandes bei anderen Personen als der ursprünglich geplanten führen kann, der trägt auch das Risiko der Verletzung dieser anderen Person. Er soll somit vorsätzlich in Bezug auf die verwechselte Person handeln. Soweit der Täter es jedoch nicht dem Zufall überlässt, das Opfer zu individualisieren, sei wie bei einer aberratio ictus aber kein Vorsatz in Hinblick auf das tatsächlich getroffene Opfer gegeben.[31] Hier hätte, selbst wenn es sich um die Wohnung des O gehandelt hätte, jederzeit eine andere Person als O aus oder in die Wohnung treten können und Opfer der Stolperfalle werden können. T hat es letztlich dem Zufall überlassen, ob diese tatsächlich O treffen würde und nicht eine andere Person. Dafür spricht auch, dass T nicht einmal auf das Klingelschild neben der Tür geschaut hat. Deshalb wäre nach dieser Auffassung ebenfalls der Vorsatz in Bezug auf N zu bejahen.

Folglich gelangt lediglich der aberratio ictus-Ansatz zu einer abweichenden Lösung. Dieser ist jedoch abzulehnen, weil sich letztlich die Vorstellung des Täters, dass sich die Person, die über den Draht stolpert, verletzen würde, auch realisiert hat.[32] Der Täter hat bei dieser Art der distanzierten Verwirklichung einer Straftat letztlich mindestens billigend in Kauf genommen, dass jede potentielle Person, die in seine Falle läuft, geschädigt wird.[33] Ferner kann die mittelbare optische Wahrnehmung nicht wirklich einen Unterschied zur unmittelbaren optischen Wahrnehmung machen.[34] Dies liegt allein schon darin begründet, dass eine Abgrenzung in Grenzfällen zwischen unmittelbarer und mittelbarer Wahrnehmung kaum möglich ist. Um in den Begrifflichkeiten der aberratio ictus zu bleiben, ging zudem nicht der Schlag oder Schuss des Täters fehl. Dieser schlug schließlich genau dort ein, wo er sollte. Vielmehr trat lediglich ein anderes Opfer an die Stelle des ursprünglich geplanten. Darin offenbart sich jedoch auch eine klare Abweichung von der aberratio ictus-Konstellation. Gegenüber der Individualisierungslösung steht der aberratio-ictus-Ansatz außerdem deutlich zurück, was die Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit betrifft.

T wies daher Vorsatz in Bezug auf die Verletzung des N auf.

Hinweis: Eine a.A. ist vertretbar. Dann ist eine versuchte Körperverletzung zulasten des O sowie eine fahrlässige Körperverletzung gegenüber N zu untersuchen.

[26] Diese Konstellation wird häufig als Distanzfall – so *Rengier* (Fn. 4), § 15 Rn. 42 ff. – oder als Fernwirkungsfall – so *Kühl* (Fn. 11), § 13 Rn. 27 – bezeichnet.

[27] BGH NStZ 1998, 295 (296); *Kühl* (Fn. 11), § 13 Rn. 27.

[28] *Herzberg*, NStZ 1999, 217 (220 f.); *El-Ghazi*, JuS 2016, 303 (307), der dies jedoch vorwiegend mit einer Abweichung des vorgestellten vom tatsächlichen Kausalverlauf begründet.

[29] *Rengier* (Fn. 4), § 15 Rn. 47; *Jahn/Schmitt-Leonardy*, JuS 2020, 605 (609); *Kudlich*, JA 2017, 827 (829 f.).

[30] *Rengier* (Fn. 4), § 15 Rn. 47.

[31] *Jahn/Schmitt-Leonardy*, JuS 2020, 605 (609).

[32] *Kühl* (Fn. 11), § 13 Rn. 27.

[33] *Kühl* (Fn. 11), § 13 Rn. 27.

[34] BGH NStZ 1998, 294 (295).

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

T ist gem. § 223 Abs. 1 StGB zulasten N strafbar. Ein nach § 230 Abs. 1 StGB erforderlicher Strafantrag liegt vor.

> *Hinweis*: Soweit man dieser Lösung folgt, wäre eine zusätzliche Annahme einer Strafbarkeit des T gem. §§ 223 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB zulasten des O eine unzulässige Vorsatzverdoppelung.

B. Ergebnis

T ist wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar.

Gesamtergebnis

T hat sich gem. § 223 Abs. 1 StGB in Tatmehrheit nach § 53 StGB mit einer weiteren Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

O ist straffrei.

Entscheidungsbesprechung

Nothilfe gegen einen Erpresser und ihre Grenzen

1. Eine in einer objektiven Notwehrlage verübte Tat ist nach § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das mildeste Abwehrmittel handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung stand. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich auf der Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung. Danach muss der Angegriffene auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist […]. Ein milderes Mittel, dessen Wirkung zweifelhaft erscheint, muss gewählt werden, solange im Fall eines Fehlschlags noch genügend Zeit verbleibt, um unmittelbar danach eine sichere Abwehrmaßnahme zu ergreifen […].
2. […] [P]rivate Notwehr [ist] im Verhältnis zur staatlichen Gefahrenabwehr subsidiär […].
(Leitsätze des *Verf.*)

StGB § 32

BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20[1]

I. Einführung

§ 32 StGB gehört sicherlich zu den prüfungsrelevantesten Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs. Insoweit sollten Studierende einerseits über sichere Grundkenntnisse verfügen und andererseits die aktuelle Rechtsprechung verfolgen, da gerade in diesem Bereich reale Fälle sich oftmals sehr gut als Grundlage für Klausursachverhalte eignen.

Eben ein solcher klausurgeeigneter Sachverhalt lag der zu besprechenden Entscheidung zugrunde. Thematisch geht es um das Standard-Lehrbuchproblem der Notwehr gegen einen Erpresser,[2] allerdings in Form eines Drei-Personen-Verhältnisses, weshalb terminologisch die Not*hilfe* gegen einen Erpresser im Raum steht.

II. Sachverhalt

Die Entscheidung des *3. Strafsenats* des BGH teilt die folgenden tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts Mönchengladbach mit:[3]

Die relevanten Personen – der Angeklagte (hier: A), der spätere Geschädigte (hier: E) und ein Freund des Angeklagten (hier: F) – „bewegten sich in einem religiös geprägten Umfeld“. E hatte auf seinem Mobiltelefon ein Foto des F, das diesen kompromittierte und offenbar geeignet war, ihn in der Glaubensgemeinschaft verächtlich zu machen. Er erpresste ihn damit unter Androhung einer Veröffentlichung im Internet, falls er nicht bezahle. In der Tatnacht erzählte F dem A hiervon; die beiden gingen davon aus, dass E das Foto bereits am kommenden Morgen in sozialen Medien verbreiten könnte. Um seinem Freund zu helfen, begab A sich daraufhin um 5 Uhr nachts zu E und bat ihn, ihm sein Mobiltelefon zu leihen, weil er telefonieren müsse. Als E daraufhin A das Telefon übergab, steckte dieser es in seine Tasche und lief davon; sein Plan war es, das kompromittierende Foto zu löschen und das Gerät anschließend an E zurückzugeben. E nahm die Verfolgung des A auf, holte ihn ein und verlangte die Herausgabe des Telefons. Daraufhin schlug A „unvermittelt“ zu, was zu einer schmerzenden Verletzung am Handgelenk des E führte. Nach einer weiteren, nicht näher dargestellten körperlichen Auseinandersetzung floh A mit dem Telefon, löschte das Foto und ließ E anschließend das Gerät zukommen.

III. Gerichtliche Entscheidungen

Das Landgericht verurteilte A aufgrund des Schlages wegen Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung unter Einbeziehung einer Vorstrafe zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 10 €. Zwar habe eine Nothilfelage vorgelegen; der Schlag sei jedoch nicht erforderlich gewesen. Da E angesichts der Umstände davon ausgehen musste, dass A das Telefon stehlen wolle, habe A den E vorrangig darüber in Kenntnis setzen müssen, dass er von der Erpressung wisse und lediglich das Foto löschen wolle.

Gegen die Verurteilung legte A Revision ein; der *3. Strafsenat* des BGH verwarf diese jedoch als unbegründet und teilt weitgehend die Rechtsauffassung des Landgerichts.

IV. Kritische Würdigung

Die Entscheidung des BGH bewegt sich größtenteils in gewohnten Bahnen, wirft aber auch einige Fragen auf.

1. Inkurs: Zum prozessualen Rahmen

Eine Revisionsentscheidung bildet immer nur einen Bruchteil des betreffenden Verfahrens ab; das liegt in der Natur dieses Rechtsmittels. Studierende sollten daher bei der Lektüre von Entscheidungen der Revisionsgerichte auf Hinweise achten, die nahelegen, dass das Verfahren deutlich komplexer gewesen sein könnte, als die knappe Revisionsentscheidung es vermuten lassen könnte. Denn der Entscheidung werden oftmals auch Umstände zugrunde liegen, die zwar dem *Senat* aus der Verfahrensakte bekannt waren, aber in der Entscheidungsbegründung selbst nicht mitgeteilt werden.

In der hier zu besprechenden Entscheidung sind zwei solcher Aspekte erwähnenswert:

So erschließt sich nicht auf den ersten Blick, warum das Verfahren überhaupt erstinstanzlich vor dem Landgericht

[1] Die Entscheidung ist abrufbar unter https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=849613e5323326af8dbf4aa6e98c8e8a&nr=123933&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf
sowie veröffentlicht in HRRS 2021 Nr. 1237 (https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/20/3-447-20.php).
[2] Vgl. insoweit auch BGH, Beschl. v. 18.11.2021 – 1 StR 397/21 = BeckRS 2021, 41665; dazu *Putzke*, ZJS 2022, 457.
[3] Zum Folgenden BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20, Rn. 3.

geführt wurde. Denn in Strafsachen sind – von Spezialzuständigkeiten einmal abgesehen – die Landgerichte im Wesentlichen nur in drei Konstellationen erstinstanzlich zuständig (§ 74 Abs. 1 GVG):

- Wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Jahren zu erwarten ist,
- wenn die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) oder in der Sicherungsverwahrung (§§ 66 ff. StGB) zu erwarten ist oder
- wenn „die Staatsanwaltschaft wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit von Verletzten der Straftat, die als Zeugen in Betracht kommen, des besonderen Umfangs oder der besonderen Bedeutung des Falles Anklage beim Landgericht erhebt" (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG).

Für die beiden letztgenannten Varianten fehlen jegliche Anhaltspunkte. Es ist daher davon auszugehen, dass das Landgericht noch bei Erlass des Eröffnungsbeschlusses (§ 203 StPO) davon ausgegangen ist, dass A wahrscheinlich zu einer Freiheitsstrafe von mehr als vier Jahren verurteilt werden wird. Woraus sich eine solche Prognose ergeben haben mag, lässt sich aus der Entscheidung nicht ablesen. Auch dann, wenn das Gericht zu diesem Zeitpunkt z.B. davon ausgegangen ist, dass A das Telefon tatsächlich stehlen wollte (mit der Folge, dass der Schlag als räuberischer Diebstahl gem. § 252 StGB zu bewerten wäre), dürfte eine derart hohe Freiheitsstrafe fernliegen. Es müssen also weitere bzw. andere, sich nicht aus der Entscheidung des BGH ergebende Umstände vorgelegen haben, die die Zuständigkeit des Gerichts begründet haben. In Betracht kommt etwa, dass A ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt hat (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB). Denkbar ist aber z.B. auch, dass noch ein anderes Strafverfahren gegen A betrieben wurde, für das die erstinstanzliche Zuständigkeit des Landgerichts begründet ist, und die Verfahren zwar zunächst verbunden geführt, aber später getrennt (§§ 2, 3 StPO) wurden. Auch wenn das hiesige Verfahren in der Sache eigentlich dem Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichts unterfiele, bleibt in einem solchen Fall die Zuständigkeit des Landgerichts bestehen (§ 269 StPO).[4] Welche Umstände auch immer im konkreten Fall ausschlaggebend gewesen sein mögen: Entscheidend ist, dass aufmerksame Studierende an dieser Stelle bei der Lektüre des Urteils stutzig werden sollten.

Zweitens ist hervorzuheben, dass der *Senat* beiläufig erwähnt[5], dass nicht nur der Angeklagte (bzw. seine Verteidigung) die Argumentation des Landgerichts, der sich der *Senat* anschließt, für nicht überzeugend hält, sondern auch der Generalbundesanwalt.[6] Dass Verteidigung und Generalbundesanwalt gleichermaßen die Argumentation des Landgerichts zweifelhaft finden, der BGH sich ihr aber gleichwohl anschließt, hat zwar als solches keine Aussagekraft. Dennoch ist dieser Umstand bemerkenswert, weil er verdeutlicht, dass die zentrale Rechtsfrage keineswegs so unproblematisch zu lösen ist, wie es das Urteil des *Senats* vermuten lassen könnte.

2. Zur strafrechtlichen Relevanz der nicht-entscheidungsgegenständlichen Sachverhaltsabschnitte

Würde man den oben (II.) geschilderten Sachverhalt als Teil einer Klausur oder Hausarbeit aufbereiten, so wäre freilich nicht nur die Strafbarkeit des A und nicht nur wegen des Schlages zu prüfen, sondern der gesamte Sachverhalt auszuwerten. Insoweit stellen sich zahlreiche Vorfragen, die für die spätere Bewertung des Schlages relevant sind:

a) Entstehung des Fotos

Das Urteil des *Senats* enthält keine näheren Angaben über den Inhalt des kompromittierenden Fotos oder die Umstände seiner Entstehung. Sollte es ohne Zustimmung des F aufgenommen worden sein, kommt insoweit eine Strafbarkeit der betreffenden Person gem. § 201a Abs. Nr. 1 und/oder Nr. 2 StGB in Betracht.

b) Zahlungsaufforderung des E gegenüber F unter Androhung der Veröffentlichung des Fotos bei Weigerung

Des Weiteren kann E sich durch die Zahlungsaufforderung einer versuchten Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. Insoweit liegt ein typischer Fall der Schweigegelderpressung (sog. Chantage) vor. Im In-Aussicht-Stellen der Veröffentlichung des Bildes liegt, da diese in Es Einflussbereich liegt, jedenfalls eine Drohung[7].

Näher zu betrachten ist, ob in der Veröffentlichung des Fotos ein empfindliches Übel läge. Die Rechtsprechung hat insoweit den früheren Maßstab[8] des „besonnenen Durchschnittsmenschen" überwiegend[9] aufgegeben und stellt nun darauf ab, ob von dem *konkreten* Opfer erwartet werden kann, der Bedrohung standzuhalten.[10] Da über die näheren

[4] BGH, Beschl. v. 26.9.2001 – 2 StR 340/01 = BGHSt 47, 116; *Ellbogen*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2014, § 2 Rn. 15 m.w.N.

[5] BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20, Rn. 6.

[6] Zur Erläuterung: Die Revision gegen ein Strafurteil ist beim sog. „iudex a quo" einzulegen, also bei dem Gericht, dessen Urteil angefochten wird (hier: das LG Mönchengladbach), § 341 Abs. 1 StPO. Wurde die Revision fristgerecht eingelegt und auch form- und fristgerecht begründet (§ 345 StPO), stellt das Gericht die Revisionsschrift dem „Gegner" des Beschwerdeführers zu, der dann die Möglichkeit hat, eine Gegenerklärung abzugeben (§ 347 Abs. 1 StPO). Im Falle einer Revision des Angeklagten ist der „Gegner" die Staatsanwaltschaft. Da für die Verhandlung und Entscheidung über die Revision gegen ein erstinstanzliches Urteil des Landgerichts im Regelfall der BGH zuständig ist (§ 135 Abs. 1 GVG), wird insoweit das Amt der Staatsanwaltschaft vom Generalbundesanwalt ausgeübt (§ 142 Abs. 1 Nr. 1 GVG).

[7] Zur Definition vgl. statt aller *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 23 Rn. 39 (zu § 240 StGB).

[8] Vgl. etwa OLG Hamm, Urt. v. 27.7.1982 – 5 Ss 644/82 = NJW 1982, 2676 (2678).

[9] Vgl. aber noch OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.4.1996 – 3 Ss 138/95 = NStZ-RR 1996, 296 (296).

[10] Grundlegend BGH, Beschl. v. 13.1.1983 – 1 StR 737/81 =

Umstände nichts bekannt ist, ist dies schwierig zu beurteilen; da allerdings gerade innerhalb von Religionsgemeinschaften, die sich oftmals durch sehr enge (und möglicherweise exklusive) soziale Bindungen zwischen den Mitgliedern auszeichnen, eine Diskreditierung besonders drastische Konsequenzen haben kann (wie z.B. soziale Ausgrenzung), die den Betroffenen sehr stark in seinem Leben beeinträchtigen, liegt nach den bekannten Umständen die Annahme eines empfindlichen Übels nahe.

Der zweite Aspekt, der im Rahmen einer Klausurlösung nähere Betrachtung verdient, ist die Rechtswidrigkeit der Tat (§ 253 Abs. 2 StGB). Auch dann, wenn das Foto ursprünglich mit Zustimmung des F aufgenommen worden sein sollte, bedeutet das nicht, dass er jegliche Verfügungsbefugnis darüber verloren hat; eine Verbreitung ohne seine Einwilligung ist grundsätzlich gleichwohl rechtswidrig (und möglicherweise sogar strafbar, vgl. bspw. § 33 KUG, § 201a Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 S. 1 StGB). Unter bestimmten Umständen kann die Verbreitung von Bildmaterial aufgrund eines berechtigten Interesses der Öffentlichkeit zwar gerechtfertigt sein (Stichwort: Whistleblowing). Selbst wenn die Veröffentlichung des Bildes als solche aber rechtmäßig sein könnte, so ist hier doch jedenfalls die Drohung damit rechtswidrig, weil die Androhung der Veröffentlichung in keinem inhaltlichen Zusammenhang[11] mit der Geldforderung steht. Daher ist davon auszugehen, dass E sich einer (versuchten – es wird nicht klar, ob F bereits etwas bezahlt hatte oder nicht) Erpressung schuldig gemacht hat.

c) Erlangung des Telefons des E durch A

Chronologisch als nächstes wäre eine Strafbarkeit des A mit Blick auf das Sich-geben-Lassen des Telefons durch E zu prüfen.

aa) Betrug/Diebstahl

Objektiv gesehen stellt sich insoweit das „klassische" Klausurproblem der „Abgrenzung"[12] von Diebstahl und Betrug: Liegt in dem Aushändigen des Telefons eine Vermögensverfügung seitens des E (dann Betrug) oder im Weglaufen des A eine Wegnahme (dann Diebstahl). Die besseren Gründe sprechen hier – im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH[13] – für letzteres: E wollte A das Gerät nur kurz für ein Telefonat ausleihen, nicht aber längerfristig den Besitz daran abgeben; mithin handelt es sich lediglich um eine Gewahrsams*lockerung* und nicht um eine Gewahrsams*aufgabe*. Der eigentliche Verlust des Gewahrsams des E am Telefon tritt daher erst ein, als A mit dem Telefon wegrennt, womit E gerade nicht einverstanden ist, weshalb ein Gewahrsamsbruch vorliegt. Durch das In-die-Tasche-Stecken hat A auch eigenen Gewahrsam an dem Telefon begründet, weshalb eine vollendete Wegnahme vorliegt.

Allerdings scheidet eine Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB aus subjektiven Gründen aus: Da A das Telefon von Anfang an nach dem Löschen des Bildes wieder zurückgeben wollte, fehlt es jedenfalls an der Absicht rechtswidriger Zueignung[14] (mangels [Eventual-]Vorsatzes hinsichtlich dauerhafter Enteignung).

bb) (Versuchte) Datenveränderung – Nothilfe?

Allerdings setzt A durch das An-sich-Bringen des Telefons bereits unmittelbar zur Datenveränderung (§ 303a StGB) an, die er später durch Löschen des Bildes auch vollendet. Die entscheidende Frage ist dabei freilich, ob das Löschen auch rechtswidrig[15] ist oder nicht. In einer den gesamten Sachverhalt erfassenden Klausur tauchte an dieser Stelle erstmalig die Frage auf, ob das Verhalten des A aufgrund von Nothilfe (§ 32 StGB) zugunsten des F gerechtfertigt ist.

Die prinzipielle Möglichkeit der Nothilfe ergibt sich aus dem Wortlaut des § 32 Abs. 2 StGB, wonach Notwehr auch diejenige Verteidigung ist, „die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von […] *einem anderen* abzuwenden". Insoweit sind dieselben Schritte zu prüfen wie bei der Notwehr im Zwei-Personen-Verhältnis:

Datenveränderung, § 303a Abs. 1 Var. 1 StGB
1. Tatbestand
   a) Objektiver Tatbestand
      → Löschen des Bildes (+)
   b) Subjektiver Tatbestand
      → Vorsatz (+)
2. Rechtswidrigkeit
   a) Nothilfe, § 32 StGB
      aa) Nothilfelage
         (1) Angriff
         (2) Gegenwärtig
         (3) Rechtswidrig
      bb) Nothilfehandlung
         (1) Gegen den Angreifer gerichtet
         (2) Geeignet
         (3) Erforderlich
         (4) Geboten
      cc) Rettungswille (str.)
   b) Zwischenergebnis

BGHSt 31, 195; vgl. weitere Nachweise bei *Sinn*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 76 f.

[11] Dazu bspw. *Sander*, in: Erb/Schäfer (Fn. 10), § 253 Rn. 37 m.w.N.

[12] Allg. krit. zur „Methode" der „Abgrenzung" von Deliktstatbeständen *M. Wagner*, ZIS 2019, 12.

[13] Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 2.8.2016 – 2 StR 154/16 = NStZ 2016, 727 m. Anm. *Kulhanek*.

[14] Dazu einführend bspw. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 2 Rn. 86 ff.

[15] Die Verortung dieses Merkmals im Prüfungsaufbau ist umstritten; richtigerweise handelt es sich dabei nicht um ein Tatbestandsmerkmal (so aber bspw. *Wieck-Noodt*, in: Joecks/Miebach [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 303a Rn. 17 m.w.N.), sondern um einen deklaratorischen Hinweis auf die allgemeine Rechtswidrigkeit; vgl. etwa *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 303a Rn. 10 m.w.N.

(1) Nothilfelage

Nothilfe setzt zunächst einen gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff voraus. Ein Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung von Individualrechtsgütern.[16] Er ist gegenwärtig, wenn er im Zeitpunkt der Notwehrhandlung unmittelbar bevorsteht, bereits begonnen hat oder noch andauert.[17]

Wie der *Senat* selbst klarstellt,[18] lag ein solcher Angriff jedenfalls in dem Zeitpunkt vor, in dem A sich das Telefon geben ließ: Entgegen einer vereinzelt gebliebenen Auffassung[19] endet die Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit des F nicht mit dem Aussprechen der Drohung, sondern wirkt fort, solange diese im Raum steht;[20] der damit einhergehende Angriff auf das Vermögen und das Recht am eigenen Bild steht zumindest unmittelbar bevor. Dies gilt erst recht, wenn die Einschätzung des F zutreffend gewesen sein sollte, dass E das Bild in wenigen Stunden veröffentlicht hätte. Schließlich ist der Angriff auch rechtswidrig (vgl. oben die Ausführungen zu § 253 Abs. 2 StGB). Eine Nothilfelage bestand somit.

(2) Nothilfehandlung

Eine Nothilfehandlung liegt dann vor, wenn das betreffende Verhalten gegen den Angreifer gerichtet sowie geeignet, erforderlich und geboten ist, um den Angriff abzuwehren.

A entwendet gerade das Mobiltelefon des E, also des Angreifers. Da der mitgeteilte Sachverhalt keine Anhaltspunkte dafür enthält, dass E über weitere Kopien des Bildes verfügte, war das Sich-Verschaffen des Geräts auch zur Abwehr der Erpressung geeignet, was sich insbesondere daran zeigt, dass A das Bild letztlich auch tatsächlich löschen konnte – offenbar gab es keine nennenswerten technischen Hürden, die A noch hätte überwinden müssen.

Die entscheidende Frage ist, ob das Entwenden des Telefons auch erforderlich war. Das ist dann der Fall, wenn keine gleich wirksamen, aber weniger eingriffsintensiven Maßnahmen zur Verfügung gestanden hätten.[21]

Hierzu äußert der *Senat* sich obiter dictum: Eine Rechtfertigung des Entwendens des Telefons

> „könnte trotz bestehender Nothilfelage daran scheitern, dass private Notwehr im Verhältnis zur staatlichen Gefahrenabwehr subsidiär ist […]. Grundsätzlich hätte sich der Freund zur Abwehr der Erpressung zunächst um polizeiliche Hilfe bemühen müssen. Das gilt jedenfalls dann, wenn im Fall der Erfolglosigkeit einer solchen Bemühung noch immer genug Zeit dafür verblieben wäre, zu einer stärkeren Verteidigungsmaßnahme zu greifen […].“[22]

Die Aussage, dass Notwehr subsidiär zur staatlichen Gefahrenabwehr ist, ist zwar im Ergebnis zutreffend, im hiesigen Kontext aber missverständlich: Notwehr ist per Definition der – praktisch häufig gewaltsame – Eingriff in fremde Rechtsgüter.[23] Das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Gewaltmonopol impliziert aber zwangsläufig ein Gewaltverbot für den Einzelnen;[24] Grundrechtseingriffe sollen grundsätzlich nur von den zuständigen staatlichen Stellen nach Maßgabe der jeweiligen (gesetzlichen) Befugnisse vorgenommen werden.

Aber Hoheitsträger können nicht immer und überall dort bereitstehen, wo Rechtsgüter gegen rechtswidriges Verhalten anderer verteidigt werden müssen.[25] Die Abwesenheit von entsprechenden Hoheitsträgern darf aber nicht dem Rechtsgutsinhaber zum Nachteil gereichen: Das Notwehrrecht (§ 32 StGB, § 227 BGB) macht deutlich, dass jeder Einzelne seine eigenen Rechtsgüter auch eigenhändig verteidigen darf, wenn es eben nicht anders geht. Das gilt selbst dann, wenn Hoheitsträger anwesend sind, deren Einbeziehung – nach der konkreten „Kampflage“ – den Angriff aber voraussichtlich nur weniger effektiv abwehren oder aber intensiver in die Rechtsgüter des Angreifers eingreifen würde.[26]

Noch begründungsbedürftiger ist es, das Notwehrrecht mit dem Argument einzuschränken, *nicht-präsente* staatliche Hilfe müsse erst *herbeigeholt* werden. Denn Notwehrsituationen sind typischerweise von einem engen zeitlichen und räumlichen Geschehen geprägt, in dem jedes Zögern die Verteidigungsmöglichkeiten verschlechtert.[27]

Im entscheidungserheblichen Sachverhalt lagen die Dinge etwas komplizierter: Teilt man die hiesige Auffassung zur Gegenwärtigkeit (s.o.), so liegt im Falle einer Erpressung freilich eine Art „Dauerangriff“ vor, der sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und es damit dem Opfer – zumindest theoretisch – ermöglicht, sich an die Behörden zu wenden, weshalb die oben beschriebenen Grundsätze zu relativie-

[16] Vgl. bspw. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 23, 34 ff. m.w.N.

[17] Vgl. bspw. *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 32 Rn. 51 m.w.N.

[18] BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20, Rn. 7.

[19] Vgl. etwa *Arzt*, MDR 1965, 344; *Baumann*, MDR 1965, 346; *Tenckhoff*, JR 1981, 255 (256).

[20] BGH, Beschl. v. 18.11.2021 – 1 StR 397/21 = BeckRS 2021, 41665 Rn. 7; *Eggert*, NStZ 2001, 225 (226); *Kaspar*, GA 2007, 36 (42); *Koch/Loy*, ZJS 2008, 170 (172); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 32 Rn. 4; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 32 Rn. 18; jeweils m.w.N.

[21] Eingehend *Kühl* (Fn. 16), § 7 Rn. 87 ff. m.w.N.

[22] BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20, Rn. 12.

[23] A.A. *Rönnau/Hohn*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 32 Rn. 182.

[24] Vgl. *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, Verfassungsstaat, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 90; *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, 2002, S. 300.

[25] Vgl. zu analogen Überlegungen in Bezug auf das Jedermann-Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO bereits *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 (465).

[26] Vgl. dazu *Rönnau/Hohn* (Fn. 23), § 32 Rn. 183.

[27] *Rönnau/Hohn* (Fn. 23), § 32 Rn. 184 m.w.N.

ren sind.[28] Weiterhin ist zu bedenken, dass das Not*hilfe*recht des Dritten – hier: A – vom Not*wehr*recht des Angegriffenen – hier: F – abgeleitet ist und nicht weiter als dieses reichen kann.[29] Würde man von F erwarten, sich zunächst an die Polizei zu wenden, müsste man dies konsequenterweise auch bei A tun. Zudem legt gerade der Umstand, dass F sich an A wendet, nahe, dass – aus seiner Perspektive – offenbar noch genug Zeit war, um die Hilfe Dritter in Anspruch zu nehmen – warum dann nicht gleich diejenige der zuständigen Behörden? Diese Überlegungen greifen aber freilich zu kurz; insoweit sind einige weitere Umstände zu berücksichtigen:

Das betrifft zunächst die Natur des Angriffs.[30] Hätte F sich an die Polizei gewandt, so liegt es nach dem oben Gesagten nahe, dass nicht einfach nur das Bild gelöscht worden wäre. Vielmehr ist damit zu rechnen, dass ein Strafverfahren gegen E wegen Erpressung geführt worden wäre. In einem solchen Strafverfahren wären das Bild und die Zeugenaussage des F die wichtigsten Beweismittel; F müsste also damit leben, dass das Bild, das ihn so sehr belastet, dass seine Veröffentlichung als empfindliches Übel anzusehen wäre (s.o.), durch die Hände zahlreicher Verfahrensbeteiligter geht und zum Gegenstand[31] einer öffentlichen (§ 169 Abs. 1 S. 1 GVG) Hauptverhandlung wird, sodass seine Demütigung über einen langen Zeitraum hinweg immer wieder wiederholt werden wird.

Gleichwohl sprechen gute Gründe dafür, dass die genannten Umstände nicht gegen eine primäre Inanspruchnahme staatlicher Hilfe angeführt werden können: Sofern es sich nicht um eine Bearbeitung oder ähnliches handelt, das kompromittierende Bild also Tatsachen abbildet, ist F nicht schutzwürdig.[32] In der Hauptverhandlung kann dem Persönlichkeitsrecht des F möglicherweise dadurch Rechnung getragen werden, dass die Öffentlichkeit insoweit ausgeschlossen wird (vgl. § 171b Abs. 1 S. 1 GVG).[33] Die Verfahrensbeteiligten hingegen sind ohnehin kraft Gesetzes zur Verschwiegenheit verpflichtet, weshalb der Kreis der Personen, der das Bild zu Gesicht bekommt, überschaubar bleibt.[34]

Schließlich sind die konkreten Tatumstände zu berücksichtigen: Das Tatgeschehen spielt sich mitten in der Nacht ab und F befürchtete, dass E das Bild schon wenige Stunden später veröffentlichen könnte. Ob in diesem zeitlichen Rahmen die Polizei tatsächlich – effektiv – herbeigezogen werden könnte, ist keineswegs selbstverständlich, da um diese Uhrzeit nur wenige Beamte im Einsatz sind, die sich zudem höchstwahrscheinlich vorrangig mit Körperverletzungsdelikten und Trunkenheitsfahrten beschäftigen werden. Derlei Überlegungen mag der *Senat* mit dem Passus „Das gilt jedenfalls dann, wenn im Fall der Erfolglosigkeit einer solchen Bemühung noch immer genug Zeit dafür verblieben wäre, zu einer stärkeren Verteidigungsmaßnahme zu greifen […]" gemeint haben.

Einen anderen Umstand scheinen die Gerichte hingegen nicht in Betracht gezogen zu haben: Es ist nicht absehbar, wie E auf die Konfrontation mit Behörden – oder auch bereits der Androhung einer Anzeige – reagiert hätte. Hierzu fehlen Feststellungen, weshalb nur Mutmaßungen angestellt werden können. Es scheint aber jedenfalls nicht gänzlich abwegig, dass E, wenn ihm klar wird, dass man ihn angezeigt hat und ihn ein Strafverfahren erwartet, aus Rache noch schnell das Bild verbreitet, bevor die Polizei das Telefon tatsächlich sicherstellen kann. Das Risiko einer solchen „Kurzschlussreaktion" wäre bei der Frage, ob die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe gleich effektiv wäre, durchaus in Rechnung zu stellen.

Ungeachtet der Frage der Effektivität der Abwehr ist darüber hinaus zu diskutieren, ob die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe für den Angreifer (E) tatsächlich weniger einschneidend ist als die Notwehrhandlung. Blendet man das Zwischenspiel mit der körperlichen Auseinandersetzung aus, verlief die Gegenwehr für E denkbar glimpflich: Er musste lediglich kurzzeitig auf sein Gerät verzichten und das Bild wurde gelöscht. Im Fall des Einschaltens der Polizei wären die Konsequenzen für ihn höchstwahrscheinlich deutlich drastischer ausgefallen (möglicherweise war das sogar letztlich der Fall; die Entscheidungsgründe schweigen hierzu):[35] Es drohen ein Strafverfahren und eine Verurteilung wegen Erpressung (s.o.); das Mobiltelefon würde möglicherweise nicht nur vorübergehend als Beweismittel beschlagnahmt, sondern eventuell sogar als Tatmittel (§ 74 StGB) dauerhaft eingezogen. Diese Überlegungen sprechen stark dafür, dass die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe gerade kein relativ milderes Mittel im Vergleich zur (vorübergehenden) Wegnahme des Telefons und Löschung des Bildes durch F oder A dargestellt hätte.

Schließlich bestehen keine Anhaltspunkte, ausnahmsweise[36] an der Gebotenheit der Handlung zu zweifeln. Eine Nothilfehandlung lag damit vor.

(3) Zwischenergebnis

A handelte auch subjektiv zum Zwecke der Rettung des F.

[28] So auch etwa *Kaspar*, GA 2007, 36 (43) m.w.N.

[29] So bspw. *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 32 Rn. 35 m.w.N.

[30] Zum Folgenden sei ergänzend darauf hingewiesen, dass der *1. Strafsenat* des BGH noch vor ein paar Jahrzehnten davon ausgegangen ist, dass im Rahmen einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen Schülern auf dem Schulhof das Herbeirufen eines Lehrers – im Vergleich zu einem tödlichen Stich (!) – nicht als relativ milderes Mittel anzusehen sei: „Ein solches Verhalten wäre ein unzumutbares Kneifen, eine schmähliche Flucht gewesen." (BGH, Urt. v. 24.7.1979 – 1 StR 249/79 = NJW 1980, 2263). Ob diese fragwürdige Rechtsprechung freilich heute noch Bestand hätte, ist fraglich.

[31] Vgl. zur Öffentlichkeit bei Inaugenscheinnahme *M. Wagner*, StV 2019, 858.

[32] Dazu und zum Folgenden *Kaspar*, GA 2007, 36 (45 f.); *Rönnau/Hohn* (Fn. 23), § 32 Rn. 261.

[33] *M. Wagner*, StV 2019, 858 (862).

[34] Vgl. dazu *Novoselec*, NStZ 1997, 218 (221); *Kaspar*, GA 2007, 36 (46).

[35] Zutreffend *Kaspar*, GA 2007, 36 (43).

[36] Zu den sog. sozialethischen Einschränkungen der Notwehr einführend vgl. bspw. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 18 Rn. 54 ff.

Teilt man die vorstehenden Ausführungen, war jedenfalls das Entwenden des Telefons durch A gerechtfertigt.

Dieser Umstand hat materiell-rechtlich – gerade im Rahmen einer Fallbearbeitung – weitreichende Konsequenzen: War nämlich das Entwenden des Telefons durch A zum Zwecke der Löschung des Bildes rechtmäßig, so muss E dies dulden und darf – wie der *Senat* andeutet[37] – seinerseits (jedenfalls zunächst) keine Schritte gegen A unternehmen. Ein entsprechendes Vorgehen gegen A wäre nicht durch Notwehr gerechtfertigt, da es an einem *rechtswidrigen* Angriff seitens des A fehlte. Dasselbe gilt für die vom *Senat* angesprochene Besitzkehr gem. § 859 Abs. 1, Abs. 2 BGB: Danach darf der Besitzer eine ihm weggenommene Sache nur dann mit Gewalt wieder zurückfordern, wenn es sich bei der Wegnahme um verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB gehandelt hat. Eine solche ist aber dann nicht gegeben, „sofern […] das Gesetz die Entziehung [des Besitzes] gestattet", was aber bei Annahme von Nothilfe durch A der Fall ist.

3. Zum Kernproblem: Die Strafbarkeit wegen des Schlages

Das Urteil des *Senats* befasst sich ausschließlich mit der Frage einer Strafbarkeit des Schlages. Dabei handelt es sich tatbestandlich fraglos um eine – angesichts der schmerzenden Verletzung am Handgelenk vollendete – (einfache) Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB sowie um eine Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB, weil A den E mit Gewalt dazu zwingt zu dulden, dass er zunächst im Besitz des Telefons bleibt und das Bild löscht. Angesichts der vorstehenden Ausführungen könnte A aber gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein.

a) Notwehr-/Nothilfelage

Insoweit sind zwei verschiedene Bezugspunkte denkbar: Zum einen könnte A sich gegen einen Angriff seitens des E wehren (Not*wehr*) und/oder er könnte die Rechtsgüter des F durch den Schlag verteidigen (Not*hilfe*).

aa) Notwehrlage

Der *Senat* lehnt eine Not*wehr*lage im Zeitpunkt des Schlages mit folgender Begründung ab:

> „Der Geschädigte unternahm zunächst auch keinen körperlichen Angriff auf den Angeklagten, um an sein Gerät zu gelangen, sondern forderte es nur verbal heraus."[38]

Zutreffend ist jedenfalls, dass noch kein Angriff des E auf die körperliche Unversehrtheit begonnen hat. Eine Notwehrlage liegt aber bereits vor, wenn ein solcher Angriff unmittelbar bevorsteht. Wann dies der Fall ist, ist unklar und einzelfallabhängig.[39] Die Entscheidung scheint insoweit im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zu stehen, als die bloß verbale Auseinandersetzung nicht für ausreichend erachtet wurde.[40] Ob eine solche – isoliert betrachtet nachvollziehbare – schematische Vorgehensweise der konkreten Tatsituation gerecht wird, ist fraglich; die mitgeteilten tatsächlichen Feststellungen sind insoweit überschaubar: „Der Geschädigte verfolgte ihn, holte ihn ein und verlangte sein Gerät zurück."[41]

Als Leitlinie für das unmittelbare Bevorstehen eines Angriffs stellt die Rechtsprechung des BGH auf den Zeitpunkt ab, in dem das Verhalten des Angreifers jederzeit „unmittelbar in eine Rechtsgutverletzung umschlagen" kann.[42] Das soll etwa dann der Fall sein, wenn der Angreifer in die Tasche greift, um eine Waffe zu ziehen,[43] oder in bedrohlicher Haltung auf den anderen zugeht[44].

Allerdings ist insoweit auch die Rahmensituation in die Betrachtung einzubeziehen.[45] Da A unvermittelt zuschlagen und E schmerzhaft treffen konnte, kann davon ausgegangen werden, dass die beiden Personen so nahe voreinander standen, dass auch E jederzeit hätte zuschlagen können. Zudem fand die verbale Auseinandersetzung am Ende einer Verfolgungsjagd statt; der Konflikt entfaltete sich also nicht erst, sondern war bereits in vollem Gange. Daher ist zumindest keineswegs zwingend, einen unmittelbar bevorstehenden Angriff durch E einfach so abzutun, wie der *Senat* es tut. Letztlich handelt es sich dabei aber um eine – in diesem Rahmen spekulative – Tatfrage.

cc) Nothilfelage

Ebenfalls nicht zweifelsfrei sind die Ausführungen des *Senats* zum Vorliegen einer Not*hilfe*lage im Zeitpunkt des Schlages:

> „Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen war der Angriff auf diese Rechtsgüter in dem Zeitpunkt, in dem der Angeklagte zuschlug, jedoch nicht mehr gegenwärtig im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB. Die Gefahr der Veröffentlichung des Fotos und des Fortgangs der Erpressung waren in diesem Moment gebannt, denn das Telefon steckte bereits in der Tasche des Angeklagten."[46]

Wiederholt hat der BGH entschieden, dass auch dann (noch) eine Notwehrlage vorliegt, wenn der ursprüngliche Angreifer zwar entwaffnet wurde, dieser aber versucht, die Waffe zurückzuerlangen, um den Angriff fortzusetzen.[47] Da es hier insoweit nicht um einen möglichen (körperlichen) Angriff auf A geht, sondern die Fortsetzung des Angriffs auf die Rechtsgüter des F (s.o.), ist die Situation im entscheidungserheblichen Sachverhalt vergleichbar: Das Mobiltelefon ist gleich-

[37] BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20, Rn. 12.
[38] BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20, Rn. 7.
[39] Dies betonen z.B. *Rönnau/Hohn* (Fn. 23), § 32 Rn. 143 f.
[40] Vgl. BayObLG, Urt. v. 9.1.1985 – RReg. 5 St 272/84 = NJW 1985, 2600 (2601).
[41] BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20, Rn. 3.
[42] Zu dieser Formulierung bspw. BGH, Beschl. v. 8.3.2000 – 3 StR 67/00 = NStZ 2000, 365.
[43] BGH, Urt. v. 7.11.1972 – 1 StR 489/72 = NJW 1973, 255.
[44] BGH, Beschl. v. 19.9.1973 – 2 StR 165/73 = BGHSt 25 229 (230).
[45] Vgl. bspw. BGH, Urt. v. 7.11.1972 – 1 StR 489/72 = NJW 1973, 255.
[46] BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20, Rn. 7.
[47] BGH, Urt. v. 9.8.2005 – 1 StR 99/05 = NStZ 2006, 152 (153 Rn. 5); BGH, Urt. v. 24.11.2016 – 4 StR 235/16 = NStZ-RR 2017, 38 (39).

sam die „Waffe", mit der dieser Angriff geführt wird.

Die Rechtsprechung stellt insoweit maßgeblich auf die Absichten des Angreifers ab.[48] Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes kann es aber nicht entscheidend darauf ankommen, ob E einfach nur sein Mobiltelefon zurückhaben will oder in der betreffenden Sekunde gerade daran denkt, dass er weiterhin F erpressen möchte. Jedenfalls lassen die Umstände – insbesondere die Tatsache, dass E nicht wusste, dass A Kenntnis von der Erpressung hat – nicht vermuten, dass E nach Zurückerlangung seines Telefons von der Erpressung Abstand nehmen würde. Hätte nicht A, sondern E zuerst zugeschlagen, hätte er vielleicht wieder die Gewalt über das Gerät erlangt. Über das körperliche Kräfteverhältnis der Beteiligten teilt der *Senat* nichts mit. Jedenfalls erscheint es sehr künstlich anzunehmen, dass kein Angriff besteht, nur weil A gerade das Mobiltelefon hat, weil dieser Umstand in der bestehenden Konfrontationssituation jederzeit umschlagen kann. Ob man daraus folgt, dass der bisherige Angriff (s.o.) weiter fortbesteht oder ein neuer Angriff unmittelbar bevorsteht,[49] ist in der Sache irrelevant. Jedenfalls sprechen gute Gründe dafür, dass im Zeitpunkt des Schlages eine Nothilfelage bestand.

b) Nothilfehandlung

Hilfsweise („jedenfalls") verneint der *Senat* die Erforderlichkeit des Schlages.[50] Er führt aus:

> „Eine in einer objektiven Notwehrlage verübte Tat ist nach § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das mildeste Abwehrmittel handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung stand. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich auf der Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung. Danach muss der Angegriffene auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist […]. Ein milderes Mittel, dessen Wirkung zweifelhaft erscheint, muss gewählt werden, solange im Fall eines Fehlschlags noch genügend Zeit verbleibt, um unmittelbar danach eine sichere Abwehrmaßnahme zu ergreifen […].
> An diesen Maßstäben gemessen hätte der Angeklagte ein klärendes Gespräch mit dem Geschädigten als im Verhältnis zum sofortigen Schlag milderes Verteidigungsmittel führen müssen. Die Wirksamkeit eines solchen Dialogs zur Abwehr des Verlusts des Telefons ist zwar nicht unzweifelhaft, sie liegt aber immerhin nahe. Denn der Geschädigte befand sich dadurch, dass der Angeklagte seine Verbindung zum Erpressungsopfer und seine damit einhergehende Tatmotivation nicht offenbarte, im Unklaren darüber, dass jener keine Zueignungsabsicht besaß. Der Angeklagte hatte den Irrtum des Geschädigten selbst provoziert und ihn darüber hinaus dadurch zusätzlich getäuscht, dass er vorgab, er müsse telefonieren. Hinzu kommt, dass sich der Angeklagte in einer überlegenen Verhandlungsposition befand, solange er im Besitz des Handys war. Es erscheint somit möglich, dass der Geschädigte in dieser Lage eingelenkt und das Löschen des Fotos geduldet hätte, hätte er erfahren, dass der Angeklagte das Telefon gar nicht behalten, sondern nur die Erpressung des Freundes unterbinden wollte.
> Eine entsprechende Aufklärung des Geschädigten und die damit einhergehende Verzögerung des Geschehens hätte die Erfolgsaussichten der Verteidigung insgesamt nicht in entscheidender Weise geschmälert […]. Hätte der Geschädigte sich trotz des Gesprächs uneinsichtig gezeigt und die körperliche Auseinandersetzung gesucht, also im Fall der Erfolglosigkeit der milderen Abwehrmaßnahme, hätte der Angeklagte immer noch zuschlagen und damit das gefährlichere Verteidigungsmittel wählen können."[51]

Auch diese Ausführungen sind keineswegs so selbstverständlich, wie der *Senat* es darzustellen versucht:

Zunächst muss sich schon die Frage stellen lassen, ob ein „klärendes Gespräch" zwischen A und E überhaupt eine alternative *Verteidigungs*handlung wäre, die beim Vergleich zu berücksichtigen ist, welches das relativ mildeste Mittel darstellt. Zumindest kann man § 32 StGB so lesen, dass nur solche Verhaltensweisen zu vergleichen sind, die in Rechtsgüter des Angreifers eingreifen.[52] In der Literatur wird dies teilweise bestritten.[53] Jedenfalls aber besteht Einigkeit darüber, dass Ausweichen und Flucht prinzipiell keine vorrangigen Alternativen sind.[54] Dies beruht auf dem Grundsatz der Rechtsbewährung, wonach Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht.[55] Die Aufklärung des E über die wahren Absichten des A ist aber eher einem Ausweichen denn einer Verteidigungshandlung vergleichbar: Geht man – wie hier – davon aus, dass im Zeitpunkt des Schlages eine Nothilfelage besteht, so wird die Gefahr, dass E das Telefon wieder an sich bringen könnte, durch das Gespräch (bei gleichbleibender Position der Personen zueinander etc.) jedenfalls nicht unmittelbar gemindert.

Aber auch dann, wenn man das Gespräch generell als in die Vergleichsbetrachtung einzustellende Verteidigungshandlung ansieht, sind die Ausführungen des *Senats* nicht zwingend. Zuzugeben ist sicherlich, dass aus den vom *Senat* genannten Gründen ein Gespräch jedenfalls nicht gänzlich ungeeignet war, die Situation zu entspannen – immerhin

[48] BGH, Urt. v. 24.11.2016 – 4 StR 235/16 = NStZ-RR 2017, 38 (39).
[49] So überzeugend *Rönnau/Hohn* (Fn. 23), § 32 Rn. 150; zust. *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 32 Rn. 16.
[50] BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20, Rn. 8.
[51] BGH, Urt. v. 12.8.2021 – 3 StR 447/20, Rn. 9 ff.
[52] So wohl bspw. BGH, Urt. v. 12.2.2003 – 1 StR 403/02 = NJW 2003, 1955 (1957).
[53] Vgl. insb. *Rönnau/Hohn* (Fn. 23), § 32 Rn. 182.
[54] Statt aller *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 118.
[55] So auch *Kühl* (Fn. 16), § 7 Rn. 78; dagegen *Erb* (Fn. 54), § 32 Rn. 118.

musste E nach den Umständen davon ausgehen, dass A das Telefon stehlen wollte. Trügerisch sind aber die Ausführungen, dass diese weniger eingriffsintensive Maßnahme zunächst hätte ergriffen werden müssen:

Diese Linie der Rechtsprechung geht hauptsächlich auf Fälle zum Schusswaffeneinsatz zurück. Insoweit hat sich die Praxis herausgebildet, dass – wenn möglich – zunächst der Waffeneinsatz angedroht und als nächstes ein Warnschuss abgegeben werden muss, bevor der Verteidiger auf den Angreifer feuern darf.[56] Bei schematischer Anwendung dieser Überlegung führt das aber dazu, dass der eigentliche Kern des Erforderlichkeitskriteriums – der Verteidiger muss nur dann auf ein weniger wirksames Mittel zurückgreifen, wenn dieses gleiche Wirksamkeit verspricht – in sein Gegenteil verkehrt wird.[57] Daher darf der allgemeine Grundsatz nicht aus dem Blick verloren werden: Nur wenn der Warnschuss die Chance birgt, den Angreifer zur Beendigung der Attacke zu bewegen, kann es sich dabei um ein relativ milderes Mittel handeln.[58] Und auch das gilt – wie der *Senat* insoweit zutreffend klarstellt – nur dann, wenn beim Scheitern dieser Möglichkeit der Verteidiger nicht andere wesentliche Verteidigungschancen infolge des Abwartens verloren hat oder das Risiko besteht, dass die Abgabe eines Warnschusses die Situation weiter eskalieren lässt.[59]

Wendet man diese Überlegungen auf den entscheidungserheblichen Sachverhalt an, so ergibt sich Folgendes: Es war unklar, wie E auf den Umstand, dass A von der Erpressung wusste und deshalb das Telefon an sich bringen wollte bzw. gebracht hatte, reagieren würde. Da die Beteiligten offenbar unmittelbar voreinander standen (s.o.), bestand durchaus das Risiko einer „Kurzschlussreaktion" des E (s.o.), sodass A keine nennenswerte Reaktionszeit verblieben wäre. Nimmt man den *Senat* beim Wort, so hätte A riskieren müssen, dass E eine körperliche Auseinandersetzung initiiert, der A sich möglicherweise nicht hätte entziehen können und hoffen müssen, dass er daraus als „Sieger" hervorgeht. Das überzeugt unter zweierlei Gesichtspunkten nicht: Zum einen scheinen die Gerichte insoweit – aus einer bequemen ex-post-Perspektive heraus – wie so oft[60] die Steuerungs- und Reaktionsmöglichkeiten in einer solchen Situation zu überschätzen; auch mag hier ein Rückschaufehler (hindsight bias) eine Rolle gespielt haben, da A die Auseinandersetzung letztlich für sich entschieden hat (wobei unklar ist, ob dies nicht gerade dem Überraschungseffekt zu verdanken ist, weil er zuerst zugeschlagen hat). Zum anderen ist es nicht einsichtig, warum man einem Nothelfer, der zunächst das denkbar mildeste Mittel zur Beseitigung des Angriffs gewählt hat, das Risiko aufbürden sollte, sich zudem mit ungewissem Ausgang körperlich angreifen zu lassen (zumal sein „Erstschlag" – ein Faustschlag gegen Arm/Hand – ebenfalls am untersten Rand der Skala der zu Verfügung stehenden Maßnahmen rangieren dürfte).

V. Fazit

Die Entscheidung mag zwar im Ergebnis vertretbar sein; gleichwohl greift die Argumentation an manchen Stellen deutlich zu kurz, wobei nicht klar wird, ob dies an unzureichenden Feststellungen der erstinstanzlichen Kammer liegt (dann hätte es aber näher gelegen, das Urteil des Landgerichts aufzuheben und zur neuen Verhandlung zurückzuverweisen, § 354 Abs. 2 StPO) oder daran, dass der *Senat* diese Umstände nicht für erwähnenswert und subsumtionsrelevant hält. Man kann sich bei der Lektüre der Gründe des Eindrucks nicht erwehren, dass der *Senat* gezielt nach Möglichkeiten gesucht hat, eine Rechtfertigung des Schlages an anderen Gründen scheitern zu lassen, um keine abschließende Antwort auf die implizite Frage geben zu müssen, ob die Entwendung des Telefons eine gerechtfertigte Nothilfe dargestellt hat.

Für Studierende ist die Befassung mit der Entscheidung gleichwohl lohnenswert: Zum einen handelt es sich um einen sehr „klausurgeeigneten" Sachverhalt, der „klassische" ausbildungsrelevante Probleme aufwirft, zum anderen erinnert das Urteil daran, dass man sich nicht darauf beschränken sollte, sich mit den Leitsätzen von revisionsgerichtlichen Entscheidungen zu beschäftigen, sondern die Gesamtheit von Lebenssachverhalt und Entscheidungsgründen im Blick behalten sollte.

*Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn**

[56] Vgl. stellvertretend BGH, Urt. v. 13.9.2017 – 2 StR 188/17 = NStZ 2018, 84 (85).

[57] Vgl. etwa *Rückert*, NStZ 2018, 85 (86).

[58] Vgl. *Erb* (Fn. 54), § 32 Rn. 166; *Rönnau/Hohn* (Fn. 23), § 32 Rn. 177.

[59] Vgl. etwa BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11 = NStZ 2012, 272 (274); so auch *Erb* (Fn. 54), § 32 Rn. 167; *Rönnau/Hohn* (Fn. 23), § 32 Rn. 177 m.w.N.

[60] Vgl. dazu allgemein *Erb* (Fn. 54), § 32 Rn. 170 ff.; plastisch bspw. zur Trefferquote beim Schusswaffeneinsatz auf Basis empirischer Untersuchungen *Rückert*, Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht, 2017, S. 322 ff., 353 ff.; zusammengefasst bei *Rückert*, NStZ 2018, 85 (86).

* Der *Verf.* ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Er dankt Herrn Wiss. Mitarbeiter *Thomas Kolb*, Frau Wiss. Mitarbeiterin *Désirée Mehl*, Frau Wiss. Mitarbeiterin *Irina Isabel Pommerenke* und Herrn Wiss. Mitarbeiter *Jonas Schury* für wertvolle Anmerkungen.

Entscheidungsbesprechung

Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes in einem „Denkzettel"-Fall: Rechtzeitiges Erkennen wesentlicher Merkmale der Haupttat

1. Der Vorsatz des Gehilfen muss die Verwirklichung der hinreichend konkretisierten Haupttat und deren Förderung durch einen eigenen Unterstützungsbeitrag umfassen.
2. Der Gehilfe braucht keine Einzelheiten der Haupttat zu kennen, allerdings muss er jedenfalls dessen wesentlichen Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung erfassen. Daher haftet er nur für die Folgen derjenigen Handlungen des Täters, die er in seine entsprechenden Vorstellungen einbezogen hatte.
3. Der qualifizierte Taterfolg des § 227 Abs. 1 StGB kann einem Gehilfen nur dann zugerechnet werden, wenn er darauf hätte schließen können, dass eine von seinem Vorsatz umfasste Körperverletzungshandlung den Tod des Tatopfers zur Folge haben konnte; weder Vorhersehbarkeit der Tatfolgen noch nachträgliches Einverständnis genügt dafür. Eine Bestrafung gemäß § 222 StGB bleibt jedoch möglich.
(Leitsätze des *Verf.*)

StGB §§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1, 227 Abs. 1, 18, 27 Abs. 1, 222, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2–5, 229, 230, 52 Abs. 1, 77 Abs. 1, 77b Abs. 1
GVG § 76 Abs. 2 S. 3 Nr. 1
StPO §§ 261, 264, 267, 337, 353, 358, 374, 376, 380 Abs. 1 S. 1
RiStBV Nr. 86

BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21 (LG Köln)[1]

I. Einführung

Eine Strafkammer hat nicht nur den äußeren Sachverhalt einer Straftat festzustellen. Größere Mühen bereiten die subjektiven Tatbestandsmerkmale:

- Was hat der Angeklagte sich zum entscheidenden Zeitpunkt vorgestellt?
- Was hat er vor der Tat gewusst?
- Was hat er während der Tat erkannt?
- Wie hat er darauf reagiert?

Dabei gerät das Tatgericht in die Gefahr, sich rückblickend vom weiteren Tatablauf beeinflussen zu lassen und nicht nur zu fragen, was der Angeklagte tatsächlich für möglich gehalten und gebilligt hat, sondern was er hätte erkennen und verhindern können. Das erfordert Feststellungen, nicht nur Unterstellungen.

Bei der hier zu besprechenden BGH-Entscheidung[2] geht es um die Frage, inwieweit sich bei einer „Hells Angels"-Strafaktion der Tippgeber P und der im Vorraum des Tatgeschehens bleibende Tatgehilfe S strafbar gemacht haben. Hier geht es nur um deren Revision, wobei jeweils der Gehilfenvorsatz in Frage steht.

II. Der Sachverhalt

Nach den Feststellungen der Vorinstanz[3] waren bei einem Einbruch in eine von dem Hells Angel Aykut K. (K) betriebene Shisha-Bar in der Kölner Südstadt 6.000 € aus aufgebrochenen Geldautomaten entwendet worden. Die Rockergruppe hatte daraufhin eine Belohnung von 5.000 € für die Ergreifung der Täter ausgesetzt. Hierauf wurde der Angeklagte Ömer P. (P) aufmerksam, der zusammen mit den Einbrechern – den später geschädigten Pl, A und R – an einem weiteren Einbruch beteiligt gewesen war und aus deren Gesprächen geschlossen hatte, dass diese zuvor in die Bar des K eingedrungen gewesen sein mussten.

P teilte K mit, er wisse, wer für den Einbruch verantwortlich sei; die Einbrecher beabsichtigten, das Diebesgut für eine Nacht in der von C betriebenen Gaststätte „No Name"[4] an der Neusser Straße in Köln-Nippes zu lagern. K entschloss sich, zusammen mit seinem Bruder Ibrahim K. (IK) die Einbrecher für ihre „Verfehlung zu bestrafen". Hierzu gewannen beide auch den (gesondert verfolgten) Erkan Akyol (Ak), Präsident des regionalen „Chapters" der Hells Angels, sowie den Angeklagten Yasin S (S). Die Gruppe verabredete sich am 20.11. 2015 gegen 2:40 Uhr vor dem „No Name" mit dem Tippgeber P, der sich zuvor mit den später Geschädigten in der Gaststätte aufgehalten hatte.

P bestätigte, dass sich die gesuchten Einbrecher in dem zu dieser Zeit geschlossenen Lokal befänden, und verließ dann die Örtlichkeit. Zu dieser Zeit traf der Wirt C ein, den die Gruppe in ihre Gewalt brachte, indem ihm von IK eine nach Absprache mit Ak mitgeführte Schusswaffe an den Kopf gehalten und er in den Vorraum des „No Name" gedrängt wurde. Während der Angeklagte S mit C zunächst im Eingangsbereich blieb und diesen von einem Eingreifen abhielt, drangen die anderen aus der Gruppe schreiend in die Kneipe ein. IK schlug den Kellner Su mit der Pistole bewusstlos zu Boden. Die Geschädigten A und R wurden durch Schüsse sowie durch Einsatz stumpfer Gewalt verletzt. Inzwischen war die Schusswaffe an Ak übergeben worden, der Pl durch einen Nahschuss in den Oberkörper tötete.

A, R und Pl waren an dem Einbruch in der Shisha-Bar beteiligt, rechneten aber bei ihrem Aufenthalt im „No Name" nicht mit den körperlichen Angriffen, die insgesamt nur etwa zwei Minuten dauerten.

[1] Die Entscheidung ist abrufbar unter https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=eec4370fd12a2bac06613678d412057f&nr=130778&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf sowie veröffentlicht in BeckRS 2022, 19059 = HRRS 2022 Nr. 825; Anmerkung bei *Kudlich*, JA 2022, 868.

[2] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21.

[3] LG Köln, Urt. v. 22.12.2020 – 321 Ks 12/19; vorausgegangen waren 48 Verhandlungstage.

[4] Mit den Suchwörtern „No Name" und „Hells Angels Köln" sind bei Google diverse Zeitungsartikel mit weiteren Einzelheiten zu finden.

III. Die Entscheidung des BGH

Wie üblich befasst sich der BGH zunächst mit der Entscheidung der Vorinstanz: Das LG Köln hatte entschieden, K habe in Mittäterschaft mit IK und Ak zum Nachteil des Pl einen Heimtückemord begangen sowie jeweils tateinheitlich einen versuchten Heimtückemord und eine gefährliche Körperverletzung zum Nachteil von A und R und eine gefährliche Körperverletzung zum Nachteil des Su.

Den Angeklagten S hatte das LG wegen „Beihilfe zum Mord in Tateinheit mit Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung in drei rechtlich zusammenhängenden Fällen" verurteilt, den Angeklagten P wegen „Beihilfe zur Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung in drei rechtlich zusammenhängenden Fällen".

Zu den Taten der Haupttäter habe S Beihilfe geleistet, indem er K zum Tatort gefahren und C vom Eingreifen abgehalten habe. Ein entsprechender Gehilfenvorsatz liege vor. Das überfallartige Eindringen der Gruppe in das beengte „No Name" spreche für eine bewusste Gewalteskalation. Dem S sei die Gewaltbereitschaft der Haupttäter bekannt gewesen; insbesondere habe er gewusst, dass Ak kurz vorher an einem Überfall mit einer Schusswaffe beteiligt gewesen sei. Dass auch bei der hiesigen Tat eine Schusswaffe zum Einsatz kommen würde, habe er spätestens erkannt, als dem Wirt C eine solche an den Kopf gehalten worden sei. Schließlich habe der S den C noch weiter bewacht, als im Gastraum bereits die ersten Schüsse fielen. Somit habe er sich mit Tötungen der Geschädigten von Anfang an abgefunden.

Der Angeklagte P habe ebenfalls Beihilfe zu den Taten der Haupttäter geleistet, indem er diesen den Aufenthaltsort der für den Einbruch verantwortlichen Geschädigten mitgeteilt habe. Jedoch sei bei P lediglich ein Gehilfenvorsatz in Bezug auf Körperverletzungshandlungen gegeben. Er habe zwar von der Gewaltbereitschaft der Beteiligten gewusst. Es habe aber nicht festgestellt werden können, dass er Kenntnis vom Mitführen einer Schusswaffe hatte. Allerdings sei deren Einsatz für ihn vorhersehbar gewesen. Deshalb falle P bezüglich des Todes des Pl Fahrlässigkeit i.S.d. §§ 227, 18 StGB zur Last.

1. Prüfungsumfang der Revision

In der Entscheidung des BGH geht es nicht um die Haupttäter, sondern um die Gehilfen S und P. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich gem. § 337 StPO allein darauf, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht insbesondere der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder – wie hier – lückenhaft ist. Das Urteil muss nämlich erkennen lassen, dass der Tatrichter solche Umstände, die geeignet sind, die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat.[5]

Die Beweiswürdigung ist nach § 261 StPO Sache des Tatgerichts. Ihm obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind.[6] Es kommt nicht darauf an, ob das Revisionsgericht angefallene Erkenntnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte. Vielmehr hat es die tatrichterliche Überzeugungsbildung selbst dann hinzunehmen, wenn eine andere Beurteilung näher gelegen hätte oder überzeugender gewesen wäre[7].

Der BGH hat das Urteil gem. § 353 StPO insoweit aufgehoben und die Sache an eine andere Schwurgerichtskammer des LG Köln zurückverwiesen. Nach seiner Ansicht werden die Voraussetzungen der Gehilfenvorsatzes nicht von den Feststellungen getragen. Dies gilt sowohl für den Angeklagten S als auch für den Angeklagten P. Beide Revisionsführer haben daher mit ihrem Rechtsmittel (zunächst) Erfolg gehabt. Abschließend hat der BGH noch eine „Segelanweisung" gegeben[8]:

„Das neue Tatgericht wird sich eingehend mit der Frage zu befassen haben, auf welchen Zeitpunkt im Hinblick auf die Tötung des Pl. bei der Prüfung der Heimtücke abzustellen ist […] und ob sich insoweit der Gehilfenvorsatz auf die mögliche Annahme des Heimtückemerkmals erstreckte."

Die neue Schwurgerichtskammer steht nun erneut vor der Aufgabe herauszufinden, was sich die beiden Angeklagten S und P bei welcher Gelegenheit und zu welchem Zeitpunkt gedacht haben oder auch nicht. Von Einlassungen der Angeklagten sind keine Erkenntnisse zu erwarten, wenn sie sich schweigend verteidigen. Zeugenaussagen von den Haupttätern darüber, was S und P gewusst haben, dürften unergiebig sein. Die Opferzeugen haben von den Angeklagten S und P auch nicht viel mitbekommen. Die Feststellungen zum Tatablauf hat der BGH aufgehoben, soweit sie die Angeklagten betreffen. Das bedeutet für das weitere Verfahren, dass die neue Strafkammer in tatsächlicher Hinsicht mit dem Erkenntnisstand Null beginnen muss.

2. Merkmale des Gehilfenvorsatzes

Nach § 27 Abs. 1 StGB wird als Gehilfe bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat. Die Strafbarkeit wegen Beihilfe setzt danach in objektiver Hinsicht eine von einem anderen vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat sowie deren Förderung durch den Gehilfen voraus. Der BGH übergeht hier sowohl die tatbestandsmäßige Einordnung der Haupttat als auch die objektiven Voraussetzungen der Beihilfe und kommt sofort zu deren subjektiven Voraussetzungen[9]:

Der Vorsatz des Gehilfen muss sich auf die Haupttat beziehen und insoweit zweierlei umfassen, nämlich

- sowohl die Verwirklichung der hinreichend konkretisierten Tat des anderen

[5] Vgl. BGH, Urt. v. 1.7.2020 – 2 StR 326/19, Rn. 8 m.w.N. = NStZ-RR 2020, 355.

[6] Vgl. BGH, Urt. v. 1.7.2020 – 2 StR 326/19, Rn. 8 m.w.N. = NStZ-RR 2020, 355.

[7] Vgl. BGH, Urt. v. 24.3.2015 – 5 StR 521/14 = NStZ-RR 2015, 178 (179).

[8] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 27.

[9] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 11.

- als auch die Förderung dieser Tat durch einen eigenen Unterstützungsbeitrag.

Einzelheiten der Haupttat braucht der Gehilfe – ebenso wie der Anstifter – nicht zu kennen. Allerdings muss er jedenfalls

- den wesentlichen Unrechtsgehalt
- und die Angriffsrichtung der Haupttat

erfassen[10]. Nur für die Folgen derjenigen Handlungen des Täters kann der Gehilfe strafrechtlich verantwortlich gemacht werden, die er tatsächlich in seine Vorstellungen einbezogen hat. Dass er sie hätte voraussehen können, reicht ebenso wenig wie sein nachträgliches Einverständnis; für das schon vollständig abgeschlossene Geschehen steht der Gehilfe strafrechtlich nicht mehr ein[11].

a) Strafbarkeit des S

Der BGH hat nicht nur die Verurteilung des S wegen tateinheitlicher Beihilfe zum Heimtückemord (zum Nachteil des Pl), sondern auch diejenige wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung (zum Nachteil von A, R und Su) aufgehoben.

Diese Konsequenz ergibt daraus, dass es sich insoweit um einheitliche Feststellungen handelt, die sowohl materiell eine Idealkonkurrenz i.S.d. § 52 StGB begründen als auch prozessual dieselbe Tat i.S.d. § 264 StPO betreffen. Der BGH kommt zu der Bewertung, das LG Köln habe wesentliche Umstände nicht erörtert, die gegen die Annahme sprechen können, der Angeklagte S habe Beihilfe nicht (nur) zu Körperverletzungshandlungen, sondern (auch) zu Tötungsdelikten leisten wollen. Die im Rahmen der Beweiswürdigung herangezogenen Beweisanzeichen wie die Uhrzeit des Überfalls, die räumlichen Begebenheiten sowie das überfallartige Eindringen gäben weder für sich betrachtet noch in der Gesamtheit dafür etwas her; davon sei auch das LG noch zutreffend ausgegangen[12]. Soweit das LG folgerichtig dem Verhalten des Angeklagten während der Tat maßgebliche Bedeutung beigemessen habe, greife es jedoch zu kurz, wenn es entscheidend darauf abgestellt habe, auch nach den ersten Schüssen (in der Kneipe) habe S weiter den Wirt C bewacht und somit habe er die Tötung der Geschädigten billigend in Kauf genommen[13].

Dabei habe das LG nicht beachtet, dass S sich zunächst nur im Vorraum aufhielt und nur eingeschränkt habe wahrnehmen können, was im Gastraum vor sich ging. Allein aus der akustischen Wahrnehmung eines Schusses könne die Zielrichtung nicht abgeleitet werden. Im Übrigen habe der gesamte Vorgang nur ca. zwei Minuten gedauert. Das LG hätte somit erörtern müssen, was von S hätte erwartet werden können, wenn er sich vom Handeln der anderen hätte distanzieren wollen. Andererseits könne aus einer fehlenden Distanzierung nicht auf einen Gehilfenvorsatz im Hinblick auf ein Tötungsdelikt geschlossen werden.[14] Und für das, was schon vollständig abgeschlossen sei, könne selbst ein nachträgliches Einverständnis keine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Gehilfen begründen.[15]

Die vorherige Verabredung in der Tätergruppe, die Geschädigten im „No Name" „überfallartig zu bestrafen" lasse sich nicht als Tatplan bewerten, in den S eingebunden gewesen sei, zumal sich nicht klären ließ, aus welchen Beweggründen S mitmachte; an der Planung habe er ebenfalls nicht teilgenommen. So sei S möglicherweise beim Betreten der Gaststätte von dem Gedanken geleitet gewesen, bei den Geschädigten solle (lediglich) Furcht vor weiteren Repressalien aufgebaut werden.[16] Somit könnte es sich hier um einen sog. „Denkzettel"-Fall[17] handeln, der ein Überleben des Tatopfers notwendigerweise voraussetzt, wobei ein „spontanes Entgleiten der Situation" allerdings nicht ausgeschlossen ist.

Allerdings ist aus Sicht des BGH keinesfalls ausgeschlossen, dass sich neue tatrichterliche Feststellungen ergeben, die zur Strafbarkeit des S wegen Beihilfe zu einem Heimtückemord führen; dies ergibt sich aus der „Segelanweisung" des BGH, wonach das im Hinblick auf die Tötung des Pl bei der Prüfung der Heimtücke auf den entscheidenden Zeitpunkt abzustellen ist[18]. Denn dieser Hinweis ergibt nur dann im Rahmen der nur die Revisionsführer S und P betreffenden Zurückverweisung einen Sinn, wenn auch dieses Ergebnis möglich ist.

Heimtückisch handelt, wer in feindseliger Willensrichtung die Arg- und dadurch bedingte Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.[19] Arglos ist das Tatopfer, wenn es bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen Angriff rechnet.[20] Ohne Bedeutung für die Frage der Arglosigkeit ist dabei, ob das Opfer gerade einen Angriff gegen das Leben erwartet oder es die Gefährlichkeit des drohenden Angriffs in ihrer vollen Tragweite überblickt. Besorgt das Opfer einen gewichtigen Angriff auf seine körperliche Integrität, ist es vielmehr selbst dann nicht arglos, wenn es etwa wegen fehlender Kenntnis von der Bewaffnung des Täters die Gefährlichkeit des erwarteten Angriffs unter-

[10] Ebenfalls zur Beihilfe in Rocker-Kreisen vgl. BGH, Beschl. v. 14.1.2021 – 1 StR 467/20 (Vorinstanz: LG Heidelberg); zum Gehilfenvorsatz siehe dort Rn. 13 m.w.N.

[11] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 16 mit Hinweis auf BGH, Beschl. v. 8.11.2011 – StR 310/11 = NStZ 2012, 264 m.w.N.

[12] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 13.

[13] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 14.

[14] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 16.

[15] Vgl. BGH, Beschl. v. 8.11.2011 – 3 StR 310/11 = NStZ 2012, 264 m.w.N.

[16] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 17.

[17] Vgl. dazu BGH, Beschl. v. 27.10.2015 – 2 StR 312/15 = NJW 2016, 1970, (1971).

[18] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 27 mit Hinweisen auf BGH, Beschl. v. 6.11.2014 – 4 StR 416/14, Rn. 6 = NStZ 2015, 31 (32); BGH, Beschl. v. 31.7.2018 – 5 StR 216/18, Rn 6 = NStZ 2018, 654; BGH, Beschl. v. 26.3. 2020 – 4 StR 134/19, Rn. 12 f. = NJW 2020, 2421 (2423) = NStZ 2020, 609, jeweils m.w.N.; zur fehlenden Arglosigkeit eines Erpressers siehe *Putzke*, ZJS 2022, 456.

[19] Vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 1 StR 81/22, Rn. 4.

[20] Vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 1 StR 81/22, Rn. 5.

schätzt.[21]

Die Arglosigkeit führt zur Wehrlosigkeit, wenn das Opfer aufgrund der Überraschung durch den Täter in seinen Abwehrmöglichkeiten so erheblich eingeschränkt ist, dass ihm die Möglichkeit genommen wird, dem Angriff auf sein Leben erfolgreich zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren. Das ist der Fall, wenn das Opfer daran gehindert ist, sich zu verteidigen, zu fliehen, Hilfe herbeizurufen oder in sonstiger Weise auch durch verbale Äußerungen auf den Täter einzuwirken, um den Angriff zu beenden.[22]

In subjektiver Hinsicht setzt der Tatbestand des Heimtückemordes voraus, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers erkennt; erforderlich ist außerdem, dass er die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tatbegehung ausnutzt, wobei dies hier bereits dem objektiven Bild des Geschehens entnommen werden kann.[23]

Im vorliegenden Falle ist sowohl aus Sicht des angreifenden Täters als auch aus Sicht der angegriffenen Opfer entscheidend, wie lange diese im Zustand der Arg- und Wehrlosigkeit blieben. Zunächst gingen die Geschädigten davon aus, die Geräuschentwicklung im Eingang und Vorraum des „No Name“ habe noch nichts mit einem Angriff auf sie selbst zu tu. Die Lage änderte sich im vorliegenden Falle somit erst, als die Geschädigten den Angriff auf sich selbst als solchen erkannten. Diese Erkenntnis kam dann aber zu spät, um sich noch erfolgreich zur Wehr zu setzen. Dies entsprach auch der Absicht der Angreifer. Damit lässt sich für die Haupttäter das Heimtückemerkmal begründen.

Fraglich ist aber, ob dies auch für S als möglichen Gehilfen gilt. Dazu muss festgestellt werden können, welche Vorstellungen er von der detaillierten Ausführung der „Strafaktion“ hatte. Es ist jedoch spekulativ, insoweit eine mögliche Beweisaufnahme vorauszusehen und deren Ergebnis zu antizipieren. Denn das tatrichterliche Ergebnis einer Beweiswürdigung ist nur dann überzeugend, wenn sich damit eine Tatsachenfeststellung rational begründen lässt; eine Unterstellung genügt hierfür nicht.

Für die Überzeugungsbildung genügt zwar ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, demgegenüber vernünftige und nicht nur auf denktheoretischen Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht mehr aufkommen. Die Anforderungen an eine Verurteilung dürfen daher auch nicht überspannt werden; eine mathematische Gewissheit wird nicht verlangt. Allerdings muss ein Schuldspruch auf einer tragfähigen Beweisgrundlage aufbauen, die eine objektiv hohe Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit des Beweisergebnisses ergibt; bloße Vermutungen genügen nicht, da sie lediglich einen Verdacht stützen können, aber keine Überzeugung begründen. Das Gericht muss sich mit allen wesentlichen für und gegen den Angeklagten sprechenden Umständen auseinandersetzen; seine Würdigung muss rationaler Argumentation standhalten.[24]

Die Beweiswürdigung muss zudem erschöpfend sein. Das Tatgericht ist gehalten, sich mit den von ihm festgestellten Tatsachen unter allen für die Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkten auseinanderzusetzen, wenn sie geeignet sind, das Beweisergebnis zu beeinflussen. Eine Beweiswürdigung, die über schwerwiegende Verdachtsmomente ohne Erörterung hinweggeht, ist ebenso rechtsfehlerhaft wie eine solche, die gewichtige Umstände nicht mit in Betracht zieht, welche die Überzeugung des Tatrichters von der Täterschaft eines Angeklagten in Frage zu stellen geeignet sind.[25]

Aus den Urteilsgründen gem. § 267 StPO muss sich schließlich ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden. Eine rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung zur subjektiven Tatseite setzt dabei voraus, dass im Rahmen der Gesamtwürdigung der für einen Tatvorsatz sprechenden Umstände auch vorsatzkritische Gesichtspunkte erörtert werden. Selbst Beweisanzeichen, die sich auf den ersten Blick als ambivalent darstellen, müssen einbezogen werden. Bei der Würdigung indizieller Beweisergebnisse ist es in der Regel erforderlich, in den Urteilsgründen die tatsächlichen Anknüpfungsergebnisse der Würdigung so mitzuteilen, dass dem Revisionsgericht eine Überprüfung möglich ist; den Angeklagten belastende Schlussfolgerungen dürfen nicht auf Vermutungen oder bloße Möglichkeiten gestützt werden.[26]

Es ist fraglich, ob durch die neue Schwurgerichtsverhandlung eine Beihilfe zum Heimtückemord nachgewiesen werden kann. Allerdings wusste S, dass die späteren Haupttäter eine Schusswaffe auch in den Gastraum mitgenommen hatten. Dann kann zwar daraus auch geschlossen werden, dass er mit deren für die Geschädigten überraschenden und tödlichen Einsatz rechnete und dies billigte. Es kann aber auch der Schluss gezogen werden, dass S diese Tatentwicklung lediglich hätte voraussehen können, aber tatsächlich nicht vorausgesehen hat, so dass er lediglich als Gehilfe der von ihm vorausgesehenen gefährlichen Körperverletzungen gem. §§ 224 Abs. 1, 27 Abs. 1, 52 StGB verurteilt werden könnte, wobei die verschiedenen hier verwirklichten Var. 2–5 der gefährlichen Körperverletzung als unerhebliche Abweichungen vom Gehilfenvorsatz miterfasst wären. Die Verwirklichung mehrerer Tatbestandsvarianten ist nur eine Tat;[27] für die Beihilfehandlung (Begleitung der Haupttäter bis zum Vorraum) gilt dies ohnehin. Dass die Körperverletzungen verschiedener Personen mehrere Handlungen erforderten, ist somit für die Frage der Konkurrenz beim Gehilfen S nicht entscheidend, kann aber strafschärfend berücksichtigt werden.

[21] Zur Heimtücke nach einem Streit vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 1 StR 81/22, Rn. 5 m.w.N. (Vorinstanz: LG München I, Urt. v. 26.11.2021 – 1 Ks 123/20).

[22] Vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 1 StR 81/22, Rn. 23 a.E.

[23] Vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 1 StR 81/22, Rn. 7 (mit Hinweis auf BGH, Beschl. v. 21.7.2021 – 4 StR 53/21, Rn. 5 m.w.N.).

[24] Zu den Anforderungen an die Überzeugungsbildung BGH, Urt. v. 9.2.1957 – 2 StR 508/56 = BGHSt 10, 208, die objektive Seite dazu betonend BGH, Urt. v. 8.1.1988 – 2 StR 551/87 = NStZ 1988, 236, jeweils m.w.N.

[25] Vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 1 StR 81/22, Rn. 15 m.w.N.

[26] Vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 1 StR 81/22, Rn. 16.

[27] Vgl. *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 16.

b) Strafbarkeit des P

Die Verurteilung des Tippgebers P wegen Beihilfe zur Körperverletzung mit Todesfolge (zum Nachteil des getöteten Pl) gem. §§ 227 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB hält der BGH durch die getroffenen Feststellungen für nicht belegt. Damit ist die Verurteilung der tatgleichen Beihilfe zu den gefährlichen Körperverletzungen ebenfalls nicht mehr haltbar.

Allerdings wird bei einem erfolgsqualifizierten Delikt die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Teilnehmers für den von ihm weder gewollten noch gebilligten Erfolg nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass der Täter diesen vorsätzlich herbeigeführt hat. Aber ausgehend von dem Grundsatz, dass der Teilnehmer für eine entsprechende Strafbarkeit jedenfalls den Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung der Haupttat erfassen muss, ist er nur für die Folgen derjenigen Handlungen des Täters mitverantwortlich, die er in seine entsprechenden Vorstellungen einbezogen hatte.[28]

Zwar muss der Teilnehmer nicht alle Einzelheiten des zum Tode führenden Geschehensablaufs kennen. Die von dem Täter dem Opfer mit Tötungsvorsatz zugefügten Körperverletzungen dürfen aber nicht von gänzlich anderer Art und Beschaffenheit sein, als der Teilnehmer wollte und sich vorstellte.[29]

P sei naheliegender Weise davon ausgegangen, dass seine Angaben zu gemeinschaftlich begangenen gefährlichen Körperverletzungen i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB führen würden. Das trage aber noch nicht die Annahme, er habe den Tod eines Geschädigten voraussehen können. Denn die Strafkammer habe keine Feststellungen dazu getroffen, von welchen Vorstellungen der Angeklagte P konkret ausgegangen sei. Damit werde nicht belegt, dass er einen tödlichen Schuss auf ein Tatopfer als wesentlichen Unrechtsgehalt und Angriffsrichtung der Haupttat erfasst hatte.[30]

Dass die Verwendung einer Schusswaffe nicht außerhalb des für ihn Vorhersehbaren gelegen habe, wie die Strafkammer angenommen hat, genüge nicht für die Begründung einer Strafbarkeit nach §§ 227 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB. Der qualifizierte Taterfolg des § 227 Abs. 1 StGB könne einem Teilnehmer nämlich nur dann zugerechnet werden, wenn dieser darauf hätte schließen können, dass eine von seinem Vorsatz umfasste Körperverletzungshandlung den Tod des Tatopfers zur Folge haben konnte.

§ 18 StGB lasse allein in Bezug auf den Taterfolg Fahrlässigkeit genügen. Entscheidend sei daher, dass der Teilnehmervorsatz sich gerade auch auf die Begehungsweise bezieht, der die Gefahr der schweren Folge typischerweise anhaftet.[31] § 18 StGB finde hingegen keine Anwendung, wenn der Tod des Tatopfers auf einer Körperverletzungshandlung beruht, die nicht vom Vorstellungsbild des Gehilfen gedeckt war, mag deren Begehung auch erkennbar gewesen sein. In diesen Fällen besteht auch bezogen auf die Tathandlung lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gegen den Gehilfen, so dass dessen Strafbarkeit nach §§ 227 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB ausscheidet und allenfalls eine solche nach § 222 StGB in Betracht kommt.[32]

Geht man davon aus, es sei P – als er seinen entscheidenden Tipp auf die Anwesenheit der Geschädigten vor dem „No Name“ noch einmal bestätigte – bereits bewusst gewesen, dass die Haupttäter für die Aktion eine Schusswaffe mitführten und diese einsetzen würden, dann könnte daraus auch geschlossen werden, dass er mit deren für die Geschädigten überraschenden und tödlichen Einsatz rechnete und dies um der ausgesetzten Belohnung willen auch billigte. Damit läge dann Eventualvorsatz sogar hinsichtlich einer Beihilfe zu einem Heimtückemord vor. Sogar Anstiftung dazu wäre nicht von vornherein ausgeschlossen. Denn ohne den Hinweis des P wäre es zu der Vergeltungsaktion der „Hells Angels“ gar nicht erst gekommen. Einer „verbösernden“ Bestrafung stünde allerdings § 358 Abs. 2 S. 1 StPO entgegen, da nur der Angeklagte Revision eingelegt hatte.

Welche Feststellungen in der neuen Tatsacheninstanz getroffen werden, lässt sich nicht vorhersagen. Unzulässig wäre es jedoch, bei fehlenden Nachweisen für eine Mordanstiftung sozusagen als „Kompromisslösung“ eine Beihilfe zur Körperverletzung mit Todesfolge anzunehmen. Auch wenn jemand zu Tode gekommen ist, kann § 227 StGB i.V.m. § 18 StGB weder für einen Täter noch für einen Teilnehmer als „Auffangvorschrift“ eingesetzt werden, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen nur unterstellt werden können, aber mit prozessualen Beweismitteln nicht festzustellen sind.

Voraussehbar und – durch Unterlassen seines „Verrats“ vermeidbar – wäre der tatsächliche Ablauf allerdings für P gewesen, so dass eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung zum Nachteil des Pl gem. § 222 StGB begründet ist. Dieses Ergebnis deutet die Entscheidung bereits an.[33] Zum Nachteil von A und R hätte P in diesem Falle auch tateinheitlich fahrlässige Körperverletzungen gem. §§ 229, 52 Abs. 1 StGB durch dieselbe Handlung (Tippgeben) begangen. Dass auch der Kellner Su bewusstlos geschlagen wurde, hätte P ebenso voraussehen und vermeiden können. Denn es liegt nahe, dass anwesende Personen bei der konkreten Aktion ebenfalls durch körperliche Gewalt an einem Eingreifen zu Gunsten anderer Geschädigter verletzt werden konnten. Insofern liegt ein unerhebliches Abweichen vom voraussehbaren Kausalverlauf vor.

Die Strafverfolgung wegen fahrlässiger Körperverletzung ist gem. § 230 Abs. 1 StGB möglich. Da von einem rechtzeitigen Strafantrag der Verletzten gem. §§ 77 Abs. 1, 77b Abs. 1 S. 1 StGB milieubedingt nicht zwingend auszugehen ist, fragt sich, ob die Staatsanwaltschaft ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält, da es sich um ein Privatklagedelikt handelt (§§ 374 Abs. 1 Nr. 4, 376 StPO), wobei ein erfolgloser Sühneversuch gem. § 380 Abs. 1 S. 1 StPO vorauszugehen hätte. Das staatsanwaltliche Ermessen ist dabei insbesondere durch Nr. 86 Abs. 2 S. 1 RiStBV intendiert: Danach wird ein öffentliches Interesse in der Regel vorliegen, wenn

[28] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 19.
[29] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 20 m.w.N.
[30] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 22.
[31] Vgl. *Hardtung*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 18 Rn. 63 m.w.N.
[32] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 23.
[33] BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 2 StR 302/21, Rn. 23 a.E.

der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist. Beispielhafte Gründe hierfür sind das Ausmaß der Rechtsverletzung oder die Gefährlichkeit der Tat. Die Rechtsverletzung des P und seine dahin führende Tat bestanden darin, einen Tipp auf Einbrecher zu geben, wobei P allerdings das für ihn erkennbar gefährliche Vergeltungsbedürfnis der Haupttäter zuzurechnen ist. Damit ist die Strafverfolgung von Amts wegen nach § 230 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 StPO zu begründen, so dass auch eine Strafbarkeit des P wegen fahrlässiger Körperverletzung zum Nachteil von A und R tateinheitlich mit der fahrlässigen Tötung des Pl begründet werden kann.

IV. Bewertung

Der BGH hat das Urteil des LG Köln zu Recht aufgehoben, soweit es die Gehilfen S und P betrifft. Der Vorinstanz ist es nicht gelungen, in der Hauptverhandlung für beide Revisionsführer den jeweiligen Beihilfevorsatz inhaltlich präzise zu ermitteln – was der Strafkammer nicht vorzuwerfen ist – und damit die revisionsfeste Voraussetzung für die gleichwohl getroffenen Schuldsprüche zu schaffen. Diese beruhen nicht auf Feststellungen, sondern auf Unterstellungen – was der BGH nicht so deutlich gesagt hat. Das somit unausweichliche Ergebnis ist vom BGH in zutreffender Weise begründet worden.

Die Teilnahme an einem erfolgsqualifizierten Delikt ist nicht einfach festzustellen. Andere als die von der Vorinstanz gefundenen Schuldsprüche sind jedoch unter Beachtung der Revisionsentscheidung möglich. Es kann dem BGH also nicht vorgeworfen werden, lebensfremde Anforderungen an eine tatrichterliche Beweiswürdigung und Überzeugung gestellt zu haben.

Dr. Siegbert Woring, Köln

Buchrezension

Heller, ***Robert F.***, Strukturen des Steuerrechts, C.H. Beck, München 2022, 146 S., 34,90 €.

Die Pflicht, Steuern zu zahlen, ist die Ursache und Folge vieler wirtschaftlicher Entscheidungen. Vor diesem Hintergrund ist ein steuerliches Grundverständnis für jeden, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß, nützlich.

Bereits der Titel des Buches („Strukturen […]" statt „Einführung […]") und ein Blick in die Inhaltsübersicht offenbaren, dass es sich nicht um „irgendein weiteres Steuerrechtsbuch" handelt. Vielmehr handelt es sich um ein Werk, das den aktuellen Stand der Lernforschung berücksichtigt – ein Umstand, der bei einem komplexen Rechtsgebiet wie dem Steuerrecht besondere Bedeutung hat. So gliedert *Robert F. Heller* seine neun inhaltlichen Kapitel stets gleich: Lernsituation, Strukturwissen, Recht anwenden auf die Lernsituation. Vorangestellt sind diesen Kapiteln ein fünfseitiger Sachverhalt (in Kurzform: Familie Krauss überlegt, eine Photovoltaik-Anlage anzuschaffen und fragt, welche steuerlichen Themen dabei zu beachten sind) und Ausführungen zur Methodik der Rechtsanwendung. Die Kapitelüberschriften beschreiben bereits sehr genau, worum es jeweils geht (z.B. „B. Was eine Steuer ist und welche Arten von Steuern erhoben werden", „D. Wie ein Steuergesetz entsteht", „F. Wie die Umsatzsteuer berechnet wird", „G. Wie das Verfahren von der Steuererklärung bis zum Steuerbescheid abläuft"). Im Gliederungspunkt „Lernsituation" nimmt *Heller* jeweils Bezug auf den Ausgangssachverhalt und entwickelt diesen unter Berücksichtigung bisher gewonnener Erkenntnisse weiter. Mehrere Leitfragen geben in den meisten Kapiteln einen verdichteten Ausblick auf die nachfolgenden Ausführungen im Gliederungspunkt „Strukturwissen". Dort werden die theoretischen Inhalte in kurzen Unterabschnitten dargestellt. Dass der Autor hier – anders als bei anderen Werken – nicht in die Tiefe geht, ist nicht als Manko, sondern als Vorzug des Werkes zu betrachten. Denn gerade für die Vermittlung der Strukturen und Zusammenhänge ist es wichtig, den Leser nicht mit Details zu überfrachten; für solche finden sich in den Fußnoten teils weitere (Literatur-)Hinweise. Der Gliederungspunkt „Recht anwenden auf die Lernsituation" enthält dann konkrete Ausführungen zu den praktischen Fragen der Protagonistenfamilie Krauss. Hier erfolgt also die Anwendung des Strukturwissens auf einen konkreten Sachverhalt.

Das Werk von *Heller*, Präsident der Bundesfinanzakademie in Brühl, richtet sich an Studierende an Universitäten und Fachhochschulen sowie an interessierte Laien, zugleich aber laut Vorwort auch an Angehörige der Steuer- und Rechtsberatung sowie der Justiz und Verwaltung. Bereits diese heterogene Zielgruppe verdeutlicht den Spagat, welchen *Heller* bewältigen muss: So bedürfen die Methoden der Rechtsanwendung für den interessierten Laien (und Studierende ohne erste Rechtskenntnisse) ausführlicherer Darstellungen, während diese für die anderen Zielgruppen entbehrlich erscheinen. In einem knapp zwei Seiten langen „Kleine[n] Regelwerk zur Anwendung von Steuerrecht" (S. 7 f.) finden sich die nahezu einzigen Ansatzpunkte für Kritik an diesem Buch: Abweichend von dem sonstigen Ansatz *Hellers*, eine Familie und ihre Steuerrechtsfragen in den Mittelpunkt des Geschehens zu stellen, geht es hierbei letztlich um eine Mischung aus Hinweisen zur Anfertigung einer Steuerrechtsklausur und solchen zur Gesetzesanwendung und -auslegung. Zudem ist das Verhältnis der Prüfungspunkte (zeitliche) „Anwendbarkeit des Gesetzes feststellen" und „Anwendungszeiträume ermitteln" unklar. Für die bereits mit rechtlichen Themen vorbefassten Leser mögen diese Kritikpunkte hinzunehmen sein, und auch für die Laien stellen sich diese als nicht zu gravierend heraus. Denn den wesentlichen Nutzen ziehen sie aus den dann folgenden Ausführungen.

Insgesamt handelt es sich bei dem Werk von *Heller* um eines, das einen gut lesbaren Stil aufweist, durch Bildung zahlreicher kurzer Abschnitte den Einstieg und das Weiterlesen erleichtert und durch den gewählten Aufbau den Zugang zum Steuerrecht deutlich vereinfacht. Ein umfangreiches Stichwortverzeichnis ermöglicht den zielgerichteten Zugriff auf bestimmte Themen. Inhaltlich ist das Werk überzeugend; hervorzuheben ist auch, dass der Autor Schlagworte aus der medialen Berichterstattung (z.B. „strukturelles Vollzugsdefizit") aufgreift und in den entsprechenden Kontext einordnet.

Aus diesen Ausführungen folgt eine klare Empfehlung zu diesem Werk für alle, die sich dem Steuerrecht nähern wollen.

Prof. Dr. Kai E. Wünsche, Meißen