

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

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. Dr. h.c. 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

3/2023
16. Jahrgang

S. 399–699

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Der Besitz bei Gefälligkeiten

Wiss. Mitarbeiterin Marie-Luisa Hülsmann, Bielefeld 399

Öffentliches Recht

Struktur und Verfassungsrang des Steuergeheimnisses

Regierungsrat Dr. Jonas Schnelling, Frankfurt am Main 409

Paritätische Wahlgesetzgebung

Laura Volk, Heidelberg 419

Strafrecht

Reform des § 265a StGB – Eine Bewertung der Änderungsmöglichkeiten

Long Bui, M. Iur., Münster, Stud. iur. Aron Rössig, Hannover 435

Allgemeines

Rudolf Smend (1882–1975): Die Verfassung als Integrationsordnung

Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf 444

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Die dingliche Einigung über die Eigentumsübertragung

Stud. iur. Ali Tahir Sen, München 455

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Strafrecht

- Die „Quasi-Kausalität“ des Unterlassens in der strafrechtlichen Fallbearbeitung
Prof. Dr. Dennis Bock, Wiss. Mitarbeiter Jan Nicklaus, Kiel 471

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

- Anfängerklausur im Sachenrecht: Der vertauschte Tennisschläger
Prof. Dr. Beate Gsell, Wiss. Mitarbeiterin Anna Hauf, München 481
- Examensübungsklausur: Selbstjustiz bei Mietbatterien?
Wiss. Mitarbeiter Nico Halkenhäuser, Prof. Dr. Friedemann Kainer, Mannheim 497
- Fortgeschrittenenhausarbeit: Neue Wände, neue Freunde
PD Dr. Matthias Fervers, Kiel 512
- Examensklausur: Ehe und Espresso
Ref. jur. Frederik Jaeger, Jun.-Prof. Dr. Bettina Rentsch, Berlin 524
- Fortgeschrittenenklausur Arbeitsrecht: Impfgegner im Pflegeheim
Dr. Johannes Götz, Regensburg 542
- Examensübungsklausur: Umsonst reserviert
Wiss. Mitarbeiter Johann Mitzscherlich, Leipzig 556

Öffentliches Recht

- Anfängerklausur Grundrechte: „Lasst mich mitsingen!“
Dr. Joshua Moir, Berlin 569
- Schwerpunktbereichsklausur Einkommensteuerrecht: Bußgelder und Erpressung
Ass. iur. Timon El-Sherif, Berlin 582

Strafrecht

- Fortgeschrittenenklausur: Kontaktloses Bezahlen
PD Dr. Boris Burghardt, Marburg, Stud. Hilfskraft Ricarda Bardowicks, Göttingen 593
- Fortgeschrittenenhausarbeit: „Alles nur geklaut“
Wiss. Mitarbeiterin Meike Koch, Halle (Saale) 613

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Zivilrecht

- BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21
(Das Recht auf Abstammung: Der Auskunftsanspruch des Adoptivkindes gegen seine leibliche Mutter)
(Ref. iur. und Wiss. Hilfskraft Alexander Drakos, Köln) 645
- BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21
(Schockschadensersatz aufgrund des Missbrauchs des eigenen Kindes)
(Wiss. Mitarbeiter Julius Nickoleit, Münster) 651
- BGH, Urt. v. 14.2.2023 – VI ZR 295/20 (OLG Karlsruhe)
(Schadensersatz wegen mangelnder Aufklärung über Schwangerschaftsrisiken)
(Ref. iur. Richard Zimmer, Halle [Saale]) 657

Strafrecht

- BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22
(Nichtablieferung eingekommener Verwarnungsgelder durch einen Polizeivollzugsbeamten)
(Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn) 669
- BGH, Urt. v. 21.9.2022 – 6 StR 47/22; LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20
(Aussetzung mit Todesfolge, Obhuts- und Beistandspflicht, Gefährdungsvorsatz, Tötung durch Unterlassen [Weidener Flutkanal-Fall])
(Dr. Siegbert Woring, Köln) 684

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

- Bühler, Jonas/Schmitt, Felix/Lang, Rudi/Weber, Christoph: ZPO II: Zwangsvollstreckungsverfahren – Klausurrelevantes Wissen für das Studium, 2022
(Dr. Sebastian Schwind, Mannheim, Florian Schwind, München) 693

Rechtsgeschichte

Wesel, Uwe: [Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 5. Aufl.](#)
2022

(Wiss. Mitarbeiter Aron Johanson, München)

697

Schriftleitung

Prof. Dr. Markus Wagner

Webmaster

Prof. Dr. Markus Wagner

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1865-6331

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

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Irina Isabel Pommerenke

Der Besitz bei Gefälligkeiten

Wiss. Mitarbeiterin Marie-Luisa Hülsmann, Bielefeld*

Ob Nachbarn mit Werkzeug aushelfen oder Freunde uns beim Umzug unterstützen – im täglichen Leben begegnen uns zahlreiche Gefälligkeiten, die besitzrechtliche Fragen aufwerfen. Wer ist Besitzer des Werkzeugs, wer Besitzer der Umzugskisten?

Bloße Gefälligkeiten können – anders als Gefälligkeitsverträge wie die Leihe (§ 598 BGB), die Verwahrung (§ 688 BGB) oder der Auftrag (§ 662 BGB) – nach einhelliger Auffassung kein Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868 BGB begründen. Ein solches kann nur auf einem Rechtsgeschäft, dem Gesetz oder einem staatlichen Hoheitsakt beruhen.¹ Während bei Gefälligkeitsverträgen eine vertragliche Einigung vorliegt, fehlt bei bloßen Gefälligkeiten ein Rechtsbindungswille.² Bei der Abgrenzung ist maßgeblich, ob der Leistungsempfänger aus dem Handeln des Leistenden unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen Rechtsbindungswillen schließen musste. Dies ist anhand verschiedener Kriterien im Einzelfall zu bestimmen. Zu berücksichtigen sind die Art der Gefälligkeit, ihr Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung, die Umstände, unter denen sie erwiesen wird und die dabei bestehende Interessenlage der Parteien.³ Dabei gilt: Je enger die persönliche Beziehung, desto eher liegt eine bloße Gefälligkeit vor.⁴

Wer bei einer bloßen Gefälligkeit Besitzer der Sache ist, richtet sich nach § 854 Abs. 1 BGB und § 855 BGB. Dieser Beitrag widmet sich insbesondere der Frage, ob ein Gefälligkeitsverhältnis ein ähnliches Verhältnis i.S.d. § 855 BGB sein kann. In diesem Zusammenhang wird außerdem dargestellt, für welche Fallgestaltungen eine analoge Anwendung des § 855 BGB in Betracht kommt. Anschließend werden die mit der engen Auslegung des § 855 BGB einhergehenden Auswirkungen auf die Haftung des Gefälligen und des Begünstigten beschrieben.

I. Besitzverhältnisse bei Gefälligkeiten	400
1. Anwendbarkeit des § 855 BGB	400
a) Anforderungen an das in § 855 BGB beschriebene Weisungsverhältnis	400
aa) Grundlage des Weisungsverhältnisses	400
bb) Intensität des Weisungsverhältnisses	401
cc) Zwischenergebnis	403
b) Analoge Anwendbarkeit des § 855 BGB	403
c) Besitzerwerb gem. § 854 Abs. 1 BGB	403
2. Besonderheiten flüchtiger Gefälligkeitsverhältnisse	404

* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht und Methodenlehre (Prof. Dr. Sudabeh Kamanabrou), Universität Bielefeld.

¹ Schulte-Nölke, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl. 2021, § 868 Rn. 3.

² Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. 2022, § 17 Rn. 19.

³ BGH NJW 1956, 1313 f.

⁴ Bachmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 242.

3. Zusammenfassung	405
II. Auswirkungen der Besitzverhältnisse auf die Haftung im Gefälligkeitsverhältnis	405
1. Haftung des besitzlosen Gefälligen	406
2. Auswirkungen eines Besitzerwerbs auf die Haftung	406
3. Zusammenfassung	408

I. Besitzverhältnisse bei Gefälligkeiten

Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, erwirbt gem. § 854 Abs. 1 BGB Besitz an dieser Sache. Ob sich § 855 BGB für bloße Gefälligkeiten eine davon abweichende Rechtsfolge entnehmen lässt, wird nicht einheitlich beantwortet. Der BGH und ein Teil der Literatur fordern für die Anwendbarkeit des § 855 BGB ein Rechtsverhältnis und eine soziale Abhängigkeit des Besitzdieners vom Besitzherrn.⁵ Nach dieser Auffassung ist § 855 BGB nicht anwendbar, wenn bloß eine Gefälligkeit besteht. Die überwiegende Auffassung in der Literatur setzt dagegen weder ein Rechtsverhältnis noch eine soziale Abhängigkeit voraus.⁶ Der Tatbestand des § 855 BGB könne auch bei einer tatsächlichen Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit erfüllt sein. Dabei sind sich die Stimmen in der Literatur allerdings nicht einig, ob eine weite Auslegung des § 855 BGB möglich oder eine analoge Anwendung des § 855 BGB erforderlich ist. Nachfolgend wird durch Auslegung untersucht, ob § 855 BGB (analog) auf Gefälligkeitsverhältnisse anwendbar ist.

1. Anwendbarkeit des § 855 BGB

a) Anforderungen an das in § 855 BGB beschriebene Weisungsverhältnis

Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist gem. § 855 BGB nur der andere Besitzer. Das in § 855 BGB beschriebene Weisungsverhältnis ist durch Auslegung zu konkretisieren.⁷ Dabei ist zu klären, ob das Weisungsverhältnis seine Grundlage in einem Rechtsverhältnis finden muss und welche Intensität das Weisungsverhältnis aufweisen muss.

aa) Grundlage des Weisungsverhältnisses

Die überwiegende Auffassung in der Literatur legt § 855 BGB weit aus: Erforderlich sei ein tatsächliches Weisungsverhältnis im Rahmen eines Subordinationsverhältnisses.⁸ Dieses weite Verständnis

⁵ BGH NJW 2020, 3711 (3713); BGH NJW-RR 2017, 818 (819); Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 855 Rn. 1; Staudinger/Tröster, DAR 2021, 8 (10); Wellenhofer, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 4 Rn. 29.

⁶ Elzer, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 855 Rn. 3; Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 16; Götz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2022, § 855 Rn. 21; Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2018, § 855 Rn. 6, 30; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 7; Hoeren, in: Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2022, § 855 Rn. 5; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 13; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 20.

⁷ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 4.

⁸ Elzer, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 855 Rn. 3; Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 16; Götz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2022, § 855 Rn. 21; Hoeren, in: Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2022, § 855 Rn. 5; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 7; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 20.

überzeugt mit Blick auf den Wortlaut und die Gesetzgebungsgeschichte nicht. Die Beispiele Haushalt und Erwerbsgeschäft in § 855 BGB deuten darauf hin, dass das Weisungsverhältnis auf einem Rechtsverhältnis beruhen muss.⁹ Dies ergibt sich auch aus den Protokollen zur zweiten Lesung des BGB: Es bedürfe immer eines besonderen rechtlichen Umstands, um den Besitz des einen auf einen anderen zu beziehen.¹⁰ Dieses Rechtsverhältnis werde in § 797a BGB – dem heutigen § 855 BGB – beschrieben.

Zwischen dem Gefälligen und dem Begünstigten kann zwar ein Weisungsverhältnis bestehen. Dieses beruht aber nicht auf einem Rechtsverhältnis. § 855 BGB ist auf Gefälligkeiten nicht unmittelbar anwendbar.

bb) Intensität des Weisungsverhältnisses

Da die überwiegende Auffassung in der Literatur kein Rechtsverhältnis verlangt, wird nachfolgend außerdem zu der Frage Stellung genommen, ob ein hinreichendes Weisungsverhältnis nur bei einer sozialen Abhängigkeit des Besitzdieners vom Besitzherrn oder auch bei einer Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit besteht.

Die Stimmen, die ein soziales Abhängigkeitsverhältnis voraussetzen, knüpfen bei der Auslegung an die in § 855 BGB genannten Beispiele an: Wer in einem Haushalt oder Erwerbsgeschäft tätig wird, stehe in der sozialen Hierarchie niedriger als der Besitzherr. Daraus wird für das ähnliche Verhältnis i.S.d. § 855 BGB abgeleitet, dass die tatsächliche Sachherrschaft im Rahmen eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses ausgeübt werden muss, das dem Besitzherrn zumindest faktisch die Möglichkeit gibt, seinen Willen gegenüber dem Besitzdiener durchzusetzen.¹¹ Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, wenn die tatsächliche Sachherrschaft im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses ausgeübt wird.

Unter Berücksichtigung des Normzwecks ist eine derart restriktive Auslegung des § 855 BGB nicht zwingend.¹² § 855 BGB enthält eine Ausnahme von dem in § 854 Abs. 1 BGB geregelten Grundsatz, dass der Inhaber der tatsächlichen Gewalt Besitzer der Sache ist.¹³ Auf diese Weise wird dem Bedürfnis Rechnung getragen, sich bei der Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft Hilfspersonen zu bedienen.¹⁴ Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache im Rahmen eines Weisungsverhältnisses derart für einen anderen aus, dass die Ausübung der Gewalt als von dem Willen des anderen abhängig erscheint, ist es nicht sachgerecht, wenn er gegenüber dem anderen Besitzschutzrechte geltend machen kann oder mit aus dem Besitz folgenden Pflichten – wie sie z.B. § 836 BGB vorsieht – belastet wird.¹⁵ Vor diesem Hintergrund sind zwar strenge Anforderungen an das Weisungsverhältnis zu stellen, eine soziale Abhängigkeit ist aber nicht erforderlich.¹⁶ Ausgehend von dem Normzweck des § 855 BGB muss das Weisungsverhältnis dergestalt sein, dass dem jederzeitigen Zugriff des

⁹ BGH NJW 2020, 3711 (3713).

¹⁰ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, 1899, S. 505.

¹¹ BGH NJW-RR 2017, 818 (819); BGH NJW 2020, 3711 (3713); *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 855 Rn. 1; *Gutzeit*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2018, § 855 Rn. 6; *Staudinger/Tröster*, DAR 2021, 8 (10); *Wellenhofer*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 4 Rn. 29; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 4.; a.A. *Götz*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2022, § 855 Rn. 12, da in den Beispielen des § 855 BGB nicht zwingend eine soziale Abhängigkeit bestehe.

¹² *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 9; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 5.

¹³ BGH NJW 2020, 3711 (3713); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 61 ff.; *Götz*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2022, § 855 Rn. 1, 4. A.A. *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 19, § 855 stelle bloß klar, dass die Sachherrschaft auch durch eine andere Person ausgeübt werden kann.

¹⁴ *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 1; *Wellenhofer*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 4 Rn. 28.

¹⁵ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 61 f.; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 1.

¹⁶ *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 9.

Besitzherrn auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen.¹⁷ Dies ist anzunehmen, wenn die Befolgung jeder Weisung in Bezug auf die Sache erwartet werden kann.¹⁸ Das Kriterium des jederzeitigen Zugriffs auf die Sache kann auch erfüllt sein, wenn eine räumliche Entfernung besteht.¹⁹

Ein Weisungsverhältnis, kraft dessen der Besitzherr jederzeit auf die Sache zugreifen kann, ist bei einer bloßen Gefälligkeit nicht zu erwarten. Daher wurden die Anforderungen an das Weisungsverhältnis für Gefälligkeiten modifiziert: Ein ähnliches Verhältnis i.S.d. § 855 BGB sei auch gegeben, wenn sich der Besitztener aus Gefälligkeit der Weisungsbefugnis des Besitzherrn unterstellt und der Besitzherr aufgrund dieses Weisungsverhältnisses jederzeit auf die Sache zugreifen kann.²⁰

Senkt man die Anforderungen an das Weisungsverhältnis derart ab, wird der Tatbestand des § 855 BGB für Gefälligkeiten in einer Weise ausgedehnt, die für Rechtsverhältnisse nicht vorgesehen ist. Würde eine tatsächliche Weisungsunterwerfung auch bei Rechtsverhältnissen genügen, würden sich die Tatbestände von § 855 BGB und § 868 BGB teilweise überschneiden. Dies ist aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen von § 855 BGB und § 868 BGB zu vermeiden. Um zu zeigen, dass das Weisungsverhältnis, das durch eine tatsächliche Weisungsunterwerfung begründet wird, nicht über das Weisungsverhältnis hinausgeht, das typischerweise i.R.v. § 868 BGB besteht, ist zwischen den Konstellationen der Übernahme und der Überlassung einer Sache aus Gefälligkeit zu differenzieren. Übernimmt jemand aus Gefälligkeit die tatsächliche Gewalt über eine Sache, ist nicht zu erwarten, dass er darüber hinaus jede Weisung in Bezug auf die Sache befolgt. Kann der Begünstigte nur auf die Sache zugreifen, weil der Gefällige ihn als Eigentümer anerkennt, besteht kein hinreichendes Weisungsverhältnis für eine Besitzteneerschaft.

Beispiel 1: B darf die Winterreifen seines Autos in der Garage seiner Schwester S lagern. Dass S jede Weisung des B in Bezug auf die Autoreifen befolgt, ist nicht zu erwarten. Das aufgrund der tatsächlichen Weisungsunterwerfung der S bestehende Weisungsverhältnis unterscheidet sich nicht von dem Weisungsverhältnis, das typischerweise bei einer unentgeltlichen Verwahrung besteht.

Insbesondere bei der Überlassung einer Sache aus Gefälligkeit ist eine tatsächliche Weisungsunterwerfung des Begünstigten zu erwarten. Das dadurch begründete Weisungsverhältnis ist jedoch mit dem Weisungsverhältnis vergleichbar, das bei einer Leihe besteht.

Beispiel 2: S möchte während ihrer Afrikareise eine Safari unternehmen. Ihr Bruder B überlässt ihr für diese Reise sein Fernglas. Die tatsächliche Gewalt über das Fernglas übt S während der Reise ebenso selbstständig aus wie eine Entleiherin.

Lässt man die tatsächliche Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit für eine Besitzteneerschaft genügen, ist dies eine nicht mehr vom Normzweck gedeckte Ausdehnung des Tatbestands von § 855 BGB. Zudem ist eine derart weite Auslegung des § 855 BGB nicht mit § 868 BGB vereinbar.

¹⁷ Hoeren, in: Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2022, § 855 Rn. 6; Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 5.

¹⁸ Hoeren, in: Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2022, § 855 Rn. 6.

¹⁹ Götz, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2022, § 855 Rn. 14, 19.

²⁰ OLG Nürnberg, Urt. v. 2.6.1989 – 8 U 2161/88; OLG Stuttgart, Beschl. v. 12.2.2009 – 10 U 3/09; Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 855 Rn. 16.

cc) Zwischenergebnis

Das in § 855 BGB beschriebene Weisungsverhältnis muss seine Grundlage in einem Rechtsverhältnis finden. Darüber hinaus muss das Weisungsverhältnis dergestalt sein, dass der Besitzer jederzeit auf die Sache zugreifen kann. Eine tatsächliche Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit genügt diesen beiden Anforderungen nicht. Daher kann eine bloße Gefälligkeit kein ähnliches Verhältnis i.S.d. § 855 BGB sein.

b) Analoge Anwendbarkeit des § 855 BGB

Ob § 855 BGB auf Gefälligkeitsverhältnisse analog anwendbar ist, hat der BGH in einer Entscheidung offengelassen.²¹ Dabei steht einer analogen Anwendung nicht entgegen, dass § 855 BGB eine Ausnahmeregelung zu § 854 Abs. 1 BGB enthält, denn in den Grenzen des Grundgedankens einer Ausnahmeregelung können die Voraussetzungen für eine Analogie gegeben sein.²² Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht, die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 855 BGB seien gegeben.²³ Die Analogie führe zu sachgerechten Ergebnissen, da sie dem Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft trotz fehlender eigener Besitzposition die Rechte des § 860 BGB verschaffe.²⁴ Außerdem sei bei einer tatsächlichen Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit ohne Weiteres zu erwarten, dass der Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft die Weisungen des anderen aus Loyalität befolgen wird.

Da der Tatbestand des § 855 BGB mit dem ähnlichen Verhältnis bereits eine Erweiterung enthält, sind der Analogiebildung Grenzen gesetzt.²⁵ Erforderlich ist eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage.²⁶ Eine Analogie zu § 855 BGB kommt nur in Betracht, wenn zwar kein ähnliches Verhältnis im Sinne der Vorschrift, aber ein den genannten Beispielen doch so ähnliches Verhältnis vorliegt, dass eine vergleichbare Interessenlage besteht. Dies ist denkbar, wenn ein hinreichendes Weisungsverhältnis nicht auf einem Rechtsverhältnis, sondern auf einem tatsächlichen Verhältnis beruht. Allerdings begründet eine tatsächliche Weisungsunterwerfung selbst dann kein hinreichendes Weisungsverhältnis, wenn zu erwarten ist, dass die Weisungen in Bezug auf die Sache aus Loyalität befolgt werden. Die Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit schließt eine selbstständige Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft nicht aus. Die Interessenlage ist mit der i.R.v. § 855 BGB bestehenden Interessenlage nicht vergleichbar.

c) Besitzerwerb gem. § 854 Abs. 1 BGB

Ein Gefälligkeitsverhältnis ist weder ein ähnliches Verhältnis i.S.d. § 855 BGB noch liegen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 855 BGB vor. Die Besitzverhältnisse sind bei bloßen Gefälligkeiten ausschließlich anhand des § 854 Abs. 1 BGB zu bestimmen: Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, ist Besitzer dieser Sache.

Erwirbt ein aus Gefälligkeit handelnder Dritter gem. § 854 Abs. 1 BGB Besitz an der Sache, kann dies für eine Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB genügen. Steht der Dritte in einem Gefälligkeitsverhältnis

²¹ BGH NJW 2020, 3711 (3713).

²² Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 585; Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 108; Würdinger, JuS 2008, 949.

²³ Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, § 855 Rn. 6, 30; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 13.

²⁴ Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 13.

²⁵ In diese Richtung auch BGH NJW 2020, 3711 (3713).

²⁶ Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, § 15 Rn. 110 f.

zum Erwerber, erwirbt dieser zwar weder unmittelbaren (§ 855 BGB) noch mittelbaren Besitz (§ 868 BGB) an der Sache. Er erhält aber eine besitzähnliche Bestimmungsmacht, wenn der Veräußerer die Sache auf sein Geheiß einem Dritten aushändigt.²⁷ Bedient sich der Erwerber bei der Übergabe der Hilfe einer Geheißperson, genügt dies nach der überwiegenden Auffassung den Anforderungen des § 929 S. 1 BGB.²⁸

Beispiel 3: S erwirbt ein Fahrrad von E. Da sie es nicht selbst bei E abholen kann, übernimmt dies ihr Bruder B. Die Abholung durch B auf Weisung der S genügt für eine Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB.

Auch der Veräußerer kann sich bei der Übergabe der Hilfe eines Gefälligen bedienen. Es genügt, wenn der Gefällige dem Erwerber die Sache auf Geheiß des Veräußerers übergibt.

Beispiel 4: B überlässt seiner Schwester S für die Zeit ihres Studiums sein altes Fahrrad. Nachdem B sein Fahrrad veräußert hat, bittet er S, das Fahrrad bei Erwerber E abzuliefern. Verschafft S dem E unmittelbaren Besitz am Fahrrad, genügt dies für eine Übergabe i.S.d. § 929 S. 1 BGB.

2. Besonderheiten flüchtiger Gefälligkeitsverhältnisse

Erschöpft sich eine Gefälligkeit in der ganz kurzfristigen Überlassung der tatsächlichen Sachherrschaft, besteht hinsichtlich der Besitzverhältnisse weitgehend Einigkeit: Ist die tatsächliche Sachherrschaft nach den Umständen nur eine ganz flüchtige, genügt dies nicht für einen Besitzerwerb.

Beispiel 5: Die Freunde A und B unternehmen eine Safari. A überlässt B kurz sein Fernglas, damit dieser eine Elefantenherde beobachten kann. A bleibt unmittelbarer Besitzer des Fernglases.

Beispiel 6: A zieht um. Seine Freunde B und C tragen einige Kisten zum Umzugswagen. A bleibt unmittelbarer Besitzer der Umzugskisten.

Wie dieses Ergebnis vor dem Hintergrund des § 854 Abs. 1 BGB zu begründen ist, ist dagegen umstritten. Ein Teil der Literatur knüpft an die fehlende Dauerhaftigkeit des Besitzes an.²⁹ Für den Erwerb des unmittelbaren Besitzes sei – im Umkehrschluss zu § 856 Abs. 2 BGB – eine Herrschaftsbeziehung erforderlich, die auf eine gewisse Dauer angelegt ist.³⁰ Die von vornherein nur als ganz vorübergehend geplante Sachherrschaft genüge nicht für einen Besitzerwerb.

Da keine klaren Kriterien bestehen, nach denen der erforderliche Zeitraum zu bestimmen ist, stellen einige Stimmen in der Literatur zu Recht nicht auf die fehlende Dauerhaftigkeit, sondern auf die

²⁷ Schulte-Nölke, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl. 2021, § 929 Rn. 22.

²⁸ BGH NJW 1973, 141 (142); Meller-Hannich, in: Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2022, § 929 Rn. 58; Schulte-Nölke, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl. 2021, § 929 Rn. 10, 20 ff. Die Anerkennung dieser Konstruktion außerhalb von Veräußerungsketten kritisiert Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 929 Rn. 14 ff., da der Erwerber keinen Besitz erlangt.

²⁹ Lüke, Sachenrecht, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 55; Magnus, NJW 2017, 1201 (1204).

³⁰ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 7; Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 854 Rn. 2; Elzer, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 854 Rn. 11; Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2018, § 854 Rn. 10. Sehr geringe Anforderungen an die Dauerhaftigkeit stellt Wellenhofer, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 4 Rn. 8, die eine nicht nur Sekunden andauernde Mindestdauer voraussetzt.

Verkehrsanschauung ab.³¹ Auch eine als ganz kurzfristig gedachte Sachherrschaft kann nach dieser Auffassung für einen Besitzerwerb genügen. Bleibt die Einwirkungsmöglichkeit nach der Verkehrsanschauung allerdings eine von dem anderen abhängige, genügt die kurzfristige Sachherrschaft nicht für einen Besitzerwerb. Mit der bei flüchtigen Gefälligkeitsverhältnissen regelmäßig bestehenden räumlichen Nähe geht eine Einwirkungsmöglichkeit des anderen einher, die einen Besitzerwerb ausschließt.³²

Davon abweichend wird vereinzelt nicht zwischen flüchtigen und auf eine gewisse Dauer angelegten Gefälligkeitsverhältnissen differenziert. Bei einer tatsächlichen Weisungsunterwerfung aus Gefälligkeit sei § 855 BGB anwendbar.³³ Die dargestellten Argumente gegen die (analoge) Anwendung des § 855 BGB auf Gefälligkeitsverhältnisse sprechen gegen diese Auffassung.

3. Zusammenfassung

Die Besitzverhältnisse bei Gefälligkeiten hängen von den Umständen des Einzelfalls ab. Ist die Einwirkungsmöglichkeit des Gefälligen auf die Sache nach der Verkehrsanschauung vom Begünstigten abhängig, ist nur dieser Besitzer. Umgekehrt ist nur der Gefällige Besitzer, wenn er dem Begünstigten die tatsächliche Sachherrschaft überlassen hat und dessen Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache vom Gefälligen abhängig ist. Wer die tatsächliche Sachherrschaft erlangt, erwirbt gem. § 854 Abs. 1 BGB nur Besitz an der Sache, wenn die Einwirkungsmöglichkeit des bisherigen Besitzers beseitigt wird. Dieser kann die Sache anschließend nach § 985 BGB herausverlangen, wenn er Eigentümer der Sache ist. In der Literatur wird zwar uneinheitlich beurteilt, ob ein Gefälligkeitsverhältnis ein Besitzrecht i.S.d. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB begründet.³⁴ Es besteht aber Einigkeit, dass ein solches jedenfalls entfällt, wenn die Sache herausverlangt wird.³⁵

II. Auswirkungen der Besitzverhältnisse auf die Haftung im Gefälligkeitsverhältnis

Auch derjenige, der unentgeltlich im Interesse eines anderen tätig wird, haftet dem Eigentümer für schuldhaft verursachte Schäden nach §§ 823 ff. BGB. In der Literatur wurde mit Blick auf den Schutzzweck der §§ 987 ff. BGB die Frage aufgeworfen, ob es Ausnahmen von dieser deliktischen Haftung gibt. Nachfolgend werden zwei Konstellationen beleuchtet, bei denen die Anwendbarkeit der §§ 823 ff. BGB zweifelhaft ist.

³¹ *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 854 Rn. 23; *Musielak/Hau*, Grundkurs BGB, 17. Aufl. 2021, Rn. 730; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 11.

³² *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 11. Mit den Kriterien der Einwirkungsmöglichkeit und der engen räumlichen Beziehung zur Sache argumentiert auch BGH NJW-RR 2017, 818 (820 Rn. 20).

³³ *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2022, § 18 Rn. 37; *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 22.

³⁴ Ein obligatorisches Besitzrecht annehmend *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 Rn. 6. Ein Besitzrecht ablehnend *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 124; *Spohnheimer*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 Rn. 18; *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 986 Rn. 34.

³⁵ *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 BGB Rn. 6 hält das aus einer außerrechtlichen Gefälligkeit folgende Besitzrecht für frei widerruflich.

1. Haftung des besitzlosen Gefälligen

Wer im Rahmen der Gefälligkeit keinen Besitz an der Sache erwirbt, haftet dem Eigentümer nach §§ 823 ff. BGB. Eine Ausnahme erkennt ein Teil der Literatur für den besitzlosen Gefälligen an, wenn Besitz und Eigentum an der Sache auseinanderfallen.³⁶

Beispiel 7: Dieb D stiehlt Eigentümer E eine Vase und veräußert sie an den gutgläubigen G. Als G umzieht, trägt sein Freund F den Karton, in dem sich die Vase befindet, zum Umzugswagen. Dabei stolpert F aus Unachtsamkeit und die Vase zerbricht. E verlangt von F Schadensersatz wegen der zerstörten Vase.

Durch die deliktische Haftung des besitzlosen Gefälligen werde der Schutzzweck der §§ 987 ff. BGB unterlaufen, da der vom Eigentümer nach §§ 823 ff. BGB in Anspruch genommene Gefällige beim Besitzer Regress nehmen könne.³⁷ Um den Schutz des gutgläubigen und unverklagten Besitzers nicht auszuhöhlen, müsse der besitzlose Gefällige in den Schutzbereich des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB einbezogen werden.

Die Ausdehnung der Sperrwirkung beruht mit Blick auf den Regressanspruch auf einer fehlerhaften Annahme. Bei einer bloßen Gefälligkeit lässt sich kein Regressanspruch des Gefälligen konstruieren.³⁸ Selbst wenn man mit einem Teil der Literatur annimmt, bei bloßen Gefälligkeiten könne eine vertragsähnliche Beziehung i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB entstehen, mit der Schutzpflichten i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB einhergehen,³⁹ besteht kein Regressanspruch des Gefälligen. Schutzpflichten wahren das Integritätsinteresse, aus ihnen lassen sich keine Regressansprüche ableiten. Unberücksichtigt bleibt zudem, dass der besitzlose Gefällige durch die Ausdehnung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB besser stehen würde als der rechtmäßige Fremdbesitzer.

2. Auswirkungen eines Besitzerwerbs auf die Haftung

Wer im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses Besitz an einer Sache erwirbt, haftet dem Eigentümer gem. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB nur nach §§ 987 ff. BGB. Es besteht eine Vindikationslage, da der Besitzer nicht gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB zum Besitz berechtigt ist.⁴⁰ Ein Besitzrecht kann sich aus einem dinglichen Recht, aus einem Vertrag oder aus dem Gesetz ergeben.⁴¹ Eine bloße Gefälligkeit kann dagegen kein Besitzrecht begründen.⁴²

Ist der Besitzer gutgläubig und unverklagt, haftet er dem Eigentümer weder nach § 989 BGB noch nach §§ 989, 990 Abs. 1 BGB. Gutgläubig ist gem. § 990 Abs. 1 S. 1 BGB, wer beim Besitzerwerb weder

³⁶ Magnus, NJW 2017, 1201 (1204 f.).

³⁷ Magnus, NJW 2017, 1201 (1205) entnimmt den Regressanspruch §§ 662, 670 BGB und begründet dies mit den Schutzpflichten, die bei einem Gefälligkeitsverhältnis entstehen können.

³⁸ Witschen, AcP 219 (2019), 300 (302) lehnt einen Anspruch des Gefälligen aus § 670 BGB ab.

³⁹ Krebs, in: Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2021, § 241 Rn. 12; Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 241 Rn. 25; Neufeind, JA 2022, 717. Differenzierend Bachmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 253 f. Ein Gefälligkeitsverhältnis mit Schutzpflichten ablehnend Witschen, AcP 219 (2019), 300 (306).

⁴⁰ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 124; Spohnheimer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 Rn. 18; Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 986 Rn. 34; a.A. Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 Rn. 6.

⁴¹ Schulte-Nölke, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl. 2021, § 986 Rn. 3.

⁴² Spohnheimer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 986 Rn. 18; Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 986 Rn. 34.

positive Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis von seinem fehlenden Besitzrecht hat. Von einer positiven Kenntnis ist nicht bereits auszugehen, wenn der Besitzer die Tatsachen kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht zum Besitz berechtigt ist. Er muss auch die entsprechende rechtliche Schlussfolgerung gezogen haben.⁴³ Eine grob fahrlässige Unkenntnis ist anzunehmen, wenn der Besitzer außer Acht lässt, was jedem hätte einleuchten müssen. Dem Besitzer wird regelmäßig weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sein, dass er bei einer bloßen Gefälligkeit nicht zum Besitz berechtigt ist. Dies gilt umso mehr, als die Grenze zwischen bloßer Gefälligkeit und Gefälligkeitsvertrag teilweise schwierig zu bestimmen ist. Eine Haftung gem. §§ 991 Abs. 2, 989 BGB kommt ebenfalls nicht in Betracht, da eine Gefälligkeit kein Besitzmittlungsverhältnis i.S.d. § 868 BGB bilden kann.

Beispiel 8: Dieb D stiehlt Eigentümer E eine Kamera und veräußert sie an den gutgläubigen G. Dieser überlässt die Kamera seinem Freund F für einen Urlaub an der Ostsee. Dort fällt die Kamera aus Unachtsamkeit des F die Steilküste herunter. E verlangt von F Schadensersatz für die zerstörte Kamera.

F haftet dem E als gutgläubiger und unverklagter Besitzer nicht nach §§ 989, 990 Abs. 1 BGB. G hat F die Kamera aus Gefälligkeit überlassen. Da eine Gefälligkeit kein Besitzmittlungsverhältnis begründen kann, haftet F dem E auch nicht nach §§ 991 Abs. 2, 989 BGB. Es widerspräche dem Rechtsgedanken des § 991 Abs. 2 BGB, wenn E den F nicht nach §§ 823 ff. BGB in Anspruch nehmen könnte.

Haftet derjenige, der eine Sache aufgrund einer bloßen Gefälligkeit besitzt, dem Eigentümer nicht nach §§ 823 ff. BGB, würde er besser stehen als der rechtmäßige Fremdbesitzer. Dies entspricht weder dem Schutzzweck der §§ 987 ff. BGB noch dem Rechtsgedanken des § 991 Abs. 2 BGB. In Betracht kommt eine analoge Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB. Dafür muss die bestehende Regelungslücke planwidrig und die Interessenlage vergleichbar sein.

Gesetzliche Regelungen sind planwidrig unvollständig, wenn die Wertungen, von denen sich der Gesetzgeber leiten ließ, nicht konsequent und umfassend realisiert wurden.⁴⁴ Nach den Protokollen zur zweiten Lesung des BGB soll dem Eigentümer auch ein Besitzer haften, der einen anderen für den Eigentümer gehalten hat, wenn er schuldhaft eine Sache beschädigt, die er nicht im Eigenbesitz hat.⁴⁵ Besteht kein schutzwürdiges Vertrauen, wegen einer Beschädigung der Sache nicht gegenüber Dritten zu haften, bedarf es keiner Privilegierung des gutgläubigen und unverklagten Besitzers. Dies ist nicht nur bei Besitzmittlungsverhältnissen, sondern auch bei Gefälligkeitsverhältnissen denkbar. Wer eine Sache aufgrund einer Gefälligkeit besitzt, hat die Sache gem. § 872 BGB nicht im Eigenbesitz und muss mit einer Haftung gegenüber dem Eigentümer rechnen.

Die Gleichheit der Interessenlagen ist eine Wertungsfrage, die insbesondere mithilfe teleologischer Auslegung zu beantworten ist.⁴⁶ Nach der teleologischen Auslegung ist der Grund für eine Haftung nach § 991 Abs. 2 BGB das fehlende schutzwürdige Vertrauen des Besitzers, nicht gegenüber Dritten zu haften. Es kommt mithin darauf an, dass der Besitzer die Sache nicht als ihm gehörig besitzt. Ein (wirksames) Besitzmittlungsverhältnis ist nach dem Normzweck nicht erforderlich. Der gutgläubige und unverklagte Gefällige oder Begünstigte, der gem. § 854 Abs. 1 BGB Besitz an der Sache erworben hat, haftet dem Eigentümer analog §§ 991 Abs. 2, 989 BGB.

⁴³ Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 990 Rn. 5; Spohnheimer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 990 Rn. 23 f.

⁴⁴ Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3. Aufl. 2018, S. 85 ff.

⁴⁵ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, 1899, S. 678.

⁴⁶ Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 577.

3. Zusammenfassung

Aufgrund des Schutzzwecks der §§ 987 ff. BGB sind keine Ausnahmen von der deliktischen Haftung im Gefälligkeitsverhältnis anzuerkennen. Der besitzlose Gefällige haftet dem Eigentümer nach §§ 823 ff. BGB. Erwirbt der Gefällige oder der Begünstigte Besitz an der Sache, haftet er dem Eigentümer im Wege der Analogie zu §§ 991 Abs. 2, 989 BGB ebenfalls nach den §§ 823 ff. BGB. Der besitzende Gefällige oder Begünstigte ist dem Eigentümer insoweit verantwortlich, als er im Rahmen des Gefälligkeitsverhältnisses haftet.

Struktur und Verfassungsrang des Steuergeheimnisses

Regierungsrat Dr. Jonas Schnelling, Frankfurt am Main*

Schon seit Jahrzehnten existieren Vorschriften, die die informatorischen Grundlagen von Besteuerungsverfahren vor unzulässiger Weitergabe schützen, die im Laufe der Jahre in der heute maßgeblichen Vorschrift über das Steuergeheimnis (§ 30 AO) mündeten. Schon früh wurde die Frage aufgeworfen, ob diesem auch verfassungsrechtliche Qualität beizumessen ist. Der Beitrag gibt sowohl einen Überblick über die Gesetzesgeschichte sowie die konkrete Ausgestaltung und den Schutzgehalt des Steuergeheimnisses als auch über dessen Telos. Darüber hinaus wird die Debatte über die verfassungsrechtliche Einordnung nachgezeichnet.

I. Entwicklung des Steuergeheimnisses	409
II. Ausgestaltung und Umfang des Steuergeheimnisses	410
1. Persönliche Voraussetzungen.....	410
2. Umfang des Schutzes.....	411
3. Verletzung des Steuergeheimnisses.....	412
4. Zulässige Durchbrechungen des Steuergeheimnisses.....	412
5. Weitere Konsequenzen bei Verletzung des Steuergeheimnisses.....	413
III. Sinn und Zweck des Steuergeheimnisses	413
IV. Verfassungsrechtliche Qualität des Steuergeheimnisses	414
1. Vor Inkrafttreten der AO.....	414
2. Rechtsprechung nach Inkrafttreten der AO.....	414
3. Auffassungen im Schrifttum.....	415
a) Fortführende Auffassungen.....	415
b) Bejahende Auffassung.....	416
c) Ablehnende Auffassung.....	416
d) Stellungnahme.....	416
V. Fazit und Ausblick	417

I. Entwicklung des Steuergeheimnisses

In der ersten Fassung der Reichsabgabenordnung des Jahres 1919 wurde in dessen § 10 RAO die Wahrung eines Steuergeheimnisses erstmals rechtssicher kodifiziert, wengleich bereits das Preußische EStG von 1851 Geheimhaltungspflichten für steuerliche Sachverhalte kannte und selbige noch

* Der Autor ist in der Hessischen Steuerverwaltung tätig. Der Aufsatz ist nicht in dienstlicher Eigenschaft verfasst.

als Unterfall der allgemeinen Amtsverschwiegenheit erfasste.¹ Erstmalig gelangte der Begriff „Steuergeheimnis“ durch Gesetzesänderungen im Rahmen der Ersten Notverordnung vom 1.12.1930 in den Gesetzestext (§ 22 RAO). Die dort festgelegte „Unverletzlichkeit“ des Steuergeheimnisses unterlag bereits damals schon zahlreichen Durchbrechungen, ehe sie im Nationalsozialismus freilich fast in Gänze bedeutungslos wurde, mit Gründung der Bundesrepublik allerdings wieder an Relevanz gewann.² Mit Einführung der neuen Abgabenordnung im Jahre 1977 wurde das Steuergeheimnis neu geregelt.³ Anders als noch § 22 RAO erfasste der Schutzbereich des neuen § 30 AO erstmalig auch Dritte, was durch die damals verwendete Formulierung „Verhältnisse eines anderen“ zum Ausdruck kam.⁴ Darüber hinaus wurden die schon zuvor von der Rechtsprechung sanktionierten Fälle zulässiger Offenbarung kodifiziert, sowie mit § 31 AO die Befugnis der Finanzbehörden zur Mitteilung von Besteuerungsgrundlagen an weitere Behörden geregelt; in Ergänzung hierzu wurden in den Folgejahren überdies mit §§ 31a, 31b AO Normen aufgenommen, die Mitteilungen zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung und des Leistungsmissbrauchs sowie zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung regeln.⁵

Das vorab dargelegte Verständnis vom Steuergeheimnis als Unterfall der Amtsverschwiegenheit entwickelte sich im Laufe der Jahre zu einem eigenständigen feststehenden Gesetzesbegriff und mithin zu einem selbständigen Rechtsinstitut.⁶ Die vorherrschende Auffassung erkennt im Steuergeheimnis heute ein qualifiziertes Amtsgeheimnis, das den Vorschriften über die Amtsverschwiegenheit vorgeht und die beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflichten und Datenschutzbestimmungen gleichermaßen ergänzt.⁷

II. Ausgestaltung und Umfang des Steuergeheimnisses

1. Persönliche Voraussetzungen

Die Pflicht zur Wahrung des Steuergeheimnisses trifft zunächst ausweislich § 30 Abs. 1 AO alle Amtsträger. Hierunter fällt der in § 7 AO erfasste Personenkreis um Beamte, Richter, in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehende Personen sowie solche, die dazu bestellt sind, bei Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Überdies listet § 30 Abs. 3 AO eine Reihe den Amtsträgern gleichgestellten Personen abschließend auf.

¹ Vgl. *Alber*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 1 f.; auch *ders.*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 1 ff. für einen umfangreichen Überblick zur Entwicklung des Steuergeheimnisses im Gesetzestext; vgl. darüber hinaus für die historische Entwicklung etwa *Pohl*, BB 1995, 2093 (2093).

² *Alber*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 2; *Erdsiek*, NJW 1963, 2311 (2312).

³ *Alber*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 3.

⁴ Vgl. den Gesetzesentwurf, BT-Drs. VI/1982, S. 100.

⁵ *Alber*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 3.

⁶ *Alber*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 5; *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, 2001, S. 10.

⁷ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 4; *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, 2001, S. 10 f.; *Alber*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 5; *Tormöhlen*, in: Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 171. Lfg., Stand: November 2022, AO § 30 Rn. 10; a.A. *Pohl*, BB 1995, 2093 (2096), der im Steuergeheimnis statt eines qualifizierten lediglich ein bereichsspezifisches Amtsgeheimnis erkannte.

Zum geschützten Personenkreis zählt jeder „andere“, der nicht der verpflichtete handelnde Amtsträger ist. Hiervon erfasst ist die jeweilige steuerpflichtige natürliche Person, Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse selbst, sowie zudem auch dritte Personen, Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, sofern dem Amtsträger personenbezogene Daten bekannt werden.⁸

2. Umfang des Schutzes

Das Steuergeheimnis selbst erstreckt sich inhaltlich zunächst auf die personenbezogenen Daten des geschützten Personenkreises, vgl. § 30 Abs. 2 Nr. 1 AO. Dies sind all jene Daten, die sich auf eine bestimmte respektive bestimmbare Person beziehen, sie von anderen abhebt und individualisierbar macht: So bei natürlichen Personen etwa Name, Familienstand, Religionszugehörigkeit oder die wirtschaftlichen Verhältnisse.⁹ Irrelevant ist, ob diese Merkmale für die Besteuerung von Bedeutung sind.¹⁰ Gleichsam erfasst von der Geheimhaltungspflicht sind die aus den gewonnen Erkenntnissen gezogenen Schlussfolgerungen.¹¹ Auch erfasst sind Informationen über das konkrete Steuerverfahren, wie etwa die zuständige Finanzbehörde oder das Vorliegen etwaiger Steuerrückstände.¹²

Des Weiteren erfasst das Steuergeheimnis ausweislich § 30 Abs. 2 Nr. 2 AO auch fremde Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Diese sind zwar in der Regel auch von den personenbezogenen Daten aus Nr. 1 erfasst, sie werden jedoch darüber hinaus extra aufgeführt, um ihren Schutz auch dann sicherzustellen, sofern sie keinen Personenbezug haben.¹³ Hierunter fallen betriebliche oder geschäftliche Tatsachen, die naturgemäß nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt sein können, wie beispielsweise Kundenlisten, Bilanzen oder Kostenvoranschläge.¹⁴ Folgerichtig unterliegt diejenige Information nicht dem Steuergeheimnis, die jedem frei zugänglich oder offenkundig ist.¹⁵ Auch von § 30 Abs. 2 Nr. 2 AO erfasst sind Freiberufler.¹⁶ § 30 Abs. 2 Nr. 3 AO stellt insoweit klar, dass die personenbezogenen Daten eines anderen sowie fremde Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auch dann geschützt sind, sofern sie elektronisch gespeichert und in einem automatisierten Verfahren abrufbar sind.

Konkret geschützt ist nun das Bekanntwerden der vorab erläuterten personenbezogenen Daten und Betriebs- respektive Geschäftsgeheimnisse. Diese Verhältnisse unterfallen dem Steuergeheimnis nur, sofern sie der verpflichteten Person in den in § 30 Abs. 2 Nr. 1 lit. a–c AO genannten Fällen bekannt

⁸ Baum, in: 360° AO eKommentar, Stand: Januar 2023, § 30 Rn. 10; Fleckenstein-Weiland, in: Esser u.a., Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar, 2017, AO § 30 Rn. 5; Tormöhlen, in: Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 171. Lfg., Stand: November 2022, AO § 30 Rn. 37.

⁹ Drüen, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 12; Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 32 ff.; Tormöhlen, in: Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 171. Lfg., Stand: November 2022, AO § 30 Rn. 32.

¹⁰ BT-Drs. 18/12611, S. 81: „Informationen [...] unterliegen auch dann dem Steuergeheimnis, wenn sie für die Besteuerung nicht relevant sind“.

¹¹ Drüen, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 12.

¹² BFH, Beschl. v. 14.4.2008 – VII B 226/07, Rn. 24.

¹³ AEAO zu § 30 AO Nr. 1.5; Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 90.

¹⁴ Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 91; Tormöhlen, in: Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 171. Lfg., Stand: November 2022, AO § 30 Rn. 69.

¹⁵ Fleckenstein-Weiland, in: Esser u.a., Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar, 2017, AO § 30 Rn. 26.

¹⁶ Baum, in: 360° AO eKommentar, Stand: Januar 2023, § 30 Rn. 39.

geworden sind; gleiches gilt für den Datenabruf.¹⁷

Zuerst unterfällt dem Schutz das Bekanntwerden im Rahmen eines Verwaltungs- oder Rechnungsprüfungsverfahrens sowie eines gerichtlichen Verfahrens in Steuersachen. Zwischen der gewonnenen Erkenntnis sowie dem Steuerverfahren muss ein innerer Zusammenhang bestehen, weshalb zufällig als Privatperson erlangte Erkenntnisse nicht dem Steuergeheimnis unterfallen.¹⁸

Auch die im Rahmen eines Verfahrens wegen einer Steuerstraftat oder eines Bußgeldverfahrens wegen einer Steuerordnungswidrigkeit erlangten Erkenntnisse sind vom Steuergeheimnis umfasst, § 30 Abs. 2 Nr. 1 lit. b AO. Schließlich erstreckt sich gem. § 30 Abs. 2 Nr. 1 lit. c AO die Schutzwirkung auch auf diejenigen Informationen, die im Rahmen der Weiterverarbeitung anderen Behörden mitgeteilt wurden.¹⁹

3. Verletzung des Steuergeheimnisses

Verletzt werden kann das Steuergeheimnis in seinen oben dargelegten Ausprägungen nun durch unbefugtes Offenbaren oder Verwerten sowie durch den unbefugten Abruf geschützter Daten im automatisierten Verfahren. Offenbart ist eine geschützte Information, sobald sie einem anderen bekannt wird oder bekannt werden könnte, solange diesem Dritten die Information bislang auch tatsächlich unbekannt war. Ein Offenbarungswille ist nicht erforderlich.²⁰ Eine Verwertung erfolgt, sobald der Amtsträger die Daten etwa zu gewerblichen, beruflichen oder sonstigen Zwecken bewusst zu eigenem oder fremden Vorteil verwendet.²¹ Unter den Datenabruf fällt jeder unbefugte Zugriff auf gespeicherte Daten, also den automatisierten Abruf.²²

4. Zulässige Durchbrechungen des Steuergeheimnisses

Durchbrochen werden kann das Steuergeheimnis durch zulässige Formen der Offenbarung oder Verwertung, soweit sie sich aus § 30 Abs. 4–6 AO abschließend²³ ergeben. Zu nennen sind hier insbesondere die Offenbarung zur Durchführung steuerlicher Verfahren (Abs. 4 Nr. 1), die zulässige durch Bundesgesetz bestimmte Offenbarung (Abs. 4 Nr. 2) oder die Zustimmung der betroffenen Person

¹⁷ Krömker, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, 134. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 13.

¹⁸ Vgl. Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 101: „Bei Gelegenheit der amtlichen Tätigkeit“; Krömker, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, 134. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 14; Drüen, in: Tipke/Krus, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 30 spricht davon, dass die Daten aus „bestimmtem Anlass bekannt geworden sein“ müssen; darüber hinaus müsse es sich zwingend um ein Verwaltungsverfahren in Steuersachen handeln, vgl. Drüen, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 31.

¹⁹ Vgl. zu den Fällen der Straftaten und Bußgeldverfahren ausführlich und mit weiterführender Literatur Drüen, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 34; zu den Fällen des Bekanntwerdens aus anderem Anlass nach § 30 Abs. 2 Nr. 1 lit. c AO bspw. Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 114 ff.

²⁰ Tormöhlen, in: Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 171. Lfg., Stand: November 2022, AO § 30 Rn. 72; Krömker, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, 134. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 26.

²¹ Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 128; Drüen, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 53.

²² Drüen, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 55; Fleckenstein-Weiland, in: Esser u.a., Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar, 2017, AO § 30 Rn. 36 f.

²³ Krömker, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, 134. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 33; Drüen, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 57.

(Abs. 4 Nr. 3) sowie die – mitunter als Auffangklausel kritisierte – Offenbarung im öffentlichen Interesse, § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO.²⁴ Gerade die Offenbarung aufgrund vorausgehender Zustimmung des Betroffenen unterstreicht die insoweit bestehende Disponibilität des Steuergeheimnisses.²⁵

5. Weitere Konsequenzen bei Verletzung des Steuergeheimnisses

Darüber hinaus ist die Verletzung des Steuergeheimnisses mit § 355 StGB strafbedroht. Aus § 393 Abs. 2 AO folgt überdies ein strafprozessuales Verwertungsverbot für Taten, die keine Steuerstraftaten darstellen. Bei Verletzung des Steuergeheimnisses steht dem Betroffenen analog § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB ein Unterlassungsanspruch zu; ebenso wie gegebenenfalls ein Amtshaftungsanspruch gegenüber der jeweiligen Finanzbehörde.²⁶

III. Sinn und Zweck des Steuergeheimnisses

Das Steuergeheimnis in seiner vorab dargestellten Ausgestaltung stellt das Gegenstück zu den weiten Mitwirkungs- und Offenbarungspflichten des jeweiligen Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren dar.²⁷ Zu diesen wird es auch als Ausgleich gesehen; ebenso als Gegengewicht zu den erweiterten Befugnissen der Finanzbehörden.²⁸ Sämtliche für die Besteuerung relevanten Verhältnisse und Tatsachen sind ohne Einschränkung offenzulegen. Diese Mitteilungspflicht erstreckt sich demnach auch auf strafbare oder sittenwidrige Handlungen, sofern diese von Relevanz für das Verfahren sind, wie nicht zuletzt auch aus § 40 AO folgt.²⁹

Hieraus lassen sich sowohl ein privates wie auch ein öffentliches Interesse am Steuergeheimnis ablesen. Es dient zunächst privaten Interessen, da es dem Schutz sämtlicher mitzuteilender Informationen gegenüber den Behörden dient. Viele Steuergesetze knüpfen an Verhältnisse an, die im Kernbereich der persönlichen Lebensführung liegen.³⁰ Alle Steuerpflichtigen sollen sich der diskreten Verarbeitung ihrer mitgeteilten Tatsachen sicher sein. Auch eine Weitergabe an ressortfremde Behörden ist unterbunden.³¹ Gerade weil die Geheimhaltung dem Grunde nach gewährleistet ist, wird ein Steuerpflichtiger seinerseits zur umfassenden und wahrheitsgemäßen Angabe und Erklärung angeleitet. Insoweit dient das Steuergeheimnis auch einem öffentlichen Interesse, da hierdurch einerseits das Verfahren erleichtert wird sowie andererseits eine gleichmäßige und gesetzmäßige Besteuerung gefördert wird, wodurch auch das Steueraufkommen selbst gesichert wird.³²

Steuerpflichtige können sich folglich auch nicht unter Verweis auf den Schutz ihrer Privatsphäre

²⁴ Pohl, BB 1995, 2093 (2094); vgl. ausführlich Felix, BB 1995, 2030 ff.; a.A. Drüen, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 120.

²⁵ Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 170.

²⁶ Vgl. hierzu Tormöhlen, in: Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 171. Lfg., Stand: November 2022, AO § 30 Rn. 3.

²⁷ BVerfG, Urt. v. 27.6.1991 – 2 BvR 1493/89, Rn. 139; Drüen, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 8; Baum, in: 360° AO eKommentar, Stand: Januar 2023, § 30 Rn. 1.

²⁸ Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 5, 8.

²⁹ Tormöhlen, in: Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 171. Lfg., Stand: November 2022, AO § 30 Rn. 4; Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 8.

³⁰ Fleckenstein-Weiland, in: Esser u.a., Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar, 2017, AO § 30 Rn. 3.

³¹ Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 9.

³² BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 1/83, Rn. 130; BFH, Urt. v. 8.2.1994 – VII 88/92, Rn. 20; Krömker, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, 134. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 2; Tormöhlen, in: Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 171. Lfg., Stand: November 2022, AO § 30 Rn. 5.

der Mitwirkung im Besteuerungsverfahren entziehen.³³ Jedoch steht ihnen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Beachtung des Steuergeheimnisses zu.³⁴

IV. Verfassungsrechtliche Qualität des Steuergeheimnisses

1. Vor Inkrafttreten der AO

Wie dargestellt, war vor Inkrafttreten der Abgabenordnung im Jahre 1977 die Vorgängernorm des § 22 RAO maßgeblich. Hiernach galt das Steuergeheimnis als „unverletzlich“. Wie *Alber* schildert, wurde hier seitens des Gesetzgebers auf die in Art. 10 GG (Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis) verwendete Formulierung zum Schutz besonderer Rechte zurückgegriffen, deren Einschränkung oder gar Verletzung stets verboten ist und die nur unter engen Voraussetzungen in Ausnahmefällen eingeschränkt werden können.³⁵ Aufgrund dieser Terminologie wurde im Schrifttum deshalb zwar vereinzelt dem Steuergeheimnis eine den Grundrechten ähnliche Stellung zugesprochen.³⁶ Die überwiegende Ansicht verneinte jedoch bereits vor 1977 den verfassungsrechtlichen Rang des damals geltenden § 22 RAO.³⁷

2. Rechtsprechung nach Inkrafttreten der AO

Diese Auffassung wurde auch nach Kodifizierung des neuen § 30 AO insoweit bestärkt, als dass das BVerfG im Jahre 1984 erstmalig in einer gleichermaßen viel beachteten wie zitierten Entscheidung Stellung zum Grundrechtscharakter des Steuergeheimnisses nahm und Selbigen ablehnte.³⁸

Ausgangspunkt war der parlamentarische Untersuchungsausschuss zur Aufarbeitung der Flick-Affäre. Der Untersuchungsausschuss forderte bei den damaligen Bundesministern für Wirtschaft und Finanzen Akten mit zum Teil steuerlichen Unterlagen an, die teilweise – eben unter Verweis auf das Steuergeheimnis – geschwärzt oder nicht vollständig vorgelegt wurden. Hiergegen wandte sich der Untersuchungsausschuss im Wege des Organstreitverfahrens.

Nach seinen sich hieran anknüpfenden Ausführungen existiert nach dem Dafürhalten des BVerfG zwar ein Informationsbegehren für Untersuchungsausschüsse auch in steuerlicher Hinsicht, es gelte die Informationen jedoch, sofern sie höchstpersönlicher Natur sind, vor dem Zugriff Dritter zu schützen:

In seinem Urteil stellte das Verfassungsgericht klar, dass das Recht auf Wahrung des Steuergeheimnisses als solches zwar kein Grundrecht darstelle. Gleichwohl könne die Geheimhaltung bestimmter steuerlicher Angaben und Verhältnisse durch eine Reihe grundrechtlicher Verbürgungen geboten sein. Zu diesen Auswirkungen verfassungsrechtlicher Elemente auf das Steuergeheimnis zählten etwa das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 14 GG (gegebenenfalls i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG).³⁹ Dies vor allem deshalb, da die Angaben, die ein

³³ *Alber*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 9; *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 8.

³⁴ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 9.

³⁵ *Alber*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 12.

³⁶ Vgl. *Leise*, Das Steuergeheimnis, 1965, S. 5.

³⁷ So beispielsweise *Erdsiek*, NJW 1963, 2311 (2312); vgl. auch *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, 2001, S. 12 f. m.w.N.; einschränkend zumindest *Höppner*, DVBl. 1969, 723 (724).

³⁸ BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 11/83 (Flick-Untersuchungsausschuss).

³⁹ BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 11/83, Rn. 135.

Steuerpflichtiger aufgrund zwingender abgabenrechtlicher Vorschriften mache, tiefgehende Einblicke in seine persönlichen Verhältnisse liefern; so etwa über die Lebensführung, familiären Verhältnisse, beruflichen und unternehmerischen Sphären sowie über die wirtschaftlichen Verhältnisse allgemein. Hieraus erwachse aufgrund ihrer Speicherung und Verarbeitung für denjenigen, der über diese Daten verfügt, ein „Wissen außerordentlichen Ausmaßes“ über den Steuerpflichtigen.⁴⁰ Insofern bestehe für die Betroffenen ein Schutz gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung oder Weitergabe der Daten; dieser dürfe nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden.⁴¹

Auf diese Argumentationslinie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung wurde fortan auch explizit durch die Finanz- und weitere Fachgerichtsbarkeit Bezug genommen.⁴²

3. Auffassungen im Schrifttum

Zu differenzieren ist vorliegend zwischen den Stimmen in der Literatur, die direkt auf die Rechtsprechung des BVerfG Bezug nehmen und dessen Ansicht fortführen oder übernehmen, sowie denen, die den Verfassungsrang in Gänze bejahen respektive verneinen.

a) Fortführende Auffassungen

In Anknüpfung an das Flick-Urteil des Verfassungsgerichts stellt für die weit überwiegende Literatur das Steuergeheimnis kein Grundrecht dar. Indes wird auch hier die Auswirkung des Verfassungsrechts insoweit deutlich, als dass sämtliche *Autoren* das Steuergeheimnis zumindest mittelbar durch die Verfassung abgesichert sehen. Dies erfolgt vor allem, wie gezeigt, durch das mittels des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts verbürgte Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG.⁴³ In diesem Zusammenhang wird auch vom Steuergeheimnis als „besonders ausgeprägtes Beispiel“ des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gesprochen.⁴⁴ Darüber hinaus wird auch vereinzelt auf die Berufsfreiheit des Art. 12 GG Bezug genommen.⁴⁵ Die Schutz-

garantie des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung werde durch § 30 AO einfachgesetzlich konkretisiert.⁴⁶ Folglich werde die Gewährleistung des Steuergeheimnisses durch die Grundrechte beeinflusst, gefordert und auch geleistet.⁴⁷ Dies wird auch daran deutlich, dass im Steuergeheimnis aufgrund der Durchbrechungen des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO eine auf den Grundrechten basierende

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 11/83, Rn. 135.

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 11/83, Rn. 136.

⁴² Vgl. nur beispielhaft BFH, Beschl. v. 1.12.1992 – VII B 126/92, Rn. 35 ff.; BFH, Urt. v. 8.2.1994 – VII R 88/92, Rn. 20 ff.; BFH, Urt. v. 29.7.2003 – VII R 39, Rn. 34; BVerwG, Urt. v. 26.4.2018 – 7 C 3/16, Rn. 28 ff.

⁴³ Vgl. explizit auf das BVerfG Bezug nehmend *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 6 f.; *Krömker*, in: Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, 134. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 1; *Tormöhlen*, in: Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 171. Lfg., Stand: November 2022, AO § 30 Rn. 1; *Hetzer*, NJW 1985, 2991 (2994).

⁴⁴ *Hentschel*, Die Durchbrechung des Steuergeheimnisses im innerstaatlichen Informationsaustausch am Beispiel der externen Prüfung in Steuersachen, 2010, S. 32.

⁴⁵ *Eilers*, Das Steuergeheimnis als Grenze des internationalen Auskunftsverkehrs, 1987, S. 34.

⁴⁶ *Drüen*, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 6.

⁴⁷ *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, 2001, S. 13; und *Eilers*, Das Steuergeheimnis als Grenze des internationalen Auskunftsverkehrs, 1987, S. 42; *Besson*, Das Steuergeheimnis und das Nemo-tenetur-Prinzip im (steuer-)strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 1997, S. 15, spricht von „verfassungsrechtliche[n] Mindestgarantien“.

Abwehranspruchsnorm erkannt wird.⁴⁸ Mangels des Grundrechtscharakters stellen Verstöße gegen das Steuergeheimnis auch keinerlei Grundrechtseingriffe dar.⁴⁹

b) Bejahende Auffassung

Nur vereinzelt wurde dem Steuergeheimnis unmittelbarer Verfassungsrang zugesprochen. Zwar bedürfe dies einschränkend einer weitergehenden verfassungsrechtlichen Klärung. Jedoch stelle sich das Steuergeheimnis als Ausfluss des Datenschutzes dar, der seinerseits Verfassungsrang genieße. Auch gebiete dies der sensible Gehalt der preisgebenden Informationen.⁵⁰ Auch gelte es in diesem Kontext stets einen Abwägungsprozess zwischen den privaten und öffentlichen Interessen durchzuführen. In diesem könne sich das öffentliche Interesse stets nur schwerlich durchsetzen.⁵¹ Darüber hinaus wird das Steuergeheimnis selbst als Grundrecht in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eingeordnet.⁵²

c) Ablehnende Auffassung

Demgegenüber wurde aber auch nach der vorab dargestellten Flick-Entscheidung nur in Ausnahmefällen vertreten, dass dem Steuergeheimnis kein verfassungsrechtlicher Schutz zukomme. Dies vor allem deshalb, da der Schutz des Steuergeheimnisses nicht von allgemeiner Bedeutung sei. Zudem diene das Steuergeheimnis ja auch gerade dem öffentlichen Interesse an der Vollständigkeit des Steueraufkommens.⁵³ Auch wird in diesem Kontext gerne auf die skandinavischen Länder verwiesen, die, obgleich ebenfalls zweifelsfrei demokratische Rechtsstaaten, auf diesbezügliche Geheimhaltungen verzichten und beispielsweise in Norwegen oder Schweden Dokumente mit Besteuerungsgrundlagen oder Steuerlisten offengelegt und diese somit ganz bewusst auch Dritten zugänglich gemacht werden.⁵⁴

d) Stellungnahme

So klar, wie die Auffassung der Rechtsprechung und die überwiegende, sich hieran anschließende und orientierende Auffassung im Schrifttum ist, bleibt stets hervorzuheben, dass, wie auch vom Verfassungsgericht selbst erkannt, es letztlich die Finanzbehörden sind, die einen tieferen Einblick in die privatesten und zum Teil intimsten Lebensbereiche der Bürgerinnen und Bürger erhalten als andere Institutionen. Gerade diese höchstpersönlichen Informationen müssen aufgrund der automatisierten Datenverarbeitung vor zweckwidriger Verwendung oder unerlaubter Weitergabe geschützt werden. Insoweit kann die Argumentationslinie des Verfassungsgerichts aufgegriffen werden.

Gleichwohl sticht die Finanzverwaltung neben den beschriebenen Informationswegen im Ver-

⁴⁸ Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 12.

⁴⁹ Drüen, in: Tipke/Kruse, AO – FGO, Kommentar, 173. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 7 m.w.N. aus der Rspr.

⁵⁰ Benda, DStZ 1984, 159 (163).

⁵¹ Benda, DStR 1984, 351 (352 f.).

⁵² Ruegenberg, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, 2001, S. 17.

⁵³ Rüster, Der Steuerpflichtige im Grenzbereich zwischen Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, 1989, S. 63.

⁵⁴ Hardtke/Westphal, wistra 1996, 91 (94). Vgl. darüber hinaus zur Lage in Skandinavien auch Alber, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 11, 646.

gleich zu anderen Eingriffsverwaltungen auch deshalb hervor, da sie die ordnungsgemäße Besteuerung sicherstellt. Dies geschieht aufgrund des öffentlichen Interesses hieran letztlich auch und gerade zugunsten der Allgemeinheit, sodass das Steuergeheimnis auch nicht die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden konterkarieren darf. Folgerichtig erwächst dem Steuerpflichtigen nur aufgrund der Existenz des Steuergeheimnisses zurecht kein etwaiges Mitwirkungsverweigerungsrecht.⁵⁵

Unterstrichen werden muss jedoch wiederholt die besondere Qualität und der Umfang der zwingend preiszugebenden Informationen. Da es letztlich die Finanzämter sind, die den vielfach angeführten tiefgehenden Einblick in privateste Bereiche der Steuerpflichtigen erhalten, denen letztgenannte sich nicht entziehen können, erfordert dies eine noch restriktivere Handhabe der Durchbrechungsnormen des § 30 Abs. 4–6 AO. Nur hierdurch kann dem Einfluss des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf das Steuergeheimnis die – auch nach Ansicht des BVerfG gebotene⁵⁶ – Rechnung getragen werden. Unterstrichen werden kann dies auch mit der Wertneutralität des Abgabenrechts. Wenn die Vorschrift des § 40 AO festlegt, dass ein etwaiger Gesetzesverstoß oder ein sittenwidriges Verhalten für die Besteuerung nicht von Relevanz ist, kann auch beispielsweise eine potentielle Verbrechensbekämpfung ohne hinreichend klare Anhaltspunkte keine Legitimation sein, die Möglichkeiten der Durchbrechung des Steuergeheimnisses im Wege des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO leichtfertiger und stärker zu lockern oder anderweitig aufzuweichen, als dies bislang dem Grunde nach möglich ist. Auch erscheint gerade diese Möglichkeit der Offenbarung aufgrund öffentlichen Interesses neben den Vorschriften der §§ 31a, 31b AO als zu unpräzise. Gerade dies gebietet eine restriktive Auslegung dieser Norm.⁵⁷ Hier sollte für derartige Fälle stets an den seitens der Rechtsprechung festgelegten Maßstab, dass ein öffentliches Interesse nur bei drohender Gefahr von schweren Nachteilen für das allgemeine Wohl bestehe, erinnert werden.⁵⁸

Somit empfiehlt sich perspektivisch eine Handhabe, die vor dem Hintergrund der bestehenden Durchbrechungsmöglichkeiten eine restriktivere Durchbrechung des Steuergeheimnisses garantiert, die jedoch gleichzeitig nicht zu einer Stilllegung der Arbeit der Finanzverwaltung führt.

Zusammengefasst kann also festgehalten werden, dass gerade aufgrund der Auswirkungen sowie des Einflusses der Grundrechte auf das Steuergeheimnis der Gefahr ausufernder Durchbrechung Einhalt zu gebieten ist. Das Steuergeheimnis ist durch die beschriebenen Auswirkungen verfassungsrechtlich abgesichert. Zu folgen ist also insoweit der herrschenden Auffassung, die in Anlehnung an das Verfassungsgericht im Steuergeheimnis selbst zwar kein Grundrecht erkennt, es jedoch durch seine Ableitung aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht zum Schutze der Steuerpflichtigen zwingend gefordert und auch geschützt sieht.

V. Fazit und Ausblick

Das Steuergeheimnis hat keinen Verfassungsrang. Insoweit besteht Einigkeit in Schrifttum und Rechtsprechung. Wie gezeigt, empfiehlt sich jedoch eine noch restriktivere und vorsichtiger Handhabe seiner Durchbrechungsmöglichkeiten und Beachtung sowie Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben. Als Maßstab für künftige Entscheidungen potentieller Durchbrechungen des Steuergeheimnisses kann hier auf die Feststellung verwiesen werden, die der Bundesfinanzhof bereits 1969 traf, freilich

⁵⁵ Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 21.195.

⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 17.7.1984 – 2 BvE 11/83, Rn. 135.

⁵⁷ Vgl. *Tormöhlen*, in: Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 171. Lfg., Stand: November 2022, AO § 30 Rn. 134 m.w.N.

⁵⁸ BFH, Urt. v. 10.2.1987 – VII R 77/84, Rn. 19.

noch zum damals geltenden § 22 RAO: Es entspreche gerade im Bereich der Eingriffsverwaltung allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen, dass bei mehreren möglichen Auslegungsoptionen der Norm derjenigen der Vorzug gelte, bei der das Steuergeheimnis am ehesten gewahrt bleibe.⁵⁹

⁵⁹ BFH, Urt. v. 29.8.1973 – I R 26/71, Rn. 7; aufgegriffen bei *Alber*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO – FGO, Kommentar, 271. Lfg., Stand: Dezember 2022, AO § 30 Rn. 12 a.E.

Paritätische Wahlgesetzgebung

Laura Volk, Heidelberg*

Ausgehend von der Landesgesetzgebung und landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in den Bundesländern Brandenburg und Thüringen gab es in den letzten Jahren einen lebhaften Diskurs zu einer paritätischen Wahlgesetzgebung, die für sich in Anspruch nimmt, die andauernde Geschlechterungleichheit in Parlamenten zu beseitigen. Derzeit beträgt der Frauenanteil im 20. Deutschen Bundestag 35,05 %.¹ Bislang bleibt der Frauenanteil in den meisten deutschen Landesparlamenten und im Deutschen Bundestag hinter dem Frauenanteil in der Bevölkerung zurück.

Im folgenden Lernbeitrag werden der Begriff des Paritätsgesetzes erläutert und die landesrechtlichen Ursprünge aufgezeigt. Infolgedessen widmet sich der Beitrag den verfassungsrechtlichen Problemen, die eine Paritätsgesetzgebung aufwirft.

I. Paritätsgesetze	420
1. Begriff und Ausgestaltungsvarianten	420
2. Landesverfassungsgesetzgebung und landesverfassungsrechtliche Rechtsprechung	421
II. Verfassungsrechtliche Probleme	421
1. Wahlrechtsgrundsätze	422
a) Gewährleistungsbereich der Gleichheit der Wahl	422
b) Gewährleistungsgehalt der Freiheit der Wahl	422
c) Beeinträchtigung	423
aa) Keine Beeinträchtigung aufgrund von Gleichbehandlung der Geschlechter?	423
bb) Beeinträchtigung nach formalem Verständnis der Wahlrechtsgleichheit ...	423
cc) Materielle Gleichheit im Wahlrecht?	424
dd) Beeinträchtigung der Freiheit der Wahl	425
d) Rechtfertigung über Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG?	425
e) Rechtfertigung über das Demokratie- und Repräsentationsprinzip?	429
2. Parteienrechte	430
3. Individualgrundrechte	431
a) Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts	431

* Laura Volk war von April 2019 bis Dezember 2021 Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Internationales Öffentliches Recht, Allgemeine Staatslehre und Rechtsphilosophie der Universität Heidelberg. Sie absolvierte von April 2021 bis April 2023 ihr Rechtsreferendariat am Oberlandesgericht Karlsruhe und zuletzt ihre Wahlstation am Bundesverfassungsgericht.

¹ Siehe unter <https://www.bundestag.de/abgeordnete> (4.2.2023).

b) Rechte intergeschlechtlicher Personen.....	432
4. Parität durch Verfassungsänderung?	432
III. Zusammenfassende Schlussüberlegungen und Prüfungsrelevanz.....	433

I. Paritätsgesetze

1. Begriff und Ausgestaltungsvarianten

Zunächst gilt es festzuhalten, dass es nicht den einen Prototyp eines Paritätsgesetzes gibt. Vielmehr gibt es zahlreiche unterschiedliche Ausgestaltungsvarianten, die an unterschiedlichen Stellschrauben des personalisierten Verhältniswahlsystems² drehen.

Das derzeitige Wahlrecht sieht vor, dass sich die Zusammensetzung des Parlaments im Ergebnis aus zwei Stimmen generiert (§ 4 BWahlG): Gem. § 1 Abs. 2 BWahlG werden 299 Abgeordnete (ab 1.1.2024: 280 Abgeordnete) nach den Kreiswahlvorschlägen in den Wahlkreisen und die übrigen Abgeordneten nach Landeswahlvorschlägen über die Landeslisten gewählt. Mit der Erststimme wird folglich ein sogenanntes Direktmandat erzeugt (§§ 1 Abs. 2 Var. 1, 20 BWahlG), welches die gewählte Kandidatin oder den gewählten Kandidaten unmittelbar in den Bundestag einziehen lässt. Mit der Zweitstimme wird dann die Landesliste einer Partei gewählt. Der Zweitstimme kommt entscheidende Bedeutung für das numerische Wahlergebnis der Parteien zu, weil ihr Ergebnis die Stärkeverhältnisse und die Größe der zu bildenden Fraktionen abbildet.³ Gem. § 6 Abs. 4 S. 1 BWahlG wird von der Landesliste die ermittelte Zahl der von der Partei in den Wahlkreisen des Landes errungenen Sitze abgerechnet. Folglich wird auf die Landesliste nur insoweit zurückgegriffen, als die den Parteien insgesamt zustehende Sitzzahl nach den für sie abgegebenen Zweitstimmen noch nicht ausgeschöpft ist.

Die Bundesländer Brandenburg und Thüringen entschieden sich bei Einführung ihrer Paritätsgesetze jeweils für ein ähnliches Modell: das sogenannte „Reißverschlussmodell“. Dieses sieht vor, dass die politischen Parteien gesetzlich dazu verpflichtet werden, ihre Listen im Wechsel mit einer Frau und einem Mann zu besetzen. Die Paritätsregelungen bezogen sich mithin vorwiegend auf die Zweitstimme bei der Landtagswahl. Obgleich diese ebenfalls Gegenstand der parlamentarischen Debatte waren, sahen die Paritätsgesetze von Brandenburg und Thüringen Regelungen für Direktmandate nicht vor.

Freiwillige parteiinterne Quotenregelungen, welche von den Parteien im Rahmen ihrer Parteisatzung erlassen werden, sind Teil der Programm- und Organisationsfreiheit der Parteien und gelten deshalb mittlerweile weit überwiegend als verfassungsrechtlich zulässig.⁴ Sie sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.

² Zu einer Erklärung der Verhältniswahl und des Bundestagswahlsystems *Morlok*, JuS 2022, 1019 (1020). Hier gilt es jedoch, die aktuellen Reformvorschläge des Bundestagswahlrechts im Blick zu behalten, welche derzeit diskutiert werden und die Änderung der klassischen „Erst- und Zweitstimme“ vorsehen.

³ *Merten*, JÖR 2019, 107 (111).

⁴ Zur Darstellung des Meinungsstandes *Grzeszick/Rauber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 21 Rn. 109 m.w.N. Für eine Zulässigkeit parteiinterner Quoten: *Kingreen*, in: Bonner Kommentar, 202. Lfg., Stand: Februar 2020, Art. 3 Rn. 459; *Leisner*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 20. *Wolf* hält auch parteiinterne Quoten für rechtspolitisch und verfassungsrechtlich bedenklich, lehnt im Ergebnis aber durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken ab, in: Schreiber, BWahlG, Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 27 Rn. 15. Gegen die Zulässigkeit von Paritätsregelungen in Parteisatzungen: *Friehe*, Verfassungsblog v. 5.8.2021, abrufbar unter [Wahlrechtsgrundsätze als Säulen der innerparteilichen Demokratie – Verfassungsblog](#) (3.4.2023): „Zwar wird vielfach angenommen, Paritätsregelungen

2. Landesverfassungsgesetzgebung und landesverfassungsrechtliche Rechtsprechung

Ausgehend von den ersten beiden Paritätsgesetzen in Brandenburg⁵ und Thüringen⁶ gibt es mittlerweile bereits mehrere landesverfassungsgerichtliche Urteile und auch das Bundesverfassungsgericht befasste sich bereits mit dem Thema der Paritätsgesetzgebung.

So urteilte zunächst der Thüringer Verfassungsgerichtshof im Verfahren der Abstrakten Normenkontrolle, dass das Thüringer Paritätsgesetz verfassungswidrig sei.⁷ Die Entscheidung erging mit fünf zu drei Stimmen und es gab zwei abweichende Sondervoten. Wenig später kam der Brandenburger Verfassungsgerichtshof zum selben Ergebnis. Hier gingen die Antragsteller im Verfassungsbeschwerdeverfahren⁸ sowie im Organstreitverfahren⁹ gegen das Parlamentsgesetz vor.

Das Bundesverfassungsgericht wies im Dezember 2020 eine Wahlprüfungsbeschwerde gegen das Ergebnis der Bundestagswahl 2017 wegen des geringen Frauenanteils im Bundestag als unzulässig zurück.¹⁰ Das Gericht befand den Vortrag der Beschwerdeführerinnen, dass die Bundestagswahl wegen nichtparitätischer Nominierung der Kandidatinnen und Kandidaten durch die politischen Parteien an einem erheblichen, auf die Gültigkeit der Wahl durchschlagenden Wahlfehler leide, als nicht hinreichend substantiiert.¹¹ Dabei ließ es jedoch auch Skepsis inhaltlicher Natur durchblicken und stellte fest, dass der Bundesgesetzgeber jedenfalls nicht verpflichtet ist, eine derartige Norm zu erlassen. Es betonte dabei insbesondere, dass das Repräsentationsverständnis des Grundgesetzes nicht auf eine geschlechterbezogene Repräsentation abstellt und es für die Vertretung des Volkes gerade nicht darauf ankommt, dass sich das Parlament als verkleinertes Abbild des Elektorats darstellt.¹²

Daneben wurden in mehreren anderen Bundesländern Paritätsgesetze Gegenstand der parlamentarischen Debatte.¹³ Infolge der landesverfassungsrechtlichen Verdikte sahen die Landesparlamente bislang jedoch großteils von einer weiteren Umsetzung ab.

II. Verfassungsrechtliche Probleme

So dringlich der tatsächliche Befund des geringen Frauenanteils in den deutschen Parlamenten die Frage nach Lösungsansätzen zur Steigerung desselben aufwirft, wird die paritätische Wahlgesetzgebung überwiegend für problematisch befunden. Ein paritätisches Wahlrecht wirft grundlegende Fragen nach demokratischer Gleichheit und Repräsentation auf. Diese beziehen sich insbesondere

in Parteisatzungen rechtfertigten sich aus dem Prinzip der Parteifreiheit (so in einer Randbemerkung ThürVerfGH NVwZ 2020, 1266 [1267]; andeutungsweise BVerfG [K] 2 BvR 3058/14 Rn. 25 mwNw). Ein solcher programmatischer Rabatt für die Beachtung von Wahlrechtsgrundsätzen durch Parteien kann allerdings nicht überzeugen.“

⁵ § 25 Abs. 3 S. 2–7, Abs. 8 S. 2 BbgLWG a.F.; Beschl. des Landtages Brandenburg v. 31.1.2019 zur Annahme des Gesetzentwurfs für ein „Inklusives Parité-Gesetz – (Drittes Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Landeswahlgesetzes)“, Drs. 6/10466, Plenarprotokoll 6/72.

⁶ § 29 Abs. 5 ThürLWG a.F.; GVBl. Thüringen 9/2019, S. 322.

⁷ ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20.

⁸ VerfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 55/19.

⁹ VerfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 9/19.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 35, 46 ff., 53.

¹² BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 42 f.

¹³ Vgl. für einen Überblick der Gesetzesinitiativen im Jahr 2019 *Geppert*, djbZ 2019, 119 (119 ff.). Initiativen gab es neben Brandenburg und Thüringen in Bayern, Berlin, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Sachsen und Schleswig-Holstein.

auf die Wahlrechtsgrundsätze, die Parteienrechte, Individualgrundrechte und die sogenannte Ewigkeitsgarantie. Übergreifend stehen folgende Fragen im Zentrum der Paritätsdebatte: Bedarf es eines (traditionellen) formellen oder eines materiellen Gleichheitsbegriffes im Wahlrecht? Welches Verständnis von Demokratie und Repräsentation liegt dem Grundgesetz zugrunde und ist dieses wandelbar?

1. Wahlrechtsgrundsätze

Ein Paritätsgesetz verletzt nach überwiegender Ansicht die Wahlrechtsgrundsätze der Gleichheit und Freiheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.

a) Gewährleistungsbereich der Gleichheit der Wahl

Ein paritätisches Wahlrecht berührt den Gewährleistungsbereich der Gleichheit der Wahl. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl schützt insbesondere die gleiche *Ausübungsmöglichkeit* des Wahlrechts.¹⁴ Dies beinhaltet zwei Komponenten; die Gleichheit des *Zählwertes* und die Gleichheit des *Erfolgswertes* einer abgegebenen Stimme.¹⁵ Die weit überwiegende Ansicht und insbesondere das Bundesverfassungsgericht begreift die Wahlrechtsgleichheit folglich als eine streng formale Gleichheit.¹⁶ Aus diesem strikt formalen Verständnis folgt insbesondere, dass keine differenzierende Bewertung der aktiv und passiv Wahlberechtigten – weder nach Bildung, Religion, Vermögen, Klasse oder Geschlecht – erfolgt.¹⁷

b) Gewährleistungsgehalt der Freiheit der Wahl

Ein paritätisches Wahlrecht berührt darüber hinaus auch den Gewährleistungsgehalt der Freiheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Der Grundsatz der Freiheit der Wahl sichert die Ausübung des Stimmrechts gegen äußeren Zwang und unzulässigen Druck oder sonstige unzulässige Beeinflussung von außen ab, sodass die Stimmabgabe das Ergebnis eines freien, unbeeinflussten und offenen Meinungsbildungsprozesses ist.¹⁸ Mithin soll der Wahlprozess ohne staatlichen, politischen oder wirtschaftlichen Druck durchgeführt werden.¹⁹

¹⁴ Grzeszick, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 38 Rn. 26; Wild, Die Gleichheit der Wahl, 2003, S. 174.

¹⁵ BVerfGE 6, 84 (91); 120, 82 (102); 129, 300 (317 f.); 135, 259 (284 Rn. 44 und Rn. 46); Grzeszick, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 38 Rn. 26; Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 38 Rn. 31; Magiera, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 95; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 38 Rn. 13.

¹⁶ BVerfGE 6, 84 (91); 11, 266 (272); 11, 351 (361); 13, 243 (246); 14, 121 (132); 28, 220 (225); 34, 81 (98); 41, 399 (413); 44, 125 (146); 51, 222 (234); 58, 177 (190); 78, 350 (357 f.); 82, 322 (337); 85, 148 (157 f.); 95, 335 (353); 99, 1 (8 f.); 99, 69 (77 f.); 121, 266 (295); 124, 1 (18); 129, 300 (317); 135, 259 (284 Rn. 44); 146, 327 (349 Rn. 59). Zuletzt auch BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 56 ff., insbesondere Rn. 58 und 63.

¹⁷ BVerfGE 6, 84 (91): „Es darf darum das Stimmgewicht nach Zähl- und Erfolgswert sicher nicht differenziert werden nach Bildung, Religion, Vermögen, Klasse, Rasse oder Geschlecht (vgl. auch Art. 3 Abs. 2, 3 GG).“

¹⁸ BVerfGE 7, 63 (69); 15, 165 (166); 47, 253 (282); 95, 335 (350).

¹⁹ BVerfGE 20, 56 (97); Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 38 Rn. 23.

c) Beeinträchtigung

aa) Keine Beeinträchtigung aufgrund von Gleichbehandlung der Geschlechter?

Vereinzelt wird argumentiert, dass ein paritätisches Wahlrecht schon keine Beeinträchtigung des Gewährleistungsbereiches der Gleichheit der Wahl darstelle, weil die Geschlechter männlich und weiblich durch das Paritätsgesetz jeweils formal gleichbehandelt würden und somit keinem Geschlecht ein Vorrang oder Nachrang zukomme.²⁰ Für beide Geschlechter bestehe ein passives Wahlrecht nur für jeden zweiten Listenplatz.

Diese Argumentation verkennt indes, dass das Grundgesetz Rechte am Individuum (und nicht etwa an Gruppen) anknüpft.²¹ Insbesondere bei „der passiven Wahlrechtsgleichheit handelt es sich um eine auf das jeweilige Individuum bezogene Gleichheit in Bezug auf dessen Wahlchancen. Dem geltenden Verfassungsrecht lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, dass diese verfassungsgesetzlich garantierte Gleichheit der einzelnen Bürgerinnen und Bürger durch Vorstellungen einer auf die Geschlechtergruppen bezogenen Gleichheit zu ersetzen wären“.²²

bb) Beeinträchtigung nach formalem Verständnis der Wahlrechtsgleichheit

Die weit überwiegende Ansicht nimmt demgegenüber eine Beeinträchtigung des Schutzbereiches der Gleichheit der Wahl sowie auch der Freiheit der Wahl durch ein Paritätsgesetz an.

Zunächst beeinträchtigt ein Paritätsgesetz die Gleichheit der Erfolgchancen für die Erringung eines Mandats *im Ergebnis*. Geht man davon aus, dass jeweils die Hälfte der Listenplätze von vorneherein einem Geschlecht zugeschrieben werden, so halbiert sich somit faktisch die erreichbare Anzahl an Listenplätzen für die Angehörigen des anderen Geschlechts²³ und die Erfolgchancen verringern sich im Ergebnis.²⁴

Des Weiteren werden durch ein Paritätsgesetz auch die Erfolgchancen für die Kandidatur für einen konkreten Listenplatz vermindert. Wegen ihres Geschlechts können manche Kandidatinnen und Kandidaten nicht in vollem Umfang von ihrem passiven Wahlrecht Gebrauch machen und sich auf einen *bestimmten* Listenplatz (etwa den ersten Listenplatz) wählen lassen.²⁵

²⁰ v. Achenbach, Schriftsatz zum Organstreitverfahren betreffend das Paritätsgesetz in Brandenburg, v. 3.6.2019, LT-Drs. 6/11559, S. 8 (40 f.); Hohmann-Dennhardt, Verfassungsblog v. 9.12.2020, abrufbar unter [Demokratie ohne Frauen – Verfassungsblog](#) (3.4.2023).

²¹ So auch ThürVerfGH für die Wahlrechtsgleichheit aus Art. 46 Abs. 1 ThürVerf, ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, Rn. 87 (juris); zwar im Konjunktiv, aber wohl auch BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 59; ferner Danker, NVwZ 2020, 1250 (1251); Hobusch, DVBl. 2020, 1347 (1355); Sachs, JuS 2020, 994 (996).

²² ThürVerfGH für die Wahlrechtsgleichheit aus Art. 46 Abs. 1 ThürVerf, ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, Rn. 87 (juris); zustimmend Hobusch, DVBl. 2020, 1347 (1355); Sachs, JuS 2020, 994 (996).

²³ Die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, dass Geschlecht keine binäre Kategorie ist, werden in der folgenden Auseinandersetzung vorerst außen vorgelassen und es wird sich zunächst auf Fragen der Gleichstellung von Mann und Frau konzentriert. Die Beeinträchtigungen von Rechten von Personen, die weder dem Geschlecht männlich noch dem Geschlecht weiblich zugehörig sind, werden sogleich unter 3. b) aufgegriffen.

²⁴ ThürVerfGH für die Wahlrechtsgleichheit aus Art. 46 Abs. 1 ThürVerf, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, Rn. 86 (juris); VerfGBbg für die Wahlrechtsgleichheit aus Art. 22 Abs. 3 S. 1 VerfBbg, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 55/19, Rn. 157 (juris); Danker, NVwZ 2020, 1250 (1251); Ebsen, JZ 44 (1989), 553 (555, „Zulässigkeitsperre“); Fontana, djbZ 2019, 128 (129 „nicht wählbar“); Morlok/Hobusch, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Fraktionen der SPD, die LINKE und Bündnis 90/DIE GRÜNEN (LT-Drs. 6/6964), Thüringer Landtag Zuschrift 6/3040 v. 3.6.2019, S. 8; Thüringer Landtag Wissenschaftlicher Dienst, Gutachtliche Stellungnahme zur Einführung der paritätischen Quotierung v. 24.6.2019, S. 13 f.

²⁵ VerfGBbg für die Wahlrechtsgleichheit aus Art. 22 Abs. 3 S. 1 VerfBbg, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 55/19, Rn. 157 (juris); Ebsen, der darauf hinweist, dass die „Chance der Bewerber, einen aussichtsreichen Listenplatz zu erhalten, geschlechtsspezifisch unterschiedlich wird“, JZ 44 (1989), 553 (555); Fontana, djbZ 2019, 128 (129);

cc) Materielle Gleichheit im Wahlrecht?

Hier setzt nun eine Kernaussage an, die dieses streng formale Verständnis der Wahlrechtsgleichheit hinterfragt und dieses durch ein materielles Verständnis ablösen möchte, welches Gerechtigkeits-erwägungen in den Blick nehmen soll.

Diejenigen, die sich für einen materiellen Gleichheitsbegriff im Wahlrecht aussprechen, argumentieren, dass in der heutigen Gesellschaft noch immer Gleichberechtigungsdefizite herrschten und diese durch rein „neutrales Recht“ respektive formales Recht nicht zu beseitigen seien.²⁶ Wenn neutrales Recht auf eine soziale Wirklichkeit treffe, in der eine Gruppe in den gesellschaftlichen und politischen Eliten traditionell ein deutliches Übergewicht habe, könne es die mit dem Gleichheitssatz verbundene Funktion einer gerechten Behandlung aller Rechtsunterworfenen nicht mehr erfüllen.²⁷ In diesem Fall führe das „neutrale Recht“ eher dazu, dass faktische Unterschiede sich verfestigten und der *status quo* aufrechterhalten werde. Folglich müsse die Rechtsordnung zumindest für einen gewissen Zeitraum ihre Neutralität aufgeben, um tatsächliche Gleichberechtigung zu erreichen.

Ein solches materielles Verständnis der Wahlrechtsgleichheit vermag indes nicht zu überzeugen. So äußerte sich nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht gegen eine Pflicht des Gesetzgebers zur paritätsgerechten Ausgestaltung des Wahlvorschlagsrechts aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG:

„Warum das strenge und formale Verständnis der Wahlgleichheit gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG durch ein materielles Verständnis ersetzt werden soll, erschließt sich [...] aus der Wahlprüfungsbeschwerde nicht“.²⁸

Das wohl entscheidendste Argument dabei ist, dass eine Verknüpfung des Wahlrechts mit Gruppenzugehörigkeit durch das Grundgesetz nicht gewollt ist. Vielmehr knüpft dieses Rechte am Individuum und nicht etwa an (Genus-)Gruppen an.²⁹ Dies gilt insbesondere für das Wahlrecht, bei dem es um individuelle Selbstbestimmung im Politischen geht.³⁰

Die rechtliche Kategorie, in welcher die politischen Bestimmungsrechte verankert werden, ist

dies., DVBl. 2019, 1153 (1155); *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (15); *Pernice-Warnke*, DVBl. 2020, 81 (84); Thüringer Landtag Wissenschaftlicher Dienst, Gutachtliche Stellungnahme zur Einführung der paritätischen Quotierung v. 24.6.2019, S. 13 f.; v. *Ungern-Sternberg*, JZ 74 (2019), 525 (528); WD (287/14 vom 16.12.2014), S. 8; WD (101/17 vom 16.05.2017), S. 6; WD (008/08 vom 29.01.2008), S. 11. A.A. *Klafki*, die darauf hinweist, dass zweifelhaft sei, ob das passive Wahlrecht einen verfassungsrechtlichen Anspruch jedes Einzelnen auf bestimmte Parteilistenplätze gewähre. Allenfalls für Parteimitglieder ergebe sich aus den Paritätsregelungen eine Beeinträchtigung ihres Rechts zur innerparteilichen Kandidatur, *Klafki*, DÖV 2020, 856 (858).

²⁶ *Hailbronner/Rubío Marin*, Verfassungsblog v. 16.7.2020, abrufbar unter [Parität in Parlamenten – eine Einführung – Verfassungsblog](#) (3.4.2023); *Laskowski*, Gutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit gesetzlicher Paritätsregelungen, Juni 2014, S. 12; *Laskowski*, Streit 2015, 54 f.; *Mangold*, in: Gleichberechtigung und Demokratie, 2019, S. 111; *Rabe*, Verfassungsblog v. 19.7.2020, abrufbar unter [Weimar und das Paritätsgesetz – Verfassungsblog](#) (3.4.2023); *Weinrich*, djbZ 2018, 147 (149). Wohl auch *Wapler*, JÖR 2019, 432 (432–434). *Ritzl*, in: Zeitgenössische Demokratietheorie, Bd. I, 2012, S. 71 ff.

²⁷ Dazu sowie zum Folgenden *König*, DÖV 1995, 839. *König* bezieht ihre Ausführungen auf Art. 3 Abs. 2 GG allgemein, noch nicht jedoch konkret auf ein materielles Gleichheitsverständnis auch im Wahlrecht, wie es im Rahmen der Debatte um ein Paritätsgesetz relevant wird.

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 63.

²⁹ So auch ThürVerfGH für die Wahlrechtsgleichheit aus Art. 46 Abs. 1 ThürVerf, ThürVerfGH, Ur. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, Rn. 87 (juris). Zwar im Konjunktiv, aber wohl auch BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 59. Ferner *Danker*, NVwZ 2020, 1251; *Hobusch*, DVBl. 2020, 1355; *Morlok/Hobusch*, NVwZ 2019, 1735 f.; *Sachs*, JuS 2020, 996.

³⁰ *Rixen*, in: Gleichberechtigung und Demokratie, 2019, S. 66.

einzig die Kategorie des *Staatsbürgers* respektive der *Staatsbürgerin*.³¹ Andere Kriterien sind für die Wahrnehmung der staatsbürgerlichen Rechte nach der formalen Gleichheitstheorie irrelevant. Das Wahlrecht sowie alle staatsbürgerlichen Rechte sind formal zu verstehen und zu handhaben, weil sie sich damit überhaupt erst für alle Interessen in der Gesellschaft öffnen.

Materielle Gleichheit scheidet bereits aus sich heraus, weil sie einige Interessen immer unberücksichtigt oder jedenfalls nicht hinreichend berücksichtigt lässt und damit stets auf Kosten der nicht in den Blick genommenen Interessen geht. Der Gesetzgeber müsste bestimmen, wann etwas materiell gleich ist; hierfür müssten zum einen die Kriterien aber daneben auch deren Gewichtung festgelegt werden. Der Vorteil der strengen Formalität ist hingegen, dass sie erst gar keine solche Auswahl und Gewichtung einiger Interessen vornimmt und damit – jedenfalls von Rechts wegen – grundsätzlich allem gegenüber offen ist.³²

Versteht man die Wahlrechtsgleichheit folglich als streng formale Rechtsposition, so wird durch die starre Listenvorgabe die aktive wie auch die passive Wahlrechtsgleichheit beschränkt.

dd) Beeinträchtigung der Freiheit der Wahl

Die einzelnen, zur Verfügung stehenden Listenplätze werden durch ein Paritätsgesetz auf lediglich ein Geschlecht beschränkt. Es ist den Parteimitgliedern damit nicht mehr frei möglich, im Rahmen des parteiinternen Listenaufstellungsverfahrens auf den jeweiligen Listenplatz eine Vertreterin oder einen Vertreter des anderen Geschlechts zu wählen oder generell eine Bewerberin oder einen Bewerber ganz unbesehen des Geschlechts zu wählen.³³ Aus diesem Grund greift eine Paritätsregelung in das freie Wahlvorschlagsrecht ein. Die Entscheidungsfreiheit der Wählerinnen und Wähler hinsichtlich der Nominierung der Kandidatinnen und Kandidaten wird durch eine verbindliche Quote gerade geschlechtsbezogen eingegrenzt.³⁴

Daneben liegt eine Beeinträchtigung der passiven Wahlrechtsfreiheit der Kandidatinnen und Kandidaten, die sich selbst zur Wahl aufstellen, vor.³⁵ Diese können nicht mehr „auf allen Plätzen“ beziehungsweise einem beliebigen Listenplatz kandidieren. Ihre Entscheidungsfreiheit wird, wie auch die der Vorschlagenden, durch die geschlechtsbezogene Quote eingegrenzt.

d) Rechtfertigung über Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG?

Eingriffe in die Gleichheit und Freiheit der Wahl bedürfen zu ihrer Rechtfertigung eines sachlich legitimierten, verfassungsrechtlichen Grundes.³⁶ Bisweilen wird argumentiert, dass die Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgrundsätze über den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG gerecht-

³¹ Morlok, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 576 (590). Außerdem Horn, in: Verfassungstheorie, 2010, § 22 Rn. 68.

³² Vgl. vertiefend zum Problem der materiellen Gleichheit im Wahlrecht und seiner dogmatischen Einordnung Volk, DÖV 2021, 413 ff.

³³ ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, Rn. 79 (juris). Zustimmung Danker, NVwZ 2020, 1250 (1251).

³⁴ So auch Demir/Donau, Gutachten im Auftrag des MASGF, 2018, S. 32; Iwers/Platter, Gutachten Landtag Brandenburg, v. 18.10.2018, S. 45; Thüringer Landtag Wissenschaftlicher Dienst, Gutachtliche Stellungnahme zur Einführung der paritätischen Quotierung v. 24.6.2019, S. 12.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 103; ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, Rn. 80 f., 145, 174 (juris); Danker, NVwZ 2020, 1250 (1251); Hahn, Verfassungsblog v. 7.7.2020, abrufbar unter [Practicing Parity – Verfassungsblog](#) (3.4.2023); Hecker, ZRP 2020, 226 (227); Hobusch, DVBl. 2020, 1347 (1355); Morlok/Hobusch, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Fraktionen der SPD, die LINKE und Bündnis 90/DIE GRÜNEN (LT-Drs. 6/6964), Thüringer Landtag Zuschrift 6/3040 v. 3.6.2019, S. 7; Thüringer Landtag Wissenschaftlicher Dienst, Gutachtliche Stellungnahme zur Einführung der paritätischen Quotierung v. 24.6.2019, S. 12 f.

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2020 – 2 BvC 46/19, Rn. 57; BVerfGE 129, 300 (320); 130, 212 (227 f.); 135, 259 (286

fertigt werden können. Dieser bestimmt:

„Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

Die Rechtsnatur und der genaue Gewährleistungsgehalt der Vorschrift sind seit ihrer Einführung in das Grundgesetz umstritten. Das Bundesverfassungsgericht interpretiert im Rahmen seiner jüngeren Rechtsprechung Art. 3 Abs. 2 GG extensiv und entnimmt diesem ein Gleichberechtigungsgebot.³⁷

Einige Stimmen in der Literatur bezweifeln bereits die Anwendbarkeit der Vorschrift neben der Wahlrechtsgleichheit des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.³⁸ Wahlen müssten in einer auf offene Repräsentation ausgerichteten Demokratie jeglicher Beeinflussung und Vorstrukturierung nach inhaltlichen Kriterien entzogen sein.³⁹ Spätestens seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom Januar 2019 zum Wahlrecht betreuter Personen ist jedoch klar, dass mehrere besondere Gleichheitssätze nebeneinander anwendbar sind.⁴⁰ Das Bundesverfassungsgericht führt dazu aus:

„Besondere Gleichheitssätze stehen grundsätzlich im Verhältnis der Idealkonkurrenz zueinander. Berührt eine differenzierende Behandlung mehrere in ihrem Anwendungsbereich unterschiedliche spezielle Gleichheitsgebote, muss sie an jedem dieser Gebote gemessen werden. Etwas anderes kann lediglich gelten, wenn zwischen mehreren besonderen Gleichheitssätzen ein eigenständiges Spezialitätsverhältnis besteht. Dies ist im Verhältnis von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht der Fall.“⁴¹

Zwar überschneiden sich die Anwendungsbereiche beider Regelungen, diese Überschneidung betreffe jedoch nur einen Teilbereich des jeweiligen Regelungsumfanges beider Vorschriften und sie diene unterschiedlichen Regelungszwecken.⁴² Diese Erwägungen sind auf den speziellen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG übertragbar.

Darüber hinaus ist die Zielstellung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG umstritten; während einige von Ergebnisgleichheit ausgehen, entnehmen andere der Norm allenfalls die Gewähr von Chancengleichheit. Weit überwiegend wird darauf hingewiesen, dass Parität als solche (also die Besetzung des Parlaments zu den Anteilen der Geschlechter innerhalb der Bevölkerung) kein Ziel der Verfassung beziehungsweise Staatsziel i.S.d. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG darstelle.⁴³ Der Staat müsse nicht auf eine die

Rn. 51), st. Rspr.

³⁷ BVerfGE 85, 191 (206 f.); 92, 91 (109); *Classen*, JZ 51 (1996), 921 (922). Zur Darstellung des Rechtsprechungswandels: *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 386–391.

³⁸ *Gärditz*, LTO v. 19.11.2018, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/32177/ (3.4.2023); *Hecker*, NJW 2020, 3563 (3565); *Hobusch*, DVBl. 2020, 1347 (1355 f.); *Kischel*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2022, Art. 3 Rn. 208a; *Morlok/Hobusch*, ThürVBl. 2019, 282 (284); *dies.*, NVwZ 2019, 1734 (1736); *Pernice-Warnke*, DVBl. 2020, 81 (86 f.); *Pieroth*, Jura 2019, 687 (693); v. *Ungern-Sternberg*, JZ 74 (2019), 525 (533); die Anwendbarkeit des Fördergebots des Art. 12 Abs. 3 S. 2 VerfBbg neben der Wahlrechtsgleichheit offen lassend, VerfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 55/19, Rn. 206 (juris).

³⁹ v. *Ungern-Sternberg*, JZ 74 (2019), 525 (533).

⁴⁰ BVerfGE 151, 1 (22 f. Rn. 50–52).

⁴¹ BVerfGE 151, 1 (22 f. Rn. 50–52).

⁴² BVerfGE 151, 1 (22 f. Rn. 50–52).

⁴³ *Brosius-Gersdorf*, djbz 2019, 57 (58); *Ebsen*, JZ 44 (1989), 553 (556); *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundgesetz,

Geschlechteranteile des Volkes abbildende Zusammensetzung des Parlaments hinwirken, sondern allein auf die Herstellung von Chancengleichheit von Frauen und Männern.⁴⁴ Nimmt man die Auswirkungen eines Paritätsgesetzes in den Blick, so stellt man fest, dass dieses hinsichtlich der Listenaufstellung auf Ergebnisgleichheit abzielt. Dass die rechtliche Chancengleichheit durch ein Paritätsgesetz gerade nicht gefördert wird, zeigen bereits die dargelegten Beeinträchtigungen der Wahlrechtsgrundsätze auf. Letztlich kann ein Paritätsgesetz deshalb nicht mit der Zielsetzung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG in Einklang gebracht werden.

Im Übrigen stellt sich auch auf „Tatbestandsebene“ das Problem, ob überhaupt „bestehende Nachteile“ i.S.d. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG vorliegen und was dabei genau als Vergleichsmaßstab für die Bestimmung der Repräsentanz von Frauen dienen muss. Denn die Repräsentanz weiblicher Abgeordneter in Parlamenten gibt zwar meist nicht spiegelbildlich den Bevölkerungsanteil wieder, vergleicht man indes den Anteil weiblicher *Partei-* und *Fraktionsmitglieder*, so ergibt sich in vielen *Fraktionen* sogar eine Überrepräsentation von Frauen.⁴⁵ Aus folgender Tabelle ergibt sich der Frauenanteil der Parteien und ihrer Bundestagsfraktionen in der 20. Legislaturperiode. Die Tabelle zeigt, dass sogar in der vielfach für ihren geringen Frauenanteil kritisierten FDP eine positive Differenz ihres Frauenanteils der Fraktion im Vergleich zu dem in der Parteimitgliedschaft besteht.

Partei	Frauenanteil der Fraktion ⁴⁶	Frauenanteil der Partei ⁴⁷	Differenz
Grüne	59,32 %	42 %	+ 17,32 %
Die Linke	53,85 %	37 %	+ 16,85 %
SPD	42,23 %	33 %	+ 9,23 %
CDU/CSU	23,35 %	CDU: 27 %	- 3,65 %
		CSU: 22 %	+ 1,35 %
FDP	25 %	20 %	+ 5,00 %
AfD	12,82 %	19 %	- 6,18 %

Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 93; *Fontana*, djbZ 2019, 128 (129); *dies.*, DVBl. 2019, 1153 (1157 f.); *Hofmann*, FamRZ 1995, 257 (261); *Ipsen*, in: Ipsen, ParteienG, Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 17 Rn. 24; *Iwers/Platter*, Gutachten Landtag Brandenburg v. 18.10.2018, S. 15 (19); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 119; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 99. Lfg., Stand: September 2022, Art. 3 Abs. 2 Rn. 100; *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (18); *dies.*, NVwZ 2019, 1734 (1737); *Nußberger*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 278; *Papier*, in: Gleichberechtigung und Demokratie, 2019, S. 185 (189); *Pernice-Warnke*, DVBl. 2020, 81 (86); *Rüfner*, in: Verfassung Theorie und Praxis des Sozialstaats, FS Zacher, 1998, S. 821 (824); *Rüfner*, in: FS Stern, 1997, S. 1011, 1012 f.; *Sachs*, in: Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, 3. Aufl., 2010, § 182 Rn. 140, 147.

⁴⁴ *Brosius-Gersdorf*, djbZ 2019, 57 (58); *Classen*, ZRP 2021, 50 (51); *Fontana*, djbZ 2019, 128 (129); *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 99. Lfg., Stand: September 2022, Art. 3 Abs. 2 Rn. 100; *Morlok/Hobusch*, NVwZ 2019, 1734 (1737); *Nußberger*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 278; *Papier*, in: Gleichberechtigung und Demokratie, S. 185 (189); *Pernice-Warnke*, DVBl. 2020, 81 (86); *Polzin*, Verfassungsblog v. 8.2.2019, abrufbar unter [Parité-Gesetz in Brandenburg – Kein Sieg für die Demokratie – Verfassungsblog](#) (3.4.2023); *Rixen*, in: Gleichberechtigung und Demokratie, 2019, S. 59 (71 f.).

⁴⁵ Erstmals stellen *Morlok/Hobusch* die Frauenanteile von Parteien und Fraktionen in einer Tabelle gegenüber, DÖV 2019, 14 (18). Die dortige Tabelle bezog sich indes auf die 19. Legislaturperiode und ist nunmehr veraltet. Siehe ferner auch *Abels/Cress*, Zparl 50 (2019), 167 (178); *Burmeister/Greve*, ZG 2019, 154 (161); *Höhne*, ApuZ 2020, 32 (35); *Kischel* hält die Quotierung von Landeslisten für „grob verfassungswidrig“, weil bereits keine Unterrepräsentanz von Frauen vorliege, *Kischel*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2022, Art. 3 Rn. 208a; *Morlok/Hobusch*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Fraktionen der SPD, die LINKE und Bündnis 90/DIE GRÜNEN (LT-Drs. 6/6964), Thüringer Landtag Zuschrift 6/3040 v. 3.6.2019, S. 6; *dies.*, NVwZ 2019, 1734 (1737 f.); *dies.*, ThürVBl. 2019, 282 (285).

⁴⁶ Siehe unter [Deutscher Bundestag – Abgeordnete](#) (3.4.2023).

⁴⁷ Siehe unter [Die soziale Zusammensetzung der Parteimitgliedschaften | Parteien in Deutschland | bpb.de](#) (3.4.2023).

Die zugrundeliegende Frage, die sich stellt, ist also: Bedarf es der Parität oder nicht viel eher der Proportionalität für die Bestimmung des bestehenden Nachteils? Bezugsgröße zur Ermittlung eines bestehenden Nachteils kann nicht immer die Gesamtbevölkerung darstellen, sondern vielmehr die Zahl der „Mitbewerberinnen und Mitbewerber“ in den jeweiligen Bezugsgruppen.⁴⁸ Rechtspolitisches Ziel muss es daher sein, den Frauenanteil in den Parteien zu erhöhen.

Erst wenn man diese dogmatischen Hürden genommen hat, kommt man zu einer Verhältnis-mäßigkeitsprüfung, bei welcher man im Rahmen der Kollision verschiedener Verfassungsgüter eine Abwägung zur Herstellung praktischer Konkordanz vorzunehmen hat. Dabei käme es im Wesentlichen darauf an, ob man Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG eine Bedeutung mit mindestens demselben Gewicht wie der Wahlrechtsgleichheit respektive -freiheit zuerkennt. Insofern lässt sich an der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit paritätischer Wahlgesetze zweifeln.

Eine staatliche Maßnahme ist angemessen, wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt.⁴⁹ Dabei sind das Ausmaß der Belastungen für die nachteilig Betroffenen und das Interesse des Staates an der Maßnahme sowie der Nutzen für die Allgemeinheit zu bewerten und in einen schonenden Ausgleich zu bringen. Im Ergebnis stellt ein Paritätsgesetz nach überwiegender Ansicht einen unangemessenen Eingriff in die aktive und passive Wahlrechtsgleichheit und -freiheit des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG dar.⁵⁰

Als betroffene Rechtspositionen stehen sich die Gleichheit und Freiheit der Wahl und der staatliche Förderauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gegenüber. Die Wahlrechtsgleichheit ist das Instrument zur Verwirklichung der Volkssouveränität.⁵¹ In ihr findet der egalitäre Grundzug der Demokratie seinen praktischen Ausdruck, im Rahmen der Wahl werden alle gesellschaftlichen Unterschiede neutralisiert.⁵²

Mit dem formal gleichen Wahlrecht steht und fällt also die Legitimation von politischer Herrschaft.⁵³ Umso wichtiger ist die Einhaltung des formal-egalitären Wahlvorganges, den auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung immer wieder betont. An einer solchen Gleichbewertung aller Staatsbürgerinnen und Staatsbürger fehlt es indes, wenn man anfängt, die Bevölkerung in Gruppen aufzuspalten, sei es nach dem Geschlecht oder nach anderen Differenzierungskriterien.⁵⁴

Bisweilen wird für die Zulässigkeit eines paritätischen Wahlrechts eingewendet, dass das geltende Wahlrecht unter anderem auch Sperrklauseln⁵⁵ und Grundmandatsklauseln⁵⁶ vorsehe und somit bereits eingriffsintensivere Beschränkungen bestünden als die durch ein Paritätsgesetz bewirkten

⁴⁸ *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (18); *dies.*, NVwZ 2019, 1734 (1737); *dies.*, ThürVBl. 2019, 282 (285); *Papier*, in: Gleichberechtigung und Demokratie, 2019, S. 185 (190); *Rüfner*, in: FS Zacher, 1998, S. 1011 (1015 ff.).

⁴⁹ BVerfGE 83, 1 (19); 102, 1 (19 ff.).

⁵⁰ *Butzer*, NdsVBl. 2019, 10 (20); *Classen*, ZRP 2021, 50 (52); *Ebsen*, JZ 44 (1989), 553 (556 f.); *Morlok/Hobusch* verneinen die Angemessenheit hilfsweise nachdem sie ein Paritätsgesetz bereits zuvor aus anderen Gründen für verfassungswidrig erklärt haben: *Morlok/Hobusch*, ThürVBl. 2019, 282 (286 f.); *Wolf*, in: Schreiber, BWahlG, Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 27 Rn. 14. Demgegenüber für eine Angemessenheit eines Paritätsgesetzes: *Laskowski*, in: Gleichberechtigung und Demokratie, S. 125 (140, 142); *dies.*, Streit 2015, 51 (59); *Wawzyniak*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung im Innen- und Kommunalausschuss des Thüringer Landtages, „Siebtes Gesetz zur Änderung des Thüringer Landeswahlgesetzes – Einführung der paritätischen Quotenregelung“, Thüringer Landtag Zuschrift Drs. 6/3041 v. 3.6.2019, S. 21.

⁵¹ *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 99.

⁵² *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 99.

⁵³ *Trute*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 64.

⁵⁴ So auch *Hahlen*, RuP 2013, 151 (151).

⁵⁵ Zu Sperrklauseln *Morlok*, JuS 2022, 1019 (1022); *Morlok/Kühr*, Jus 2012, 385 ff.

⁵⁶ Zu Grundmandatsklauseln vgl. etwa *Hobe*, JA 1996, 391 ff.; *Lenz*, NJW 1997, 1534 ff.

Eingriffe.⁵⁷ Im Unterschied zu einem Paritätsgesetz, bei dem wahlrechtsfremde Zwecke (die Förderung der Gleichberechtigung von Mann und Frau) verfolgt werden, verwirklicht der Gesetzgeber bei einer Sperrklausel und der Grundmandatsklausel aber wahlrechtsimmanente Zwecke (Sicherung der Funktions- und Entscheidungsfähigkeit des Parlaments), weshalb einem Vergleich mit den bestehenden Regelungen nichts zu entnehmen sei, so das Verfassungsgericht Brandenburg.⁵⁸

e) Rechtfertigung über das Demokratie- und Repräsentationsprinzip?

Bisweilen wird in der Tatsache, dass der Frauenanteil im Parlament hinter dem Frauenanteil in der Bevölkerung zurückbleibt, ein Demokratiedefizit erblickt.⁵⁹ Folgt man diesem Ansatz, stellt sich die Frage, ob eine paritätische Listenquotierung durch das Demokratie- und Repräsentationsprinzip des Grundgesetzes aus Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG i.V.m. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gerechtfertigt werden kann. An dieser Stelle gehen verfassungsrechtliche und demokratietheoretische Probleme fließend ineinander über.

Im Ergebnis ist es überzeugend, mit der herrschenden Meinung dem Grundgesetz den Grundsatz der offenen Repräsentation zugrunde zu legen, der eine Repräsentation des Volkes als Ganzes fordert. Nach diesem Verständnis repräsentieren die Abgeordneten des Deutschen Bundestages respektive der Landesparlamente das Volk als einheitliches Ganzes.⁶⁰ Dies bedeutet, dass Abgeordnete gerade nicht Vertreterinnen und Vertreter eines Landes, eines Wahlbezirks, einer Partei, und vor allem nicht einer Bevölkerungsgruppe sind.⁶¹ Dies gilt nicht nur für das Geschlecht der Abgeordneten, sondern auch für Alter, Beruf, Religion, Vermögen und weitere persönliche Merkmale.⁶²

Auch das Bundesverfassungsgericht legt dem Grundgesetz das Verständnis der offenen Repräsentation zu Grunde, wenn es ausführt:

„Seine Repräsentationsfunktion nimmt der Deutsche Bundestag grundsätzlich in seiner Gesamtheit wahr, durch die Mitwirkung aller seiner Mitglieder, nicht durch einzelne Abgeordnete, eine Gruppe von Abgeordneten oder die parlamentarische Mehrheit.“⁶³

Anderen, gruppenbezogenen und spiegelbildlichen beziehungsweise deskriptiven Repräsentationstheorien, welche die Abbildung bestimmter Bevölkerungsgruppen fordern, ist folglich eine Absage zu erteilen. Daraus ergibt sich auch, dass kein Auftrag zur „Spiegelung“ der Gesellschaft besteht. Das

⁵⁷ Sondervotum *Licht/Petermann*, ThürVerfGH, Urte. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, Rn. 210 ff. (juris).

⁵⁸ VerfGBbg, Urte. v. 23.10.2020 – VfGBbg 55/19, Rn. 180 (juris). Dazu, dass dies dazu führe, dass im Fall der Paritätsgesetzgebung bereits ein legitimer sachlicher Grund fehle: *Hecker*, NJW 2020, 3563 (3565).

⁵⁹ *Laskowski*, Gutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit gesetzlicher Paritätsregelungen, Juni 2014, S. 42; *dies.*, Streit 2015, 51 (56); *Röhner*, Verfassungsblog v. 4.1.2019, abrufbar unter [Unitäres Volk oder Parität? Für eine materiale Perspektive auf die Demokratie – Verfassungsblog](#) (3.4.2023); *dies.*, djbZ 2019, 125 (125); *Schreiber*, djbZ 2019, 121 (123). Eine Verpflichtung zu einer paritätischen Wahl auf Grundlage des Demokratieprinzips explizit ablehnend *Möllers*, JZ 76 (2021), 338 (344). Nach *Möllers* stehe das Demokratieprinzip einer paritätischen Regelung aber auch nicht entgegen.

⁶⁰ BVerfGE 77, 1 (40); 83, 60 (71); 93, 37 (66 f.); *Butzer*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2022, Art. 38 Rn. 9.1, 81.1, 120 f.; *Burmeister/Greve*, ZG 2019, 154 (162); *Gersdorf*, DÖV 2020, 779 (779); *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (17); *Wieland*, in: Gleichberechtigung und Demokratie, 2019, S. 147 (155). Darstellend *Wapler*, Die Crux mit der Quote, KAS Analysen und Argumente, 2019, S. 8.

⁶¹ *Butzer*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2022, Art. 38 Rn. 120.

⁶² *Wieland*, in: Gleichberechtigung und Demokratie, 2019, S. 147 (155).

⁶³ BVerfGE 130, 318 (342).

Demokratie- und Repräsentationsprinzip kann deshalb nicht als verfassungsrechtlicher Grund zur Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Wahlrechtsgrundsätze dienen.

2. Parteienrechte

Überdies verletzt ein Paritätsgesetz nach überwiegender Ansicht auch genuine Parteienrechte wie die Parteienfreiheit aus Art. 21 Abs. 1 GG und die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.⁶⁴

Gesetzlich obligatorische Quotierungen betreffen zunächst die Programmfreiheit⁶⁵ als Freiheit zur Bestimmung der inhaltlichen Zielsetzung einer Partei sowie deren Organisationsfreiheit⁶⁶, die es der Partei gewährleistet, sich eine parteitypische Organisationsstruktur und eine innere Ordnung zu geben. Der Frage, ob eine Partei eine Quote im innerparteilichen Aufstellungsprogramm nutzen möchte, kommt eine inhaltlich-programmatische Bedeutung zu.⁶⁷ Es ist gerade Ausdruck der jeweiligen politischen Zielsetzung und Programmatik einer Partei, ob und in welchem Umfang sie Frauenförderung betreiben will oder nicht.⁶⁸

Auch die Chancengleichheit der Parteien ist betroffen, wenn man bedenkt, dass Paritätsgesetze auf die verschiedenen Parteien unterschiedliche Auswirkungen zeitigen. So bestehen je nach Größe und inhaltlicher Ausrichtung der Parteien Vor- oder Nachteile bei der Erfüllung der paritätischen Listen-

⁶⁴ VerfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 9/19, Rn. 87, 117 ff. (juris); *Burmeister/Greve*, ZG 2019, 154 (160 ff., 173); *Butzer*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2022, Art. 38 Rn. 81.1; *ders.*, NdsVbl. 2019, 10 (20); *Ebsen*, JZ 44 (1989), 553 (557); *Hecker*, ZRP 2020, 226 (226); *Jutzi*, Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung „Gendergerechte Demokratie“ am 10.2.2012 in der Enquete-Kommission 16/2 „Bürgerbeteiligung“, abrufbar unter [Schriftliche Stellungnahme zur Anh-366rung \(rlp.de\)](#) (3.4.2023), S. 1, 5; *Klein*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 99. Lfg., Stand: September 2022, Art. 21 Rn. 353 Fn. 219; *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (19 f.); Thüringer Landtag Wissenschaftlicher Dienst, Gutachtliche Stellungnahme zur Einführung der paritätischen Quotierung v. 24.6.2019, S. 63–65; *Wolf*, in: Schreiber, BWahlG, Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 27 Rn. 14.

⁶⁵ So auch ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerFGH 2/20, Rn. 88 ff., 145 f., 174 (juris); VerfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 9/19, Rn. 116 (juris); *Burmeister/Greve*, ZG 2019, 154 (158 f.); *Butzer*, NdsVbl. 2019, 10 (19); *Fontana*, DVBl. 2019, 1153 (1156); *Gersdorf*, DÖV 2020, 779 (779); *Hobusch*, DVBl. 2020, 1347 (1355); *Martin/Honer*, Verfassungsblog v. 18.1.2019, abrufbar unter [Neue Kleiderordnung statt Wahlrechtsreform – Eine Erwiderung auf Cara Röhner – Verfassungsblog](#) (3.4.2023); *Morlok/Hobusch*, Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Fraktionen der SPD, die LINKE und Bündnis 90/DIE GRÜNEN (LT-Drs. 6/6964), Thüringer Landtag Zuschrift 6/3040 v. 3.6.2019, S. 11; *Pernice-Warnke*, DVBl. 2020, 81 (87); kritisch *Klafki*, DÖV 2020, 856 (858 f.); ablehnend *Möllers*, JZ 76 (2021), 338 (341 f.), weil es den Parteien freistehe, sich politisch für eine Abschaffung der Regelung einzusetzen.

⁶⁶ So auch *Butzer*, NdsVbl. 2019, 10 (19); *Fontana*, DVBl. 2019, 1153 (1156); *Möllers*, JZ 76 (2021), 338 (342); *Müller*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 38 Abs. 1 Rn. 160 Fn. 489, 490; Thüringer Landtag Wissenschaftlicher Dienst, Gutachtliche Stellungnahme zur Einführung der paritätischen Quotierung v. 24.6.2019, S. 17 f.; *Wolf*, in: Schreiber, BWahlG, Kommentar, 11. Aufl. 2021, § 27 Rn. 14; wohl auch *Maidowski*, Umgekehrte Diskriminierung, 1989, S. 195.

⁶⁷ VerfGBbg, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 9/19, Rn. 91 (juris); *Burmeister/Greve*, ZG 2019, 154 (159); *Butzer*, NdsVbl. 2019, 10 (19); *Martin/Honer*, Verfassungsblog v. 18.1.2019, abrufbar unter [Neue Kleiderordnung statt Wahlrechtsreform – Eine Erwiderung auf Cara Röhner – Verfassungsblog](#) (3.4.2023); *Morlok/Hobusch*, ThürVbl. 2019, 282 (283); *dies.*, DÖV 2019, 14 (16); *Wapler*, Die Crux mit der Quote, KAS Analysen und Argumente, 2019, S. 13.

⁶⁸ *Burmeister/Greve*, ZG 2019, 154 (159); *Classen*, ZRP 2021, 50 (52); *Fontana*, DVBl. 2019, 1153 (1156); ebenfalls *Wapler*, Die Crux mit der Quote, KAS Analysen und Argumente, 2019, S. 13: „Parteien können und dürfen politisch gegen Geschlechterquoten oder allgemein gegen Frauenfördermaßnahmen sein. Verbindliche Paritätsvorgaben zwingen sie in ein Verfahren der Kandidatenaufstellung, das ihren eigenen Überzeugungen – und damit auch dem, wofür sie programmatisch stehen – widerspricht.“

vorgabe. Größeren Parteien und jenen mit einem höheren Frauenanteil unter ihren Mitgliedern wird es leichter fallen, die Listenvorgabe einzuhalten, als ihren Konkurrenten.⁶⁹

Nach überwiegender Ansicht können diese Beeinträchtigungen auch nicht durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt werden.⁷⁰ Der Eingriff in die Parteienrechte wird überwiegend für zu intensiv befunden. Kleinere, personell schwächer und homogener aufgestellte Parteien erlitten deutliche Nachteile, wohingegen große, mitgliederstarke Parteien aufgrund größerer personeller Ressourcen mit deutlich weniger Problemen ihre Listen paritätisch besetzen könnten.⁷¹ Diese Wettbewerbsnachteile respektive -vorteile überwiegen gegenüber dem Förderauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, insbesondere weil die Chancengleichheit der Parteien zum Wesenskern des Demokratieprinzips zählt.

3. Individualgrundrechte

Auch Individualgrundrechte werden durch ein paritätisches Wahlrecht berührt.

a) Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts

In der zwingenden Listenaufstellung wird überwiegend ein Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG erblickt.⁷² Dieses spezielle Differenzierungsverbot⁷³ verbietet eine Benachteiligung oder Bevorzugung wegen des Geschlechts.

Die konkreten Auswirkungen, die ein Paritätsgesetz auf die Erfolgchancen bei der Wahl zeitigt, stellen sich zugleich als Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG dar. Die Quotenregelung knüpft sogar *expressis verbis* an das Merkmal „Geschlecht“ an und verwendet (jedenfalls in den bereits erlassenen Landesgesetzen) die Terminologie „Mann – Frau“. Die Kandidaturmöglichkeiten bei einer Wahl werden durch Paritätsgesetze gerade geschlechtsspezifisch determiniert.

Derartige Beeinträchtigungen vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte sind einer Rechtfertigung über kollidierendes Verfassungsrecht zugänglich.⁷⁴ Eine Rechtfertigung über Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG scheitert nach überwiegender Ansicht jedoch aus den bereits ausgeführten Gründen. Insbesondere sind die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von bestimmten Personen(gruppen) umso strenger, je größer die Gefahr ist, dass nach Persönlichkeitsmerkmalen des

⁶⁹ ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, Rn. 96 (juris); *Burmeister/Greve*, ZG 2019, 154 (159); *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (16); *Pernice-Warnke*, DVBl. 2020, 81 (87); im Ergebnis auch *Butzer*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2022, Art. 38 Rn. 81.1.

⁷⁰ ThürVerfGH für das in Art. 2 Abs. 2 S. 2 ThürVerf verankerte Gleichstellungsgebot, ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, Rn. 98, 111 ff. (juris); *Burmeister/Greve*, ZG 2019, 154 (160 ff., 173); *Hecker*, NJW 2020, 3563 (3564); *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (20); *Pernice-Warnke*, DVBl. 2020, 81 (88).

⁷¹ *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (20).

⁷² VerfGBbg für das landesverfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts aus Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 S. 2 VerfBbg, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 55/19, Rn. 219 ff. (juris); *Burmeister/Greve*, ZG 2019, 154 (159); *Ebsen*, JZ 44 (1989), 553 (555); *Fontana*, DVBl. 2019, 1153 (1155, 1158); *Gröpl/Becker/Heck*, JuS 2020, 961 (967 f.); *Morlok/Hobusch*, DÖV 2019, 14 (16); *dies.*, ThürVBl. 2019, 282 (283); *Pernice-Warnke*, DVBl. 2020, 81 (86).

⁷³ *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 99. Lfg., Stand: September 2022, Art. 3 Abs. 3 Rn. 14; zur synonymen Verwendung der Begriffe „Differenzierungsverbot“ und „Unterscheidungsverbot“ *Sachs*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 182 Rn. 22; die genaue Rechtsnatur des Art. 3 Abs. 3 GG ist umstritten, dieser wird teils als absolutes, teils als relatives Anknüpfungs- bzw. Differenzierungsverbot aufgefasst, vgl. dazu *Wild*, Die Gleichheit der Wahl, 2003, S. 169 Fn. 22.

⁷⁴ BVerfGE 28, 243 (261); 47, 327 (368 f.); 52, 223 (246 f.); *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 602 ff., insbesondere S. 618.

Art. 3 Abs. 3 GG unterschieden wird.⁷⁵ Eine solche Unterscheidung nach dem ausdrücklich aufgezählten Persönlichkeitsmerkmal des Geschlechts des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG liegt bei einem paritätischen Wahlrecht *expressis verbis* vor.

b) Rechte intergeschlechtlicher Personen

In Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung eines Paritätsgesetzes können sich Friktionen mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht intergeschlechtlicher Personen aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergeben.

Spätestens seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum dritten Geschlecht aus dem Jahr 2017 ist klar, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch die staatliche Anerkennung der individuellen geschlechtlichen Identität jener verlangt, die weder dem weiblichen, noch dem männlichen Geschlecht zuzuordnen sind und zudem Falschzuordnungen verbietet.⁷⁶ Insbesondere entschied das Gericht, dass in deren Grundrecht eingegriffen wurde, weil das damals geltende Personenstandsrecht die Personen dazu zwang, das Geschlecht zu registrieren, aber keinen anderen Geschlechtseintrag als männlich oder weiblich zuließ.⁷⁷ Ähnlich verhält es sich bei gewissen Ausgestaltungsvarianten mit einem paritätischen Wahlrecht.

Ein Paritätsgesetz greift dann in das allgemeine Persönlichkeitsrecht von intergeschlechtlichen Personen ein, wenn es deren Rechte weitgehend ignoriert, indem es sie dazu zwingt, sich einem Geschlecht (männlich/weiblich) zuzuordnen.⁷⁸ Je nach Ausgestaltung des Paritätsgesetzes fehlt das explizite Recht, als drittes Geschlecht kandidieren zu können. So stellte es etwa das Brandenburger Paritätsgesetz gem. § 25 Abs. 3 S. 6 BbgLWG a.F. Interpersonen frei, entweder auf einem Platz einer Frau, oder auf einem Platz, der einem Mann zugewiesen ist, zu kandidieren.⁷⁹ Die Möglichkeit einer Kandidatur auf einem eigens für das dritte Geschlecht vorgesehenen Listenplatz mit einhergehender Unterbrechung der Listenreihenfolge war durch das Brandenburger Paritätsgesetz nicht vorgesehen. Eine derartige Ausgestaltung ist nicht mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vereinbar.

4. Parität durch Verfassungsänderung?

Nachdem festgehalten werden kann, dass die verbindliche Listenbesetzung im Reißverschlussverfahren durch ein einfaches Parlamentsgesetz verfassungswidrig ist, stellt sich die Frage, ob die Einführung eines paritätischen Wahlrechts durch Änderung des Grundgesetzes zulässig wäre.

Eine solche könnte etwa – ähnlich der Formulierung in der französischen Verfassung⁸⁰ – die Aufnahme des folgenden Satzes in das Grundgesetz vorsehen:

⁷⁵ BVerfGE 124, 199 (220); *Kirchhof*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 273 Rn. 79.

⁷⁶ BVerfGE 147, 1 (18 Rn. 36, 20 Rn. 40 ff., insbesondere Rn. 40) – Drittes Geschlecht.

⁷⁷ BVerfGE 147, 1 (18 Rn. 36, 20 Rn. 42).

⁷⁸ So auch *Polzin*, Verfassungsblog v. 8.2.2019, abrufbar unter [Parité-Gesetz in Brandenburg – Kein Sieg für die Demokratie – Verfassungsblog](#) (3.4.2023); *Wapler*, Die Crux mit der Quote, KAS Analysen und Argumente, 2019, S. 18; wohl auch WD (028/19 vom 11.02.2019), S. 9.

⁷⁹ „Personen, die entsprechend § 22 Absatz 3 und § 45b Absatz 1 Personenstandsgesetz weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können, können frei entscheiden, für welche der in Satz 3 Nummer 1 und 2 genannten Listen sie sich um einen Listenplatz bewerben wollen.“ Das VerfGBbg erklärte das Gesetz mit Urte. v. 23.10.2020 – VfGBbg 9/19 und 55/19 für verfassungswidrig und infolgedessen für nichtig.

⁸⁰ Art. 1 Abs. 2 Französische Verfassung: „La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.“

„Durch Gesetz ist der gleiche Zugang von Frauen und Männern zum Abgeordnetenmandat zu fördern“.

Die sogenannte Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG statuiert hierfür neben dem formalen Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit (Art. 79 Abs. 2 GG) auch inhaltliche Hürden. Gem. Art. 79 Abs. 3 GG ist eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig.

Die insoweit überwiegende Ansicht nimmt zwar eine Verfassungswidrigkeit eines Paritätsgesetzes an, geht jedoch von der Möglichkeit einer Verfassungsänderung aus und sieht damit die Verfassungsidentität nicht als berührt an.⁸¹

Einige sind indes auch der Ansicht, dass ein Paritätsgesetz nicht allein einen Verstoß *de constitutione lata* darstellt, sondern, dass ein solches auch gegen die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 2 GG verstieße und deshalb auch nicht durch eine Änderung des Grundgesetzes eingeführt werden könne.⁸² Das gewichtigste Argument dürfte dabei sein, dass ein paritätisches Wahlrecht und das damit einhergehende Verständnis von Repräsentation die Rechte nicht mehr am Individuum anknüpft. Ausgangspunkt aller demokratischen Legitimation ist nach individualistisch-pluralistischem Demokratieverständnis aber nicht ein Kollektiv, sondern das Individuum.⁸³

In der juristischen Ausbildung sollte bei dieser Ansicht jedoch Zurückhaltung geboten sein, bedenkt man die restriktive Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG.⁸⁴

III. Zusammenfassende Schlussüberlegungen und Prüfungsrelevanz

Abschließend lässt sich festhalten, dass ein paritätisches Wahlrecht große Prüfungsrelevanz besitzt. Insbesondere weil auf dem Gebiet des Staatsorganisationsrechts (verglichen etwa mit vielen verwaltungsrechtlichen Materien) verhältnismäßig selten neue Fragestellungen auftauchen, stürzen sich

⁸¹ *Classen*, ZRP 2021, 50 (51 f.); *Ebsen*, JZ 44 (1989), 553 (561); *Hahn*, Verfassungsblog v. 7.7.2020, abrufbar unter [Practicing Parity – Verfassungsblog](#) (3.4.2023); *Möllers*, JZ 76 (2021), 338 (347 Fn. 126); v. *Ungern-Sternberg*, JZ 74 (2019), 525 (534); WD (008/08 vom 29.01.2008), S. 7; wohl auch *Butzer*, in: BeckOK GG, Stand: 15.11.2022, Art. 38 Rn. 81.1., der insoweit eine Verfassungsergänzung für notwendig erachtet.

⁸² *Burmeister/Greve*, ZG 2019, 154 (164 ff., 173); *Polzin*, Ad Legendum 2021, 17 ff.; *dies.*, Verfassungsblog v. 8.2.2019, abrufbar unter [Parité-Gesetz in Brandenburg – Kein Sieg für die Demokratie – Verfassungsblog](#) (3.4.2023); *Pernice-Warnke*, DVBl. 2020, 81 (89); *Volk*, Paritätisches Wahlrecht, 2022, S. 388–394; eine Verfassungsänderung ebenfalls für problematisch befinden *Hecker*, NJW 2020, 3563 (3566); *ders.*, ZRP 2020, 226 (227); *Rixen*, in: Gleichberechtigung und Demokratie, 2019, S. 59 (77 ff.).

⁸³ *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 77, 251 f.

⁸⁴ Vgl. insoweit das Sondervotum zum Abhörurteil, BVerfGE 30, 1 (3, 17 f., 24 ff., 33 f.). Die in Frage stehenden Regelungen wurden insofern als unvereinbar mit Art. 79 Abs. 3 GG erachtet, als sie vorsahen, dass die Unterrichtung der Betroffenen über erfolgte Maßnahmen auch ausgeschlossen wurde, wenn sie ohne Gefährdung des Zweckes der Beschränkung erfolgen konnte. Ferner hat das Bundesverfassungsgericht dann im Zuge der europäischen Integration den Inhalt der unantastbaren Verfassungsprinzipien näher definiert. Dort sah das Gericht die Grundsätze des Demokratiegebots nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG und Art. 79 Abs. 3 GG, die das Budgetrecht des Parlaments als zentrales Element der demokratischen Willensbildung garantieren, in Frage gestellt. Letztlich erklärte das Gericht die Zustimmungsgesetze zu den Europäischen Verträgen jedoch für verfassungsgemäß, BVerfGE 89, 155 (181 ff.) – Maastricht und BVerfGE 123, 267 (339 ff.) – Lissabon. Im Verfahren zum Europäischen Haftbefehl nahm das Bundesverfassungsgericht dann tatsächlich einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG und Art. 79 Abs. 3 GG an, weil es den strafrechtlichen Schuldgrundsatz als Teil der Menschenwürdegarantie als preisgegeben erachtete, BVerfGE 140, 317 (334 Rn. 35, 342 ff., 51 ff.).

Klausurersteller und mündliche Prüferinnen und Prüfer gerne auf derartige Fallkonstellationen. Angst haben muss man davor nicht. Im Ergebnis werden dabei bekannte verfassungsrechtliche Probleme und Prinzipien abgeprüft. Setzt man sich indes über den verfassungsrechtlichen Pflichtfachstoff noch tiefergehend mit der Paritätsgesetzgebung auseinander und weiß um die Debatte rund um formelle und materielle Gleichheit, so kann man durchaus überdurchschnittliche Prüfungsleistungen erzielen.

Reform des § 265a StGB – Eine Bewertung der Änderungsmöglichkeiten

Long Bui, M. Jur., Münster, Stud. iur. Aron Rössig, Hannover*

„Schwarzfahren“¹, also ohne gültigen Fahrschein in öffentlichen Verkehrsmitteln zu fahren, gilt bisher als Straftat. So wird das sog. „Erschleichen von Leistungen“ gem. § 265a Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. Laut der „Polizeilichen Kriminalstatistik 2022“² wurden im vergangenen Jahr über 133.000 Straftaten nach § 265a StGB begangen, wovon der Großteil wohl das „Schwarzfahren“ betrifft. Die Dunkelziffer wird sogar vermutlich deutlich höher sein. Doch einer Umfrage zufolge sind 69 % der Befragten offen dafür, das „Schwarzfahren“ künftig nicht mehr als Straftat, sondern „nur“ als Ordnungswidrigkeit einzustufen.³ Bisher war § 265a StGB bereits Gegenstand zahlreicher – auch einprägsamer – Entscheidungen. So schließe beispielsweise ein auf der Kleidung angebrachtes Schild mit der Aufschrift „Für freie Fahrt in Bus und Bahn“ und „Ich zahle nicht“ eine Strafbarkeit gem. § 265a StGB nicht aus.⁴ Auch das „Schwarzfahren“ trotz Tragens einer Mütze bzw. eines T-Shirts mit der Aufschrift „Ich fahre Schwarz“ wurde bereits als tatbestandsmäßig erachtet.⁵ Neben diesen teils skurrilen – und für viele unverständlichen – Fällen scheint mit Blick auf das geringe Unrecht der Tat, die überlastete Justiz und die Ersatzfreiheitsstrafe gem. § 43 StGB, die zur Anwendung kommt, wenn ein Täter die Geldstrafe nicht zahlen kann, eine Reform des § 265a StGB längst überfällig zu sein. So wurde eine Entkriminalisierung schon mehrmals in den letzten Jahrzehnten gefordert.⁶ Diese Bestrebungen haben in den vergangenen Jahren nochmal an Dynamik gewonnen und zum wiederholten Male auch das politische Geschehen erreicht. So hat sich der Bundestag zuletzt im Frühjahr 2023 mit Gesetzesentwürfen zum § 265a StGB beschäftigt,⁷ in denen auch die Entkriminalisierung des „Schwarzfahrens“ gefordert wurde. Auch Bundesjustizminister Marco Buschmann will das Strafrecht in den Fokus seiner Arbeit rücken und es „ausmisten“.⁸ Doch wie sehen diese Reformvorschläge aus und wie sind sie zu bewerten?

I. Historischer Hintergrund	436
II. Das „Schwarzfahren“ de lege lata	436

* Long Bui ist Doktorand an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Wiss. Mitarbeiter sowie Dozent in einem kommerziellen Repetitorium. Aron Rössig ist Student an der Leibniz Universität Hannover und Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) an der Leibniz Universität Hannover.

¹ Eingehend zu dieser Terminologie Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 9 ff.; Oğlakcioğlu, JA 2011, 588 f.

² Bundesministerium des Innern und für Heimat, Polizeiliche Kriminalstatistik 2022 – Ausgewählte Zahlen im Überblick, S. 10.

³ Infratest Dimap, abrufbar unter <https://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/umfragen/aktuell/fahren-ohne-fahrschein/> (7.5.2023).

⁴ KG NJW 2011, 2600; vgl. auch Jahn, JuS 2011, 1042.

⁵ OLG Köln, Beschl. v. 28.9.2015 – III-1 RVs 118/15; LG Hannover, Urt. v. 24.2.2019 – 223 Cs 549/09.

⁶ Vgl. BT-Drs. 18/11585; BT-Drs. 18/7374, BT-Drs. 13/2005; BT-Drs. 13/374; BT-Drs. 12/6484; Hauf, DRiZ 1995, 15; Mahn, Paradigmenwechsel im Recht der Beförderungerschleichung § 265a Abs. 1, 3. Alt. StGB, S. 125 ff., 251 ff., 278 ff.; gegen eine Entkriminalisierung BT-Drs. 13/4064.

⁷ BT-Drs. 20/2081; BT-Drs. 20/4420.

⁸ Reisch, LTO v. 20.4.2023, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/51591/ (7.5.2023).

1. Grundlagen	436
2. Tatbestandsmerkmal „Beförderungserschleichung“ (Var. 3)	437
III. Reformvorschläge zum § 265a StGB	439
1. Ersatzlose Streichung des § 265a StGB.....	439
2. Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit	439
3. Ergänzung/Überarbeitung des § 265a StGB	440
4. Ablehnung von Reformen.....	440
IV. Bewertung und Ausblick	441

I. Historischer Hintergrund

Der Straftatbestand des § 265a StGB trat durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28.6.1935 in Kraft.⁹ Die Vorschrift sollte Strafbarkeitslücken schließen, die dadurch entstanden sind, dass beim Missbrauch automatischer Münzfernsprecher kein Betrug gem. § 263 StGB vorlag, weil es an einem Täuschungsadressaten fehlte.¹⁰ So hatte auch das Reichsgericht in einem solchen Fall den § 263 StGB verneint.¹¹ Mit Blick auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Täuschung und des Irrtums kam es generell bei der Erschleichung von Massenleistungen vermehrt zu Strafbarkeitslücken,¹² denn § 263 StGB spielte insofern nur eine Rolle, sobald Kontrollpersonen vorhanden waren und diese auch getäuscht werden konnten.¹³ Zuletzt wurde § 265a StGB im Jahr 1997 geändert,¹⁴ sodass die Vorschrift nun schon ein Vierteljahrhundert unberührt geblieben ist.

II. Das „Schwarzfahren“ de lege lata

Zunächst wird der Straftatbestand des § 265a StGB in groben Zügen skizziert, um darauf aufbauend verschiedene Änderungsmöglichkeiten *de lege ferenda* zu bewerten.

1. Grundlagen

Bei § 265a StGB handelt es sich um ein Erfolgsdelikt,¹⁵ das genauso wie § 263 StGB das Vermögen schützt und mit Beginn der Leistungserbringung vollendet ist.¹⁶ Auch der Versuch ist gem. § 265a Abs. 2 StGB strafbewehrt, wodurch bereits mit dem bloßen Einstieg die Schwelle zur Strafbarkeit überschritten sein kann.¹⁷ Wegen der bereits ausgeführten Strafbarkeitslücken dient § 265a StGB als

⁹ RGBl. I 1935 Nr. 70, S. 839 (842).

¹⁰ Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 5; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 265a Rn. 3.

¹¹ RGSt 68, 65 (66).

¹² Vgl. RGSt 42, 40 (42); Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 1.

¹³ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 16 Rn. 1.

¹⁴ BGBl. I 1997 Nr. 86, S. 3108 (3114).

¹⁵ OLG Frankfurt a.M. NJW 2010, 3107 (3108); OLG Koblenz NSTz-RR 2011, 246; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 3.

¹⁶ Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 1, 210; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265a Rn. 1; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 1, 13.

¹⁷ Vgl. Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 204; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a

Auffangtatbestand zu § 263 StGB.¹⁸ Die Eigenschaft eines Selbstschädigungsdelikts zeigt sich auch daran, dass betrugsnahe Auslegung geboten ist.¹⁹ Im subjektiven Tatbestand ist neben dem Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestands auch die Absicht (*dolus directus 1. Grades*) erforderlich, das Entgelt nicht oder nicht vollständig zu entrichten.²⁰ Ob der Täter weitere Ziele verfolgt, ist genauso wie ein sicheres Wissen um die Entgeltlichkeit der Leistung unerheblich.²¹

Schließlich ist § 265a Abs. 1 StGB subsidiär, wenn die Tat in anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist. Hier stellt sich parallel zu § 246 StGB die Frage,²² ob sich die Subsidiaritätsklausel nur gegenüber einem auch bloß versuchten Betrug und anderen Delikten mit gleicher oder ähnlicher Schutzrichtung wie §§ 242, 246 StGB entfaltet. Überwiegend wird die Wirkung gegenüber anderen Delikten wie §§ 267, 303 StGB abgelehnt.²³ In strafprozessualer Hinsicht erfordert § 265a Abs. 3 StGB i.V.m. §§ 247, 248a StGB einen Strafantrag.

2. Tatbestandsmerkmal „Beförderungerschleichung“ (Var. 3)

Für das „Schwarzfahren“ ist die Tathandlung i.S.d. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB entscheidend („Wer [...] die Beförderung durch ein Verkehrsmittel [...] erschleicht“). Unter Beförderung durch ein Verkehrsmittel ist jede Transportleistung zu verstehen, wobei unerheblich ist, wie viele Personen befördert werden, ob Personen oder Sachen befördert werden sowie, ob das Verkehrsmittel öffentlich oder privat ist.²⁴ Dabei muss der Transport – als ungeschriebene Voraussetzung – entgeltlicher Natur sein.²⁵ Dies folgt schon daraus, dass die tatbestandlich geforderte Absicht des Täters, das Entgelt (siehe Legaldefinition in § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB) nicht zu entrichten, nur dann Sinn ergibt, wenn es sich um ein rechtlich geschuldetes Entgelt handelt,²⁶ sodass sich ein kriminelles Unrecht daraus ergibt, die

Rn. 36; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 13.

¹⁸ Vgl. BGHSt 53, 122 (125); OLG Düsseldorf NJW 1983, 241; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265a Rn. 1; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 2; für eine Auffangfunktion ausschließlich zugunsten des Betrugs BVerfG NJW 1998, 1135 (1136); OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2001, 269.

¹⁹ OLG Karlsruhe NStZ 2004, 333; Joecks/Jäger, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 265a Rn. 2; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2021, Rn. 816.

²⁰ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 26; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 196 ff.; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265a Rn. 7; als „betrugsähnliche Bereicherungsabsicht“ bezeichnend Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 4.

²¹ Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 265a Rn. 21; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 198 f.

²² Siehe dazu Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 5 Rn. 66 f.

²³ Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 38; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 16 Rn. 1; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 14 m.w.N.; a.A. Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 265a Rn. 23; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 5; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265a Rn. 8.

²⁴ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 265a Rn. 4. Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 265a Rn. 7.

²⁵ OLG Hamburg NJW 1981, 1281 (1282); LG Wuppertal ZUM 2011, 190 (192); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 8; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 27 ff.; Preuß, ZJS 2013, 257 (266), Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 265a Rn. 3.

²⁶ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 8; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 27; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 265a Rn. 3.

Entgeltspflicht nicht zu erfüllen.²⁷ Das wird auch damit begründet,²⁸ dass § 265a StGB dem Vermögensschutz des Leistungserbringers dient²⁹ und das Äquivalent zum Vermögensschaden für den Verkehrsbetrieb in der Leistungserbringung liegt, obwohl der „Schwarzfahrer“ zu einer „Geigenleistung verpflichtet, aber nicht dazu bereit oder nicht einmal imstande ist“. ³⁰ Ein Erschleichen als „Schwarzfahren“ gem. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB entspricht somit einem (echten oder unechten) Erfüllungsbetrug gem. § 263 StGB.³¹

Umstritten ist jedoch die Auslegung der Tathandlung des „Erschleichens“. Der Begriff wird in der Literatur überwiegend eng ausgelegt, sodass Kontrollmaßnahmen umgangen oder ausgeschaltet werden müssen.³² Die bloße Inanspruchnahme einer Beförderungsleistung könne kein „Erschleichen“ der Beförderung durch ein Verkehrsmittel sein, weil für diese Variante nichts anderes gelten könne als für die anderen Varianten der „bloß“ unberechtigten Inanspruchnahme von Leistungen (z.B. die unberechtigte Inanspruchnahme eines Telekommunikationsnetzes gem. § 265 Abs. 1 Var. 2 StGB), die nicht vom Anwendungsbereich des § 265a StGB umfasst sind.³³ Eine betrugsnahe Auslegung setzt voraus, dass der Leistungserbringer präventive Zugangsbeschränkungen nutzt, durch die die Bereitschaft oder Fähigkeit eines Fahrgasts überprüft wird und erst bei positivem Prüfungsergebnis die Leistung erbringt.³⁴ Erst durch die zusätzliche Anforderung wird § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB seinem Auffangcharakter gerecht und weist durch die Überwindung einer Zugangsbeschränkung eine Täuschungs- sowie Irrtumsähnlichkeit auf,³⁵ die hierfür nötig ist.

Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur legen das Tatbestandsmerkmal deutlich weiter aus und setzen weder das Umgehen noch das Ausschalten vorhandener Sicherheitsvorkehrungen oder Kontrollen voraus.³⁶ Nach der vom BVerfG nicht beanstandeten Auslegung des BGH reicht es insoweit aus,³⁷ dass sich der Täter während der Benutzung eines Verkehrsmittels mit dem Anschein umgibt, die nach den Geschäftsbedingungen des Verkehrsbetriebs erforderlichen Voraussetzungen zu erfüllen, ohne dass es der Überlistung einer Kontrollmöglichkeit oder der täuschungsähnlichen Manipulation bedarf.³⁸ Hiernach genügt es also, dass jemand in ein Beförderungsmittel einsteigt und mitfährt, ohne sich um ein Ticket zu kümmern, dieses vorzuzeigen oder zu entwerten, solange dieses Verhalten nicht den Schluss oder Zweifel zulässt, dass derjenige nicht ordnungsgemäß mitfährt.³⁹

²⁷ Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 4; Mitsch, JuS 1998, 307 (313).

²⁸ Preuß, ZJS 2013, 257 (266).

²⁹ Für den ausschließlichen Vermögensschutz des Leistungserbringers BVerfG NJW 1998, 1135 (1136); BayObLG NJW 1986, 1504; OLG Koblenz NJW 2000, 86 (87); Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 1; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 1, offen für weitreichenderen Schutz OLG Hamburg NStZ 1991, 587 (588); OLG Stuttgart NJW 1990, 924 (925).

³⁰ Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 4.

³¹ Ebd.

³² Ellbogen, JuS 2005, 20 ff., Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 5e; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 6 ff.; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 265a Rn. 8, 11; Putzke/Putzke, JuS 2012, 500 (504); Ranft, Jura 1993, 87; Roggan, Jura 2012, 299 (303); Schall, JR 1992, 7, Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 265a Rn. 21.

³³ Ellbogen, JuS 2005, 20 (21); Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 21.

³⁴ Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 4 m.w.N.

³⁵ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 5e; Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 265a Rn. 12; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 8.

³⁶ BGHSt 53, 122 (124); BayObLG StV 2002, 428; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2001, 269; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 16 Rn. 6; Zschiechack/Rau, JR 2009, 244; Martin, JuS 2001, 364 (366).

³⁷ BVerfG NJW 1998, 1135.

³⁸ BGHSt 53, 122 (124 ff.).

³⁹ OLG Koblenz NStZ-RR 2011, 246 (247).

Ein objektiver Beobachter könne nämlich – mangels Entgegenreten des „Schwarzfahrers“ – davon ausgehen, dass dieser entweder in Besitz eines Dauerfahrerscheins ist oder vor Fahrtbeginn die entsprechende Berechtigung erworben hat. Trotz der weiten Auslegung dürfe jedoch der Begriff des Erschleichens seine einschränkende Wirkung nicht verlieren.⁴⁰ Doch schon wegen des Wortlautes kann bezweifelt werden, dass der Anwendungsbereich sich auch auf das „Schwarzfahren“ erstreckt, wenn keine Zugangsbeschränkungen überwunden werden mussten.⁴¹

III. Reformvorschläge zum § 265a StGB

Auch wenn die Auslegung der Rechtsprechung in der Literatur zumeist stark kritisiert wird, ist nicht damit zu rechnen, dass sich insbesondere der BGH in naher Zukunft der engen Auslegung anschließen wird.⁴² Auch deshalb wird erwogen, eine mögliche Reform nicht von einer Rechtsprechungsänderung abhängig zu machen, sondern durch den Gesetzgeber zu erreichen. Während die Reformen von einer ersatzlosen Streichung der Vorschrift über die Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit bis zu einer Ergänzung/Überarbeitung der Vorschrift reichen, gibt es auch Stimmen, die jegliche Reformvorschläge gänzlich ablehnen.

1. Ersatzlose Streichung des § 265a StGB

Ein Entwurf der Bundestagsfraktion der LINKEN sieht die Straffreiheit für das Fahren ohne Fahrerschein vor,⁴³ was mit der unverhältnismäßigen Strafandrohung für das „Schwarzfahren“ und dem Widerspruch zur Funktion des Strafrechts als letztes Mittel (*ultima ratio*) begründet wird. Auch, weil beim Einstieg in Bus und Bahn keine Schutzvorrichtungen überwunden werden müssen, sei keine kriminelle Energie notwendig, die beispielsweise mit einer Tathandlung gem. § 265a Abs. 1 Var. 4 StGB vergleichbar sei. Daher seien Geldstrafen und – im Falle der Zahlungsunfähigkeit – Ersatzfreiheitsstrafen nicht mit der Rechtsordnung in Einklang zu bringen. Auch die Niedersächsische Kommission zur Reform des Strafrechts hat sich schon vor über 20 Jahren für eine ersatzlose Streichung des § 265a StGB ausgesprochen.⁴⁴ In Anbetracht einer fünfstelligen Zahl an Verurteilungen wegen „Schwarzfahrens“ stellt die Strafbarkeit eine enorme Belastung für die Justiz dar und kostet auch den Steuerzahler pro Jahr ca. 15 Millionen Euro.⁴⁵

2. Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit

Vereinzelt wird gefordert, dass § 265a StGB zu einer Ordnungswidrigkeit herabgestuft werden soll.⁴⁶ Beispielsweise sah der im Jahr 2018 eingebrachte Gesetzesentwurf der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen vor, dass ein §118a OWiG mit folgendem Inhalt in Kraft treten soll:⁴⁷

⁴⁰ OLG Stuttgart NJW 1990, 924.

⁴¹ Unerheblichkeit des Zeitpunkts der Kontrolle vgl. Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 22.

⁴² So auch Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 21 m.w.N.

⁴³ BT-Drs. 20/2081.

⁴⁴ Vgl. Albrecht u.a., in: Strafrecht – ultima ratio: Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts, 1992, S. 33 f.

⁴⁵ Fiebig, LTO v. 6.2.2018, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/26911/ (7.5.2023).

⁴⁶ Mosbacher, NJW 2018, 1069.

⁴⁷ BT-Drs. 19/1960, S. 2 f.

„Ordnungswidrig handelt, wer, ohne ein erforderliches Entgelt entrichtet zu haben, ein Verkehrsmittel zur Beförderung nutzt. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.“

In die gleiche Kerbe schlug der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK).⁴⁸ Dadurch würde das „Schwarzfahren“ mit dem „Falschparken“ (Parken ohne Parkschein) gleichgesetzt werden, das ebenso „nur“ mit einer Geldbuße geahndet wird.

3. Ergänzung/Überarbeitung des § 265a StGB

Ein weiterer Vorschlag zielt darauf ab, den Tatbestand des § 265a StGB zu überarbeiten, aber die Strafbarkeit grundsätzlich bestehen zu lassen. So wurde bereits im Jahr 1992 vorgeschlagen, § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB um das Merkmal der „Täuschung einer Kontrollperson“ zu erweitern,⁴⁹ was jedoch mit Blick auf den Zweck der Norm und einer Überschneidung zur Betrugsstrafbarkeit überflüssig wäre. Der Deutsche Richterbund (DRB) hat stattdessen gefordert, dass eine Umgehung oder Überwindung von Zugangsbarrieren- oder -kontrollen zu einer ausdrücklichen Tatbestandsvoraussetzung werden müsse.⁵⁰ Dies lässt sich schon eher nachvollziehen, da bisher für das Erschleichen „das Sich-Umgeben mit dem Anschein einer Rechtmäßigkeit“ genügte, dies bei einer Beförderungsleistung aber nicht konkret genug sei. Schließlich verhalte sich ein „Schwarzfahrer“ im Beförderungsmittel nicht anders als alle anderen Fahrgäste und habe daher gar nicht erst eine Möglichkeit, sich mit diesem Anschein zu umgeben, wenn das Verhalten von Beginn an dem Verhalten anderer gleicht. Der Anschein der Rechtmäßigkeit würde dann nur der unbefugten Inanspruchnahme einer Leistung entsprechen, aber darüber hinaus keinen Unterschied aufweisen. Ein derartiges Unterlassen der Entgeltzahlung lässt sich jedoch nicht mit dem Begriff des Erschleichens in Einklang bringen und würde den Wortlaut der Vorschrift überdehnen.⁵¹ Auch von dem Sinn und Zweck des § 265a Abs. 1 StGB, lediglich als Auffangtatbestand (!) für § 263 StGB zu dienen, weicht die weite Auslegung der Rechtsprechung deutlich ab.⁵² Außerdem wäre die Bestrafung einer bloßen Vertragswidrigkeit nicht verhältnismäßig.⁵³ Aus diesen Gründen bedarf es mindestens zur Klarstellung der engen Auslegung eine Ergänzung/Überarbeitung des § 265a StGB, sodass es für die Tatbestandsmäßigkeit notwendig sein muss, eine Zugangsbeschränkung zu überwinden. Eine Klarstellung zugunsten einer aktiven Handlung würde das bisherige (verfehlte) Verständnis der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur korrigieren können.

4. Ablehnung von Reformen

Einige lehnen sämtliche Reformen beim „Schwarzfahren“ ab, da rechtsfreie Räume zu befürchten seien und dies einer Kapitulation vor der Kriminalität gleichkomme.⁵⁴ Auch, weil das Erschleichen

⁴⁸ Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 57, 2021, Weniger ist mehr – den Rechtsstaat stärken durch Entkriminalisierung. Vorschläge der Bundesrechtsanwaltskammer für die 20. Legislaturperiode, S. 5.

⁴⁹ Albrecht u.a., in: Albrecht/Voß/Hassemer, Vorschläge der Hessischen Kommission „Kriminalpolitik“ zur Reform des Strafrechts, 1992, S. 59 f.

⁵⁰ DRB, Stellungnahme 9/18, S. 5.

⁵¹ Vgl. Alwart, JZ 1986, 568; Fischer, NStZ 1991, 41; Hinrichs, NJW 2001, 933; Putzke/Putzke, JuS 2012, 500; a.A. BGHSt 53, 122 (125); OLG Koblenz NStZ-RR 2011, 246 (247); Stiebig, Jura 2003, 700.

⁵² Ellbogen, JuS 2005, 21.

⁵³ So auch Albrecht, NStZ 1988, 222.

⁵⁴ Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 20 m.w.N.

geringwertiger Leistungen entweder nur auf Antrag oder bei besonderem öffentlichen Interesse verfolgt wird, muss theoretisch nicht jeder „Schwarzfahrer“ eine Strafverfolgung befürchten, sondern diese kann sich vor allem auf die beschränken, die wiederholt durch „Schwarzfahren“ in Erscheinung treten. Eine Entkriminalisierung oder Verengung des Tatbestandes würde – mangels Abschreckungswirkung durch das Strafrecht – nicht nur zu einem mutmaßlich höheren Schaden für die Verkehrsbetriebe führen, sondern diese auch faktisch zu Aufwendungen verpflichten, um Zugangsbeschränkungen zu errichten, die in Großstädten wie London oder Paris üblich sind. Bei ca. 135.000 Haltestellen in der Bundesrepublik Deutschland scheint das aber eine finanziell unmögliche Aufgabe zu sein.⁵⁵ Weil die, die eine Beförderungsleistung erschleichen, häufig nahezu mittellos sind, und deshalb auch kein „erhöhtes Beförderungsentgelt“ zahlen können,⁵⁶ bleibt nur noch das Strafrecht und konkret die Ersatzfreiheitsstrafe als letztes Mittel übrig, um mögliche Täter vom „Schwarzfahren“ abzubringen. Hier ist aber nicht nur zweifelhaft, ob die Ersatzfreiheitsstrafe für ein solches Bagatelldelikt⁵⁷ verhältnismäßig, sondern auch (und vor allem) zielführend ist. Schließlich ist damit den Verkehrsbetrieben nicht geholfen, da die betroffenen Menschen häufig weder die Geldstrafe noch das „erhöhte Beförderungsentgelt“ zahlen können. Ferner werden durch derartige Strafen der Allgemeinheit weitere Kosten aufgebürdet,⁵⁸ die für ein – wenn überhaupt existierendes – kriminelles Unrecht nicht angemessen sind, und den Strafverfolgungsbehörden Aufgaben aufgezwungen, die eigentlich vermeidbar wären. Zwar werden für „Schwarzfahrer“ meistens Strafbefehle beantragt, wodurch sich der Aufwand für die Bearbeitung einer einzelnen „Schwarzfahrt“ in Grenzen halte, jedoch ergebe sich der enorme Aufwand aus der „Masse der Fälle“.⁵⁹ Ohne irgendeine Reform lassen sich die angeführten Missstände aber nicht beheben.

IV. Bewertung und Ausblick

Die *ratio legis* von § 265a Abs. 1 StGB war das Schließen von Strafbarkeitslücken, die im Zuge zunehmender Massenleistungen entstanden sind. Diesen Zweck erfüllt die Vorschrift auch heutzutage noch, wenn beispielsweise ein Täter einen Zaun überwindet und so zu einem Fußballspiel ins Stadion gelangt oder durch ein Klofenster eindringt und so ins Kino kommt, ohne ein Ticket gekauft zu haben und zur Leistung berechtigt zu sein. Weil sowohl Stadien als auch Kinos mittlerweile häufig auf automatisierte Ticketkontrollen ohne menschliche Kontrolle setzen, käme es in solchen Szenarien zu Strafbarkeitslücken, wenn es § 265a Abs. 1 StGB nicht geben würde.

Nun mag auch bei Beförderungsmitteln das unberechtigte Einsteigen und Mitfahren zunächst vergleichbar erscheinen, jedoch gibt es einen entscheidenden Unterschied: Verkehrsbetriebe haben in den vergangenen Jahrzehnten fast alle Zugangsbeschränkungen zu Bussen und Bahnen abgeschafft. Stattdessen schließen die, die in das Beförderungsmittel einsteigen, einen konkludenten⁶⁰ Beförderungsvertrag, der die Vertragsstrafe enthält, ein „erhöhtes Beförderungsentgelt“ entrichten

⁵⁵ Fiebig, LTO v. 6.2.2018, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/26911/ (7.5.2023).

⁵⁶ Nach Angaben des Verbandes der Verkehrsbetriebe (VDV) liegt der Anteil zahlungsunfähiger „Schwarzfahrer“ bei bis zu 45 %, vgl. Fiebig, LTO v. 6.2.2018, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/26911/ (7.5.2023).

⁵⁷ Auch als „Bagatelldelikt“ bezeichnend Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 265a Rn. 2.

⁵⁸ Nach Recherchen von FragDenStaat kostet die Ersatzfreiheitsstrafe dem Steuerzahler zwischen 98 und 188 Euro pro Hafttag vgl. Deleja-Hotko, FragDenStaat v. 3.12.2021, abrufbar unter <https://fragdenstaat.de/blog/2021/12/03/fahren-ohne-fahrschein/> (7.5.2023).

⁵⁹ LTO-Redaktion, LTO v. 12.4.2023, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/51525/ (7.5.2023).

⁶⁰ Vgl. Fielenbach, NZV 2000, 358 (359).

zu müssen, wenn nicht schon vor dem Einstieg für die Leistung bezahlt wurde. Im Gegensatz zu Kinos und Stadien ist also vor dem Betreten in einen Bus oder Zug keine Kontrolle vorgelagert. Während bei einem Kino oder Stadion zwischen denjenigen mit einem gültigen Ticket und denjenigen unterschieden werden kann, die sich anderweitig (unberechtigt) einen Zugang verschafft haben, ist dies beim Einstieg in ein Beförderungsmittel nicht möglich. § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB bestraft daher *de lege lata* eine zu anderen gleichartige Handlung oder besser gesagt: eine „Nicht-handlung“. Ein Nichtstun kann aber kein „Erschleichen“ sein und als Auslegung des Tatbestandsmerkmals auch nicht dem Gesetzlichkeitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG genügen, denn worin läge dann der Unterschied zwischen einer strafbaren Handlung und einer straflosen Handlung? *De lege lata* wird durch § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB beim „Schwarzfahren“ ein reiner Vertragsbruch kriminalisiert, sofern der weiten Auslegung von Rechtsprechung und einem Teil der Literatur gefolgt wird. Dies ist aber mangels Vergleichbarkeit zu anderen Varianten des Tatbestands, einer Unverhältnismäßigkeit und aufgrund einer Überschreitung des Gesetzlichkeitsgebots nicht haltbar. Weil Art. 103 Abs. 2 GG auch für Ordnungswidrigkeiten gilt,⁶¹ sollten sich Gesetzgeber unbedingt davor hüten, das „Schwarzfahren“ pauschal von einer Straftat zu einer Ordnungswidrigkeit herunterzustufen. Zudem darf nicht vergessen werden, dass auch der, der ein Bußgeld wegen einer Ordnungswidrigkeit nicht zahlen kann, in Haft kommt, wodurch bei einer Ordnungswidrigkeit die Verhältnismäßigkeit ebenso bezweifelt werden kann.

Sinnvoller ist es, es bei der Strafbarkeit des „Schwarzfahrens“ zu belassen, dies aber auf die Fälle zu begrenzen, in denen Verkehrsbetriebe noch (automatisierte) Zugangsbeschränkungen vorsehen und sie anderweitig überwunden werden (z.B. vor dem Boarding in ein Flugzeug oder an Haltestellen mit Drehkreuz). Ersatzlos sollte die Vorschrift oder Variante daher nicht gestrichen werden, jedoch sollte hierfür das entsprechende Tatbestandmerkmal klarstellend ergänzt werden. In allen anderen Fällen (ohne Zugangsbeschränkung) haben Verkehrsbetriebe durch das „erhöhte Beförderungsentgelt“ bereits wirksame zivilrechtliche Mittel, um gegen „Schwarzfahrer“ vorzugehen.⁶² Es bedarf dann keiner ergänzenden Strafverfolgung, zumal diese Konstellation nicht mit anderen Varianten des § 265a Abs. 1 StGB vergleichbar ist und mangels aktiver Überwindungshandlung nicht dasselbe kriminelle Unrecht aufweist. Das Strafrecht sollte kein kriminalpolitischer Steigbügelhalter sein und für die Geltendmachung zivilrechtlicher Forderungen missbraucht werden dürfen, nur weil Verkehrsbetriebe „aus Rationalisierungsgründen auf den ihnen wirtschaftlich möglichen Selbstschutz verzichten“.⁶³ Es ist also hiernach unmöglich etwas zu „erschleichen“, wenn es vor der Leistungserbringung keinerlei Kontrolle gibt.⁶⁴

Doch selbst wenn sich der Gesetzgeber dazu entschließen sollte, § 265a StGB überhaupt nicht zu reformieren, ist mit Blick auf das 49-Euro-Ticket und dem künftig immer günstiger werdenden öffentlichen Personen-Nahverkehr davon auszugehen, dass die Benutzung von Transportmitteln für immer mehr Menschen erschwinglich wird.⁶⁵ Das kommt insbesondere denjenigen zugute, die sozial benachteiligt sind und bisher am häufigsten wegen „Schwarzfahrens“ zu einer Ersatzfreiheitsstrafe verurteilt wurden.⁶⁶ Es ist zu vermuten, dass die (auch faktische) Bedeutung des § 265a Abs. 1 Var. 3 StGB voraussichtlich abnehmen wird. Sollte der öffentliche Personen-Nahverkehr irgendwann (z.B.

⁶¹ Siehe die Vorschrift des § 3 OWiG; dazu Rogall, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 1 ff.

⁶² Dazu Rodi, VuR 2015, 14.

⁶³ Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 265a Rn. 7 m.w.N.

⁶⁴ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 265a Rn. 20.

⁶⁵ So betrug auch der für die Verkehrsnutzung vorgesehene Hartz-IV-Satz eines alleinstehenden Erwachsenen im Jahr 2022 exakt 40,27 Euro.

⁶⁶ Vgl. auch Fiebig, LTO v. 6.2.2018, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/26911/ (7.5.2023).

nach dem Vorbild von Luxemburg)⁶⁷ sogar vollständig kostenfrei sein, wäre die Variante der Beförderungerschleichung dort weitestgehend überflüssig, weil „Schwarzfahren“ dann sowohl rechtlich als auch tatsächlich gar nicht mehr möglich wäre. Bis das eintritt, ist aber eine Ergänzung/Überarbeitung des § 265a Abs. 1 StGB zu empfehlen, durch die die Überwindung einer Zugangsbeschränkung im Tatbestand klargestellt wird. Die Vorschrift könnte dergestalt geändert werden:

„Wer die Leistung eines Automaten oder eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes, die Beförderung durch ein zugangsbeschränktes Verkehrsmittel oder den Zutritt zu einer Veranstaltung oder einer Einrichtung in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist.“

⁶⁷ Regierung des Großherzogtums Luxemburg, <https://luxembourg.public.lu/de/leben/mobilität/oeffentlicher-personennahverkehr.html> (7.5.2023).

Rudolf Smend (1882–1975): Die Verfassung als Integrationsordnung

Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf*

I. Einleitung: Warum man <i>Rudolf Smend</i> kennen sollte	444
II. Biographische Aspekte: Was <i>Smend</i> in der wechselvollen Geschichte des 20. Jahrhunderts geprägt hat	444
III. Die Verfassungstheorie, für die <i>Rudolf Smend</i> berühmt ist	447
1. Die Integrationslehre	447
2. Das rätselhafte Verhältnis zwischen „Verfassung und Verfassungsrecht“	449
IV. Wo begegnen wir der Lehre <i>Smends</i> in der heutigen Befassung mit dem Recht?	450
1. Die Entstehung und der Erfolg des Grundgesetzes im Spiegel der Integrationslehre	450
2. Vier Beispiele aus der Verfassungsrechtsdogmatik	451
a) Die Abwägungslehre: „Allgemeine Gesetze“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG	451
b) Grundrechte als „Auslegungsregel“: Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte ..	451
c) Die „Bundestreue“ als ungeschriebenes Verfassungsrecht	452
d) Verfassungswandel: Die dynamische Auslegung des Grundgesetzes	453
V. Tipps zum Weiterlesen	454

I. Einleitung: Warum man *Rudolf Smend* kennen sollte

Wer sich vertieft mit dem deutschen Verfassungsrecht beschäftigt, sollte *Rudolf Smend* kennen. Denn er gilt als einer der drei „großen“ Rechtswissenschaftler seines Fachs – neben *Hans Kelsen* und *Carl Schmitt*. Sie waren die Wortführer der verfassungsrechtlichen Debatten der Weimarer Republik vor etwa hundert Jahren. Vor allem das theoretische Modell der Verfassung von *Smend* spiegelt sich heute in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) (dazu D.). Bevor seine Hauptideen und insbesondere seine „Integrationslehre“ vorgestellt werden (dazu C.), soll biographisch gezeigt werden, wer *Rudolf Smend* war, in welcher Zeit er lebte und was ihn persönlich prägte (dazu B.).

II. Biographische Aspekte: Was *Smend* in der wechselvollen Geschichte des 20. Jahrhunderts geprägt hat

Als *Rudolf Smend* 1882 geboren wurde, war die Verfassung des Kaiserreichs von 1871 gerade einmal elf Jahre alt und *Otto von Bismarck* Kanzler. Als der Kaiser 1919 abdankte und die Weimarer Republik begann, war *Smend* bereits Professor. Bei der Machtergreifung der Nationalsozialisten 1933 stand er

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Für wertvolle Hinweise sei *Sarah Dersarkissian* und *Dr. Sven Jürgensen* und *Prof. Dr. Julian Krüper* gedankt.

mit 51 Jahren auf dem Höhepunkt seines Schaffens und wurde gedrängt, seinen Lehrstuhl in Berlin zu verlassen, um nach Göttingen zu wechseln. Bei der Entstehung des Grundgesetzes war *Smend* noch nicht in Pension und er wurde – wie auch *Hans Kelsen* und *Carl Schmitt* – über 90 Jahre alt. Als *Smend* 1975 starb, war bereits *Helmut Schmidt* Kanzler und Großbritannien Mitglied der Europäischen Gemeinschaft geworden.

Nach dem berühmt gewordenen Ausspruch von *Julius von Kirchmann* genügen schon „drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“¹. Angesichts der vielen verschiedenen Verfassungen, die in Deutschland in den letzten 200 Jahren galten, muss man sich fragen: Gilt *Kirchmanns* Feststellung nicht erst recht für die staats- und verfassungsrechtliche Literatur – insbesondere, wenn es nicht nur um einzelne „Federstriche“ geht, sondern wenn fundamentale Systemwechsel stattfinden? Die Vermutung läge nahe, dass *Smend* bei seinem Nachdenken über Verfassung und Verfassungsrecht inhaltlich gleich mehrmals ganz von vorne angefangen hat.

Für *Smend* gilt aber geradezu das Gegenteil. Sein wissenschaftliches Nachdenken ist der „Verfassungstheorie“ gewidmet und damit Fragen, die sich für alle Verfassungen stellen und die nicht nur die Interpretation einer bestimmten Verfassung betreffen. Das klingt schon im Titel seiner zentralen Schrift „Verfassung und Verfassungsrecht“ an, der darauf hindeutet, dass das Phänomen Verfassung mit dem Blick auf das Verfassungsrecht noch nicht vollständig erfasst ist. In der Chronologie seines Schaffens erscheint die wechselvolle deutsche Verfassungsgeschichte fast schon nebensächlich. Zwar zeichnet sich vor allem seine Verfassungslehre durch ihre Gegenwartsbezogenheit aus: *Smend* lenkte nämlich den Blick auf die jeweils aktuell gelebte Verfassungswirklichkeit. Dabei interessierten ihn aber nicht die Momente des Umbruchs, die man heute auch gerne als „constitutional moments“ (*Bruce Ackerman*)² bezeichnet, sondern die kontinuierlichen Entwicklungsprozesse. *Smends* Ansätze der Verfassungsinterpretation aus der Zeit der Weimarer Republik sind daher heute so aktuell wie vor hundert Jahren.

Was hat *Rudolf Smend* mehr beeinflusst und beeindruckt als die Umbrüche seiner Zeit? Auf der Suche nach dem biographischen Ursprung und Kontext seiner Ideen ist ein Aspekt seiner Person und Biographie dominant: *Rudolf Smend* entstammt einer evangelischen Familie. Der Protestantismus hat sein Denken lebenslang zutiefst geprägt: Viele seiner westfälischen Vorfahren waren Pfarrer, sein Vater und sein Sohn (die ebenfalls den Namen „Rudolf Smend“ tragen) waren bzw. sind beide Theologieprofessoren, ebenso wie sein Onkel. Welche Bedeutung hat ein solches persönliches Umfeld für den juristischen Spross dieser Familie? Es lag nahe, dass sich *Smend* auch mit dem Kirchenrecht beschäftigt hat. Das soll hier nicht behandelt werden. Im Folgenden ist von Interesse, dass er seine verfassungstheoretischen Grundannahmen auf „eine evangelische Ethik“ zurückgeführt hat, in der „der Einzelne von der Gemeinschaft, insbesondere der des Staates, beansprucht wird“ und in der es „dem Einzelnen [...] nicht erlaubt ist, sich seiner Mitverantwortung für das Ganze [...] zu entziehen“. Vielmehr habe sich jeder „seinen Platz in der politischen Welt zu suchen, sich in sie hinein zu ‚integrieren‘“ und dadurch „einen Beruf nach dem Willen Gottes zu erfüllen“.³

Das Verhältnis des Einzelnen zur (staatlichen) Gemeinschaft ist Thema dieser protestantischen Ethik und zugleich auch des Staats- und Verfassungsrechts – besonders, aber nicht allein in den Grundrechten. Für *Smend* war seine Glaubensüberzeugung nicht nur Privatsache und sie war auch mehr als nur eine ergänzende Perspektive auf sein Fach. Sie ist vielmehr das geistige Fundament

¹ v. *Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S. 23.

² Vgl. etwa *Ackerman*, Yale Law Journal 99 (1989), 453 (453 ff.).

³ Alle Zitate aus *Smend*, Integration (1966), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 482 (486).

seiner Verfassungstheorie, der so genannten „Integrationslehre“. Ein Beispiel: Die Grundrechte begreift *Smend* für seine Zeit völlig neu. Sie sind für ihn nicht (allein) als Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat konzipiert, sondern als gemeinsame, die Mitglieder der Gemeinschaft verbindende Werte. *Smend* interessierte sich daher auch weniger für die rechtliche Begrenzung der Staatsgewalt, sondern vor allem für die Sinnhaftigkeit der staatlichen Gemeinschaft und ihrer Ordnung.

Smend begann sein Jurastudium in seiner Geburtsstadt Basel im Jahr 1900, also in dem Jahr, in dem das BGB in Kraft trat. Das Zivilrecht hat seine Neugier aber offenbar nicht sonderlich geweckt und dessen Kodifikation schon gar nicht. Vielleicht sogar im Gegenteil: *Smend* fand diejenigen Rechtsfragen umso faszinierender, die sich nicht durch die Anwendung gesetzlich genau ausgeformter Vorschriften lösen lassen. Außerdem interessierten ihn weniger die Individualinteressen, sondern die Beiträge des Einzelnen zur Gemeinschaft. Welches Recht fand der Student *Smend* zur Beantwortung dieser Fragen vor? „In welcher Verfassung“ befand sich Deutschland damals? In der Verfassung des Kaiserreichs von 1871 waren nicht einmal Grundrechte geregelt. Dieser Verfassung war keine Revolution vorausgegangen und sie war nicht durch eine gewählte, verfassungsgebende Versammlung beschlossen worden. Später bezeichnete *Smend* sie als „ein diplomatisches Aktenstück“, das dem Volk „stets fremd und unverständlich bleiben“ werde.⁴ Im Studium wechselte er mehrfach den Studienort, lernte die Fakultäten in Berlin und Bonn kennen und wurde bereits 1905 in Göttingen promoviert (so schnell geht das heute nicht mehr). Seine Dissertation zeigt seine Suche nach möglichen Antworten auf die Frage, „in welcher Verfassung“ sich Deutschland befand, und sie behandelt bezeichnenderweise nicht die Reichsverfassung, sondern die Preußische Verfassung von 1850 und stellt diese der demokratischeren Belgischen Verfassung von 1831 gegenüber. Habilitiert hat sich *Smend* dann 1908 in Kiel mit einer Arbeit über verfassungshistorische Fragen des Reichskammergerichts, wirkte noch im Kaiserreich als Professor zunächst in Greifswald, dann in Tübingen (ab 1911) und Bonn (ab 1915).

Dann erlebte er – noch nicht 40-jährig – den Übergang von der Monarchie zur Republik mit der Entstehung der Weimarer Reichsverfassung (1919). Heute irritiert manche, dass er – wie viele Staatsrechtler seiner Generation⁵ – gar nicht so begeistert von der neuen Verfassung war, obwohl diese doch im Vergleich zum Kaiserreich für die zentralen Fragen der Demokratie und der Grundrechte einen Quantensprung bedeutete. Wie der Protestantismus mit der Weimarer Demokratie geradezu haderte, hat ihn sehr beschäftigt.⁶ Politisch war er selbst vorübergehend Mitglied der nationalkonservativen DNVP und also weder in positiver Aufbruchstimmung noch ein Verfechter der parlamentarischen Demokratie. In dieser sah er damals nicht die Antwort auf die für ihn entscheidende Frage, wie sich der Einzelne – unter welcher Verfassung auch immer – in der rechtlichen Ordnung der Gemeinschaft wiederfindet. Vielmehr erblickte er in den Grundrechten Gemeinschaftswerte von integrativer Kraft. Aus Prinzip war er gegenüber revolutionären Zeitenwenden skeptisch und an allmählichen Entwicklungen umso interessierter – anders als *Carl Schmitt*, der sein dezisionistisches Verfassungsverständnis aus der jeweiligen „Entscheidung“ für ein System heraus entwickelte. Gerade das machte *Smend* zu einem umso spannenderen Wissenschaftler, dessen Auffassungen stark beachtet, aber auch heftig diskutiert wurden.

⁴ *Smend*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat (1916), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 39 f.

⁵ *Sontheimer*, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, 1962, S. 79–114.

⁶ *Smend*, Protestantismus und Demokratie (1932), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 297 ff.

In die politisch bewegte Weimarer Zeit (1919–1933) fallen die heftigen wissenschaftlichen Debatten mit alternativen Verfassungstheorien, insbesondere mit *Carl Schmitt* und mit *Hans Kelsen*.⁷ Die damaligen Diskurse gelten als herausragender geistiger Höhepunkt der Geschichte der deutschen Staatsrechtslehre. An die Generation von *Rudolf Smend* richtet sich auch die immer noch relevante Frage, wie sie sich zum aufkommenden Nationalsozialismus verhalten hat. *Smend* blieb (anders als *Carl Schmitt*) zum Nationalsozialismus auf Distanz. Seinen Lehrstuhl in Berlin räumte er 1935, um an die Universität Göttingen zu gehen, wo er schon promoviert wurde. Auch sein Vater hatte dort als Professor gelehrt, sein Sohn sollte später dort Professor werden und er selbst lebte bis zu seinem Tod in Göttingen. Im Jahr 1945 gehörte *Smend* zu den Unterzeichnern der Stuttgarter Erklärung des Rates der Evangelischen Kirche Deutschlands – einem Schuldbekenntnis, „nicht mutiger“ gegen den Nationalsozialismus eingetreten zu sein.

In der Zeit nach 1945 und in der jungen Bundesrepublik war *Smend* eine der Identifikationsfiguren der deutschen Staatsrechtslehre; viele Verfassungsrechtler waren und sind von seinem Denken geprägt. Dass sogar von einer „*Smend*-Schule“ gesprochen wird, bringt die Eigenständigkeit seines Denkansatzes und dessen Einfluss auf die ihm nachfolgende Generation der Staatsrechtslehre zum Ausdruck. Im biographischen Vergleich zu *Kelsen* und *Schmitt* sind die Orte seines Wirkens von Interesse: Während *Hans Kelsen* vor den Nationalsozialisten fliehen musste und nach Amerika emigrierte und *Carl Schmitt* wegen seiner aktiven Rolle im Nationalsozialismus nach 1945 nur noch als Privatgelehrter im Sauerland wirkte, blieb *Smend* kontinuierlich zwischen 1909 und 1969 an deutschen Fakultäten in der Lehre präsent.

III. Die Verfassungstheorie, für die *Rudolf Smend* berühmt ist

1. Die Integrationslehre

Smends staats- und verfassungstheoretisches Nachdenken beginnt nicht beim Gegenstand, also beim Staat oder bei der Verfassung, sondern bei der Sinnfrage: Von der protestantischen Ethik geprägt, entwickelt er ein „Sinnprinzip der Integration“⁸. Dieses Sinnprinzip ist es, das nach seiner Erkenntnis – um ein Faust-Zitat abzuwandeln – Staat und Verfassung „im Innersten zusammenhält“⁹. Wer sich mit seinen Schriften beschäftigt, sollte sich auf die These dieses Sinnprinzips einlassen.

Schon in diesem Ausgangspunkt verlässt er die gewohnten Bahnen der Staatsrechtslehre: Seit jeher ringen Verfassungsrechtler darum, ihre Gegenstände „Staat“ und „Verfassung“ wissenschaftlich angemessen zu erfassen. Viele Ansätze suchen ihren Kern darin, dass sie den Staat und die Verfassung in ein Verhältnis zueinander setzen. Einerseits wird vertreten, dass der Staat der Verfassung vorausliege: Ohne bestehende Strukturen organisierter Machtausübung fehlt danach der Verfassung ein Bezugsobjekt. Der „Etatismus“ denkt die Verfassung also vom Staat her. Andererseits wird vertreten, dass der Staat erst durch die Verfassung geschaffen, eben konstituiert werde:¹⁰ Der „Konstitutionalismus“ denkt den Staat von der Verfassung her. Beiden Ansätzen ist gemein, dass sie von einem Ursprung ausgehen, der nicht – oder jedenfalls nicht von der Rechtswissenschaft – hinterfragt

⁷ Eine auf die Fragen der Entwicklungen der Grundrechtsinterpretation zugeschnittene Gegenüberstellung der Ansätze von *C. Schmitt* (Dezisionismus), *Kelsen* (Positivismus) und *Smend* (Integrationslehre) findet sich bei *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 5 ff. (speziell zu *Smend*: Rn. 15 und Rn. 22).

⁸ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (236).

⁹ *J. W. v. Goethe*, Faust I, Vers 383.

¹⁰ *Michael*, Konzeptionen und Methoden einer auf Staat und Verfassung bezogenen Rechtswissenschaft, in: *Stern/Sodan/Möstl*, Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 3 Rn. 1 ff.

werden soll. Unabhängig davon, ob der Staat der Verfassung vorgegeben ist oder umgekehrt, werden Staat und Verfassung als Größen begriffen, die der Wissenschaft vorgegeben sind, die sie zu ihrem Gegenstand macht. Auch der Wissenschaftlichkeitsanspruch wird daran festgemacht, sich auf einen solchen Gegenstand zu verständigen.

Bei *Smend* ist das anders, nicht nur im Ausgangspunkt („Sinnprinzip der Integration“), sondern auch in dessen Konsequenz: Weder den Staat noch die Verfassung hält er für absolute Größen. Über die verbreitete Drei-Elemente-Lehre, die den Staat formal mit den Elementen Volk, Gebiet und Herrschaft bestimmt, machte er sich geradezu lustig („naiver Versuch“¹¹). *Smend* hält eine positivistische oder kategorische Festlegung des Gegenstandes der Rechtswissenschaft für unterkomplex, realitätsfern und unwissenschaftlich – Vorwürfe, die aber auch gegen seine Lehre erhoben wurden. Der Gegenstand seiner Integrationslehre ist sowohl der Staat als auch die Verfassung. Beide befragt er auf ihren Sinn und ihr Wesen und die Integrationslehre ist seine Antwort. Die Integrationslehre ist also eine Theorie, mit der *Smend* den Staat und die Verfassung erklärt und auch darauf verzichten kann, diese in ein Verhältnis zueinander zu setzen. Staat und Verfassung sind für ihn auf dasselbe gerichtet: Integration.

So erkennt er im Staat einen geistigen „Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebens“ und diesen „Lebensvorgang bezeichnet die Integrationslehre als Integration“.¹² Ausdrücklich beruft er sich dabei auch auf *Renans*¹³ berühmte Charakterisierung der Nation als „Plebiszit, das sich jeden Tag wiederholt“.¹⁴ Der Staat ist also nichts Statisches, sondern etwas dauerhaft Dynamisches. Die Verfassung begreift *Smend* dazu passend als eine „Integrationsordnung“, die ebenfalls nicht vorgegeben, sondern „aufgegeben“ ist.¹⁵ Sie muss immer wieder neu verwirklicht und gelebt werden. Für den Akt der Verfassunggebung interessiert er sich kaum und sieht in ihm insbesondere kein entscheidendes Ereignis. Das liegt schon daran, dass sich eine „Verfassung“ in seinem Sinne gar nicht „geben“ lässt. Es liegt ihm fern, die Verfassung eines Staates als die Verwirklichung von Volkssouveränität und diese in einer Entscheidung in der Vergangenheit zu suchen, die statisch fixiert sein soll.

So wenig für *Smend* der Vorgang der Verfassunggebung zentral ist, so wenig ist auch dessen Produkt, nämlich der Text und Wortlaut der Verfassung, zentral für seine Verfassungsinterpretation. Das ist für Juristen, die an den klassischen Auslegungsmethoden geschult sind und vom „Wortlaut“ ausgehen, durchaus ungewöhnlich. Ein Verfassungstext ist für *Smend* kaum mehr als eine Momentaufnahme, die in der Vergangenheit liegt und stets für die Gegenwart zu aktualisieren ist. In diesem Lichte gibt die Verfassung keine Ergebnisse vor, sondern leitet die Findung rechtlicher Ergebnisse nur mehr oder weniger stark an. Auch die rechtlichen Wirkungen der Verfassungsnormen, die immerhin die höchstrangige Rechtsquelle darstellen, sind für *Smend* eine Frage, die nicht nur für die Gegenwart zu stellen, sondern auch aus der Gegenwart heraus zu beantworten ist. Während der so genannte „Positivismus“ (von lat. ponere = setzen, positum = gesetzt) das „gesetzte Recht“ in den Mittelpunkt stellt und als das Vorgegebene begreift, versteht *Smend* seine Verfassungslehre als „Antipositivismus“, also als Gegenmodell: So wie die Verfassung nicht vorgegeben, sondern aufgegeben ist, so sind auch die Normen des Verfassungsrechts nicht gesetzt, sondern zu entwickeln. Eine Verfassung, die als Integrationsordnung verstanden wird, ermöglicht nicht nur eine dynamische Interpretation der geschriebenen Verfassungsnormen, sondern zieht auch ungeschriebenes Verfassungs-

¹¹ *Smend*, Staat (1959), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 517 (520).

¹² *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475.

¹³ *Renan*, in: *Renan*, Was ist eine Nation? Und andere politische Schriften, 1995, S. 57.

¹⁴ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475.

¹⁵ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475 (477).

recht in Betracht. „Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat“¹⁶ lautet bereits der Titel eines frühen Aufsatzes von *Smend*.

Die wohl wichtigste Konsequenz der Integrationslehre ist es, weder den Staat noch seine Verfassung als statisch, sondern als offen und dynamisch zu begreifen. Das Verfassungsrecht unterscheidet sich vom einfachen Verwaltungsrecht weniger durch seine Beständigkeit, sondern geradezu im Gegenteil durch integrative Offenheit: „Staatsrecht ist Integrationsrecht, Verwaltungsrecht technisches Recht.“¹⁷ Kontinuität kennzeichnet *Smends* Art, über Verfassungen nachzudenken. Aber diese Kontinuität ist nicht auf eine starre Beständigkeit gerichtet, sondern auf eine dynamische Offenheit der Verfassung. Auch die tiefe Verwurzelung im Glauben könnte die Erklärung dafür sein, dass *Smend* sich durch nichts und durch niemanden beirren ließ, seine „Integrationslehre“ in den unterschiedlichsten Zeiten und Kontexten zu vertreten.

*Smend*¹⁸ plausibilisiert seine Beobachtung von Integrationsvorgängen mit drei Integrations-typen: Personen, die politische Führungsämter bekleiden, können zur persönlichen Integration beitragen. Sowohl die Wahlen als auch die Tätigkeit der Parlamente können über ihre rechtliche Entscheidungswirkung hinaus auch eine funktionelle Integrationswirkung haben. Schließlich erfolgt sachliche Integration durch die Staatszwecke, die dem Staat Sinn und Legitimität verleihen. Der Staat seinerseits kann in seiner Sinnhaftigkeit durch Symbole und Rituale sichtbar bzw. erlebbar werden.

Zu dieser integrativen Sinnstiftung gehören auch die Grundrechte. Diese begreift *Smend* als „ein Wertsystem, das der Sinn des von dieser [Anm. d. Verf.: der Weimarer, aber auch jeder anderen bürgerlichen] Verfassung konstituierten Staatslebens sein soll.“¹⁹ Das hat zur Konsequenz, dass die Grundrechte nicht nur als Abwehrrechte unmittelbare Bindungswirkung entfalten, sondern auch „als Auslegungsregel für das spezielle Recht“²⁰ herangezogen werden können.

2. Das rätselhafte Verhältnis zwischen „Verfassung und Verfassungsrecht“

Als Hauptwerk von *Smend* gilt eine Schrift von 1928 mit dem rätselhaften Titel „Verfassung und Verfassungsrecht“. Was ist der Unterschied und wie verhalten sich die beiden Begriffe zueinander? Wer das Rätsel dieses Titels löst, hat den Schlüssel zum Verfassungsverständnis *Smends* in der Hand. *Smend* meint mit Verfassung einen geordneten, tatsächlichen gesellschaftlichen Prozess der Integration, also der Einheitsbildung. In „welcher Verfassung“ ein Volk ist, lässt sich nicht – oder jedenfalls nicht allein – an Verfassungstexten ablesen. Die Verfassung in diesem Sinne ist ständig in Bewegung. Als Rechtswissenschaftler – und als solcher versteht sich *Smend* – interessiert ihn aber auch das „Verfassungsrecht“ – also die durch Normen des Rechts geprägte Seite der Integrationsordnung.

Wie es schon die Formulierung nahelegt, stehen „Verfassung und Verfassungsrecht“ nicht in einem Gegensatz, sondern in einem Ergänzungsverhältnis. Dessen exakte Aufschlüsselung liefert *Smend* aber nicht. Darüber nachzudenken, bleibt bis heute herausfordernd und lohnend: Die schillernde Ambivalenz zwischen „Verfassung und Verfassungsrecht“, zwischen Verfassungswirklichkeit und Verfas-

¹⁶ *Smend*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat (1916), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 39 ff.

¹⁷ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (236).

¹⁸ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475 (476 f.).

¹⁹ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (265).

²⁰ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (265).

sungsnorm, ist nämlich nicht nur von theoretischem, sondern auch von praktischem Interesse: Die Dynamik und Offenheit der Verfassung ist nicht nur eine Beobachtung, sondern hat auch Bedeutung für die Verfassungsinterpretation. Diese ist umso offener und flexibler, wenn sie nicht auf eine „Verfassungstext-Interpretation“ fokussiert wird. Es kommt sogar zu einer Wechselwirkung zwischen dem Verständnis der tatsächlichen „Verfassung“ und der Interpretation des normativen „Verfassungsrechts“: Das Verständnis der „Verfassung“ als Integrationsordnung liegt der Interpretation der Normen des „Verfassungsrechts“ zu Grunde. Und die Normen des „Verfassungsrechts“ (in dieser offenen Interpretation) tragen zur Integration bei. So schützt z. B. Art. 6 Abs. 1 GG in der heutigen Interpretation auch tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaften verschiedenster Art als Familien. Bei einem statischen Verständnis des Art. 6 GG wären durch dieses Grundrecht bis heute nur solche Lebensformen besonders geschützt, die dem Leitbild von 1949, also der „klassisch-bürgerlichen“ Familie entsprechen. Dass die Patchwork-Familie, die seinerzeit als skandalös gegolten hätte, heute nicht nur gesellschaftlich, sondern eben auch verfassungsrechtlich anerkannt wird, ist ein Beitrag zur Integration. Vielen Juristen, die sich gerade von der Verfassung ein hohes Maß an Verbindlichkeit und Stabilität erhoffen, ist das suspekt. Für *Smend* liegt darin aber gerade das Besondere der Verfassung. Wem dabei schwindlig wird, dem geben *Sments* Texte wenig Halt. Bei *Smend* bleibt letztlich offen, ob Verfassungsrecht der Gegenstand oder das Produkt der Verfassungsinterpretation – oder beides – ist.

IV. Wo begegnen wir der Lehre *Sments* in der heutigen Befassung mit dem Recht?

1. Die Entstehung und der Erfolg des Grundgesetzes im Spiegel der Integrationslehre

Als *Smend* seine Integrationslehre entwickelte, konnte er nicht ahnen, dass diese in besonderer Weise geeignet sein würde, um den Erfolg des 1949 entstandenen Grundgesetzes zu plausibilisieren. Anders als die Weimarer Verfassung entstand das Grundgesetz im Schatten der Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit und es war gedacht als eine bloße Übergangsverfassung für den westlichen Teil des geteilten Deutschlands. Es gab weder eine Wahl zu einer verfassungsgebenden Versammlung noch eine Volksabstimmung über das Grundgesetz – Letztere auch nicht, als 1990 die Wiedervereinigung stattfand und die Geltung des Grundgesetzes auf die neuen Bundesländer erstreckt wurde. Es gehört zu den beliebten Gedankenspielen der Verfassungstheorie (und mancher Verschwörungstheoretiker), ob das Grundgesetz deshalb eine Art „Geburtsmakel“ hat. Bei *Smend* werden wir fündig, um dieses Problem zu lösen bzw. um es als irrelevant zu erkennen: Wenn man das Grundgesetz als eine Integrationsordnung begreift, kommt es darauf an, wie es über die Jahrzehnte als die Verfassung des deutschen Volkes akzeptiert, angenommen und gelebt wurde. Und die Antwort auf diese Frage ist eindeutig: Aus dem Provisorium wurde die erfolgreichste Verfassung, die Deutschland je hatte, und die in vielfältiger Weise sogar international vorbildgebend geworden ist. Die europäische Charta der Grundrechte etwa hat in ihrem Art. 1 S. 1 den Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG übernommen. Diese Erfolgsgeschichte lässt sich als Prozess einer „Verfassungsaneignung“ verstehen, deren innere Kraft nicht einem Akt der „Verfassungsgebung“ entspringt. In den ersten Jahrzehnten wurde vor allem die hohe Wahlbeteiligung als Zeichen der Verfassungsakzeptanz gedeutet. Noch spezifischer auf die Verfassung bezogen ist das hohe Ansehen des BVerfG bei der Bevölkerung. Dass das BVerfG dabei seinerseits das Grundgesetz extensiv und gegebenenfalls auch dynamisch auslegt, ist kein Geheimnis. Das BVerfG selbst ließe sich als eine integrative Kraft beschreiben, die wesentlich zur Entwicklung des Verfassungsrechts beiträgt.

Die besondere Wertschätzung, die *Smend* beim BVerfG genoss, lässt sich daran ablesen, dass der bereits 80-jährige *Smend* im Jahr 1962 zum 10-jährigen Bestehen des BVerfG als Festredner eingela-

den wurde. Und *Smend* erwiderte diese Ehre in geradezu generöser Weise und stellte fest: „Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne.“²¹

2. Vier Beispiele aus der Verfassungsrechtsdogmatik

An vier Beispielen kann gezeigt werden, wo *Smends* Integrationslehre Erklärungsmuster für heutige Verfassungsrechtsdogmatik liefert.

a) Die Abwägungslehre: „Allgemeine Gesetze“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG

Zum Basiswissen der Grundrechtslehren gehört es, den Begriff der „allgemeinen Gesetze“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG bestimmen zu können. Eine entsprechende Schrankenbestimmung der Meinungsfreiheit gab es schon in der Weimarer Verfassung. Die beiden Theorien, die hierzu bis heute zitiert werden und die das BVerfG verwendet, stammen beide aus der Weimarer Zeit, nämlich die „Sonderrechtslehre“ von *Häntzschel*²² einerseits und die „Abwägungslehre“ von *Smend* andererseits. Vom Wortlaut her liegt der Ansatz der Sonderrechtslehre auf der Hand und ist die Abwägungslehre – so vertraut sie uns auch heute erscheint – begründungsbedürftig. Nicht nur methodisch, sondern auch inhaltlich begegnet uns *Smend* hier ganz exemplarisch: Die Abwägungsbedürftigkeit und Abwägungsfähigkeit der Grundrechte entspringen einem Verständnis der Verfassung als Ganzes. *Smend* hat immer das Ganze im Blick und plädiert deshalb konsequent auch für eine „Auslegung der Verfassung als Ganzes“²³.

So kann auch die „praktische Konkordanz“ als Weiterentwicklung des Ansatzes von *Smend* gedeutet werden. Der Urheber dieses Stichwortes ist übrigens *Konrad Hesse*, der 1950 bei *Smend* promoviert wurde und seinerseits als Professor und Lehrbuchautor²⁴ sowie als Richter des BVerfG zu einer der prägenden Figuren der Staatsrechtslehre nach dem Zweiten Weltkrieg wurde.

b) Grundrechte als „Auslegungsregel“: Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Auch für die Rechtsprechung des BVerfG zur so genannten „mittelbaren Drittwirkung“, d.h. zur Ausstrahlung der Grundrechte ins Privatrecht, liefert *Smend* mit seinem Verständnis der Grundrechte die theoretische Grundlage. Hatte *Smend* in den Grundrechten ein „Wertsystem“ erkannt, das „der Sinn“ des von der Verfassung „konstituierten Staatslebens sein soll“²⁵, stellt das BVerfG in seinem Lüth-Urteil ganz ähnlich fest, das GG habe „in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet“²⁶, zu der die Meinungsfreiheit gehöre, die für „eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung [...] schlechthin konstituierend“²⁷ sei. Während *Smend* forderte, die Grundrechte „als

²¹ *Smend*, Das Bundesverfassungsgericht (1962), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 581 (582).

²² *Häntzschel*, in: *Anschütz/Thoma*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 651 (659 f.), der der Auffassung von *Smend* grundsätzlich zustimmt und sie durch die Sonderrechtslehre ergänzt.

²³ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475 (478).

²⁴ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, zur „praktischen Konkordanz“ dort Rn. 72.

²⁵ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (265).

²⁶ BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth.

²⁷ BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth.

Auslegungsregel für das spezielle Recht²⁸ heranzuziehen, macht das BVerfG die „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte auf das bürgerliche Recht²⁹ zum Prüfungsmaßstab einer Verfassungsbeschwerde.

Auch an dieser Stelle verdient noch ein biographisches Detail Erwähnung: Der später als Politikwissenschaftler bekannt gewordene *Wilhelm Hennis* (1923–2012), der ebenfalls 1951 bei *Smend* promoviert wurde, war an der Ausarbeitung des Schriftsatzes der Verfassungsbeschwerde von *Erich Lüth* maßgeblich beteiligt.³⁰ Diese Verfassungsbeschwerde hatte vor dem BVerfG Erfolg und das daraufhin ergangene Lüth-Urteil gilt bis heute als eine der wichtigsten und die gesamte Grundrechtsdogmatik prägenden Entscheidungen des BVerfG überhaupt. Allerdings handelt es sich auch um eine seiner umstrittensten Entscheidungen. Die heftige Diskussion, die *Smends* Lehre bereits in der Weimarer Zeit ausgelöst hatte, nimmt manche Aspekte der Kritik vorweg, die sich seit dem Lüth-Urteil des BVerfG auch gegen die Rechtsprechung richtet.

Noch ein Tipp für Vertiefungspotential in der Fallbearbeitung: Bis heute wird in der Literatur z.T. gefordert, die Grundrechte restriktiver zu interpretieren und ihre Funktion auf die der Abwehrrechte gegen den Staat zu begrenzen. Dabei lässt sich übrigens an alternative Grundrechtstheorien anknüpfen: insbesondere an diejenige von *Carl Schmitt*³¹. Solche kritischen Erwägungen lassen sich auch anstellen, ohne die Rechtsprechung des BVerfG gleich fundamental abzulehnen. Es kann auch gute Gründe geben, deren Ansatz lediglich graduell als allzu weitreichend in Frage zu stellen. Demgegenüber lässt sich die Grundrechtstheorie von *Smend* als Fundus für die „Pro-Argumente“ eines weiten, dynamischen, funktionsoffenen und abwägenden Grundrechtsverständnisses heranziehen. Mit solchen Argumenten sollte sich auseinandersetzen, wer die Rechtsprechung kritisiert und dabei in die Tiefe gehen will. Auf solche Argumente kann zurückgreifen, wer der Rechtsprechung folgt und sich erinnert, dass „h.M.“ als solche kein Argument ist. Noch ein letzter Tipp, wie sich in einer vertieften Argumentation Argumente aus der Verfassungstheorie auch relativieren lassen: Wie wir eine Verfassung theoretisch begreifen und wie die Normen einer Verfassung von einem Verfassungsgericht interpretiert und angewendet werden, sind wesentlich verschiedene Fragestellungen. So hat *Smend* seine Integrationslehre und seine Abwägungslehre entwickelt, bevor es das BVerfG gab. Das gilt auch für das nächste Beispiel.

c) Die „Bundestreue“ als ungeschriebenes Verfassungsrecht

Auch im Staatsorganisationsrecht werden wir bei „Bund-Länder-Streitigkeiten“ in Sachen *Smend* fündig. Urheber des Grundsatzes der „Bundestreue“ ist *Smend*. „Bundestreue“ ist nach der Rechtsprechung des BVerfG³² eine wechselseitige verfassungsrechtliche Verpflichtung, die nicht nur die Länder gegenüber dem Bund, sondern auch die Organe des Bundes gegenüber den Ländern zu beachten haben. Die praktische Bedeutung lässt sich an einem Beispiel verdeutlichen: Jenseits der explizit im Grundgesetz für die Bundesaufsicht geregelten Voraussetzungen muss die gegebenenfalls weisungsberechtigte Bundesregierung eine Landesregierung anhören, bevor sie eine Weisung z.B. beim Vollzug des Atomrechts erteilt. Damit ist die gegenseitige Rücksichtnahme nicht nur eine poli-

²⁸ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (265).

²⁹ BVerfGE 7, 198 (207) – Lüth.

³⁰ *Hennis* wurde nach seiner Promotion Wiss. Mitarbeiter der SPD-Fraktion des Bundestages. *Adolf Arndt* (MdB und Rechtsanwalt) hatte die Prozessvertretung für *Erich Lüth* vor dem BVerfG übernommen und *Hennis* den Auftrag erteilt, den Schriftsatz auszuarbeiten.

³¹ Dazu *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 14.

³² BVerfGE 8, 122 (138 ff.); 12, 205 (254 f.); 81, 310 (337 f.); 160, 1 (25 f. Rn. 71 ff.).

tische Tugend, sondern ein verfassungsrechtliches Gebot. Übrigens wird dasselbe Prinzip auch im Verhältnis der Europäischen Union zu den Mitgliedstaaten als Prinzip der „Unionstreue“ (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV) anerkannt.

Der junge *Smend* hatte den Grundsatz bereits 1916 bezogen auf die Verfassung des Kaiserreichs als Beispiel für „Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat“ entwickelt und als „Bundestreue“³³ bezeichnet. Eine „bundesfreundliche Haltung“³⁴ hat in einer bundesstaatlichen Verfassung auch eine Integrationsfunktion.

So erhellend es auch hier ist, Ursprünge des Prinzips der Bundestreue bei *Smend* und seiner Interpretation der Verfassung von 1871 zu finden, so wichtig ist die Erkenntnis, dass die rechtlichen Konsequenzen, die das BVerfG aus dem Prinzip der „Bundestreue“ für die Rechtspraxis zieht, viel weiter reichen und auf einer anderen Ebene liegen.³⁵ *Smend* hat das Prinzip der Bundestreue – wie auch seine Grundrechtstheorie – auf der Ebene der Verfassungstheorie entwickelt. Die Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung der Normen des Verfassungsrechts bleiben bei ihm in Andeutungen. Sie waren unter den Prämissen der Verfassungen von 1871 und 1919 auch weniger praktisch relevant: Im Kaiserreich und in der Weimarer Zeit gab es noch kein Verfassungsgericht, das solche Maßstäbe zur Anwendung hätte bringen können.

Übrigens war es nicht *Smend*, sondern *Hans Kelsen*, der in der Weimarer Zeit vehement für die Schaffung einer Verfassungsgerichtsbarkeit eintrat (dabei allerdings ein viel restriktiveres, formales Verfassungsverständnis zu Grunde legte).³⁶ Erst durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit könne die Verfassung ihren normativen Charakter auch verwirklichen. Es war *Carl Schmitt*, der vor den Konsequenzen der Politisierung der Justiz warnte, die mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit notwendig verbunden seien.³⁷ Im Spiegel des Weimarer Diskurses ließe sich die Rechtsprechung des BVerfG so beschreiben: Das von *Kelsen* verfassungspolitisch geforderte Verfassungsgericht legt das Grundgesetz so extensiv-materiell aus wie *Smend*, wovon *Carl Schmitt* schon immer gewarnt hatte.

d) Verfassungswandel: Die dynamische Auslegung des Grundgesetzes

Die Rechtsprechung des BVerfG gilt als dynamisch. Das BVerfG postuliert und praktiziert eine Methode des so genannten Verfassungswandels und es scheut sich nicht, neue Grundrechte zu „erfinden“ und diese auf eine Kombination verschiedener Einzelbestimmungen zu stützen – zuletzt ein Grundrecht auf schulische Bildung aus Art. 7 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG³⁸. *Smend* liefert mit seinem offenen Verfassungsverständnis ein Modell, in dem solche Dynamik in der Verfassung angelegt ist und damit keine Ausnahme, geschweige denn ein Verfassungsbruch, sondern vielmehr die Regel ist. Das spitzt die Offenheit der Verfassung freilich in geradezu provozierendem Maße zu: Kann eine so offene Verfassung überhaupt normativ, also rechtlich begrenzend, wirken? Hier ist Relativierung nötig und auch möglich.

³³ *Smend*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat (1916), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 39 (57).

³⁴ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 119 (271).

³⁵ Dazu kritisch: *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, zur Bundestreue dort Rn. 268 ff.

³⁶ *Kelsen*, Wer soll Hüter der Verfassung sein? (1929/1931), in: v. Ooyen, Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie, 2. Aufl. 2019.

³⁷ *C. Schmitt*, AöR 55 (1929), 161; *ders.*, Der Hüter der Verfassung (1931), 5. Aufl. 2016.

³⁸ BVerfGE 159, 355; dazu *Michael*, ZJS 2022, 247.

Smend selbst war offen für die Weiterentwicklung seines Ansatzes: „In Deutschland ist die Auseinandersetzung im Flusse und wird zu entsprechender Fortbildung der Integrationslehre führen.“³⁹ Das ist die Aufforderung zum Weiterdenken – auch über andere Beispiele. Solche ließen sich zahlreiche finden: So spielt bei der rechtlichen Bewertung von Äußerungsbefugnissen des Bundespräsidenten dessen Integrationsfunktion eine Rolle. Auch über den Prozess der Europäischen Integration ließe sich im Spiegel der Integrationslehre nachdenken. Das schwierige und höchst umstrittene Verhältnis zwischen dem nationalen Verfassungsrecht und dem Unionsrecht, über dessen Verfassungsqualität in einem weiteren Sinne sich streiten ließe, gehört zu den ungelösten und großen Fragen unserer Zeit.

V. Tipps zum Weiterlesen

Wer *Smend* im Original lesen möchte, sei auf den auch in den Fußnoten zu diesem Beitrag zitierten Sammelband verwiesen – v.a. auf die beiden kurzen Lexikon-Artikel zum Stichwort Integration bzw. Integrationslehre.⁴⁰ *Smend* gehört – anders als *Hans Kelsen* und *Carl Schmitt* – nicht zu den Autoren, die durch Systematisierung, sprachliche Klarheit und stilistische Brillanz bestechen. Die Stärken seiner nicht „leicht verdaulichen“ Schriften liegen anderswo. Ob andeutungshafte Formulierungen Schwäche (Unklarheit) oder Programm (Deutungsoffenheit) sind und ob seine Schriften trotz oder gerade wegen ihres bisweilen rätselhaften Stils so viel Beachtung fanden? Vielleicht beides!⁴¹ Sein eigenes Hauptwerk „Verfassung und Verfassungsrecht“ (1928) nennt er selbst „nur eine Skizze, ein Arbeitsprogramm“ und schon der Einleitungssatz spricht an, dass dieses Programm schon vom Thema nicht leicht zu fassen ist.

Zur Einordnung des Werks von *Smend* in die Entwicklung der Staatsrechtslehre gibt es umfangreiche Sekundärliteratur.⁴² Eine Gegenüberstellung der Lehren von *Carl Schmitt* und *Smend* ist auch im Internet frei zugänglich.⁴³ Abschließend sei empfohlen, auch Weiterentwicklungen des Ansatzes von *Smend* in der Literatur nachzugehen. Neben dem schon zitierten Lehrbuch von *Konrad Hesse* lohnt insbesondere die Lektüre des Aufsatzes „Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten – Ein Beitrag zur pluralistischen und ‚prozessualen‘ Verfassungsinterpretation“⁴⁴ von *Peter Häberle*.

³⁹ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475 (480 f.).

⁴⁰ *Smend*, Integrationslehre (1956), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 475 ff. und *Smend*, Integration (1966), in: *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 482 ff.

⁴¹ So *Häberle*, NJW 1975, 1874 f., der treffend formulierte, dass bei *Smend* „Konturen impressionistisch zurücktraten“. Schärfere *H. Kelsen*, Der Staat als Integration, 1930, S. 2, der *Smend* vorwarf, dass er „sich am liebsten nur in vagen Andeutungen ergeht“.

⁴² Statt aller: *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, S. 174 f.; *Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, § 22, (speziell zu *Smend*: S. 353–359); *ders.*, AöR 112 (1987), 1.

⁴³ *Steinbeis*, Dezision oder Integration, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/dezision-oder-integration-carl-schmitt-vs-rudolf-smend-100.html> (10.5.2023).

⁴⁴ *Häberle*, JZ 1975, 297 ff.

Die dingliche Einigung über die Eigentumsübertragung

Stud. iur. Ali Tahir Sen, München*

Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache (z.B. nach § 929 S. 1 BGB) ist erforderlich, dass der Eigentümer und der Erwerber sich darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Im Rahmen der Prüfung dieser dinglichen¹ Einigung bzw. des rechtsgeschäftlichen Teils des Übertragungstatbestands ist grundsätzlich zwischen dem Zustandekommen der Einigung und der Wirksamkeit dieser zu unterscheiden. Hierbei findet nach überwiegender Meinung² und der Rechtsprechung³ die allgemeine Rechtsgeschäftslehre Anwendung – jedoch mit gebotenen Abweichungen und Modifikationen.⁴ Der folgende Beitrag vertieft diese umfassend und geht hierbei mit Fallbeispielen und Klausurhinweisen auf die vielschichtigen Probleme und potenziellen Schwerpunkte in der Prüfung der dinglichen Einigung ein.

I. Zustandekommen und Wirksamkeit der dinglichen Einigung	456
1. Auslegung der Einigung nach §§ 133, 157 BGB.....	456
2. Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes.....	458
3. Bedingungen und Befristungen (einschließlich Eigentumsvorbehalt)	459
4. Umdeutung nach § 140 BGB	460
5. Geschäftsfähigkeit.....	461
6. Stellvertretung.....	462
7. Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe.....	464
a) Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB	465
b) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB.....	465
c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB) und widerrechtlicher Drohung (§ 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB).....	465
d) Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB), Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB) und Eigenschaftsirrtum (§ 119 Abs. 2 BGB)	466
8. Widerruf der dinglichen Einigung vor Übergabe	466

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Paralegal in einer Kanzlei in den Vereinigten Arabischen Emiraten und Gründer des Blogs „Recht vertieft“ und Nachschlagewerks WikiJur.

¹ Es handelt sich um eine dingliche Einigung, weil keine Forderung aus der Einigung resultieren, sondern lediglich die dingliche Rechtslage, somit die Zuordnung von Sachen, verändert wird.

² Wellenhofer, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 6 Rn. 8 f.; Wieling, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 1 Rn. 19 ff.; Bayer, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16./17. Auflage 2020/23, § 929 Rn. 2; C. Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, §§ 925–984, Anh zu §§ 929–931 (Eigentum 2 – Erwerb und Verlust des Eigentums), Vor. zu §§ 929 ff. Rn. 11, sowie zur Gegenmeinung Rn. 12.

³ So wörtlich in BGH NJW 2016, 1887 (1888 Rn. 9).

⁴ C. Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, §§ 925–984, Vor. zu §§ 929 ff. BGB Rn. 14.

9. Wirksamkeit der dinglichen Einigung im Güterstand der Zugewinngemeinschaft i.S.d. § 1363 Abs. 1 BGB	467
II. Ein Blick über den Pflichtstoff hinaus – Exkurs	468
1. E-Commerce bzw. Computererklärungen	468
2. Übereignung zugunsten Dritter	468
III. Fazit.....	469
Fälle zur praktischen Anwendung.....	469

I. Zustandekommen und Wirksamkeit der dinglichen Einigung

Die dingliche Einigung besteht aus den beiderseitigen Willenserklärungen, dem Antrag und der Annahme des Eigentümers und Erwerbers. Anders als im Verpflichtungsgeschäft erfolgen diese zumeist konkludent, was insbesondere zu Auslegungsfragen der Einigung (1.), dessen Bestimmtheit (2.) sowie dem Vorliegen (und Nichtvorliegen) von Bedingungen und Befristungen (3.) führen kann. Möglicherweise kommt auch eine Umdeutung nach § 140 BGB in Betracht (4.). Probleme können den Klausurbearbeiter in Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit der Parteien (5.) oder einer Stellvertretung (6.) erwarten. Auch Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe (7.), der Widerruf vor Übergabe (8.) und eine Unwirksamkeit einer Verfügung für das Vermögen im Ganzen im Güterstand der Zugewinngemeinschaft (9.) müssen möglicherweise berücksichtigt werden.

1. Auslegung der Einigung nach §§ 133, 157 BGB

Fallbeispiel 1: Das Museum für Filmgeschichte in M enthält ein Paket mit mehreren Filmrollen⁵, welche jeweils mit dem Hinweis „Spende für die Ausstellung X“ beschriftet sind. Im enthaltenen Anschreiben ist jedoch vermerkt, dass diese „nur leihweise“ an das Museum übergeben werden.

Ob eine Einigung zustande gekommen ist und welchen Inhalt diese hat, kann im Wege der Auslegung ermittelt werden.⁶ Hierfür muss es sich um eine auslegungsbedürftige⁷ und – fähige⁸ Willenserklärung handeln, was möglicherweise wiederum durch Auslegung zu ermitteln ist. Anzeichen für die Notwendigkeit einer Auslegung bzw. Hinweise für den Klausurbearbeiter sind beispielsweise direkte Widersprüche oder wörtlich (in Anführungszeichen) angegebene, zweideutige bzw. mehrdeutige Äußerungen. Allgemein verbindliche Auslegungsregeln für die Auslegung kennt das BGB nicht,⁹ jedoch ist nach §§ 133, 157 BGB für die Auslegung neben dem wirklichen Willen des Erklärenden maßgebend, wie diese vom Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsauffassung verstanden werden muss. Anhaltspunkte liefern hierfür zum einen der Wortlaut der Willenserklärung

⁵ Hierbei handelt es sich um fotografischen Film auf einem biegsamen Schichtträger, der um eine Spule gewickelt ist und dessen Einzelbilder in einem Projektor in schneller Folge hintereinander gezeigt werden, wodurch bei 24 Einzelbildern pro Sekunde eine ruckfreie Wahrnehmung des Filmes erreicht wird.

⁶ BGH NJW 1990, 1913.

⁷ Möslein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 3 f.; Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 133 Rn. 61, jeweils m.w.N.

⁸ Möslein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 24; Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 133 Rn. 60, jeweils m.w.N.

⁹ Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 133 Rn. 8.

sowie der situative Kontext bzw. die Begleitumstände, zu welchen insbesondere der Zweck bzw. die Interessenlage der Parteien gehört.¹⁰ Ausgangspunkt ist hierbei stets der Wortlaut,¹¹ wobei nach einer Auslegung basierend auf einem allgemeinen sowie orts- oder fachspezifischen Sprachgebrauch differenziert werden kann.¹² Letzteres erfordert jedoch eine erkennbare Zuordnung der Beteiligten zu einem betreffenden Verkehrskreis.¹³

Klausurhinweis: Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen wie im vorliegenden Fall darf nicht ausschließlich auf den wirklichen Willen (§ 133 BGB) abgestellt werden.

Im *Fallbeispiel 1* liegt ein Widerspruch zwischen der Beschriftung der Filmrollen und dem Anschreiben vor, weswegen der Inhalt der Willenserklärung des Versenders ausgelegt werden muss (Auslegungsbedürftigkeit). Der wirkliche Wille des Erklärenden ist vorliegend unbekannt. Der Hinweis auf den Filmrollen „Spende für die Ausstellung X“ ist aus Sicht des Museums als Erklärungsempfänger, aber auch aus Sicht der Verkehrsauffassung durch die Verwendung des Begriffs „Spende“ als eine Eigentumsübertragung anzusehen. Das Anschreiben, welches unzweifelhaft Bestandteil der möglicherweise vorliegenden Einigung ist, steht dem jedoch grundsätzlich entgegen, da eine „leihweise“ Übergabe nicht für einen Eigentumsübergang, sondern für eine Besitzübertragung zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (§§ 598, 854 BGB) steht. Da vorliegend der Wortlaut nicht lediglich uneindeutig, sondern widersprüchlich ist, müssen weitere Umstände in die Auslegung einbezogen werden.

Begleitumstände, die nach § 133 BGB in die Auslegung einbezogen werden müssen („nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“), stellen ein wichtiges Hilfsmittel für die Auslegung dar.¹⁴ Dies bietet dem Klausurbearbeiter die Möglichkeit, argumentativ zu überzeugen.

Über den Wortlaut hinaus bieten im *Fallbeispiel 1* beispielsweise Gepflogenheiten und Sitten Anhaltspunkte für eine weitergehende Auslegung. So ist es im Rahmen von temporären Ausstellungen in Museen nicht unüblich, zum Teil erforderlich, von Privatsammlungen und anderen Museen „leihweise“ Ausstellungsstücke zu organisieren.¹⁵ Dies spricht vorliegend gegen eine Einigung über einen Eigentumsübergang. In einer Zusendung im *Fallbeispiel 1* kann somit aufgrund des Widerspruchs des Wortlauts und der Verkehrssitte keine Willenserklärung für einen Eigentumsübergang gesehen werden. Lägen dahingegen – abweichend vom *Fallbeispiel 1* – Anhaltspunkte dafür vor, dass beispielsweise durch die Übergabe der Filmrollen einem Testament entsprochen wird, oder ergeben sich aus dem Anschreiben trotz des Terminus „leihweise“ Anhaltspunkte, die für eine dauerhafte Übergabe sprechen, könnte von einer Einigung für einen Eigentumsübergang ausgegangen werden.

¹⁰ Dörner, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 133 Rn. 3 f.; Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 133 Rn. 9; Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 133 Rn. 63 ff.

¹¹ St. Rspr., vgl. BGHZ 121, 14 (16) = NJW 1993, 721 (722); BGHZ 124, 39 (44 f.); BGH NJW 2001, 144 (145); BGH NJW 2001, 2535 (2535 f.); BGH NJW-RR 2007, 976 (977); BGH NJW 2017, 1660 (1662).

¹² So in BGH NJW 2001, 1344 (1345).

¹³ BGH NJW 1996, 1209 (1210) zum Verständnis unter Kaufleuten, BGH NJW-RR 1994, 1108 (1109) zum Verständnis einer an Fachleute adressierten Erklärung, BGH NJW-RR 2020, 656 (658 Rn. 20) zum Verständnis eines gesetzlich definierten Begriffs.

¹⁴ Möslein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.10.2020, § 133 Rn. 57.

¹⁵ So beispielsweise in Deutschlandfunk, Leihgaben in Museen, <https://www.deutschlandfunk.de/leihgaben-in-museen-unsere-mission-ist-den-eigenen-bestand-100.html> (18.5.2023).

Klausurhinweis: In *Fallbeispiel 1* kann von einem konkludent erklärten Verzicht auf den Zugang einer Annahmeerklärung nach § 151 BGB ausgegangen werden.

2. Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes

Nach dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz muss für die dingliche Einigung die zu übereignende Sache so konkret bezeichnet werden, dass „infolge der Wahl einfacher, äußerer Abgrenzungskriterien für jeden, der die Parteiabreden in dem für den Eigentumsübergang vereinbarten Zeitpunkt kennt, ohne Weiteres ersichtlich ist, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind.“¹⁶ Vor allem, wenn die dingliche Einigung und die Übergabe zeitlich auseinanderfallen, hat dies eine praktische Bedeutung.¹⁷

Fallbeispiel 2: A ist Gründer des Start-ups „B.I.K.E“, welches sich auf die Produktion von Bambus-Fahrrädern spezialisiert hat. Für die Finanzierung einer Expansion muss A einen Kredit bei seiner Bank B aufnehmen.

- a) Hierfür überträgt A „eines“ der zehn im Lager stehenden, identischen Fahrräder an B.
- b) Hierfür schließt A einen sog. „Raumsicherungsvertrag“ über alle Waren (Fahrräder und Ersatzteile) in seinem Lager.
- c) Der in 2b geschlossene Raumsicherungsvertrag umfasst alle „künftigen Waren“.
- d) Hierfür überträgt A alle Waren im Lager „außer diejenigen, die unter Eigentumsvorbehalt stehen“. Wurde jeweils der Bestimmtheitsgrundsatz eingehalten?

Nach den oben genannten Grundsätzen ist für die Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes erforderlich, dass ein Dritter, der nur die Parteivereinbarung kennt, ohne weiteres erkennen kann, was übereignet werden soll und was nicht.

Im *Fallbeispiel 2a*, in welchem lediglich eines der zehn identischen Fahrräder übereignet wird, ist dies nicht gegeben, da das übereignete Fahrrad nicht konkret beschrieben wird (z.B. nach der Rahmennummer) und somit nicht eindeutig bestimmbar ist. Im *Fallbeispiel 2b* dahingegen sind alle Waren erfasst, sodass für einen Dritten eindeutig erkennbar ist, was übertragen werden soll. Im *Fallbeispiel 2c* liegt eine sog. antizipierte Einigung vor, welche sich auf künftige Waren bezieht. Auch diese ist eindeutig und somit in Übereinstimmung mit dem Bestimmtheitsgrundsatz. Im *Fallbeispiel 2d* werden nicht alle Waren, sondern nur jene ohne Eigentumsvorbehalt übereignet. Ob jedoch ein Eigentumsvorbehalt an einer Ware vorliegt, kann ein Dritter, der lediglich die zwischen A und B geschlossene Vereinbarung kennt, nicht eindeutig feststellen, sodass der Bestimmtheitsgrundsatz nicht gewahrt ist.

Klausurhinweis: Vor allem der Bestimmtheitsgrundsatz stellt einen Klausurklassiker dar, der sich vielfältig mit weiteren Problemen wie der Wirksamkeit sowie Zulässigkeit einer Sicherungsübereignung auch in Kombination mit einem Eigentumsvorbehalt (hierzu sogleich) verbinden lässt.¹⁸

¹⁶ So in BGH NJW 2000, 2898; BGH NJW 1991, 1161; BGH NJW 1979, 976.

¹⁷ Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 6.

¹⁸ Grundlegend zur Sicherheitsübereignung Lorenz, JuS 2011, 493 ff. sowie zum Eigentumsvorbehalt Lorenz, JuS 2011, 199 ff.

3. Bedingungen und Befristungen (einschließlich Eigentumsvorbehalt)

Fallbeispiel 3: Die alleinstehende 76-Jährige R erklärt sich bereit, ihrem Enkel E ihren Oldtimer zu übertragen, wenn dieser sein Abitur mit 2,0 oder besser abschließt. Als E drei Jahre später mit 1,9 die allgemeine Hochschulreife erreicht, ist R jedoch bereits geschäftsunfähig.

Die dingliche Einigung kann sowohl nach § 163 BGB aufschiebend oder auflösend befristet, als auch nach § 158 BGB aufschiebend oder auflösend bedingt werden.¹⁹ Das dies möglich ist, zeigt der Eigentumsvorbehalt nach § 449 Abs. 1 BGB. Hierbei muss die Bedingung oder Befristung möglicherweise selbst ausgelegt werden (I. 1) und unterliegt ebenfalls dem Bestimmtheitsgrundsatz (I. 2).²⁰ Die Wirksamkeit der Verfügung kann auch durch die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts bedingt werden.²¹

In *Fallbeispiel 3* liegt eine Bedingung vor, welche eindeutig bestimmt ist und eintritt, wenn E sein Abitur mit 2,0 oder besser abschließt. Die Bedingung ist vorliegend eingetreten. Dem steht nicht entgegen, dass R nicht mehr geschäftsfähig ist. Auch im Falle des Todes, des Verlustes der Verfügungsbefugnis oder des Besizes sowie des einseitigen Widerrufs der Einigung liegt eine wirksame dingliche Einigung vor.²² Die Willenserklärung wurde bereits „erklärt“ und ist zugegangen, lediglich die Wirksamkeit ist während der Geschäftsfähigkeit nicht eingetreten, was jedoch nach § 130 Abs. 2 BGB nicht insgesamt zu einer Unwirksamkeit führt.

Fallbeispiel 4: Student S ist knapp bei Kasse. Kommilitonin K übereignet ihm daher ihr altes Handy, nachdem S seines verliert. In der Vorlesung BGB AT erfährt K nun, dass Vereinbarungen und Verfügungen bedingt werden können (vgl. *Fallbeispiel 3*) und erklärt S daher, dass sie die Übereignung befristet, bis die finanzielle Lage des S gesichert ist. Liegt eine befristete Übereignung vor?

Grundsätzlich ist eine Befristung der Übereignung möglich. In *Fallbeispiel 4* stellt sich jedoch die Frage, ob das Nachschieben einer Bedingung oder Befristung möglich ist. Für den Fall des einseitigen Handelns muss dies verneint werden, da eine Partei (der Verfügende) nicht einseitig das geschlossene Verfügungsgeschäft modifizieren kann. Somit liegt im *Fallbeispiel 4* keine Befristung vor. Überzeugt K jedoch S davon, eine sog. Änderungsverfügung i.S.d. § 929 S. 1 BGB, also eine neue Einigung zu schließen, kann diese bedingt und befristet werden und ersetzt die zunächst unbedingt bzw. unbefristet geschlossene Einigung.²³

Hauptanwendungsfall von Bedingungen ist die Veräußerung unter Eigentumsvorbehalt. Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass die dingliche Einigung unter der aufschiebenden Bedingung erfolgt, dass das Eigentum erst mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises übergeht. Das Eigentum verbleibt somit bis zur vollständigen Bezahlung beim Veräußerer.

¹⁹ *Klinck*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.9.2022, § 929 Rn. 51; *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 38.

²⁰ So *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 38; ablehnend *Klinck*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.9.2022, § 929 Rn. 52.

²¹ RGZ 57, 95 (96); BGH NJW 1982, 275 (276); aus der Literatur *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 5 Rn. 53; *Jauernig*, NJW 1982, 268; *Thoma*, NJW 1984, 1162.

²² BGH BB 1960, 1147 f.

²³ Vgl. *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 38.

4. Umdeutung nach § 140 BGB

Eine Umdeutung nach § 140 BGB ist in drei Konstellationen in Betracht zu ziehen.

Fallbeispiel 5: Von einer Preisreduktion angelockt, bestellt Z versehentlich zwei Spielkonsolen im Online-Shop seines Vertrauens. Erst mit der Lieferung unter Eigentumsvorbehalt bemerkt er seinen Fehler. Da jedoch zwischenzeitlich nicht nur das Angebot geendet hat, sondern auch die Konsole an Wert gewonnen hat, veräußert er diese weiter an seine Nachbarin N.

Im *Fallbeispiel 5* möchte Z das Eigentum an einer der Spielkonsolen an N übertragen. Dies kann jedoch daran scheitern, dass er aufgrund der Lieferung unter Eigentumsvorbehalt lediglich ein Anwartschaftsrecht und kein Eigentum hieran besitzt. Möglicherweise kann seine dingliche Einigung mit N so ausgelegt werden (I. 1), dass es sich um die Übertragung des Anwartschaftsrechts handelt. Dem kann jedoch eine fehlende Auslegungsbedürftigkeit oder -fähigkeit entgegenstehen, beispielsweise infolge des aus Unwissenheit resultierenden eindeutigen Wortlauts. Mit anderen Worten: Eine Auslegung kann ausgeschlossen sein, weil die Willenserklärung eindeutig und somit der Auslegung nicht zugänglich ist. Kommt eine Auslegung nicht in Betracht oder ist diese nicht zielführend, könnte die Willenserklärung umgedeutet werden²⁴ und sich somit auf die Übertragung des Anwartschaftsrechts beziehen.

Fallbeispiel 6: A überträgt zur Finanzierung seines Unterhalts seiner Mitbewohnerin M das Eigentum an seinem Auto. Da er das Auto jedoch regelmäßig für den Arbeitsweg benötigt, behält er einen Schlüssel.

Im *Fallbeispiel 6* liegt keine Eigentumsübertragung vor. Die Übertragung des Alleineigentums scheitert daran, dass A als Veräußerer durch das Behalten eines Schlüssels weiterhin Mitbesitz innehat und kein Besitzverlust eintritt.²⁵ Statt der Übertragung des Alleineigentums könnte jedoch die Einigung von A und M zur Übertragung von Miteigentum umgedeutet werden.

Klausurhinweis: Auch die folgende Sachlage kommt in Betracht: Handelt es sich beim Veräußerer lediglich um einen Miteigentümer, welcher versucht, das Alleineigentum zu übereignen, ist ebenfalls an eine Umdeutung zu denken.

Eine umstrittene Sachlage ergibt sich im Gesellschaftsrecht in Hinblick auf Teile des Gesellschaftsvermögens.

Fallbeispiel 7: Die von Quantencomputern begeisterten Studenten A, B und C gründen die Q-GbR mit dem Zweck, einen solchen zu entwickeln, und haben hierfür nicht nur im Namen der GbR einen Mietvertrag geschlossen, sondern sind auch bereits mit der Entwicklung einer ersten Version vorangeschritten. A, die große Teile ihrer Arbeitszeit und finanziellen Mittel in die Entwicklung und den

²⁴ So BGH NJW 2006, 3488 (3490 Rn. 21); BGH NJW 1968, 1382 (1383); BGH NJW 1956, 665 (667); andere Ansicht RGZ 124, 38 (41).

²⁵ BGH NJW-RR 2005, 280 (281); OLG Karlsruhe MDR 2005, 1155 (1156).

Bau investiert hat, muss zur Weiterführung ihres Studiums einen Kredit bei der Bank aufnehmen und übereignet dieser „ihren Anteil“ am Quantencomputer.

In *Fallbeispiel 7* möchte A einen Anteil des Gesellschaftsvermögens, mit anderen Worten den Anteil an einem einzelnen Gesellschaftsgegenstand übereignen. Dies ist jedoch nach § 719 BGB nicht möglich. In Betracht kommt aber eine Umdeutung zur Übertragung der Mitgliedschaft nach §§ 398, 413 BGB. Dies würde bedeuten, dass A nicht „ihren Anteil“ am Quantencomputer, sondern ihre Mitgliedschaft an der GbR überträgt. Da jedoch die Übertragung der Mitgliedschaft die Übertragung eines „Anteils“ an einem Gesellschaftsgegenstand weit übersteigt und mit einem Gesellschafterwechsel weitere Folgen verbunden sind, ist eine Umdeutung im vorliegenden Fall abzulehnen.²⁶

5. Geschäftsfähigkeit

Bei Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen sind die §§ 104 ff. BGB zu beachten. Anzeichen hierfür sind neben vor allem dem Alter der Beteiligten auch Angaben oder Feststellungen zum Vorliegen einer dauerhaften (§ 104 Nr. 2 BGB) oder vorübergehenden (§ 105 Abs. 2 BGB) Störung der Geistestätigkeit, beispielsweise Drogenkonsum. Vom Klausurbearbeiter wird hierbei nicht die Kenntnis bestimmter Richtwerte, beispielsweise der Blutalkoholkonzentration, gefordert, da die Rechtsprechung zumeist eine Bewertung im Einzelfall vornimmt.²⁷ Oft wird die Geschäftsfähigkeit offensichtlich vorliegen bzw. nicht vorliegen oder vom Sachverhalt festgestellt werden.

Besondere Bedeutung hat beim Fehlen einer vollumfänglichen Geschäftsfähigkeit neben der Einwilligung und Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (§§ 107, 108 BGB), die schwebende Unwirksamkeit, sowie § 107 BGB aufgrund des Abstraktionsprinzips, wonach bei rechtlich vorteilhaften Willenserklärungen keine Einwilligung erforderlich ist.

Fallbeispiel 8: Der vierzehnjährige C übereignet sein altes Handy an den volljährigen, obdachlosen O.

Im *Fallbeispiel 8* ist somit die Wirksamkeit der Willenserklärung anhand der §§ 106 ff. BGB zu überprüfen. Mangels einer rechtlich vorteilhaften Willenserklärung (Eigentumsverlust) und einer Einwilligung der Erziehungsberechtigten ist das Geschäft schwebend unwirksam. Wird keine Genehmigung erteilt, liegt keine dingliche Einigung und somit keine wirksame Eigentumsübertragung vor.

Fallbeispiel 9: Der volljährige und geschäftsfähige D übereignet Ohringe an die achtjährige E im „Tausch“ gegen eine 2 € Münze. Die Erziehungsberechtigten der E sind mit dem Geschäft nicht einverstanden. Tatsächlich handelt es sich jedoch um ein wertvolles Familienerbstück, wie D von seiner Ehefrau erfährt und woraufhin er nach § 985 BGB die Herausgabe verlangt.

Im *Fallbeispiel 9* stellt sich die Frage, ob E Eigentümerin der Ohringe geworden ist. Das hängt davon ab, ob die Annahme der Willenserklärung des D zur Übereignung der Ohringe rechtlich (! nicht wirtschaftlich) vorteilhaft ist. Ist dies nicht der Fall, liegt mangels Einwilligung und Genehmigung keine Einigung vor. Anders als in *Fallbeispiel 8* verliert E nicht das Eigentum an einer Sache (rechtlicher

²⁶ Weiteres Fallbeispiel in *Schwabe*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2021, Fall 12.

²⁷ So BGH VersR 1965, 656 und BGH VersR 1967, 341 zum Alkoholkonsum; LAG Hessen BeckRS 2007, 40542 zum Ausschluss der freien Willensbestimmung durch einen hochfieberhaften Allgemeininfekt in Verbindung mit einer massiven Kreislaufstörung bei Hypotonie.

Nachteil), sondern erhält möglicherweise welches. So betrachtet, liegt ein rechtlicher Vorteil vor,²⁸ sodass die Einigung nach § 107 BGB wirksam ist. Andererseits erlischt jedoch durch die Übergabe der Sache ein möglicherweise bestehender Anspruch der E, nämlich ein Anspruch auf Übergabe der Sache. Das würde einen rechtlichen Nachteil darstellen, sodass für die Beantwortung der rechtlichen Vorteilhaftigkeit zu überprüfen ist, ob ein solcher Anspruch besteht. Dieser könnte vorliegend lediglich aus der Vereinbarung (Kaufvertrag, nicht Tauschvertrag) zwischen D und E resultieren. In diesem verpflichtet sich E jedoch, an D einen Betrag von 2 € zu zahlen, sodass diese Vereinbarung selbst rechtlich nachteilig und mangels Einwilligung und Genehmigung unwirksam ist.²⁹ Ein Anspruch der E auf Übereignung der Ohringe besteht nicht, sodass dieser Anspruch nicht erfüllt werden kann, E diesen nicht verlieren kann und kein Rechtsverlust vorliegt. Mangels Rechtsverlust (rechtlicher Nachteil) ist die Einigung zwischen E und D in *Fallbeispiel 9* zur Eigentumsübereignung an den Ohringen wirksam, E hat Eigentum erlangt und D hat keinen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.

Klausurhinweis: Die Streitfrage, ob der Verlust des Anspruchs auf Übergabe einen rechtlichen Nachteil darstellt, ist insbesondere in den Fällen relevant, in denen das Verpflichtungsgeschäft durch Einwilligung oder Genehmigung wirksam ist und das Verfügungsgeschäft ohne diese durchgeführt wird. Mit anderen Worten ist der Streit dann zu entscheiden, wenn es einen wirksamen Anspruch gibt, der durch die Wirksamkeit der dinglichen Einigung erfüllt wäre. In der Konstellation des *Fallbeispiels 9* kommt es nicht auf einen Streitscheid an.³⁰

6. Stellvertretung

Beide Parteien der dinglichen Einigung (Veräußerer und Erwerber) können sich hierbei vertreten lassen. Dies erlaubt es dem Klausurersteller, verschiedene Probleme aus dem allgemeinen Teil des BGB, aber auch des Gesellschaftsrechts in die Prüfung der Übergabe einzubauen. Üblicherweise erwarten den Klausurbearbeiter keine Probleme bei der Zulässigkeit, da kein höchstpersönliches Geschäft und immer ein rechtsgeschäftliches Handeln vorliegt. Schwerpunkte können darin liegen, ob (a) eine eigene Willenserklärung des Stellvertreters vorliegt oder es sich um einen Boten handelt, (b) das Offenkundigkeitsprinzip mitsamt seinen Ausnahmen erfüllt ist und vor allem (c) ob eine Vertretungsmacht vorliegt, wie diese im Innen- und Außenverhältnis definiert und ob sie erloschen ist. Zu denken ist auch (d) an das Handeln ohne wirksame Vollmacht (Vertreter ohne Vertretungsmacht), beispielsweise durch eine Rechtsscheinvollmacht und eine mögliche Genehmigung sowie die Folgen, falls diese verweigert wird.³¹ Den Umgang mit mehreren solchen „Stolpersteinen“ bei der Klausurlösung soll Fallbeispiel 10 verdeutlichen.

Fallbeispiel 10: A und B sind Komplementäre der „Gebrauchtwaren A & B KG“, die sich auf den Vertrieb gebrauchter Haushaltsgegenstände spezialisiert haben. C ist Kommanditist und außerhalb der

²⁸ Im Falle von Ohringen ist die Erlangung von Eigentum unproblematisch ein rechtlicher Vorteil. Anders kann dies jedoch aufgrund laufender Kosten bei Tieren, steuerpflichtigen Gegenständen und Grundstücken sein.

²⁹ Zu denken ist zwar auch an § 110 BGB, vorliegend kann jedoch aufgrund des Alters des E und mangels Angaben im Sachverhalt davon ausgegangen werden, dass keine Bewirkung mit Mitteln vorliegt, die zur freien Verfügung überlassen wurden; allgemein zu Minderjährigen im Zivilrecht *Staudinger/Steinrötter*, JuS 2012, 97.

³⁰ Vertiefend *Preuß*, JuS 2007, 881; allgemein zu Minderjährigen im Zivilrecht *Staudinger/Steinrötter*, JuS 2012, 97.

³¹ Grundwissen zur Stellvertretung *Lorenz*, JuS 2010, 382; *Mock*, JuS 2008, 309 (Teil 1) und 391 (Teil 2) sowie 486 (Teil 3) und zur Vollmacht *Lorenz*, JuS 2010, 771.

Öffnungszeiten mit A und B verabredet. Vor Ankunft dieser betritt ein Kunde K das Geschäft und erwirbt von C ein gebrauchtes Pfannenset, bezahlt und nimmt die Ware mit. A und B erfahren anschließend hiervon und sind mit dem Geschäft des C nicht einverstanden. Besteht ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB der KG gegen K?

Für einen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB stellt sich vor allem die Frage, ob die KG das Eigentum am Pfannenset verloren hat. Dies könnte durch das Handeln des C geschehen sein. Zunächst ist zu beantworten, ob eine wirksame Vertretung der „Gebrauchtwaren A & B KG“ durch C vorliegt. Nach § 170 HGB ist jedoch ein Kommanditist nicht zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt, sodass keine gesetzliche Vertretungsmacht vorliegt.

Umstritten ist, ob § 170 HGB dispositiv ist und eine abweichende Regelung getroffen werden kann. Hierbei muss zwischen der organschaftlichen und rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht differenziert werden. Nach herrschender, in der Literatur jedoch zu Recht zum Teil bezweifelter Meinung³² ist § 170 HGB nicht dispositiv, sodass einem Kommanditisten keine organschaftliche Vertretungsmacht eingeräumt werden kann. Anderes soll jedoch für eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht gelten,³³ sodass dem Kommanditisten in jedem Umfang eine Vollmacht zur rechtsgeschäftlichen Vertretung erteilt werden kann. Das ist jedoch in *Fallbeispiel 10* nicht geschehen.

Mangels einer gesetzlichen, organschaftlichen und rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht ist anschließend das Handeln unter Rechtsscheinvollmacht zu prüfen. Aufgrund des Verhaltens des C ist an eine Anscheinsvollmacht zu denken.³⁴ Hierfür ist eine objektive Grundlage erforderlich, infolgedessen der Vertragspartner nach Treu und Glauben ein berechtigtes Vertrauen in das Handeln unter Vertretungsmacht besitzt (sog. Rechtsscheintatbestand).³⁵ Während es hierfür beispielsweise nicht ausreichend ist, das Bestehen einer Vertretungsmacht zu behaupten,³⁶ kann vorliegend aufgrund der Anwesenheit des C im eigentlich geschlossenen Verkaufsraum und unter Einbeziehung des Rechtsgedanken des § 56 HGB³⁷ von einer Grundlage des Vertrauens des S ausgegangen werden. Erforderlich ist zudem die Gutgläubigkeit des K.³⁸ Hierfür gelten keine hohen Anforderungen. Nach der Rechtsprechung entfällt die Gutgläubigkeit nur, wenn dem Geschäftspartner, also K, das Fehlen der Vollmacht bekannt war oder hätte bekannt sein müssen.³⁹ Dies ist vorliegend nicht der Fall. Das Vertrauen des K in die Vollmacht des C muss jedoch dem Vertretenen⁴⁰ zugerechnet werden. Abweichend von der Duldungsvollmacht ist hierfür keine positive Kenntnis des Vertretenen erforderlich, sondern nur, dass der Vertretene bei Wahrung der erforderlichen Sorgfalt das Handeln des Vertreters

³² BGHZ 41, 367 (369) = NJW 1964, 1624; BGHZ 51, 198 (200) = NJW 1969, 507 (508); a.A. Beyer, in: BeckOK HGB, Stand: 15.10.2022, § 170 Rn. 14; Grunewald, in: MüKo HGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2022, § 170 Rn. 13 f.; Bergmann, ZIP 2006, 2064 (2066 ff.).

³³ BGHZ 17, 392 (394) = NJW 1955, 1394 (1395) m.w.N.

³⁴ In *Fallbeispiel 10* findet sich keine Anhaltspunkte dafür, dass A und/oder B zuvor ein ähnliches Handeln des K geduldet haben, sodass sich die Prüfung der Duldungsvollmacht erübrigt.

³⁵ Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 113.

³⁶ So beispielsweise BGH NJW 1998, 1854 (1855).

³⁷ Nach § 56 HGB gilt ein Angestellter in einem Laden oder offenen Warenlager zu Verkäufen und Empfangnahmen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs ermächtigt. Da K jedoch Kommanditist und nicht Angestellter ist, findet § 56 keine Anwendung, jedoch kann aufgrund der gleichwertigen Interessenslage der Rechtsgedanken in der Beurteilung des Rechtsscheintatbestands davon ausgegangen werden.

³⁸ Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 122 f.; Schäfer, in: BeckOK BGB, Stand: 11.2022, § 167 Rn. 17.

³⁹ Vgl. BGH NJW 1982, 1513; BGH VersR 1971, 766; OLG Brandenburg BauR 2017, 891.

⁴⁰ Vorliegend kann der KG nach § 31 BGB das Wissen der Komplementäre A und B zugerechnet werden.

hätte erkennen können und müssen, sowie verhindern können.⁴¹ Mit anderen Worten ist es erforderlich, dass A oder B wussten oder wissen mussten, dass C im Namen der KG Geschäfte schließt und dies unterbinden konnten. Aus *Fallbeispiel 10* ergeben sich keine Anhaltspunkte (z.B. frühere „Fehlhandlungen“ des C), die darauf deuten, dass A oder B mit einem solchen Verhalten rechnen mussten. Ganz im Gegenteil deutet vieles auf einen kurzfristigen Entschluss des C zur Verwirklichung eines Vertragsschlusses, somit einem „Handeln im Effekt“. Die Zurechnung des Rechtsscheins ist somit zu verneinen.

Klausurhinweis: Abgesehen von der Anscheinsvollmacht ist auch an die Duldungsvollmacht, die Rechtsscheinhaftung bei Personen des öffentlichen Rechts, bei einem Widerruf im Innenverhältnis, der öffentlichen Kundgabe sowie beim Vorzeigen einer Vollmachtsurkunde zu denken.⁴²

Es kann somit festgestellt werden, dass C als Vertreter ohne Vertretungsmacht und Rechtsscheinvollmacht gehandelt hat. Somit ist das Geschäft, der Verkauf des Pfannensets, nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Es kann durch den Vertretenen genehmigt werden, was jedoch vorliegend nicht geschehen ist bzw. wovon nicht auszugehen ist, wenn A und B mit dem Geschäft des K nicht einverstanden sind. Durch die Verweigerung der Genehmigung liegt keine wirksame Einigung für einen Eigentumserwerb nach § 929 S. 1 BGB zwischen der KG und dem K vor.

Klausurhinweis: Ist – abweichend von *Fallbeispiel 10* – nach allen Ansprüchen der KG oder der rechtlichen Lage gefragt, ist unbedingt an § 179 BGB zu denken, welcher die (Nicht-)Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht regelt.

Neben § 929 S. 1 BGB ist auch an einen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB zu denken. Die Voraussetzungen des Rechtsscheintatbestands sind (siehe oben) erfüllt. Es liegt auch kein Abhandenkommen nach § 935 Abs. 1 BGB vor. Ein Problem „lauert“ jedoch bei der Gutgläubigkeit bzw. dabei, worauf sich diese beziehen muss. Bezugspunkt der Gutgläubigkeit für einen gutgläubigen Eigentumserwerb ist das Eigentum des Veräußerers.⁴³ Vorliegend glaubt K jedoch nicht, dass C Eigentümer des Pfannensets ist, sondern, dass C als Vertreter der KG das im Eigentum der KG stehende Pfannenset überträgt. Demnach scheidet ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 929 Abs.1, 932 Abs.1 BGB aus.

Im *Fallbeispiel 10* hat somit die KG nicht das Eigentum am Pfannenset verloren und kann dieses – sofern die restlichen Voraussetzungen des § 985 BGB vorliegen – von K herausverlangen.

7. Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe

In bestimmten Konstellationen ist an Nichtigkeitsgründe, insbesondere an die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB (I. 7. a) und einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB (I. 7. b) sowie an die Anfechtung (I. 7. c)–d) zu denken. Eine besondere Bedeutung hat hierbei das Abstraktionsprinzip mit der Folge, dass nicht jeder Mangel des schuldrechtlichen Geschäfts auch auf die dingliche Einigung durchschlägt.

⁴¹ BGHZ 65, 13 = NJW 1975, 2101; BGHZ 5, 111 (116) = NJW 1952, 657.

⁴² Vertiefend zur Rechtsscheinhaftung nach § 172 Abs. 1 BGB *Stöhr*, JuS 2009, 681.

⁴³ *Klinck*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.9.2022, § 932 Rn. 30.

a) Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB

Eine dingliche Einigung kann wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Gläubiger einer Sicherungsübereignung übersichert ist,⁴⁴ der Bewucherte (§ 138 Abs. 2 BGB) übereignet,⁴⁵ die Übereignung der Erfüllung von „Knebelungsverträgen“ dient⁴⁶ oder konkrete Dritte oder Gläubiger des Veräußerers schädigen soll.⁴⁷

b) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB

Fallbeispiel 11: V verkauft K unter Verstoß gegen die Ladenschlussvorschriften mehrere Waren. Ist K Eigentümer geworden?

Fallbeispiel 12: P übereignet V eine beträchtliche Menge Kokain zum weiteren Vertrieb. Nachdem P feststellt, dass V dieses mit minderwertigen Stoffen „streckt“, möchte er auf einen alternativen Partner setzen und verlangt die Herausgabe „seines“ verbliebenen Kokains. Zu Recht?

Ein Verstoß des Verpflichtungsgeschäfts gegen eine Verbotsnorm führt grundsätzlich wegen des Abstraktionsprinzips nicht zur Nichtigkeit der Verfügung nach § 134 BGB.⁴⁸ Nur wenn der Zweck der Verbotsnorm nicht anders wirksam durchgesetzt werden kann, kommt eine Nichtigkeit der dinglichen Einigung in Betracht.⁴⁹ Dies ist der Fall bei gesetzlichen Erwerbsverboten wie der hehlerischen Verfügung (§ 259 Abs. 1 StGB).

In *Fallbeispiel 11* hat V gegen die geltenden Ladenschlussvorschriften und somit gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sodass das Verpflichtungsgeschäft nach § 134 BGB nichtig ist. Da es sich jedoch „lediglich“ um ein Verhaltensverbot und kein Erwerbsverbot handelt, liegt eine wirksame dingliche Einigung vor, sodass K Eigentümer geworden ist.

Auch in *Fallbeispiel 12* hat P trotz des nichtigen Verpflichtungsgeschäfts mit V diesem grundsätzlich wirksam Eigentum am Kokain verschafft. Diese Nichtigkeit rührt aus einem Verstoß gegen § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, welches jedoch den Erwerb verbietet und somit trotz des Abstraktionsprinzips zur Nichtigkeit der dinglichen Einigung führt.⁵⁰

c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB) und widerrechtlicher Drohung (§ 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB)

Fallbeispiel 13: M und V gehen nach einem Opernbesuch durch die abendliche Stadt G spazieren. D stellt sich dem Paar mit gezückter Waffe in einer dunklen Straßenecke in den Weg und fordert M

⁴⁴ Zur Übersicherung und ihren Folgen *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 929 Rn. 53–55.

⁴⁵ So in RGZ 57, 95; RGZ 63, 179 (184); RGZ 109, 201; BGH NJW 1982, 2767; BGH NJW 1994, 1275.

⁴⁶ BGH NJW 1965, 337 f.; BGH NJW 1952, 1169 (1170).

⁴⁷ So in RGZ 109, 201 (202).

⁴⁸ So bereits in RGZ 68, 97 (100); 75, 68 (74); BGH NJW 1952, 60.

⁴⁹ RGZ 109, 201; BGHZ 11, 59 (62) = NJW 1954, 549; BGH NJW 1991, 2955 (2957).

⁵⁰ Im Ergebnis auch *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 35, welcher jedoch die „Gefahr“ nicht im Eigentum, sondern im Besitz sieht, im Ergebnis eine Nichtigkeit nach § 134 BGB bejaht, weil „mit dem Eigentum [...] ein Recht zum Besitz einhergeht und dieses dem Erwerber nach der ratio legis des BtMG nicht zustehen darf“.

auf, ihm das Eigentum an ihrer kostbaren Perlenkette im Austausch für ihr Leben zu übertragen. M und V folgen eingeschüchtert seiner Ansage.

Ob bei einer arglistigen Täuschung (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB) oder widerrechtlichen Drohung (§ 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB) eine dingliche Einigung angefochten werden kann, ist davon abhängig, ob der täuschungsbedingte Irrtum auch noch bei der Vornahme des Verfügungsgeschäfts fortwirkt bzw. die Drohung hierbei fortbesteht.⁵¹ In *Fallbeispiel 13* ist die dingliche Einigung von der widerrechtlichen Drohung veranlasst und daher anfechtbar.

d) Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB), Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB) und Eigenschaftsirrtum (§ 119 Abs. 2 BGB)

Fallbeispiel 14: A verkauft geschäftlich Kunstwerke, die er von Privatpersonen erwirbt. Davon ausgehend, es handle sich bei einem Werk um ein Plagiat, schenkt er dieses seiner Schwiegermutter S. Erst im Nachhinein stellt er fest, dass es sich um ein verschollenes Werk eines bekannten Künstlers handelt und verlangt unter Berufung auf den Irrtum die Herausgabe des Bildes.

Bei einer Anfechtung wegen eines Inhaltsirrtums (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB), Erklärungsirrtums (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB) oder Eigenschaftsirrtums (§ 119 Abs. 2 BGB) ist für die Nichtigkeit der dinglichen Einigung ausschlaggebend, worauf sich der Anfechtungsgrund bezieht. Grundsätzlich wird sie im Falle eines Inhalts- und Erklärungsirrtums bejaht, sofern sich der Irrtum auf die Verfügung erstreckt.⁵² Umstritten ist, unter welchen Bedingungen ein Eigenschaftsirrtum auf das Verfügungsgeschäft ausstrahlt. Der hierzu geführte wissenschaftliche Diskurs in Hinblick auf „Fallgruppen“ und „Bedingungen“ führt über den Pflichtstoff hinaus und kann im Detail nicht vom Klausurbearbeiter erwartet werden.⁵³ Wichtig ist, genau zu differenzieren, worauf sich der Irrtum bezieht und welchen Einfluss er auf die Verpflichtung und Verfügung aufweist. Anhaltspunkte für eine souveräne Klausurlösung bieten zudem gesetzliche Vorschriften, die den Umgang mit einem solchen Irrtum regeln und daher Vorrang genießen. Ein Beispiel hierfür sind die Vorschriften über den Erwerb kraft guten Glaubens bei einem Irrtum über die Berechtigung des Veräußerers, die daher nicht zur Anfechtung der dinglichen Einigung bezüglich des Verfügungsgeschäfts berechtigen.

In *Fallbeispiel 14* liegt ein Eigenschaftsirrtum in Hinblick auf den Urheber des Werkes vor. Ficht A die Schenkung nach § 119 Abs. 2 BGB an, muss sich diese nicht auf die dingliche Verfügung auswirken. Begründet werden kann das damit, dass der Irrtum über den Urheber zwar einen Einfluss auf das Verpflichtungsgeschäft hat, jedoch nicht auf das Verfügungsgeschäft, da hier einerseits nur diese Verpflichtung erfüllt wird und andererseits kein wirklicher Irrtum über die Eigenschaften „der Übergabe“ vorliegt. S ist daher weiterhin Eigentümerin, jedoch kann A nach § 812 BGB Rückübereignung verlangen.

8. Widerruf der dinglichen Einigung vor Übergabe

Die für eine dingliche Einigung erforderliche Willenserklärung wird nach § 130 Abs. 1 BGB erst mit

⁵¹ *Klinck*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.9.2022, § 929 Rn. 44 m.w.N.

⁵² Zu Ausnahmen *Lieder/Berneith*, JuS 2016, 673 (677).

⁵³ Zahlreiche Nachweise bei *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 34 und *Klinck*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.9.2022, § 929 Rn. 43 und 51.

ihrem Eingang beim Erklärungsempfänger wirksam, sofern dem Empfänger nicht vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. Problematisch kann dies sinngemäß nur sein, sofern die Willenserklärung dem Empfänger nicht sofort zugeht, sondern einem abwesenden Erklärungsempfänger gegenüber oder mittels eines Erklärungsboten erklärt wird. Probleme stellen sich in Hinblick auf die Frage, (a) ob die abgegebene Willenserklärung bereits oder überhaupt dem Empfänger zugegangen ist, insbesondere der Frage, wie weit der Machtbereich des Empfängers gilt und wann mit einer Kenntnisnahme unter normalen und außergewöhnlichen (urlaubs-, krankheits- oder haftbedingter Abwesenheit) Umständen zu rechnen ist, (b) wann die Willenserklärung bei Verwendung von Hilfspersonen wirksam wird und wer die Risiken trägt, sowie (c) welche Folgen eine Zugangsverhinderung oder Zugangsvereitelung hat. Darüber hinaus ist ggf. zu beachten, dass nach herrschender Meinung⁵⁴ aufgrund des Wortlauts der Norm und des Schutzzweckes bei einer Übergabe nach § 929 S. 1 BGB die Einigung zum Zeitpunkt der Übergabe vorliegen muss und somit die Willenserklärung bis zur Übergabe frei widerrufen werden kann.⁵⁵

9. Wirksamkeit der dinglichen Einigung im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft i.S.d. § 1363 Abs. 1 BGB

Fallbeispiel 15: M und F leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und betreiben zusammen ein Café. Nachdem sie infolge der Corona-Krise und damit eingehend starken Umsatzrückgängen den Betrieb einstellen mussten, beläuft sich ihr Vermögen im Großen und Ganzen auf das Inventar des geschlossenen Betriebs. Als F hört, dass eine alte Freundin A in der Nähe ein Café eröffnen möchte, bietet sie ihr das Inventar zum Freundschaftspreis an und übergibt es ihr kurz darauf. Als M einige Zeit später mit neuem Kapital das Café wieder in Betrieb nehmen will, bemerkt er das fehlende Inventar und fordert Herausgabe von A nach § 985 BGB.

Im Rahmen der Prüfung der dinglichen Einigung ist an den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft i.S.d. § 1363 BGB und die sich aus dem Familienrecht ergebenden Folgen zu denken. Nach § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Verpflichtung zu einer Verfügung für das Vermögen im Ganzen nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten möglich. Eine Verpflichtung ohne Zustimmung kann nach § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB nur mit der Einwilligung des anderen Ehegatten erfüllt werden. Dabei handelt es sich um ein absolutes Verfügungsverbot. Das Verfügungsverbot des § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB führt zur Unwirksamkeit der dinglichen Einigung, wenn es sich um eine Verpflichtung zur Übertragung des gesamten Vermögens (sog. Gesamttheorie) handelt, wobei nach der Rechtsprechung und herrschenden Meinung bereits eine Verpflichtung zur Übertragung des nahezu gesamten Vermögens (sog. Einzeltheorie) zur Unwirksamkeit führt.⁵⁶ Kein Verfügungsverbot liegt vor bei Realakten oder Verträgen zur Gebrauchsüberlassung wie Miete oder Pacht.⁵⁷

In *Fallbeispiel 15* liegt mit der Einzeltheorie eine Unwirksamkeit der dinglichen Einigung vor, während nach der Gesamttheorie, die erfordert, dass eine Einigung über das gesamte Vermögen als solches vorliegt, kein Verfügungsverbot gegeben ist.

⁵⁴ Aus der Rspr. BGH NJW 1978, 696; BGH NWJ 1979, 213; aus der Literatur ausführlich *Martinek/Röhrborn*, JuS 1994, 473 (476 f.) zur nicht mehr vertretenen Ansicht des RG, Urt. v. 28.10.1913 = RGZ 1914, 223 ff., wonach die Aufgabe des Übereignungswillens genügt; a.A. die Erste Kommission (Mot. III 336 f.); *Schödermeier/Woopen*, JA 1985, 622; *Wank/Kamanabrou*, Jura 2000, 154.

⁵⁵ *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 42 f.

⁵⁶ *Koch*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2023, § 1365 Rn. 15 f.

⁵⁷ *Koch*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2023, § 1365 Rn. 44.

II. Ein Blick über den Pflichtstoff hinaus – Exkurs

Das Recht ist im stetigen Wandel, sodass sich im Laufe der Zeit neue Fallkonstellationen ergeben, die die Verfasser des ursprünglichen BGB nicht oder nicht so vor Augen hatten. Dies gilt auch für das Sachenrecht. Im Folgenden soll kurz auf zwei Fragestellungen eingegangen werden, deren Wissen sich im Alltag, zum Verständnis, aber vielleicht auch in einer Klausur als hilfreich erweisen könnte: E-Commerce bzw. automatisierte Erklärungen eines Computers (II. 1.) und die Beteiligung eines Dritten (II. 2.).

1. E-Commerce bzw. Computererklärungen

Fallbeispiel 16: Hotelbetreiber H stellt in den Badezimmern der Standardzimmer Münzautomaten mit verschiedenen Hygieneartikeln auf. Wird eines der Produkte ausgewählt und anschließend der passende Betrag eingeworfen, gibt der Automat das Produkt heraus. Gast G fragt sich, ob er Eigentümer geworden ist.

Während bei der dinglichen Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber natürliche oder (vertretene) juristische Personen handeln, stellt sich die Frage, ob und welchen Einfluss es hat, eine der Parteien durch einen Automaten zu ersetzen. Grundsätzlich ist im Aufstellen eines Automaten ein konkludent erklärtes, auf Zahlung bedingtes Einigungsangebot zu sehen. Durch den Einwurf des Betrages in *Fallbeispiel 16* hat G dieses angenommen, sodass eine dingliche Einigung zwischen ihm und H vorliegt. Es sind keine weiteren Anhaltspunkte gegen eine wirksame Eigentumsübertragung zu erkennen, sodass G Eigentümer geworden ist.

2. Übereignung zugunsten Dritter

Fallbeispiel 17: Die Geschäftsleute A, B und C feiern den Abschluss einer Fusion. Aus dem geplanten Geschäftsessen unter sich entwickelt sich ein Pokerspiel, im Laufe dessen A mehrere Spiele hintereinander verliert. Entschlossen legt der geschäftsfähige, aber bargeldlose A seine Autoschlüssel auf den Tisch. C zieht sich für das kommende Spiel zurück, während B mit dem Einsatz des A einverstanden ist, jedoch darauf besteht, dass seine frisch verheiratete Schwester S im Falle seines Sieges den Wagen „erhält“. Dem stimmt A zu, verliert jedoch auch dieses Spiel. Auf der Fahrt zurück hinterlassen sie den besagten Wagen vor der Wohnung der S und reichen der verdutzten S alle Schlüssel und Fahrzeugpapiere. Ist S Eigentümer geworden?

Ob S Eigentümerin des Fahrzeugs geworden ist, hängt davon ab, welche Wirkung die dingliche Einigung zwischen A und B aufweist. Ob analog § 328 BGB eine Einigung zugunsten eines unbeteiligten Dritten erfolgen kann, ist umstritten.⁵⁸ Soweit ersichtlich, wird nicht vertreten, dass eine dingliche Einigung zugunsten Dritter uneingeschränkt wirksam ist. Hiergegen spricht bereits, dass in einer Übereignung zwar meist ein rechtlicher Vorteil liegt, das Vorliegen rechtlicher Nachteile beispielsweise in Form von laufenden Kosten jedoch nicht ausgeschlossen ist. Ein Vertragsschluss zulasten Dritter ist mit der Privatautonomie nicht vereinbar⁵⁹ und somit zurecht nicht zulässig. Auch die

⁵⁸ C. Heinze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 929 Rn. 42.

⁵⁹ BGH NJW 2014, 1882; BGH NJW 1995, 3183 (3184); BGHZ 61, 359 (361) = NJW 1974, 96; BGHZ 58, 216 (219) =

Zulässigkeit lediglich vorteilhafter Übereignung zugunsten Dritter ist als „aufgedrängte“ Eigentumsübertragung abzulehnen. In Teilen der Literatur wird vertreten, dass die Übereignung zugunsten Dritter wirksam ist, wenn dieser am Realakt beteiligt ist, jedoch analog § 333 BGB einem Vorbehalt der Zurückweisung unterliegt, während die Rechtsprechung dies in jedem Fall ablehnt.⁶⁰ Ob S im *Fallbeispiel 17* Eigentümerin geworden ist, hängt somit vom Streitentscheid ab. Für die Ansicht, dass eine Übereignung zugunsten Dritter möglich ist, spricht neben der Tatsache, dass dessen Bedürfnisse durch die Schwebelage berücksichtigt werden, auch, dass dieser für die Übergabe mitwirken muss. Kritisch zu betrachten ist jedoch die Schwebelage selbst, die im Widerspruch zum sachenrechtlichen Publizitätsprinzips steht.

III. Fazit

Die dingliche Einigung ist Voraussetzung jeder Eigentumsübertragung. Sie bietet zahlreiche Möglichkeiten, klassische „Probleme“ aus anderen Rechtsgebieten, vor allem dem allgemeinen Teil, des Handels- und Gesellschaftsrecht und selbst des Familienrechts, auf eine herausfordernde Weise in einen für gewöhnlich unproblematischen Prüfungspunkt einer sachenrechtlichen Prüfung einzubauen, beispielsweise die Geschäftsfähigkeit und Stellvertretung oder die im Rahmen dieses Beitrags nicht vertiefte Ernstlichkeit des Verfügungswillens (§ 116 BGB). Außerdem erlaubt sie Klausurbearbeitern, selbst zu argumentieren, beispielsweise im Rahmen einer Auslegung oder Umdeutung oder der Beurteilung der Nichtigkeit oder Anfechtung.

Fälle zur praktischen Anwendung

Benz, Geschenk ist geschenkt?, Jura 2020, 851 (Anfängerklausur zum Widerruf vor Übergabe).

Fehrenbach, Möbelmarkt in Not, Jura 2015, 1222 (Referendarexamensklausur zur Auslegung und zum Nachschieben von Bedingungen durch AGB).

Jauß, Examensklausur: Der gestohlene Schiele, ZJS 2021, 311 (Referendarexamensklausur zur Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB und § 134 BGB i.V.m. § 291 StGB).

Jauß, »Von Schatzfunden und Regalien«, Jura 2019, 628 (Referendarexamensklausur zur Unwirksamkeit nach § 40 Abs. 1 und 2 KGSG und § 134 BGB i.V.m. § 259 StGB).

Kanert, Examensklausur: Zwangsvollstreckung ohne Ende?, ZJS 2018, 427 (Referendarexamensklausur zur Auslegung).

Kästle, Übungsfall: Elvis und die große Pferdeversteigerung in T., ZJS 2011, 496 (Anfängerklausur zur Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung).

Lopes/Löffler, Anfängerhausarbeit: Rechenfehler mit Folgen, ZJS 2021, 319 (Anfängerhausarbeit zur Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung).

Lorz/Ruhnke, Wer will schon eine Birne, wenn er einen Apfel haben kann, Jura 2019, 862 (Anfängerklausur zur Geschäftsunfähigkeit).

Meier/Titz, Ein Oldtimer zum Freundschaftspreis, Jura 2016, 658 (Referendarexamensklausur zur Stellvertretung und Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Inhaltsirrtums).

Rodi, ZR-Anfängerhausarbeit zum BGB AT/Schuldrecht / (K)ein Pferd wie das andere, Jura 2021, 934 (Anfängerhausarbeit zur Stellvertretung und Anfechtung wegen Inhalts- und Eigenschaftsirrtum).

NJW 1972, 942; BGHZ 54, 145 (147) = NJW 1970, 2157; *Ulrici*, ZfA 2016, 377 (395).

⁶⁰ Vgl. *C. Heinze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 929 Rn. 43 f.; *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 41; *Klinck*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.9.2022, § 929 Rn. 61.

Sen: Die dingliche Einigung über die Eigentumsübertragung

Walter, Schwertransporter in Bewegung, Jura 2020, 740 (Fortgeschrittenenklausur zur Stellvertretung und Wirksamkeit der dinglichen Einigung im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft i.S.d. § 1363 Abs. 1 BGB).

Zech, Examensklausur ZR Silberhandel, Jura 2010, 215 (Referendarexamensklausur zum Eigentumsvorbehalt und der Sicherungsübereignung).

Die „Quasi-Kausalität“ des Unterlassens in der strafrechtlichen Fallbearbeitung

Prof. Dr. Dennis Bock, Wiss. Mitarbeiter Jan Nicklaus, Kiel*

I. Problemstellung	471
II. Kausalität und Alternativgeschehen im Begehungsdelikt	472
1. Condicio-Formel und gesetzmäßige Bedingung	472
2. Einbeziehung alternativer Geschehensabläufe	472
III. Kausalität und Alternativgeschehen im Unterlassungsdelikt	473
1. Grundlagen und Begriffliches	473
2. Vermeidbarkeits- und Risikoverminderungslehre	474
3. Ausgeblendete Alternativrisiken	476
a) Maßgeblichkeit des Erfolgs in seiner konkreten Gestalt?	476
b) Mehrere Personen wirken an der Erfolgsherbeiführung mit	477
aa) Mehrstufige und überholende „Quasi-Kausalität“	477
bb) Kumulative und alternative „Quasi-Kausalität“; Gremienentscheidungen	478
cc) Unterlassen ermöglicht pflichtwidriges Verhalten anderer	479
IV. Zusammenfassung	479

I. Problemstellung

Die Kausalität zeichnet sich bereits im Begehungsdelikt durch ein starkes Auseinanderfallen von Lehre und Fallbearbeitung aus: Die *condicio-sine-qua-non*-Formel wird in der Literatur vielfach als zirkelschlüssige bloße Umformulierung der Kausalitätsfrage kritisiert,¹ zugleich aber zur Anwendung in der Falllösung empfohlen.² Im Unterlassungsdelikt werden die resultierenden Probleme dadurch verschärft, dass § 13 Abs. 1 StGB mit der Formulierung „unterlässt, [...] abzuwenden“ eine Betrachtung alternativer Geschehensabläufe fordert, die im Begehungsdelikt gerade vermieden werden soll.³ Die Bestimmung des erforderlichen Zusammenhangs zwischen Unterlassen und Erfolg führt

* Dennis Bock ist Inhaber der Professur für Deutsches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Direktor des dortigen Instituts für Kriminalwissenschaften. Jan Nicklaus ist Wiss. Mitarbeiter an dieser Professur.

¹ Bock, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 5. Kap. Rn. 103; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 229; vertiefend Puppe/Grosse-Wilde, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, vor § 13 Rn. 90 ff.; Renzikowski, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 379.

² Bock, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 5. Kap. Rn. 103; vgl. auch Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 9.

³ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, vor § 13 Rn. 31; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 9. Kap. Rn. 27; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 233; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 12; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil,

beide Problemfelder zusammen. Entstehende dogmatische Friktionen werden durch den wenig aussagekräftigen Begriff der „Quasi-Kausalität“⁴ verdeutlicht.⁵ Die folgende Darstellung des Merkmals in seinen Anforderungen und problematischen Fallgruppen soll nicht nur bei der Fallbearbeitung helfen, sondern auch das Verständnis der zugrunde liegenden Fragestellungen fördern.

II. Kausalität und Alternativgeschehen im Begehungsdelikt

1. Condicio-Formel und gesetzmäßige Bedingung

Ausgangspunkt der Betrachtung der „Quasi-Kausalität“ ist die Kausalität im Begehungsdelikt. Nicht nur in der Rechtsprechung,⁶ sondern auch in der universitären Fallbearbeitung⁷ ist es üblich, die *condicio-sine-qua-non*-Formel anzuwenden: Eine Handlung ist kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele.⁸ Es wurde bereits angedeutet, dass diese Formel keinen subsumtionsfähigen Inhalt hat. Regelmäßig wird daher zur Beantwortung der Frage, ob der Erfolg ohne die Handlung entfiele, auf naturgesetzliche Bedingungsbeziehungen abgestellt:⁹ Der Schlag mit einem harten, schweren Gegenstand auf eine Vase führt erfahrungsgemäß dazu, dass diese Vase zerbricht, und deshalb kann der Schlag nicht hinweggedacht werden, ohne dass das Zerbrechen der Vase entfiele. Die *condicio*-Formel wird also nur vordergründig angewendet und inhaltlich durch die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung ausgefüllt. Obwohl deren unmittelbare Anwendung die Notwendigkeit, die *condicio*-Formel in bestimmten Fallgruppen zu modifizieren, vermied,¹⁰ ist aus Gründen der Üblichkeit nach wie vor zu empfehlen, die *condicio*-Formel in der Falllösung zugrunde zu legen.¹¹

2. Einbeziehung alternativer Geschehensabläufe

Nach ganz h.M. ist eine Vollendungsstrafbarkeit ausgeschlossen, wenn auch ein rechtmäßiges Alternativverhalten des Täters den Erfolg in seiner konkreten Gestalt verursacht hätte, sog. Rechts- oder Pflichtwidrigkeitszusammenhang.¹² Dies zwingt auch im Begehungsdelikt zur Betrachtung alternativer Geschehensabläufe.¹³ In der Praxis – und deshalb auch in Klausursachverhalten – kann häufig

52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 237; vgl. bereits *Spendel*, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, 1948, S. 38.

⁴ Zum Begriff *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 887; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 35; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, § 19 Rn. 1172 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁵ Vgl. *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 53.

⁶ St. Rspr., vgl. nur BGHSt 39, 195.

⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 2; näher *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863.

⁸ Statt aller *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, vor § 13 Rn. 31.

⁹ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 6 m.w.N.

¹⁰ *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 5. Kap. Rn. 103; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 24; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 229 ff.

¹¹ *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 5. Kap. Rn. 103; vgl. auch *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 9.

¹² *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 251; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 73; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 301 ff; für das Fahrlässigkeitsdelikt *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 52 Rn. 26 ff.

¹³ Vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 73; einschränkend *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 5. Kap. Rn. 127; abweichend etwa *Puppe/Grosse-Wilde*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, vor § 13 Rn. 200 ff.

nicht mit der nötigen Sicherheit¹⁴ festgestellt werden, ob ein gedachtes Alternativverhalten den Erfolg ebenfalls verursacht hätte.¹⁵ Als wesentliche Meinungsstränge können die sog. Risikoerhöhungslehre und die herrschende sog. Vermeidbarkeitslehre gelten.¹⁶ Nach ersterer genügt bereits die Steigerung des unerlaubten Risikos des Erfolgseintritts als Voraussetzung der objektiven Zurechnung materiell-rechtlich zur Vollendungsstrafbarkeit, wenn sich dieses Risiko im Erfolg realisiert.¹⁷ Letztere fordert die Feststellung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, dass auch das Alternativverhalten den Erfolg verursacht hätte.¹⁸ Prozessual ist nach beiden Auffassungen erforderlich, dass die Tatbestandsvoraussetzungen zur richterlichen Überzeugung gem. § 261 StPO feststehen; lediglich der materiell-rechtliche Bezugspunkt ist ein anderer.¹⁹

Die h.M. schränkt die hohen Anforderungen der Vermeidbarkeitslehre an anderer Stelle im Ergebnis ein, indem sie bestimmte Alternativrisiken oder sogar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehende Alternativursachen für unbeachtlich erklärt.²⁰ So sollen etwa hypothetische Kausalverläufe, die über die Betrachtung eines rechtmäßigen Alternativverhaltens hinausgehen, ausgeblendet werden.²¹ Dies betrifft maßgeblich rechtswidriges Verhalten anderer, so im Lehrbuchbeispiel der sog. alternativen Kausalität.²² Auch im Übrigen sollen Reserveursachen bereits materiell-rechtlich im Rahmen der Kausalität irrelevant sein.²³ Eine starke Erweiterung der Strafbarkeit erfolgt auch dadurch, dass im Begehungsdelikt auf den Erfolg in seiner konkreten Gestalt abgestellt wird: Insbesondere wenn nicht rechtsgutsbezogene Aspekte zum konkreten Erfolg gezählt werden, wird damit die Entlastung durch ein rechtmäßiges Alternativverhalten versagt, das den selben tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht hätte.²⁴ Dass diese Verengung nicht zwingend ist, zeigt die diesbezügliche Diskussion zum Unterlassungsdelikt.²⁵

III. Kausalität und Alternativgeschehen im Unterlassungsdelikt

1. Grundlagen und Begriffliches

Die Übertragung der Kausalitätslehre auf das Unterlassungsdelikt muss vom Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB ausgehen: „Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, [...]“. Der Unterlassungsvorwurf beruht also auf dem Nichtabwenden eines Erfolgs, d.h. auf der Nichtvornahme einer Handlung, die den Erfolg abgewendet hätte.²⁶ Der Gesetzeswortlaut setzt damit gerade keine Kausalität des Unterlassens, sondern eine solche der hypothetischen Hand-

¹⁴ Vgl. § 261 StPO sowie dazu *Tiemann*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 261 Rn. 11 ff.

¹⁵ Häufiges Beispiel ist der sog. Radfahrer-Fall, BGHSt 11, 1.

¹⁶ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2022, § 15 Rn. 44; zu weiteren Lösungsansätzen *Greco*, ZIS 2011, 674 (675).

¹⁷ Grundlegend *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (431 f.).

¹⁸ BGHSt 6, 1; vgl. die Nachweise bei *Greco*, ZIS 2011, 674 (675).

¹⁹ *Freund*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 213 (Fn. 348); *Engländer*, JuS 2001, 958 (960 f.); *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 56.

²⁰ Vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 12 ff. m.w.N.

²¹ *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 5. Kap. Rn. 127 m.w.N., vgl. auch die Nachweise bei Fn. 3.

²² *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 228 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 26 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 230.

²³ *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 233 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 15 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 237.

²⁴ Vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 15.

²⁵ Dazu unten 3. a).

²⁶ *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 53.

lung für ein hypothetisches Ausbleiben des Erfolgs voraus.²⁷ Das Konzept der Kausalität für ein Ausbleiben kann weiter konkretisiert werden: Erforderlich ist, dass der auf das Unterlassen des Täters folgende, tatsächlich eingetretene Geschehensablauf, der durch gesetzmäßige Bedingungen mit dem Erfolg verbunden ist, durch das hypothetische Täterhandeln abgebrochen worden wäre.²⁸ Dieser gesetzlichen Umschreibung kommt der teilweise verwendete Begriff der hypothetischen Kausalität²⁹ am nächsten: Das hypothetische Handeln wäre kausal für die Erfolgsabwendung. Der Begriff „Quasi-Kausalität“ erscheint demgegenüber spätestens bei synonyme Bezeichnung als „Fast-Ursächlichkeit“ wenig aufschlussreich. Angesichts seiner Üblichkeit sollte er in der Fallbearbeitung dennoch verwendet werden.³⁰ Wie im Begehungsdelikt ist darüber hinaus eine Einkleidung in die *condicio*-Formel zu empfehlen: „Quasi-Kausalität“ liegt vor, wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg (in seiner konkreten Gestalt)³¹ entfiel.³²

2. Vermeidbarkeits- und Risikoverminderungslehre

Im Unterlassungsdelikt ist bereits auf Ebene der „Quasi-Kausalität“ zwingend³³ ein hypothetischer Geschehensablauf zu betrachten.³⁴ Besteht diesbezüglich – wie in der Praxis regelmäßig –³⁵ Unsicherheit, stellt sich die Frage nach den materiell-rechtlichen und prozessualen Anforderungen mit besonderer Schärfe. Die Positionen entsprechen den zum Begehungsdelikt dargestellten: Die Vermeidbarkeitslehre fordert materiell-rechtlich die tatsächliche Erfolgsvermeidung im Fall der Vornahme der gebotenen Handlung, die Risikoverminderungslehre hält es für ausreichend, wenn diese Handlung objektiv *ex ante* dasjenige Erfolgsrisiko gemindert hätte, das sich im Erfolg realisiert hat.³⁶ Prozessual gilt nach beiden Auffassungen das Beweismaß des § 261 StPO.³⁷

Prämisse der Vermeidbarkeitslehre ist also, dass „Quasi-Kausalität“ materiell-rechtlich die (sichere) naturgesetzliche Ursächlichkeit der unterlassenen Handlung für das Ausbleiben des Erfolgs im Fall ihrer Vornahme voraussetzt.³⁸ Damit geht das prozessuale Beweismaß des § 261 StPO, d.h. das Erfordernis der Feststellung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, einher.³⁹ (Nur) mit

²⁷ *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 894; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 35; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 49 Rn. 8 ff.

²⁸ Vgl. *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 22. Kap. Rn. 20; anders noch *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 12. Kap. Rn. 65.

²⁹ Etwa *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 49 Rn. 13.

³⁰ Wenn demgegenüber teilweise eine Kausalität des Unterlassens selbst für möglich gehalten wird, ist damit lediglich eine perspektivische und terminologische Abweichung verbunden: Kausalität kann als Setzen eines notwendigen Teils einer hinreichenden Bedingung des Erfolgeintritts verstanden werden. Diese Bedingung kann positiv oder negativ sein. Wer dann etwa seinem Kleinkind für längere Zeit kein Wasser gibt, setzt eine negative Bedingung für dessen Verletzung oder sogar Tod. Der sachliche Gehalt ist derselbe: Die gebotene Wassergabe hätte das Weiterleben ermöglicht, den Todeserfolg also abgewendet. Zum Ganzen *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (895 ff.).

³¹ Hierzu unten 3. a).

³² *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 36 m.w.N.

³³ Im Begehungsdelikt erweckt die *condicio*-Formel den Eindruck, auch hier sei ein hypothetischer Kausalverlauf zu betrachten. Bei der Anwendung der Lehre von den gesetzmäßigen Bedingungen erweist sich dies jedoch als bloße Formulierungsfrage. Zum Ganzen *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 5. Kap. Rn. 110 m.w.N.

³⁴ *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 53.

³⁵ *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 12. Kap. Rn. 66.

³⁶ Vgl. nur *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 49 Rn. 15 ff.

³⁷ *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 56.

³⁸ Vgl. nur *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 49 Rn. 15 ff.

³⁹ Zum Beweismaß im Strafprozess *Tiemann*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 261 Rn. 11 ff.

dieser Prämisse ist der prozessuale in-dubio-pro-reo-Grundsatz anwendbar⁴⁰ und Zweifel an der Erfolgsvermeidung bei Vornahme der unterlassenen Handlung wirken sich zugunsten des Beschuldigten aus.⁴¹ Dann ist auch ein wahrgenommenes Strafbedürfnis bei nur geringfügigen Zweifeln⁴² kein durchschlagendes Gegenargument: Die Unschuldsvermutung ist ein rechtsstaatliches Kernprinzip.⁴³ Die Vermeidbarkeitslehre kann sich insbesondere auf den Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB sowie die Parallele zum Begehungsdelikt stützen: Wer die Kausalität naturalistisch versteht und von der objektiven Zurechnung trennt, setzt sich hierzu vordergründig in Widerspruch, wenn er zugleich die „Quasi-Kausalität“ allein nach Risikogesichtspunkten bestimmt.⁴⁴ Dies stellte auch die Entsprechung i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB in Frage.⁴⁵

Diese materiell-rechtliche Prämisse der naturalistischen Kausalität im Unterlassungsdelikt wird jedoch von der Risikoverminderungslehre angezweifelt. Sie geht davon aus, dass die Ermittlung aller Faktoren, die zu einem Erfolg real beigetragen haben oder in einem gedachten Alternativgeschehen hypothetisch beigetragen hätten, mit den derzeitigen technischen Mitteln prinzipiell nicht durchgeführt werden könne.⁴⁶ Wie zum Begehungsdelikt angedeutet wurde, behilft sich die h.M. damit, hypothetische Kausalverläufe im Allgemeinen auszublenden und nur in bestimmten Situationen einzubeziehen. Dann aber ist jede Einordnung einer Fallgruppe als materiell-rechtlich relevant oder irrelevant angreifbar.⁴⁷ Für die Risikoverminderungslehre spricht insofern ihre Konsequenz: Wenn faktisch stets nur ein hohes Risiko nachgewiesen werden kann, dann kann die Rechtsordnung zur Strafbarkeit auch nur ein solches fordern.⁴⁸ Dem verbreiteten Vorwurf, damit Verletzungs- in Gefährdungsdelikte umzuwandeln,⁴⁹ kann entgegengehalten werden, dass nicht nur der Verletzungserfolg tatsächlich eintreten, sondern sich auch das gesetzte Risiko darin verwirklichen muss.⁵⁰ Der vordergründige Widerspruch zum Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB erscheint insofern auflösbar, als auch der Reformgesetzgeber sich der Feststellungsunsicherheit hinsichtlich hypothetischer Geschehensabläufe bewusst gewesen sein dürfte, was eine weitergehende Auslegung rechtfertigen könnte.⁵¹ Da der Streit sich auf materiell-rechtlicher Ebene bewegt, kann der Risikoverminderungslehre zudem keine Missachtung des nur bezüglich der prozessualen Feststellung geltenden in-dubio-pro-reo-Grundsatzes,⁵² sondern allenfalls fehlende materiell-rechtliche Überzeugungskraft vorgeworfen werden.

Inkonsequenzen gegenüber der Behandlung der Kausalität im Begehungsdelikt bestehen von vornherein nicht, wenn auch dort mit einem probabilistischen Kausalitätsbegriff zur Kausalität allein die Setzung eines qualifizierten Erfolgsrisikos gefordert wird.⁵³ Aber auch eine auf den Pflichtwidrigkeitszusammenhang und die „Quasi-Kausalität“ beschränkte Risikoerhöhungs- bzw. -verminderungs-

⁴⁰ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 49 Rn. 15.

⁴¹ Zum in-dubio-pro-reo-Grundsatz Tiemann, in: *KK-StPO*, 9. Aufl. 2023, § 261 Rn. 63 ff.

⁴² Vgl. nur Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 39.

⁴³ Vgl. die ausdrückliche Erwähnung in Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 48 Abs. 1 GRC.

⁴⁴ Ransiek, *JuS* 2010, 490 (496).

⁴⁵ Gaede, in: *NK-StGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 15.

⁴⁶ Bock, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, 5. Kap. Rn. 108; Puppe/Grosse-Wilde, in: *NK-StGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, vor § 13 Rn. 135 ff.

⁴⁷ Puppe/Grosse-Wilde, in: *NK-StGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, vor § 13 Rn. 203.

⁴⁸ Bock, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, 5. Kap. Rn. 108.

⁴⁹ Vgl. nur Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 49 Rn. 16; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 304.

⁵⁰ Bock, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, 5. Kap. Rn. 126.

⁵¹ Bock, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, 12. Kap. Rn. 66.

⁵² So aber etwa Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 304.

⁵³ Vgl. Bock, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, 5. Kap. Rn. 109.

lehre⁵⁴ ist nicht widersprüchlich: Wie gesehen setzt die Ermittlung der Kausalität im Begehungsdelikt inhaltlich keine Betrachtung hypothetischer Geschehensabläufe voraus, auch wenn die *condicio-Formel* dies nahelegt. Sowohl im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs als auch bei der Bestimmung der „Quasi-Kausalität“ ist eine solche Betrachtung hingegen unvermeidbar. Da gerade in diesen Fällen prinzipielle Feststellungsdefizite bestehen, erscheint die abweichende Prüfung nicht gänzlich fernliegend.

In der Fallbearbeitung ist es üblich, die Vermeidbarkeitslehre zugrunde zu legen. Dies wird auch hier empfohlen, etwa unter Verweis auf den vordergründig eindeutigen Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB. Da ein allgemeiner probabilistischer Kausalitätsbegriff in Ausbildung und Fallbearbeitung keine Rolle spielt, sollte jedenfalls ihm in Klausuren und Hausarbeiten weder generell noch im Hinblick auf die „Quasi-Kausalität“ gefolgt werden. Die Unterscheidung der materiell-rechtlichen und prozessualen Anforderungen kann aber dabei helfen, den Streitstand und die Vermeidbarkeitslehre besser zu verstehen. Wünschenswert wäre, dass auch in veröffentlichten Falllösungen häufig zu findende Argumente – die Risikoverminderungslehre verstoße gegen den *in-dubio-pro-reo*-Grundsatz und wandle Verletzungs- in Gefährnungsdelikte um – präzisiert würden, um dem materiell-rechtlichen Ausgangspunkt der Risikoverminderungslehre Rechnung zu tragen.

3. Ausgeblendete Alternativrisiken

Auch und gerade im Unterlassungsdelikt wird der Anspruch der Vermeidbarkeitslehre relativiert, indem bestimmte Alternativrisiken ausgeblendet werden.

a) Maßgeblichkeit des Erfolgs in seiner konkreten Gestalt?

Im Begehungsdelikt wird so einhellig der Erfolg in seiner konkreten Gestalt für maßgeblich gehalten, dass dies in der Fallbearbeitung nicht begründet werden muss.⁵⁵ Eine Übertragung auf das Unterlassungsdelikt wäre möglich und wird von der h.L. befürwortet.⁵⁶ Die Rechtsprechung⁵⁷ und Teile der Lehre⁵⁸ halten jedoch (nur) im Unterlassungsdelikt den tatbestandlichen Erfolg als solchen für den maßgeblichen Bezugspunkt der Kausalität. Zur Begründung wird auf Fälle verwiesen, in denen die Vornahme einer Handlung, die den Erfolg in seiner konkreten Gestalt abgewendet hätte, mit der Gefahr einer anderweitigen Herbeiführung desselben Erfolgs verbunden wäre:

*Beispiel 1:*⁵⁹ V befindet sich mit seinem Kind in einer brennenden Mehrfamilienhauswohnung. Alle Ausgänge sind durch das Feuer versperrt. Die einzige Möglichkeit, sein Kind noch vor dem Feuer zu retten, besteht darin, es aus dem Fenster in die ausgebreiteten Arme bereitstehender Helfer zu werfen.

⁵⁴ Zum Begriff *Puppe/Grosse-Wilde*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, vor § 13 Rn. 204 f.

⁵⁵ Kritisch aber etwa *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 15.

⁵⁶ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, § 19 Rn. 1173; *Joecks/Jäger*, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2021, § 13 Rn. 24, jeweils m.w.N.

⁵⁷ BGH JZ 1973, 173; BGH NStZ 2000, 414 (415).

⁵⁸ *Freund*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 214 ff.; wohl auch *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 162.

⁵⁹ Nach BGH JZ 1973, 173; zu diesem Fallbeispiel *Freund*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 214; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 1173; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 6 Rn. 142 ff.; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 22. Kap. Rn. 24 f.; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 163; *Jäger*, JA 2022, 955 (957).

Es liegt nahe, dass auch der Wurf des Kindes aus dem Fenster mit einem Todesrisiko verbunden wäre. Wird auf den tatbestandlichen Todeserfolg als solchen abgestellt, scheidet dann auf der Grundlage der Vermeidbarkeitslehre eine Strafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB aus: Da nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann, dass der Tod tatsächlich vermieden worden wäre, ist V freizusprechen.⁶⁰ Dass speziell der Feuertod vermieden worden wäre, lässt sich demgegenüber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststellen. Die h.L. bejaht insofern zwar die Kausalität. Sie berücksichtigt den Risikoaustausch jedoch als Fallgruppe der objektiven Zurechnung und gelangt so zu einem Strafbarkeitsausschluss.⁶¹

Die dargestellte Sonderdogmatik des Unterlassungsdelikts erscheint also primär dann notwendig, wenn die Lehre von der objektiven Zurechnung abgelehnt wird. Da in der universitären Fallbearbeitung sowie im Ersten Staatsexamen die objektive Zurechnung in aller Regel zugrunde gelegt wird,⁶² erscheint die Lösung der h.L. dort vorzugswürdig. So kann eine auseinanderfallende Auslegung von Kausalität und „Quasi-Kausalität“ vermieden werden.⁶³

b) Mehrere Personen wirken an der Erfolgsherbeiführung mit

aa) Mehrstufige und überholende „Quasi-Kausalität“

Bei der Beurteilung aufeinander aufbauender und konkurrierender Geschehensabläufe ergeben sich gegenüber dem Begehungsdelikt keine Besonderheiten.⁶⁴

Beispiel 2: Vater V unterlässt es, abends das Sicherheitsgitter an dem Bett seiner Tochter T zu schließen. T fällt aus dem Bett und verletzt sich. Die Mutter der T, M, unterlässt es, ärztliche Hilfe für T herbeizurufen, sodass es zu tödlichen Verletzungen der T kommt.

Beispiel 3: Mutter M unterlässt es, ihre Tochter T ausreichend mit Nahrung zu versorgen. Bevor T jedoch aufgrund ihrer Unterernährung verstirbt, tritt der in *Beispiel 2* geschilderte Sachverhalt ein.

In beiden *Beispielfällen* ist das Unterlassen der M, ärztliche Hilfe herbeizurufen, unmittelbar „quasi-kausal“ für den Tod der T. In *Beispiel 2* unterlässt darüber hinaus V mit dem Schließen des Sicherheitsgitters eine gebotene Handlung. Hätte er diese vorgenommen, hätte T sich nicht verletzen können und M hätte keine ärztliche Hilfe herbeizurufen müssen. Dass M durch ihr Unterlassen T tötete, wurde mithin erst durch das Unterlassen des V ermöglicht. In dieser als „mehrstufige“⁶⁵ oder „fortwirkende“⁶⁶ „(Quasi-)Kausalität“ bezeichneten Fallgruppe führt die Anwendung der *condicio*-Formel zum richtigen Ergebnis: Auch das Unterlassen des V ist „quasi-kausal“ für den Tod der T.

Die Behandlung dieser Konstellation in der Ausbildungsliteratur dient primär ihrer Unterscheidung von der sog. überholenden „(Quasi-)Kausalität“:⁶⁷ In *Beispiel 3* ist das Unterlassen der M, T mit

⁶⁰ So BGH JZ 1973, 173.

⁶¹ Statt aller Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2021, § 13 Rn. 24.

⁶² Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 37 m.w.N.

⁶³ Dazu Freund, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 214.

⁶⁴ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 22. Kap. Rn. 21.

⁶⁵ Etwa Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 236.

⁶⁶ Etwa Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 23 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 242.

⁶⁷ Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 235 m.w.N.

Nahrung zu versorgen, ohne Einfluss auf den folgenden Sachverhalt: Die Nahrungsgabe kann hinzugedacht werden, ohne dass der Todeserfolg entfiel. Das „überholte“ Unterlassen ist also nicht „quasi-kausal“ für den Todeserfolg. Wenn M die T vorsätzlich nicht ausreichend ernährte, ist jedoch an eine Versuchsstrafbarkeit zu denken.⁶⁸

bb) Kumulative und alternative „Quasi-Kausalität“; Gremienentscheidungen

Auch die aus dem Begehungsdelikt bekannten Konstellationen der sog. kumulativen⁶⁹ und sog. alternativen Kausalität⁷⁰ können im Rahmen der „Quasi-Kausalität“ auftreten:

Beispiel 4: C wurde durch einen Schlangenbiss vergiftet und A und B haben jeweils eine ausreichende Dosis des Gegengifts.

Beispiel 5: C wurde durch einen Schlangenbiss vergiftet und A und B haben jeweils eine halbe Dosis des Gegengifts.

Weil das Zusammenwirken nicht auf die Erfolgsherbeiführung, sondern auf seine Abwendung gerichtet ist, kehren sich jedoch gewissermaßen die Vorzeichen um: *Beispiel 4* erinnert zunächst an Fallbeispiele zur alternativen Kausalität im Begehungsdelikt. Da A und B aber kein Gift, sondern ein Gegengift verabreichen, genügt mit der Verabreichung einer ausreichenden Dosis das pflichtgemäße Verhalten eines von beiden zur Vermeidung des Körperverletzungs- oder gar Todeserfolgs. Nur wenn beide dem C das Gegengift vorenthalten, tritt der Erfolg ein. Die *condicio*-Formel bedarf somit keiner Modifikation, es handelt sich um einen Fall der sog. kumulativen „Quasi-Kausalität“. Umgekehrt wäre in *Beispiel 5* zur Erfolgsvermeidung das pflichtgemäße Verhalten beider – die Verabreichung jeweils einer halben Dosis Gegengift – erforderlich, es liegt sog. alternative „Quasi-Kausalität“ vor.⁷¹ Wie im Begehungsdelikt kann auch die Konstellation der Gremienentscheidungen auftreten, namentlich wenn die Entscheidung auf ein Unterlassen gerichtet ist.⁷²

In der Falllösung gilt für alle Konstellationen folgende Leitlinie: Bei der Betrachtung alternativer Geschehensabläufe ist zu unterstellen, dass sich alle anderen Personen rechtmäßig verhalten.⁷³ Das Risiko rechtswidrigen Drittverhaltens wird ausgeblendet. Daraus folgt für die sog. alternative „Quasi-Kausalität“: Von mehreren Unterlassungen werden alle „quasi-kausal“ für einen Erfolg, die zwar alternativ, nicht aber kumulativ hinweggedacht, d.h. die gebotenen Handlungen hinzugedacht werden können, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.⁷⁴ Auch im Fall der Gremienentscheidung entlastet das rechtswidrige Verhalten Dritter nicht: Jedes Unterlassen einer Stimme für die Vornahme der gebotenen Handlung wird unabhängig von der Ergebnisrelevanz der Stimme

⁶⁸ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 22; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 245.

⁶⁹ Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 228 ff.; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 26 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 230.

⁷⁰ Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 231 ff.; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 34; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 231.

⁷¹ Vgl. Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 232a.

⁷² So in der viel beachteten Lederspray-Entscheidung, BGH NJW 1990, 2560.

⁷³ Vgl. nur Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2020, 22. Kap. Rn. 22; Dreher, *JuS* 2004, 17.

⁷⁴ Vgl. Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 228 ff.; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 26 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 230.

als „quasi-kausal“ für den nicht abgewendeten Erfolg angesehen.⁷⁵ Die sog. kumulative „Quasi-Kausalität“ ist demgegenüber wie im Begehungsdelikt ein Scheinproblem, da bereits durch Anwendung der *condicio-Formel* die „Quasi-Kausalität“ bejaht werden kann.⁷⁶

cc) Unterlassen ermöglicht pflichtwidriges Verhalten anderer

Mehrstufige Geschehensabläufe und alternative „Quasi-Kausalität“ können schließlich kombiniert werden: Der Unterlassungsvorwurf ist vielfach darauf bezogen, das rettende Verhalten eines anderen nicht ermöglicht, etwa einen Notarzt nicht gerufen zu haben. Denkbar ist aber, dass der andere das rettende Verhalten gar nicht vorgenommen hätte.⁷⁷

Beispiel 6: A verursacht einen Unfall mit B, der dadurch schwer verletzt wird. A unterlässt es, einen Notarzt zu rufen, woraufhin B an der Unfallstelle verstirbt. Hätte er einen Notruf abgesetzt, wäre der Notarzt C zur Unfallstelle gekommen. Dieser ist aber mit B zerstritten und hätte die Gelegenheit genutzt, ihn sterben zu lassen. B wäre also in jedem Fall verstorben.

In dieser Konstellation stellt sich das prinzipielle Problem, dass kein tatsächliches Verhalten des C vorliegt, das Rückschlüsse auf den hypothetischen Geschehensablauf erlaubte. Es ist somit nur eine Spekulation über dieses Verhalten möglich, die die nach der Vermeidbarkeitslehre erforderliche Sicherheit kaum gewährleisten kann.⁷⁸ Wer das Risiko des rechtswidrigen Verhaltens anderer einbezieht, gelangt so zu einem weiten Bereich der Straflosigkeit hinsichtlich vollendeter Unterlassungsdelikte.⁷⁹ Die Gegenauffassung blendet dieses Risiko demgegenüber auch in der vorliegenden Fallgruppe aus, unterstellt also erneut das pflichtgemäße Verhalten anderer im hypothetischen Geschehensablauf.⁸⁰ Neben einem drohenden Leerlaufen der (Vollendungs-)Unterlassungsstrafbarkeit kann hierfür die Wertung des § 22 StGB angeführt werden: Danach wird rechtswidriges Verhalten rechtlich erst in dem Moment relevant, in dem es nach außen getragen wird. Die Strafrechtsordnung unterstellt die Rechtstreue in diesem Sinne nicht nur prozessual durch die Unschuldsvermutung, sondern auch materiell-rechtlich.⁸¹ In der Fallbearbeitung erscheinen beide Auffassungen vertretbar. Die letztgenannte Ansicht erzielt allerdings einen Wertungsgleichlauf zu den zuvor erörterten Fallgruppen und erspart insofern kasuistisches Lernen.

IV. Zusammenfassung

Die Erfolgszurechnung wird im Begehungsdelikt dadurch geprägt, dass sowohl die Kausalität der eingetretenen Handlung als auch die fehlende Kausalität eines rechtmäßigen Alternativverhaltens

⁷⁵ BGH NJW 2003, 522 (525); Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 49 Rn. 23; Beulke/Bachmann, *JuS* 1992, 741; Dreher, *JuS* 2004, 17 (18); vgl. auch Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 237 ff; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, § 6 Rn. 232 ff.

⁷⁶ Vgl. nur Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 232.

⁷⁷ Puppe, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2023, § 30 Rn. 20; Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 62; Greco, *ZIS* 2011, 674.

⁷⁸ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 49 Rn. 19.

⁷⁹ BGH NJW 2010, 1087; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 49 Rn. 19.

⁸⁰ Konsequenz auf der Grundlage einer kausalitätsersetzenden Risikohöhlungslehre, vgl. nur Puppe/Grosse-Wilde, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, vor § 13 Rn. 133 ff.

⁸¹ Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2020, 9. Kap. Rn. 30; Puppe, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2023, § 30 Rn. 9; Stein, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, vor § 13 Rn. 28; Dreher, *JuS* 2004, 17.

materiell-rechtlich feststehen und prozessual mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden müssen, dabei aber bestimmte Alternativrisiken und Reserveursachen ausgeblendet werden. Dies ist auf das Unterlassungsdelikt zu übertragen: Materiell-rechtlich ist erforderlich, dass eine Handlung unterlassen wird, die für die Erfolgsabwendung kausal geworden wäre. Bei der Betrachtung des hypothetischen Geschehensablaufs werden aber erneut einzelne Risiken ausgeblendet. Insbesondere ist zu unterstellen, dass sich alle anderen Personen rechtmäßig verhalten hätten. Für die Fallbearbeitung kann so eine zuverlässige Richtschnur gewonnen werden.

Anfängerklausur im Sachenrecht: Der vertauschte Tennisschläger*

Prof. Dr. Beate Gsell, Wiss. Mitarbeiterin Anna Hauf, München**

Sachverhalt

Emine (E) und Darek (D) spielen regelmäßig auf hohem Niveau Tennis. Eines Tages setzt E seit Langem wieder einmal ihren teuersten Schläger (Wert: 400 €) ein, ist damit aber nicht zufrieden, zumal die Bespannung defekt ist, und lässt D wissen, dass sie diesen für's Erste nicht mehr einzusetzen gedenke. Weil D in akuter Geldnot ist und E für ihren teuren Schläger die gleiche Hülle wie D für seinen ziemlich runtergerockten eigenen Schläger (Wert: 10 €) benutzt, nutzt D die Gelegenheit und vertauscht nach dem Match heimlich beide Schläger (samt Hüllen). E bemerkt das nicht und nimmt in der Folge nicht ihren eigenen, sondern den Schläger des D mit nach Hause. Den Schläger der E bietet D im Freundeskreis als angeblich eigenen an und findet alsbald Ksenia (K) als Käuferin, die ihm dafür (ohne Hülle) 370 € zahlt, die D erhält, nachdem er ihr den Schläger aushändigt und die er sofort verbraucht. Kurze Zeit später entdeckt E wider Erwarten, dass bei ihr der Schläger des D verblieben ist, der ihr unter Tränen die Tat gesteht. E verlangt unter Darlegung des wahren Sachverhalts den Schläger von K heraus. K hat D bislang immer als aufrichtig erlebt und bezweifelt den Wahrheitsgehalt der Darstellung, zumal E keinerlei Beleg für ihr behauptetes Eigentum am Schläger vorlegen kann. K ruft deshalb bei D an, der sie beruhigt unter Verweis darauf, dass E schon immer über eine blühende Fantasie verfügt habe und ihre Geschichte „frei erfunden“ sei. K ist erleichtert, lässt die defekte Bespannung des teuren Schlägers für 40 € erneuern und das (intakte) blaue Griffband für 20 € durch ein rotes ersetzen. In das Holz des Griffes lässt sie für 30 € ihre Initialen „KN“ (für Ksenia Nikolaevna) gravieren.

Noch bevor der Schläger bei K zum Einsatz kommt, verlangt E den Schläger erneut von K heraus, außerdem Ersatz der Kosten (40 €), die erforderlich sind, um die Initialen „KN“ am Griff so beseitigen zu lassen, dass nichts mehr davon sichtbar ist.

K ist der Meinung, dass sie Eigentümerin des Schlägers geworden sei und deshalb selbstredend weder Herausgabe noch Ersatz für die Kosten der Beseitigung der Gravur schulde. Jedenfalls sei sie nicht zur Herausgabe verpflichtet, solange nicht E ihr die Kosten für die Bespannung, den Austausch des Griffbandes und die Gravur ersetze. E ihrerseits entgegnet, dass sie – was zutrifft – den Schläger selbst nicht hätte neu bespannen lassen, da sie damit unzufrieden gewesen sei und sie selbstverständlich auch nicht „das hässliche rote Griffband und fremde Initialen“ hätte anbringen lassen.

* Der Sachverhalt beruht auf einem Fall, der im Rahmen der Vorlesung Sachenrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2022/23 als Klausur gestellt wurde. Er richtet sich an Anfänger im Sachenrecht. Die Fußnoten sind mit Rücksicht auf diesen Adressatenkreis knapp gehalten.

** Die Autorin Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Die Autorin Hauf ist Wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

Bearbeitervermerk

In einem Gutachten, das – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind folgende Fragen zu beantworten:

Kann E von K Herausgabe des Schlägers und Ersatz der Kosten für die Beseitigung der Gravur verlangen?

Ansprüche auf Nutzungsentschädigung sind nicht zu prüfen.

Die Bearbeitungszeit beträgt 120 Minuten.

Lösungsvorschlag

I. Ansprüche der E gegen K auf Herausgabe des Tennisschlägers	484
1. Aus § 985 BGB	484
a) Eigentum der E	484
aa) Dingliche Einigung, § 929 S. 1 BGB	485
bb) Übergabe, § 929 S. 1 BGB	485
cc) Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs nach § 932 Abs. 1 S. 1 BGB	485
(1) Rechtsgeschäftlicher Erwerb im Sinne eines Verkehrsgeschäfts.....	485
(2) Objektiver Rechtsscheintatbestand nach § 932 Abs. 1 S. 1 BGB	485
(3) Guter Glaube der K, § 932 Abs. 2 BGB	485
(4) Kein Abhandenkommen, § 935 Abs. 1 S. 1 BGB	486
dd) Ergebnis.....	486
b) Besitz der K	487
c) Kein Recht der K zum Besitz, § 986 BGB	487
aa) Eigenes, obligatorisches Recht zum Besitz aus dem Kaufvertrag mit D, § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB	487
bb) Zurückbehaltungsrecht als Recht zum Besitz?	487
d) Einreden der K gegen den Anspruch aus § 985 BGB.....	487
aa) Zurückbehaltungsrecht gestützt auf einen Anspruch der K auf Ersatz der Kosten i.H.v. 40 € für die Erneuerung der Bespannung.....	488
(1) Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 S. 1 BGB gestützt auf einen Anspruch der K auf Ersatz der Kosten i.H.v. 40 € für die Erneuerung der Bespannung aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB	488
(a) Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zur Zeit der Verwendungs- vornahme	488
(b) Besitzer zur Zeit der Verwendungsvornahme gutgläubig und unverklagt, § 994 Abs. 2 BGB e.c.	488
(c) Verwendungen i.S.v. §§ 994 ff. BGB getätigt	489
(d) Notwendige Verwendung	489

(e)	Kein Ausschluss nach § 994 Abs. 1 S. 2 BGB	490
(f)	Rechtsfolge: Anspruch auf Verwendungsersatz.....	490
(2)	Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 und Abs. 2 BGB gestützt auf einen Verwendungsersatzanspruch aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB	490
bb)	Zurückbehaltungsrecht gestützt auf einen Anspruch auf Ersatz der Kosten i.H.v. 20 € für das neue Griffband	491
(1)	Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 S. 1 BGB gestützt auf einen Anspruch aus §§ 994 ff. BGB	491
(a)	Anspruch aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB	491
(b)	Anspruch aus § 996 BGB.....	491
(aa)	Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zur Zeit der Verwendungsvornahme	491
(bb)	K ist gutgläubig und unverklagt.....	491
(cc)	Nützliche Verwendungen.....	491
(c)	Ergebnis.....	492
(2)	Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB gestützt auf einen Anspruch aus §§ 684 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (allgemeine Verwendungskondiktion).....	492
(a)	Anspruch aus § 684 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB	492
(b)	Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB	492
(3)	Zwischenergebnis.....	492
cc)	Zurückbehaltungsrecht gestützt auf einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Gravur des Griffes	492
(1)	Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 S. 1 BGB gestützt auf einen Anspruch aus § 996 BGB	492
(2)	Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB gestützt auf einen Anspruch aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (allgemeine Verwendungskondiktion).....	493
(a)	Anspruch aus § 684 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S.1 BGB	493
(b)	Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB	493
(3)	Zwischenergebnis.....	493
dd)	Zwischenergebnis	493
e)	Ergebnis	493
2.	Aus § 861 Abs. 1 BGB.....	493
a)	Besitzentzug durch verbotene Eigenmacht, § 858 Abs. 1 BGB	493
b)	Fehlerhafter Besitz der K, § 858 Abs. 2 BGB	493
c)	Ergebnis	494

3. Aus § 1007 Abs. 1 BGB.....	494
4. Aus § 1007 Abs. 2 BGB.....	494
a) Früherer Besitz der E an einer ihr abhanden gekommenen beweglichen Sache.....	494
b) Besitz der K.....	494
c) Kein besseres Besitzrecht der K, §§ 1007 Abs. 3 S. 2, 986 Abs. 1 S. 1 BGB.....	494
d) Einreden der K gegen Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB.....	494
e) Ergebnis.....	494
5. Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.....	494
6. Aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB.....	495
II. Ansprüche der E gegen K auf Ersatz der Kosten zur Beseitigung der Gravur i.H.v. 40 €	495
1. Aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB.....	495
2. Aus § 992 BGB i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB.....	495
3. Aus § 823 Abs. 1 BGB.....	496
4. Aus §§ 823 Abs. 2, 858 Abs. 1 BGB.....	496
5. Aus §§ 678, 687 Abs. 2 S. 1 BGB.....	496
6. Ergebnis.....	496
III. Gesamtergebnis.....	496

Lösungsvorschlag

I. Ansprüche der E gegen K auf Herausgabe des Tennisschlägers

1. Aus § 985 BGB

Ein Anspruch aus § 985 BGB besteht, wenn E Eigentümerin und K nicht i.S.v. § 986 BGB zum Besitz berechnigte Besitzerin des Tennisschlägers ist.

a) Eigentum der E

Ursprünglich war E Eigentümerin des Tennisschlägers.

Die bloße Aussage, dass E den Schläger „für's Erste nicht mehr einzusetzen gedenke“, führt noch nicht dazu, dass sie das Eigentum nach § 959 BGB verliert. Es fehlt bereits an der dafür erforderlichen Besitzaufgabe durch E. Zudem zeigt E durch den Zusatz „für's Erste“, dass es ihr nicht darum geht, endgültig ihr Eigentum an dem Schläger aufzugeben.

Anmerkung: Ausführungen zu § 959 BGB sind nicht zwingend erforderlich und daher nicht zu erwarten. Wenn § 959 BGB erwähnt wird, soll dies positiv gewürdigt werden.

Weiterhin blieb E auch nach dem Austausch der Schläger durch D Eigentümerin. Sie könnte ihr Eigentum aber durch Übereignung des D an K gem. §§ 929 ff. BGB verloren haben.

aa) Dingliche Einigung, § 929 S. 1 BGB

K und D haben sich mit dem Inhalt, dass Eigentum an dem Tennisschläger auf D übergehen soll, dinglich geeinigt i.S.v. § 929 S. 1 BGB.

bb) Übergabe, § 929 S. 1 BGB

Die Übergabe setzt voraus, dass der Veräußerer seinen Besitz an der Sache vollständig verliert, der Erwerber Besitz an der Sache erlangt und dies auf Veranlassung des Veräußerers erfolgt.

D hat K den Schläger zum Zweck der Eigentumsverschaffung und mit Besitzverschaffungswillen ausgehändigt. Er hat damit seinen unmittelbaren Besitz auf K übertragen und ihr den Schläger somit i.S.v. § 929 S. 1 BGB übergeben.

Anmerkung: Die Übergabe ist hier offensichtlich gegeben. Es genügt daher, ihr Vorliegen in einem Satz festzustellen.

cc) Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs nach § 932 Abs. 1 S. 1 BGB

D war weder Eigentümer noch durch Rechtsgeschäft oder gesetzlich zur Verfügung über den fremden Tennisschläger der E befugt, sodass nur ein gutgläubiger Erwerb der K gem. § 932 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht kommt.

(1) Rechtsgeschäftlicher Erwerb im Sinne eines Verkehrsgeschäfts

K sollte das Eigentum von D durch Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB, mithin kraft Rechtsgeschäfts erwerben. Bei diesem Geschäft handelt sich auch um ein Verkehrsgeschäft. § 932 Abs. 1 S. 1 BGB ist vorliegend daher anwendbar.

Anmerkung: Dieser Aufbau dient der Übersichtlichkeit und Strukturierung des gutgläubigen Erwerbs. Der rechtsgeschäftliche Erwerb im Sinne eines Verkehrsgeschäfts ist an dieser Stelle völlig unproblematisch und daher nicht zwingend zu prüfen. Das Fehlen dieses Prüfungspunkts ist nicht negativ zu beanstanden.

(2) Objektiver Rechtsscheintatbestand nach § 932 Abs. 1 S. 1 BGB¹

Bei der Veräußerung nach § 929 S. 1 BGB ist gem. § 932 Abs. 1 S. 1 BGB kein über die Übergabe hinausgehender objektiver Rechtsscheintatbestand zur Rechtfertigung des Eigentumserwerbs erforderlich.

(3) Guter Glaube der K, § 932 Abs. 2 BGB

K muss gutgläubig i.S.v. § 932 Abs. 2 BGB gewesen sein. Nach § 932 Abs. 2 BGB ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die

¹ Vgl. zum Erfordernis des auf dem Besitz beruhenden objektiven Rechtsscheintatbestands für einen gutgläubigen Erwerb grundlegend BGH NJW 1953, 1506 (1507) m.w.N.

Sache nicht dem Veräußerer gehört.

D hat K den Schläger als angeblich eigenen angeboten, sodass K keine Kenntnis vom fehlenden Eigentum des D hatte. In Betracht kommt daher nur eine grob fahrlässige Unkenntnis vom fehlenden Eigentum des D.

Grobe Fahrlässigkeit läge vor, wenn nach den gesamten Umständen die erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.² Ein solcher Vorwurf wäre K nur zu machen, wenn sich ihr die Notwendigkeit einer Nachforschung über die Eigentumslage anhand konkreter Verdachtsmomente geradezu hätte aufdrängen müssen. Da K den D bisher stets als aufrichtig erlebt hat, durfte sie hier grundsätzlich auf sein Eigentum vertrauen. Ein besonderes Verdachtsmoment könnte sich zwar daraus ergeben, dass D den Tennisschläger für 370 €, mithin unter dem objektiven Wert von 400 € veräußert hat. Die Abweichung liegt hier jedoch bei weniger als 10 %, sodass noch keine erhebliche Unterschreitung des Marktwerts vorliegt. Gerade bei einem Verkauf im Freundeskreis sind kleinere Abschläge vom üblichen Verkaufspreis als „Freundschaftspreis“ üblich, sodass sich K auch aus der Unterwertveräußerung das fehlende Eigentum nicht geradezu aufdrängen musste. Im Ergebnis ist daher mangels besonderer Sorgfaltspflicht zur Nachforschung eine grob fahrlässige Unkenntnis der K zu verneinen.

Anmerkung: Möglich ist es auch, die Prüfung des guten Glaubens hier noch offen zu lassen und direkt § 935 Abs. 1 S. 1 BGB zu prüfen. Der gute Glaube zur Zeit des Erwerbs wäre dann ausführlich i.R.v. § 990 Abs. 1 S. 1 BGB zu prüfen, siehe unten.

(4) Kein Abhandenkommen, § 935 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein gutgläubiger Erwerb der K scheidet jedoch aus, wenn der Tennisschläger der Eigentümerin E i.S.v. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB abhandengekommen war. Abhandenkommen meint jeden unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes.³

Vorliegend hat D dadurch, dass er die Schläger vertauschte und den Schläger der E mitnahm, eigenen Besitz an dem Tennisschläger der E begründet. E hat somit ihren eigenen Besitz verloren. Dass D die Schläger vertauscht und seinen eigenen Schläger hinlegt, diene nur der Vertuschung der Wegnahme des Schlägers und ändert nichts daran, dass er durch diese (heimliche) Wegnahme des Schlägers E den Besitz entzogen hat.

Dies müsste auch ohne den Willen der E geschehen sein. Maßgeblich dafür ist allein der tatsächliche Wille der E zur Besitzaufgabe. E hat infolge des Austauschs der Schläger überhaupt nicht bemerkt, dass D ihren Schläger mitgenommen hat. Sie wusste mithin gar nicht, dass sie ihren Besitz verliert und konnte daher auch keinen natürlichen Willen gerichtet auf die Aufgabe des Besitzes an dem Tennisschläger haben.

E hat den Besitz an ihrem eigenen Schläger somit unfreiwillig verloren, sodass dieser ihr abhandengekommen ist i.S.v. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB.

dd) Ergebnis

E hat ihr Eigentum gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB nicht durch gutgläubigen Erwerb an K verloren und ist daher Eigentümerin des Tennisschlägers geblieben.

² BGH NJW 2013, 1946 (1947); BGH NJW 1980, 2245 (2246); BGH NJW 1953, 1139 (1139) m.w.N.

³ Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 935 Rn. 2.

Anmerkung: Hier könnte noch ein Eigentumserwerb der K nach § 950 BGB angedacht werden. Ein solcher ist jedoch offensichtlich nicht gegeben, weil es sich bei der Neubespannung, des Austauschs des Griffbands und der Gravur nicht um eine Verarbeitung, sondern eine bloße Bearbeitung des Tennisschlägers handelt. Es entsteht keine neue Sache.

b) Besitz der K

K ist unmittelbare Besitzerin des Schlägers i.S.v. § 854 BGB.

c) Kein Recht der K zum Besitz, § 986 BGB

K darf schließlich nicht i.S.v. § 986 BGB zum Besitz berechtigt sein.

aa) Eigenes, obligatorisches Recht zum Besitz aus dem Kaufvertrag mit D, § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

K ist zwar aus dem Kaufvertrag mit D gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB diesem gegenüber zum Besitz berechtigt, dieses Besitzrecht gilt jedoch wegen der Relativität der Schuldverhältnisse nicht auch gegenüber der Eigentümerin E.

bb) Zurückbehaltungsrecht als Recht zum Besitz?

K macht vorliegend wegen der getätigten Aufwendungen auf den Tennisschläger ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Denkbar wäre es, ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht der K als Recht zum Besitz anzusehen.⁴

Dafür könnte sprechen, dass § 986 BGB als abschließende Regelung alle Einwendungen (im weiteren Sinne, einschließlich Einreden) gegen den Herausgabeanspruch regeln könnte.

Dogmatisch überzeugender ist es hingegen, Zurückbehaltungsrechte nicht als Recht zum Besitz i.S.v. § 986 BGB, sondern als selbständige Gegenrechte gegen § 985 BGB anzusehen.⁵ Denn zum einen bewirkt die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts lediglich eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug (wohingegen § 986 BGB grundsätzlich zum Ausschluss des Anspruchs aus § 985 BGB führt). Zum anderen ist ein Zurückbehaltungsrecht eine Einrede, während das Besitzrecht eine Einwendung darstellt (vgl. die amtliche Überschrift des § 986 BGB). Außerdem haben das Recht zum Besitz und das Zurückbehaltungsrecht grundlegend unterschiedliche Funktionen: Während das Recht zum Besitz dem Inhaber die Gewaltausübung über die Sache erlaubt (Herrschaftsrecht), stellt das Zurückbehaltungsrecht lediglich ein Druck- und Befriedigungsmittel dar. Schließlich kann insbesondere § 1000 S. 1 BGB schon deshalb kein Recht zum Besitz begründen, weil andernfalls mit Vornahme einer ersatzfähigen Verwendung i.S.v. § 994 ff. BGB die Vindikationslage beendet wäre und somit §§ 994 ff. BGB, die ja eine solche Vindikationslage voraussetzen, gar nicht mehr zur Anwendung kämen.

d) Einreden der K gegen den Anspruch aus § 985 BGB

K könnte gegen den Anspruch aus § 985 BGB aber ein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 S. 1 BGB gestützt auf Verwendungsersatzansprüche nach §§ 994 ff. BGB bzw. nach § 273 Abs. 1 BGB gestützt auf Ersatzansprüche aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB zustehen. Das setzt

⁴ So BGH NJW-RR 1986, 282 (283).

⁵ Vgl. dazu und zu den Argumenten *Thole*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 986 Rn. 54 ff. m.w.N.

voraus, dass K von E Ersatz der von ihr aufgewendeten Kosten für die Bespannung, den Austausch des Griffbandes oder die Gravur des Griffes verlangen kann.

aa) Zurückbehaltungsrecht gestützt auf einen Anspruch der K auf Ersatz der Kosten i.H.v. 40 € für die Erneuerung der Bespannung

(1) Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 S. 1 BGB gestützt auf einen Anspruch der K auf Ersatz der Kosten i.H.v. 40 € für die Erneuerung der Bespannung aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein solches Zurückbehaltungsrecht setzt voraus, dass K von E aus §§ 994 f. BGB Ersatz der von ihr aufgewendeten Kosten für die Bespannung verlangen kann. In Betracht kommt ein Anspruch aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB.

(a) Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zur Zeit der Verwendungsvornahme

Wie oben bereits festgestellt, bestand im grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkt der Vornahme der Verwendung, also der Erneuerung der Bespannung, zwischen E und K eine Vindikationslage.

(b) Besitzer zur Zeit der Verwendungsvornahme gutgläubig und unverklagt, § 994 Abs. 2 BGB e.c.

Der Verwendungsersatzanspruch aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB besteht aus § 994 Abs. 2 BGB ersichtlich jedoch nur, wenn zur Zeit der Vornahme der Verwendung weder eine Herausgabeklage gegen den Besitzer rechtshängig ist i.S.v. § 261 Abs. 1 ZPO, noch der Besitzer nach § 990 Abs. 1 BGB bösgläubig hinsichtlich seines fehlenden Besitzrechts ist. Die hier allein in Betracht kommende Bösgläubigkeit i.S.v. § 990 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn der Besitzer bei Besitzerwerb die fehlende Besitzberechtigung kennt oder grob fahrlässig nicht kennt, §§ 990 Abs. 1 S. 1, 932 Abs. 2 BGB, oder wenn er nach Besitzerlangung positive Kenntnis vom fehlenden Besitzrecht erlangt, § 990 Abs. 1 S. 2 BGB.

Zur Zeit des Besitzererwerbs war K gutgläubig i.S.v. § 932 Abs. 2 BGB analog hinsichtlich der Eigentümerstellung des D (siehe oben) und daher auch gutgläubig hinsichtlich des aus ihrem vorgestellten Eigentumserwerb folgenden Besitzrechts.

Allerdings könnte K infolge des Herausgabeverlangens der E, das noch vor der Erneuerung der Bespannung erfolgte, positive Kenntnis vom fehlenden Besitzrecht erlangt haben i.S.v. § 990 Abs. 1 S. 2 BGB. Das setzt Kenntnis der die fehlende Besitzberechtigung begründenden Tatsachen sowie die entsprechende rechtliche Schlussfolgerung daraus (bei einer Parallelwertung in der Laiensphäre, also die Erkenntnis des Besitzers, dass er die Sache nicht behalten darf) voraus.⁶

Für die Frage, inwieweit K Kenntnis von der fehlenden Besitzberechtigung hat, ist auf ihre subjektive Vorstellung abzustellen. K glaubte, dass der Tennisschläger ursprünglich D gehörte, sie also durch die Veräußerung des D Eigentum an dem Schläger und damit auch eine Besitzberechtigung erworben hat.

Diese Vorstellung könnte sich dadurch geändert haben, dass E die K unter Aufklärung des Sachverhalts zur Herausgabe herausgefordert hat, sodass K an sich Kenntnis von den wesentlichen Tatsachen genommen hat. Die bloße Behauptung einer Tatsache begründet für sich genommen jedoch nicht auch die Kenntnis der behaupteten Tatsache selbst, wenn unklar ist, ob diese Tatsache wahr ist; vielmehr erlangt der andere Teil in diesem Fall nur Kenntnis von der Behauptung selbst.⁷ K bezweifelte den Wahrheitsgehalt der Aussage der E und hielt aufgrund der Versicherung des D, dass

⁶ Vgl. *Spohnheimer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2022, § 990 Rn. 24 m.w.N.

⁷ Vgl. auch *Herrler*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 990 Rn. 5, der auf das Vorliegen von liquiden Beweisen für die den Mangel des Besitzrechts begründenden Tatsachen abstellt.

die Geschichte der E „frei erfunden“ sei, das Herausgabeverlangen der E für unbegründet. Sie hat mit der Behauptung der E daher nur von deren Behauptung der relevanten Tatsachen, nicht aber auch von den den Mangel des Besitzrechts begründenden Tatsachen selbst Kenntnis erlangt. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn E gleichzeitig auch Nachweise für ihre Eigentümerstellung vorgelegt hätte. Dann nämlich hätte K durch Kenntnisnahme von den Beweisen auch Kenntnis der dadurch bewiesenen Tatsache erhalten. Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall.

K ging mithin weiterhin von denselben Tatsachen wie ursprünglich, und damit von einem bestehenden Besitzrecht, aus und hatte daher weiterhin keine Kenntnis vom fehlenden Besitzrecht i.S.v. § 990 Abs. 1 S. 2 BGB.

Der Kenntnis stünde es allerdings gleich, wenn K über den Mangel ihres Besitzrechts in einer Weise aufgeklärt worden ist, dass ein redlich Denkender sich der Überzeugung seiner Nichtberechtigung nicht verschließen würde.⁸ Vorliegend hat K sich, nachdem sie von E in Anspruch genommen wurde, bei D über die Ordnungsgemäßheit ihres Erwerbs vergewissert. Dieser sicherte der K daraufhin zu, dass die Geschichte der E „frei erfunden“ sei. Demgegenüber konnte E keine Belege für ihr behauptetes Eigentum vorweisen. Auch aus Sicht eines redlichen Dritten sind die Zweifel der D an dem Wahrheitsgehalt der Aussage der E daher nicht offensichtlich unbegründet. Da K den D stets als aufrichtig erlebt hat, darf sie seiner Aussage grundsätzlich mehr Glauben schenken als der der ihr unbekanntes E. Einem redlich denkenden Dritten hätte sich die Überzeugung seiner Nichtberechtigung somit nicht in der Weise aufgedrängt, dass er sich dieser nicht verschließen würde.

Anmerkung: Ausführungen dazu, dass es der Kenntnis gleich stünde, wenn sich K der Überzeugung von ihrer Nichtberechtigung böswillig verschließen würde, können nur von guten bis sehr guten Bearbeitern verlangt werden.

Eine etwaige nachträgliche fahrlässige Unkenntnis der K genügt nicht, um die Bösgläubigkeit i.S.v. § 990 Abs. 1 S. 2 BGB zu begründen.

(c) Verwendungen i.S.v. §§ 994 ff. BGB getätigt

Die Erneuerung der Bespannung des Tennisschlägers muss eine Verwendung i.S.v. § 994 Abs. 1 S. 1 BGB sein. Verwendungen i.S.v. §§ 994 ff. BGB sind sachbezogene Aufwendungen, d.h. freiwillige Vermögensopfer, die unmittelbar der Sache zugutekommen sollen, indem sie deren Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung dienen.⁹

Die Erneuerung der Bespannung soll den insoweit defekten Tennisschläger wiederherstellen und ist daher eine Verwendung.

(d) Notwendige Verwendung

Notwendig i.S.v. § 994 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Verwendung dann, wenn Sie zur Erhaltung oder ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache objektiv erforderlich ist und nicht nur Sonderzwecken des Besitzers dient.¹⁰

Da die alte Bespannung des Schlägers defekt war, war die Erneuerung der Bespannung objektiv erforderlich, um dessen Nutzbarkeit wiederherzustellen. Eine notwendige Verwendung liegt vor.

⁸ Erstmals BGH NJW 1958, 668, seither st. Rspr.

⁹ Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 994 Rn. 2.

¹⁰ Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 994 Rn. 5.

Dass E selbst den Schläger auf weitere Zeit nicht benutzen will und ihn daher selbst nicht repariert hätte, ist insoweit unerheblich. § 994 Abs. 1 S. 1 BGB stellt allein auf Notwendigkeit der Verwendung ab. Für die Notwendigkeit der Verwendung gilt ein objektiver Maßstab, sodass es auf die besondere Interessenlage des konkreten Eigentümers nicht ankommt. Das folgt bereits aus der Verweisung des § 994 Abs. 2 BGB auf § 683 BGB, die erst die Ersatzfähigkeit der notwendigen Verwendung, dagegen nicht die Notwendigkeit der Verwendung an sich, von der Interessenlage des Eigentümers abhängig macht.¹¹

Anmerkung: Würde die Gutgläubigkeit verneint und daher § 994 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 812 Abs. 1, 684 S. 1 BGB (nicht § 683 S. 1 BGB, weil die Reparatur nicht dem wirklichen Willen der E entspricht, die den Schläger „für's Erste nicht benutzen will“) geprüft, wäre dort eine Subjektivierung des Wertbegriffs nach den Grundsätzen über die aufgedrängte Bereicherung zu diskutieren gewesen.

(e) Kein Ausschluss nach § 994 Abs. 1 S. 2 BGB

Der Anspruch könnte gem. § 994 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen sein, wenn es sich bei den Kosten für die Erneuerung der Bespannung um gewöhnliche Erhaltungskosten handelt und K für die Zeit ihres Besitzes die Nutzungen verbleiben. Reparaturkosten zählen jedoch nur dann zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten, wenn mit ihnen typischerweise und in regelmäßigen Abständen zu rechnen ist. Das trifft insbesondere für normale Verschleißreparaturen zu.¹²

Hier wurde der Schläger seit langer Zeit von E nicht mehr eingesetzt und konnte daher mangels Benutzung gar nicht erheblich verschleifen. Dass die Bespannung trotzdem defekt ist, ist ungewöhnlich und geht über den gewöhnlichen, langsamen Verschleiß eines unbenutzten Tennisschlägers hinaus. Bei der Neubespannung des Schlägers handelt es sich daher nicht um eine gewöhnliche, routinemäßige Reparatur, sondern um eine Sondermaßnahme, die nicht unter gewöhnliche Erhaltungskosten fällt.

Anmerkung: Hier ist eine a.A. vertretbar. Dann wären an sich Nutzungsersatzansprüche der E gegen K zu prüfen, die laut Bearbeitervermerk aber von der Bearbeitung ausgeschlossen sind, sodass es im Ergebnis keinen Unterschied macht, welcher Auffassung gefolgt wird.

(f) Rechtsfolge: Anspruch auf Verwendungsersatz

K hat gegen E im Ergebnis einen Anspruch aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB auf Ersatz der Verwendungen für die Bespannung i.H.v. 40 €.

(2) Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 und Abs. 2 BGB gestützt auf einen Verwendungsersatzanspruch aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Zurückbehaltungsrecht aus §§ 273 Abs. 1 und 2 BGB gestützt auf den Anspruch der K aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB setzt voraus, dass der Anspruch der K bereits fällig wäre. Die Fälligkeit des Verwendungsersatzanspruchs tritt gem. § 1001 S. 1 BGB abweichend von § 271 Abs. 1 BGB erst mit Wiedererlangung der Sache oder Genehmigung der Verwendung durch den Eigentümer ein, was vorliegend

¹¹ Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 994 Rn. 28.

¹² Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 994 Rn. 53.

nicht gegeben ist. § 273 Abs. 1 und 2 BGB scheitert mithin an der Fälligkeit des Verwendungsersatzanspruchs.¹³

bb) Zurückbehaltungsrecht gestützt auf einen Anspruch auf Ersatz der Kosten i.H.v. 20 € für das neue Griffband

(1) Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 S. 1 BGB gestützt auf einen Anspruch aus §§ 994 ff. BGB

Das setzt voraus, dass K von E aus §§ 994 ff. BGB Ersatz der von ihr aufgewendeten Kosten für den Austausch des Griffbandes verlangen kann.

(a) Anspruch aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Austausch des Griffbandes dient der Verbesserung des Tennisschlägers und stellt eine Verwendung i.S.v. §§ 994 ff. BGB dar. Aber das bisherige Griffband war noch intakt. Der Austausch stellt mithin keine für die Erhaltung oder ordnungsgemäße Bewirtschaftung objektiv erforderliche, mithin notwendige Verwendung i.S.v. § 994 Abs. 1 S. 1 BGB dar, sondern dient bloß Sonderzwecken der K.

K hat gegen E keinen Anspruch auf Ersatz der Austauschkosten aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB.

(b) Anspruch aus § 996 BGB

(aa) Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zur Zeit der Verwendungsvornahme

Zwischen K und E bestand zur Zeit der Verwendungsvornahme eine Vindikationslage, siehe oben.

(bb) K ist gutgläubig und unverklagt

K ist vorliegend auch unverklagt und gutgläubig i.S.v. § 990 Abs. 1 BGB, siehe oben, sodass sie grundsätzlich nach § 996 BGB Ersatz ihrer nützlichen Verwendungen verlangen kann.

(cc) Nützliche Verwendungen

Die Kosten für den Austausch des Griffbandes müssen eine nützliche Verwendung i.S.v. § 996 BGB darstellen.

Bei dem Austausch des Griffbandes handelt es sich um eine Verwendung i.S.v. §§ 994 ff. BGB, die auch keine notwendige i.S.v. § 994 BGB ist, siehe oben.

Diese Verwendung müsste „nützlich“ i.S.v. § 996 BGB sein. „Nützlich“ in diesem Sinne sind Verwendungen, die den Sachwert noch zur Zeit der Herausgabe der Sache an den Eigentümer erhöhen.

Maßgeblich ist daher, ob der Austausch des Griffbands den Wert des Tennisschlägers zum Zeitpunkt der Herausgabe an E steigert. Woran dies zu messen ist, ist umstritten. Herkömmlich wird auf den objektiven Verkehrswert abgestellt. Andererseits könnte nach den Grundsätzen über die aufgedrängte Bereicherung eine Subjektivierung des Wertbegriffs nötig sein, wenn der Eigentümer keinen Nutzen aus der Verwendung zieht oder ziehen kann.¹⁴

Vorliegend lässt sich dem Sachverhalt schon nicht entnehmen, dass mit dem Austausch des Griffbandes eine Steigerung des objektiven Verkehrswerts verbunden ist. Es handelt sich lediglich um ein andersfarbiges, nicht auch um ein höherwertiges Band. Da E selbst den Schläger für's Erste nicht mehr einsetzen will und auch sonst keinen Vorteil aus dem aus ihrer Sicht „hässlichen“ roten Griffband zieht, liegt auch keine subjektive Werterhöhung aus der Sicht der E vor. Inwieweit es für die

¹³ Genau aus diesem Grund hat der Gesetzgeber den spezielleren § 1000 S. 1 BGB geschaffen.

¹⁴ Vgl. *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2022, § 996 Rn. 8 ff. m.w.N.

Beurteilung der Wertsteigerung auf den subjektiven Nutzen für E ankommt, kann hier somit offenbleiben.

(c) Ergebnis

K hat gegen E keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Austausch des Griffbandes aus § 996 BGB.

(2) Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB gestützt auf einen Anspruch aus §§ 684 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (allgemeine Verwendungskondition)

(a) Anspruch aus § 684 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Anspruch der K aus unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gem. § 684 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB wird vorliegend von §§ 994 ff. BGB als abschließende Regelung verdrängt.¹⁵

(b) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

§§ 994 ff. BGB verdrängen als abschließende Regelung auch die allgemeine Verwendungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB¹⁶, sodass K gegen E auch keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für das neue Griffband aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB haben kann.

(3) Zwischenergebnis

K kann keinen Ersatz der Kosten für den Austausch des Griffbandes verlangen und hat daher auch in dieser Hinsicht kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Herausgabeanspruch der E.

cc) Zurückbehaltungsrecht gestützt auf einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Gravur des Griffes

(1) Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 S. 1 BGB gestützt auf einen Anspruch aus § 996 BGB

Das setzt voraus, dass K von E aus §§ 994 ff. BGB Ersatz der von ihr aufgewendeten Kosten für die Gravur des Griffes verlangen kann. In Betracht kommt lediglich ein Anspruch aus § 996 BGB, da die Gravur nicht objektiv der Erhaltung der Sache diene.

Zwar bestand zwischen K und E zur Zeit der Anbringung der Gravur eine Vindikationslage. Die Gravur als klassische „Verschönerungsmaßnahme“ soll auch der Verbesserung des Tennisschlägers dienen und stellt daher eine Verwendung i.S.v. §§ 994 ff. BGB dar. Allerdings müsste die Gravur „nützlich“ i.S.v. § 996 BGB, d.h. werterhöhend (siehe oben), sein. Eine persönliche Gravur verändert eine Sache gegenüber dem Originalzustand in einer Weise, die sie individualisiert und es daher in der Regel erschwert, sie am Markt weiter zu veräußern. Aus diesem Grund ist der objektive Wert des Tennisschlägers durch die Gravur zur Zeit der Herausgabe an E nicht erhöht. Auch E selbst kann nichts mit der Gravur fremder Initialen auf dem Schläger anfangen, sondern will diese Gravur sogar wieder beseitigen lassen, sodass auch für E subjektiv der Wert des Tennisschlägers dadurch nicht erhöht ist. Unabhängig davon, ob die „Nützlichkeit“ der Verwendung objektiv oder subjektiv zu bestimmen ist, liegen daher keine nützlichen Verwendungen i.S.v. § 996 BGB vor.

¹⁵ Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, Vorb. §§ 987 ff. Rn. 167 m.w.N.; zudem würde es hier am Fremdgeschäftsführungswillen fehlen.

¹⁶ Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, Vorb. § 994 Rn. 15.

K hat gegen E keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Austausch des Griffbandes aus § 996 BGB.

(2) Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB gestützt auf einen Anspruch aus §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (allgemeine Verwendungskondition)

(a) Anspruch aus § 684 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S.1 BGB

Ein Anspruch der K aus unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gem. § 684 S. 1 BGB i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB wird vorliegend von §§ 994 ff. BGB als abschließende Regelung verdrängt.¹⁷

(b) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

§§ 994 ff. BGB verdrängen als abschließende Regelung die allgemeine Verwendungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB¹⁸, sodass K gegen E auch keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Gravur aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB haben kann.

(3) Zwischenergebnis

K kann keinen Ersatz der Kosten für die Anbringung der Gravur verlangen.

dd) Zwischenergebnis

K hat gegen E einen Anspruch aus § 994 Abs. 1 S. 1 BGB auf Ersatz von 40 € und kann sich insoweit auf das Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 S. 1 BGB berufen, was sie auch getan hat.

e) Ergebnis

E hat gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Tennisschlägers aus § 985 BGB, jedoch nur Zug um Zug gegen Zahlung von 40 €.

2. Aus § 861 Abs. 1 BGB

a) Besiztentzug durch verbotene Eigenmacht, § 858 Abs. 1 BGB

E hatte die tatsächliche Sachherrschaft über den Schläger und somit den unmittelbaren Besitz i.S.v. § 854 BGB inne. D hat die Schläger vertauscht und daher K den unmittelbaren Besitz an ihrem Schläger entzogen. Dies geschah auch ohne den Willen der K und ohne gesetzliche Gestattung, mithin durch verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB.

b) Fehlerhafter Besitz der K, § 858 Abs. 2 BGB

K muss gegenüber E aber auch fehlerhaft besitzen i.S.v. § 858 Abs. 2 BGB. Sie ist weder Täterin der verbotenen Eigenmacht (§ 858 Abs. 2 S. 1 BGB) noch hatte sie zur Zeit des Besitzerwerbs Kenntnis von der verbotenen Eigenmacht und dem damit fehlerhaften Besitz des D (§ 858 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BGB), sodass ihr Besitz nicht fehlerhaft ist.

¹⁷ Thole, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, Vorb. §§987 ff. Rn. 167 m.w.N.; zudem würde es hier am Fremdgeschäftsführungswillen fehlen.

¹⁸ Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, Vorb. § 994 Rn. 15.

c) Ergebnis

E hat gegen K keinen Anspruch auf Herausgabe aus § 861 Abs. 1 BGB.

3. Aus § 1007 Abs. 1 BGB

Zwar ist E frühere Besitzerin und K aktuelle Besitzerin des Tennisschlägers, mithin einer beweglichen Sache. Der Anspruch aus § 1007 Abs. 1 S. 1 BGB setzt jedoch die Bösgläubigkeit der K i.S.v. § 932 Abs. 2 BGB hinsichtlich ihrer fehlenden Besitzberechtigung bei Erwerb des Besitzes voraus.

K hatte bei Erwerb des Besitzes keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis vom fehlenden Eigentum des D und war daher gutgläubig sowohl hinsichtlich ihres Eigentumserwerbs als auch ihres daraus folgenden Rechts zum Besitz.

E hat gegen K somit keinen Anspruch auf Herausgabe des Tennisschlägers aus § 1007 Abs. 1 S. 1 BGB.

4. Aus § 1007 Abs. 2 BGB**a) Früherer Besitz der E an einer ihr abhanden gekommenen beweglichen Sache**

E war frühere Besitzerin des Tennisschlägers, der ihr infolge des Vertauschens durch D abhanden gekommen ist, siehe oben.

b) Besitz der K

K ist aktuell unmittelbare Besitzerin des Tennisschlägers i.S.v. § 854 BGB.

c) Kein besseres Besitzrecht der K, §§ 1007 Abs. 3 S. 2, 986 Abs. 1 S. 1 BGB

K hat entsprechend dem oben bei § 985 BGB Gesagten keine gegenüber dem Eigentum der E bessere Besitzberechtigung, insbesondere stellt das Zurückbehaltungsrecht nach §§ 1007 Abs. 3 S. 2, 1000 S. 1 BGB kein Recht zum Besitz i.S.v. §§ 1007 Abs. 3 S. 2, 986 Abs. 1 S. 1 BGB dar.

d) Einreden der K gegen Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB

Jedoch kann K gem. § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB auch gegenüber dem Anspruch aus § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB das Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 S. 1 BGB, gestützt auf einen Anspruch auf Ersatz der Verwendungen für die Neubespannung des Tennisschlägers aus § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. § 994 Abs. 1 S. 1 BGB geltend machen, worauf sie sich auch berufen hat.

e) Ergebnis

E hat gegen K einen Anspruch auf Herausgabe des Tennisschlägers aus § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB, jedoch wiederum nur Zug um Zug gegen Zahlung von 40 €.

5. Aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB

§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB könnte gar nicht anwendbar sein, da zwischen K und E eine Vindikationslage besteht. Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ist gem. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB gegenüber bereicherungsrechtlichen Ansprüchen aber nur hinsichtlich der Nutzungen (vgl. § 818 Abs. 1 BGB) speziell.

Die Sachsubstanz gebührt dagegen stets dem Eigentümer¹⁹, sodass auch die Eingriffskondition auf Herausgabe der Sache selbst gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB anwendbar bleibt.

K hat hier den Besitz an dem Tennisschläger als vermögenswerten Vorteil erlangt. Dies müsste auf Kosten der E erfolgt sein. Zu dem Zeitpunkt, zu dem K den Besitz erlangt hat, war E jedoch schon gar nicht mehr Besitzerin des Tennisschlägers, sodass der Besitzerwerb der K auch nicht auf Kosten der E erfolgte.

E hat gegen K mithin keinen Anspruch auf Herausgabe aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

Anmerkung: Da der Erwerb des Tennisschlägers schon nicht auf Kosten der E erfolgte, muss hier nicht auf den Vorrang der Leistungskondition eingegangen werden. Dieser ist als Argument nur nötig, wenn der Tatbestand der Eingriffskondition erfüllt wäre. Jedenfalls eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Vorrangs- und Subsidiaritätsprinzip kann von Studierenden im Grundstudium noch nicht erwartet werden.

6. Aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Zwischen K und E besteht – wie oben festgestellt – eine Vindikationslage. Gem. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB sind Schadensersatzansprüche aus §§ 823 ff. BGB daher von den Ansprüchen im Eigentümer-Besitzerverhältnis gesperrt. Fraglich ist allerdings, ob diese Regelung nicht hinsichtlich des Anspruchs aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 2 BGB auf Herausgabe der Sache selbst teleologisch zu reduzieren ist. Denn dass der Besitzer zumindest die Herausgabe der Sache schuldet, ergibt sich aus § 985 BGB, während § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB eine Sperrwirkung nur für Folgeansprüche bestimmt.

Jedenfalls hat K vorliegend den Besitz an dem Tennisschläger gutgläubig erlangt, sodass sie kein Verschulden an der dadurch bewirkten Eigentumsverletzung trifft.²⁰ Im Ergebnis kann die Frage der Anwendbarkeit des §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB daher hier offenbleiben.

II. Ansprüche der E gegen K auf Ersatz der Kosten zur Beseitigung der Gravur i.H.v. 40 €

1. Aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB

Zwar bestand zwischen E und K zur Zeit der Anbringung der Gravur eine Vindikationslage und mit der Gravur ist auch eine Minderung des objektiven Verkehrswerts verbunden, sodass sich der Tennisschläger durch die Anbringung der Gravur verschlechtert hat.

Allerdings war K zur Zeit der Anbringung der Gravur nicht bösgläubig i.S.v. § 990 Abs. 1 BGB hinsichtlich ihres fehlenden Besitzrechts (siehe oben), sodass sie nicht nach §§ 989, 990 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet ist.

2. Aus § 992 BGB i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB

Die gutgläubige K hat ihren Besitz weder durch (schuldhafte) verbotene Eigenmacht noch durch eine Straftat erlangt. Ein Anspruch der E auf Schadensersatz aus § 992 BGB i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung besteht daher ebenfalls nicht.

¹⁹ Allgemeine Meinung, Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 8. Aufl. 2020, § 993 Rn. 12 m.w.N.

²⁰ Das bloße Unterlassen der späteren Herausgabe trotz der Aufforderung der E hierzu stellt mangels entsprechender Garantienpflicht der K kein separates deliktisch relevantes Verhalten dar.

3. Aus § 823 Abs. 1 BGB

Zwischen K und E besteht eine Vindikationslage. Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung ist gem. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB gesperrt. E kann somit von K Schadensersatz auch nicht aus § 823 Abs. 1 BGB verlangen.

4. Aus §§ 823 Abs. 2, 858 Abs. 1 BGB

Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB ist nach § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB gesperrt. Zudem ist der Besitz der K gem. § 858 Abs. 2 BGB nicht fehlerhaft, es würde daher auch an einer Schutzgesetzverletzung fehlen.

5. Aus §§ 678, 687 Abs. 2 S. 1 BGB

Fraglich ist, ob Ansprüche aus angemessener Eigengeschäftsführung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis überhaupt Anwendung finden. Es besteht jedoch kein Grund, denjenigen, der vorsätzlich und im Bewusstsein der fehlenden Berechtigung in einen fremden Rechtskreis eingreift, in den Genuss der Schutzwirkung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB kommen zu lassen. Überzeugend ist es daher, § 687 Abs. 2 S. 1 BGB auch bei Vorliegen einer Vindikationslage anzuwenden.²¹

Gem. § 903 BGB oblag E die alleinige Herrschaftsgewalt über ihren Tennisschläger. Durch das Anbringen der Gravur hat K somit ein fremdes Geschäft der E geführt.

K dachte allerdings, sie sei Eigentümerin des Schlägers geworden und hielt insbesondere auch das Herausgabeverlangen der E für unbegründet, sodass mangels Bewusstseins von Fremdheit des Geschäfts keine angemessene Eigengeschäftsführung i.S.v. § 687 Abs. 2 S. 1 BGB vorliegt.

6. Ergebnis

E hat gegen K keinen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 40 € für die Beseitigung der Gravur.

Anmerkung: Es ließe sich hier auch ein Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB diskutieren, da die Gravur eine Eigentumsbeeinträchtigung im Sinne dieser Norm darstellen könnte. Jedenfalls richtet sich § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB jedoch ausweislich seines Wortlauts nur auf die Beseitigung der Beeinträchtigung selbst und nicht auch auf den Ersatz der für die Beseitigung erforderlichen Kosten.

III. Gesamtergebnis

E kann von K aus § 985 BGB und aus § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB Herausgabe des Tennisschlägers verlangen, jeweils aber nur Zug um Zug gegen Zahlung von 40 €.

Ersatz der Kosten für die Beseitigung der Gravur kann K von E dagegen nicht verlangen.

²¹ Retzlaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, Vorb. § 677 Rn. 12; Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, Vorb. § 987 Rn. 18; OLG Dresden VIZ 2000, 418 (423).

Examensübungsklausur: Selbstjustiz bei Mietbatterien?

Wiss. Mitarbeiter Nico Halkenhäuser, Prof. Dr. Friedemann Kainer, Mannheim*

Die Klausur ist einem aktuellen Urteil des OLG Düsseldorf¹ nachempfunden und wurde im April 2022 im Rahmen des Examensklausurenkurses und der Klausurenklinik an der Universität Mannheim gestellt. Im Mittelpunkt des Falls steht die Behandlung der „Wiederaufladesperre“ gemieteter Fahrzeugbatterien von Elektroautos, die nach überzeugender Auffassung des Gerichts eine Besitzstörung darstellt. Spannende Fragen ergeben sich in der Folge zu etwaigen Rechtfertigungsgründen. Es handelt sich um eine sachenrechtliche Klausur durchschnittlichen Schwierigkeitsgrades, die wegen des ungewöhnlichen „Aufhängers“ allerdings zu Problemen führen kann. Es kommt, wie so oft in juristischen Klausuren, nicht auf das richtige Ergebnis, sondern vielmehr auf die gelungene Argumentation an. Dementsprechend sind divergierende Lösungsansätze denkbar, auf die am Rande eingegangen wird.

Sachverhalt

Im Zuge der Klimakrise und des gesteigerten Umweltbewusstseins in der Bevölkerung sinkt der Absatz von Kraftfahrzeugen mit Verbrennungsmotoren stetig. Der sächsische Automobilkonzern Rönnow-AG (R) konzentriert sich deshalb stärker auf die Herstellung von Elektroautos. Das erste serienmäßig produzierte E-Auto der Rönnow-Flotte verkauft sich allerdings nur schleppend. Der „Rönnow Chloe“ kostet nämlich im Normalverkauf 24.900 € – deutlich zu viel für einen Kleinwagen mit wenigen Ausstattungshighlights. Das Vertriebsteam der R hat sich deshalb einen besonderen „Verkaufstrick“ einfallen lassen: Weil der Lithium-Ionen-Akku („Batterie“) den größten Kostenpunkt bei der Preisgestaltung des Fahrzeugs bildet, soll dieser künftig nicht mehr mitverkauft, sondern über die konzern-eigene Rönnow-Bank-GmbH (B) an die Käufer der Fahrzeuge vermietet werden. Erwirbt ein Kunde einen Rönnow Chloe, zahlt er 15.000 € an die R-AG und mietet die Batterie von der B-GmbH zu einem monatlichen Mietzins von 100 €. Die Mietbatterie wird bereits ab Werk in jedem Auto montiert, steht aber im Eigentum der B-GmbH. Weil es sich um „Klick-Einsätze“ handelt, kann die Batterie leicht wieder ausgebaut werden. Batterien anderer Hersteller lassen sich allerdings nicht einbauen.

Für den umweltbewussten Rönnow-Fan Uwe (U) kommt dieses Angebot wie gerufen: Schon lange interessiert er sich für diesen E-Kleinwagen, weshalb er nun die Gelegenheit nutzt, „günstig“ einen Rönnow Chloe zu erwerben. Zugleich mietet er die bereits eingebaute Batterie bei der B-GmbH, die dabei ihren standardisierten und zeitlich unbefristeten „Batterie-Mietvertrag“ (BMV) nutzt, der unter § 7 mit der Überschrift „Folgen der Beendigung der Leistungserbringung“ folgenden Passus enthält:

„Im Falle der außerordentlichen Vertragsbeendigung infolge Kündigung wird die Vermieterin eine Sperre der Wiederauflademöglichkeit der Batterie zunächst mit 14-tägiger Frist vorher ankündigen. Die Androhung kann auch zusammen mit der Kündigung erfolgen. Die Vermieterin

* Der Autor Kainer ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Arbeitsrecht. Der Autor Halkenhäuser ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand ebenda.

¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.10.2021 – 20 U 116/20 = ZIP 2021, 2541 = MMR 2022, 403; das Urteil wurde in der Revision überwiegend bestätigt, vgl. BGH NJW 2022, 3575.

ist in diesem Fall nach Ablauf der Ankündigungsfrist berechtigt, ihre Leistungspflicht einzustellen und die Wiederauflademöglichkeit der Batterie zu unterbinden. Die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs bleibt hiervon unberührt.“

Der darauffolgende § 8 unter der Überschrift „Kündigung aus wichtigem Grund“ enthält folgende Ergänzung:

„Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn der Mieter die Batterie wiederholt an einer nicht von R lizenzierten Ladestation lädt.“

Hintergrund dieser Regelung sind Sicherheitsstandards und eine deutliche Verkürzung der Lebensdauer der von R verwendeten, technisch eher einfach aufgebauten und für hohe Stromstärken nicht ausgelegten Batterie, wenn diese nicht mit einer zuvor exakt definierten Stromleistung geladen wird. Die bei Schnellladestationen möglichen Ladeleistungen beschleunigen zwar das Aufladen, erhitzen jedoch die Batterie, was neben einem Kapazitätsrückgang („Degradation“) sogar zu einem „thermischen Durchgehen“ (mit der Folge einer möglichen Explosion) führen kann.

U kennt sich mit alledem nicht aus, kümmert sich aber auch nicht weiter um die vorher erfolgte Aufklärung durch eine Verkäuferin der R. Weil ihm das Laden an öffentlichen Ladestationen oder über die Haushaltssteckdose zu lange dauert, bestellt er sich im Internet (über nicht ganz so seriöse Verkaufsplattformen) eine für den europäischen Markt nicht zugelassene Ladestation für zuhause. Diese lädt unter Umgehung des Batterie-Management-Systems die dafür ungeeignete Batterie in weniger als 30 Minuten, verwendet dafür jedoch eine Ladeleistung, die der einer öffentlichen Schnellladestation entspricht. Deutlich zu viel für die kleine Mietbatterie von R.

Schon bei der ersten Nutzung der Ladestation springen bei B alle Kontrollleuchten an: Durch einen in der Batterie eingebauten Chip mit mobilem Internetanschluss werden die Daten der vertragswidrigen Aufladung nämlich unmittelbar an B gesendet und so auch die Gefahr einer Entzündung der Batterie festgestellt. Noch am selben Tag versendet B daher einen als „Abmahnung“ bezeichneten Brief an U, in dem dieser zum sofortigen Unterlassen der Nutzung dieser Ladestation aufgefordert wird. Darin wird ihm auch angedroht, dass im Falle weiteren Zuwiderhandelns eine außerordentliche Kündigung des Mietvertrages ausgesprochen wird.

U ist verblüfft darüber, dass B ihn und seine Batterie „ausspioniert“, sieht aber ansonsten keinen Handlungsbedarf. Nachdem B im Laufe der nächsten Woche noch drei weitere Ladevorgänge dieser Art registriert, übersendet sie U einen weiteren Brief, in dem sie ihm die „außerordentliche Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens“ erklärt und außerdem ankündigt, die Wiederauflademöglichkeit der Batterie nach Ablauf der 14-tägigen Frist ab Zustellung der Kündigung durch den in der Batterie verbauten Chip einzustellen.

Am 15. Tag nach der Zustellung der Kündigung gibt die Batterie beim Versuch des U, sie aufzuladen, nur noch einen anhaltenden Piep-Ton von sich. Ein Wiederaufladen der Batterie ist für den Kunden technisch unmöglich geworden – und das auch an einer vertragsgemäßen Ladestation. Bei B könnte man die Batterie hingegen „per Knopfdruck“ wieder freischalten.

U, der beruflich auf sein Fahrzeug angewiesen ist, ist entsetzt. Er beschwert sich telefonisch bei B und fordert diese zur umgehenden Aufhebung der Wiederaufladesperre auf. B lässt sich auf nichts ein, ihr Verhalten sei zur Vermeidung der Explosionsgefahr gerechtfertigt, es liege ein klarer Fall von Notstand vor. U müsse die Batterie auf eigene Kosten austauschen lassen oder sie B abkaufen. U kann sich weder eine neue Batterie leisten, noch will er gegenüber B „einknicken“, es könne schließlich nicht sein, dass diese seinen „rechtmäßigen Besitz an der Batterie“ durch einen technischen Kniff völlig unbrauchbar mache.

Frage 1

Hat U einen Anspruch auf Beseitigung der Sperre der Wiederauflademöglichkeit gegen die B-GmbH?
Ansprüche aus §§ 823, 1004 BGB sind nicht zu prüfen.

Abwandlung

Nachdem U von B ermahnt wurde, die Batterie ausschließlich an zugelassenen Ladestationen aufzuladen, wird auch ihm bewusst, dass er kein Interesse an einer möglichen Explosion der Batterie hat und verhält sich in der Folge vertragsgemäß.

Für die Verbraucherschutzzentrale Sachsen (V), eine i.S.d. § 4 Abs. 1 S. 1 UKlaG qualifizierte und vom Bundesamt für Justiz eingetragene Einrichtung, die durch einen lokalen Zeitungsbericht über den Fall des U informiert wurde, ist die Sache damit aber keineswegs erledigt. Sie hält die Regelung des § 7 BMV für rechtswidrig und leitet auf der Grundlage des Unterlassungsklagengesetz eine Unterlassungsklage gegen B ein.

Frage 2

Hat die (zulässige) Klage der V Aussicht auf Erfolg?

Lösungsvorschlag

Frage 1: Hat U einen Anspruch auf Beseitigung der Sperre der Wiederauflademöglichkeit gegen die B-GmbH?	500
I. Anspruch aus § 535 Abs. 1 S. 1 BGB	500
1. Bestehender Mietvertrag	500
a) Kündigungsgrund	500
aa) § 8 BMV	501
bb) § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB	501
b) Abmahnung (§ 543 Abs. 3 S. 1 BGB)	501
c) Kündigungserklärung	501
d) Zwischenergebnis	502
2. Nachvertragliche Treuepflichten?	502
3. Ergebnis	502
II. Anspruch aus § 862 Abs. 1 S. 1 BGB	502
1. Besitz	502
2. Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht	503
a) Besitzstörung	503
aa) Besitzstörung durch Entziehung der Nutzungsmöglichkeit?	503
bb) Eingriffe „von innen“ erfasst?	504
cc) Besitzschutzansprüche bei Fernzugriffen, Verhinderung von Selbstjustiz	505

b) Ohne den Willen des Besitzers	505
c) Keine Gestattung durch Gesetz.....	506
aa) Selbsthilfe, § 229 BGB	506
bb) Aggressivnotstand, § 904 S. 1 BGB	506
cc) Defensivnotstand, § 228 S. 1 BGB.....	506
dd) Defensivnotstand, § 228 S. 1 BGB analog.....	507
d) Zwischenergebnis.....	508
3. Kein Ausschluss nach § 862 Abs. 2 BGB	508
4. Keine Einwendungen.....	508
5. Ergebnis	508
III. Gesamtergebnis.....	509
Abwandlung.....	509
2. Frage: Hat die (zulässige) Klage der V Aussicht auf Erfolg?.....	509
I. Zulässigkeit	509
II. Begründetheit.....	509
1. Vorliegen einer AGB.....	509
2. Unwirksamkeit der Klausel	509
3. Zwischenergebnis.....	510
III. Ergebnis.....	511

Frage 1: Hat U einen Anspruch auf Beseitigung der Sperre der Wiederauflademöglichkeit gegen die B-GmbH?

I. Anspruch aus § 535 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Anspruch auf Beseitigung der Wiederaufladesperre des U gegen B könnte sich aus § 535 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Liegt ein wirksamer Mietvertrag vor, so ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache zu gestatten und damit auch Gebrauchshemmnisse aufzuheben.

1. Bestehender Mietvertrag

Ursprünglich wurde ein Mietvertrag geschlossen. Dieser könnte allerdings durch die Kündigung der B erloschen sein, §§ 542 Abs. 1, 543 Abs. 1 S. 1 BGB.

a) Kündigungsgrund

Erste Voraussetzung einer außerordentlichen Kündigung ist ein wichtiger Kündigungsgrund i.S.d. § 543 Abs. 1 S. 1 BGB, aufgrund dessen B die Fortsetzung des Mietvertrages unzumutbar ist.

aa) § 8 BMV

Dieser könnte sich aus § 8 BMV ergeben, wonach ein wichtiger Grund darin liegen kann, dass der Mieter die Batterie wiederholt an einer unzulässigen Ladesäule lädt und dies auch trotz Aufforderung nicht unterlässt. So liegt es hier. U hat die Batterie an einer in Europa und von R nicht zugelassenen Ladestation geladen, was zu erheblichen Gefahren für Batterie und Umgebung führen kann.

Zu prüfen wäre jedoch, ob diese Klausel überhaupt in den Vertrag einbezogen wurde und wirksam ist. Hierauf kommt es allerdings nicht an, wenn sich ein wichtiger Grund auch in einer anderen Rechtsnorm finden lässt.

Hinweis: Es ist gut vertretbar, bereits hier eine AGB-Kontrolle im Hinblick auf § 8 BMV durchzuführen. Zu prüfen wäre hierbei, ob die Klausel eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 resp. Abs. 1 S. 1 BGB darstellt. Dies ist abzulehnen: § 8 BMV stellt nur eine Konkretisierung des Rechtsgedankens des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB dar, in der die geforderte erhebliche Gefährdung in der unsachgemäßen Beladung der Batterie mit der Gefahr eines thermischen Durchgehens liegt. Eine AGB-Kontrolle ist hier auch aus klausurtaktischen Gründen nicht zwingend, weil die Abwandlung diese offensichtlich thematisieren wird.

bb) § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB

In Betracht kommt § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB, der eine erhebliche Verletzung der Vermieterrechte durch eine Vernachlässigung der obliegenden Sorgfalt durch den Mieter voraussetzt. Dies ist im Einzelfall durch Abwägung der Gesamtumstände zu beurteilen.²

Das Aufladen mit einer unzulässigen Ladeleistung birgt erhebliche Gefahren und kann zur Explosion der Batterie führen. Auch ohne eine Explosion werden die wirtschaftlichen Interessen der B massiv beeinträchtigt. Durch die schnellere Abnutzung sinkt ihr Wert und die zu erwartenden Mieteinnahmen der B während der Lebensdauer der Batterie. Für U sind die „Vorteile“ dieses schädigenden Verhaltens hingegen gering. Zwar lädt er so schneller, riskiert aber eine Explosion der Batterie und die Zerstörung seines Autos. Bei vernünftiger Bewertung überwiegen daher die Risiken deutlich gegenüber den Vorteilen, sodass die Interessenabwägung zugunsten des Vermieters ausfällt und dessen Interessen durch das Aufladen mit einer unzulässigen Ladeleistung erheblich verletzt werden. Dass diese Verletzung sorgfaltswidrig (zumindest grob fahrlässig) erfolgte, bedarf keiner ausgiebigen Begründung. B war daher die Fortsetzung des Mietvertrages unzumutbar.

b) Abmahnung (§ 543 Abs. 3 S. 1 BGB)

Zudem hat B schon nach der ersten vertragswidrigen Aufladung U informiert und für ihn erkennbar abgemahnt. Die Kündigung ist daher nicht nach § 543 Abs. 3 S. 1 BGB unwirksam.

c) Kündigungserklärung

B hat U die Kündigung ordnungsgemäß erklärt, eine Kündigungsfrist besteht bei einer Kündigung aus wichtigem Grund nicht, § 543 Abs. 1 S. 1 BGB.

² Bieber, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 543 Rn. 8, 9.

d) Zwischenergebnis

Mithin liegen alle Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung vor. Die Kündigung ist wirksam.

2. Nachvertragliche Treuepflichten?

Es ließe sich diskutieren, ob eine Pflicht zur Beseitigung der Sperre aus einer nachvertraglichen Treuepflicht aus dem Mietvertrag i.V.m. § 242 BGB folgt.³ Gerade im Wohnraummietrecht kann der Vermieter auch nach einer (außerordentlichen) Kündigung noch zur Vornahme gewisser Handlungen verpflichtet sein,⁴ so etwa zur Aufrechterhaltung der Energieversorgung. § 546a BGB enthält für solcherlei Fälle sogar eine gesetzliche Entschädigungsregelung des Vermieters. Diese Norm kommt insbesondere in Fällen der verzögerten Rückgabe zur Anwendung und kann dann mit Treuepflichten des Vermieters korrespondieren.⁵ Allein aus einer Entschädigungspflicht des Mieters auf eine Gewährleistungspflicht des Vermieters zu schließen, griffe aber zu kurz. Vielmehr sind Inhalt und Grenzen des Treueverhältnisses durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln.⁶

B hat die Batterie deaktiviert, weil ein thermisches Durchgehen der Batterie droht. Es besteht daher eine erhebliche Gefahr für die Rechtsgüter der Vermieterin und auch der Allgemeinheit, welche allein aus dem Verhalten des Mieters rührt. Die schutzwürdigen Interessen der B gehen klar dahin, das Vertragsverhältnis zu beenden und bis zur Wiedererlangung der Batterie weitere Gefährdungen zu unterbinden.

Im Übrigen hat B dem U 14 Tage Zeit gewährt, eine Alternative zu organisieren. Treuepflichten können jedenfalls nicht dazu führen, dass U einen dauerhaften Anspruch auf (kostenlose) Gewährung der Mietsache über das Ende des Mietvertrages hinaus hat. Im Übrigen steht der Zweck der außerordentlichen Kündigung der Aufrechterhaltung der Auflademöglichkeit gerade entgegen.

3. Ergebnis

In Ermangelung eines wirksamen Mietvertrages besteht kein Anspruch des U gegen B aus § 535 Abs. 1 S. 1 BGB.

II. Anspruch aus § 862 Abs. 1 S. 1 BGB

In Betracht kommt ferner ein Anspruch auf Beseitigung der Wiederaufladesperre gem. § 862 Abs. 1 S. 1 BGB. Voraussetzung hierfür ist eine auf verbotener Eigenmacht beruhende Besitzstörung.

1. Besitz

U hat weiterhin die tatsächliche Sachherrschaft über die Batterie und ist daher, wie von § 862 Abs. 1 BGB verlangt, Besitzer. Dass B die Batterie nicht mehr nutzen kann, ändert hieran nichts.⁷

³ Nachvertragliche Treuepflichten können, je nach Inhalt, aus § 242 BGB, § 241 Abs. 2 BGB, aber auch aus ergänzender Vertragsauslegung hergeleitet werden, vgl. *Schulze*, in: *Schulze*, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2021, § 242 Rn. 20.

⁴ Umfassend dazu *Eisenschmid*, in: *Schmidt-Futterer*, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2021, BGB § 535 Rn. 200 ff.

⁵ *Streyll*, in: *Schmidt-Futterer*, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2021, BGB § 546a Rn. 10.

⁶ *Streyll*, in: *Schmidt-Futterer*, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2021, BGB § 546a Rn. 10.

⁷ Zur bei Lichte besehen durchaus komplizierten Begriffsbestimmung eingehend *Schäfer*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 8,

2. Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht

In diesem Besitz kann U durch die Wiederaufladesperre gestört sein.

a) Besitzstörung

Besitzstörung ist die Beeinträchtigung oder Verhinderung der tatsächlichen Sachherrschaft in einzelnen Beziehungen⁸. Die Sachherrschaft an der Batterie wurde U nicht entzogen. Er wird auch ansonsten nicht in der Ausübung seiner Herrschaft über die Sache beeinträchtigt. Die potenzielle Störung ergibt sich jedoch daraus, dass sich die Batterie nicht mehr aufladen lässt und sie für U daher völlig funktionslos wird. Es ist gerade der Zweck einer Batterie, Energie zu speichern und sie später wieder freizugeben. Wird die Speicherung der Energie unmöglich gemacht, wird auch die ordnungsgemäße Benutzbarkeit der Batterie vollständig aufgehoben.⁹ Diese Frage berührt eine sich intensivierende Debatte über die Beschränkung der Nutzbarkeit softwaregesteuerter Sachen im Fernzugriff.¹⁰ Einer ausführlichen Aufarbeitung des Streitstandes¹¹ bedarf es hier nicht, die Lösung soll vielmehr im wertungsmäßigen Vergleich mit bekannten Fallgruppen der Besitzstörung gesucht werden, wobei auf die zielführenden Ansätze zur Entwicklung der Kategorie einer digitalen Eigenmacht hier nur hingewiesen werden kann.¹²

aa) Besitzstörung durch Entziehung der Nutzungsmöglichkeit?

Im Kern stellt sich zunächst die Frage, ob eine ausschließlich die Nutzbarkeit der Sache beeinträchtigende Handlung ohne Angriff auf die eigentliche Sachherrschaft im Sinne physischer Gewalt als Besitzstörung bewertet werden kann.

Den Besitz kennzeichnen grundsätzlich nur zwei Dimensionen: Einerseits die faktische Einwirkungsmacht auf die Sache, andererseits eine Ausschlussmacht gegenüber Dritten¹³, die durch das Besitzschutzsystem der §§ 858 ff. BGB entsteht.¹⁴ Dagegen fehlt dem Besitz – gerade im Gegensatz zu Sachenrechten wie etwa das Eigentum – eine positive Zuweisung von rechtlichen Befugnissen. Auf dieser Grundlage hat der Bundesgerichtshof beispielsweise in Fällen der Einstellung der Energieversorgung von Wohnungen¹⁵ als bloße Nutzungsbeeinträchtigung eine Besitzstörung abgelehnt, weil es am Eingriff in den „Bestand“ der tatsächlichen Sachherrschaft fehle.¹⁶ Hieran ist richtig, dass sich ein großer Teil der Nutzungsmöglichkeiten am Besitz erst durch eine Zuweisung bestimmter Vorteile von außen, insbesondere aus der vertraglichen Vereinbarung ergeben. Bei den „klassischen“ Fällen der Entmietung durch sog. „Ausfrieren“ geht es um die Einhaltung mietvertraglicher Pflichten, die – jedenfalls nach überwiegender Auffassung – auch mietvertraglich einzufordern sind.¹⁷ Die –

9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 5 ff.

⁸ BGH NJW 2008, 580 (581 Rn. 12).

⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Ur. v. 7.10.2021 – 20 U 116/20 = ZIP 2021, 2541 = MMR 2022, 403 (404 Rn. 31); bestätigt durch BGH NJW 2022, 3575 (3575 Rn. 19).

¹⁰ Dazu ausführlich *Wilhelm*, WM 2020, 1807 (1811 ff.); *Caspar/Grimpe*, ZIP 2022, 661 ff.; *Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (83 ff.).

¹¹ *Wilhelm*, WM 2020, 1807 (1811 ff.); *Caspar/Grimpe*, ZIP 2022, 661 ff.; *Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (83 ff.).

¹² Dazu *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98 ff.; *Wagner*, AcP 222 (2022), 56 (85).

¹³ BGHZ 180, 300 = NJW 2009, 1947 (1949 Rn. 26).

¹⁴ Zu den Zuweisungsgehalten des Besitzes *Kainer*, Sachenrecht, 2021, § 34 Rn. 9.

¹⁵ Etwa BGHZ 180, 300 = NJW 2009, 1947.

¹⁶ BGHZ 180, 300 = NJW 2009, 1947 (1949 Rn. 25).

¹⁷ *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 858 Rn. 14.

zutreffende – Gegenauffassung gewährt Besitzschutz bei berechtigtem Besitz, dem insofern, entsprechend der Rechtsprechung zum deliktischen Besitzschutz analog § 823 Abs. 1 BGB, ein vertraglicher Zuweisungsgehalt zukommt.¹⁸ Diese Überlegung führt im vorliegenden Fall jedoch nicht weiter, weil der Batteriemietvertrag wirksam gekündigt wurde.

Bei genauerer Betrachtung kommt jedoch ein Besitzschutz für solche Nutzungen, die mit der Sachherrschaft selbst korrespondieren, stets in Betracht. Die Abschaltung der Nutzbarkeit einer Sache durch Fernzugriff kommt in der Wertung der Blockade eines Autos oder dem Auswechseln des Schlosses einer Mietwohnung gleich. Ohne dass es dabei auf die vertragliche Nutzungsbefugnis ankommt,¹⁹ wird ihre „an sich“ gegebene Nutzbarkeit durch einen Eingriff aufgehoben.²⁰ Entscheidend für die Bewertung ist dabei, dass der Besitzschutz mit dem Verbot von Eingriffen in den Besitz zwar keine mit ihm ohnehin nicht verbundenen Benutzungsrechte gewährleistet, aber die Durchsetzung von Rückgabeansprüchen im Wege der Selbstjustiz verhindert und dadurch zugleich die Wahrung des staatlichen Gewaltmonopols und des gesellschaftlichen Friedens durch das Verbot von einseitigen Besitzstörungen bezwecken soll.²¹

Gerade dies steht hier in Frage. Durch die Wiederaufladesperre im Wege eines Fernzugriffs und die hierdurch bewirkte Unmöglichmachung der Nutzung möchte B einseitig und unmittelbar unter Umgehung staatlicher Mitwirkung seine vertraglichen Rechte durchsetzen. Dieser Eingriff in den Bestand der Sachherrschaft stellt eine Besitzstörung dar.²²

Hinweis: Dies kann man mit guten Gründen anders sehen.²³ Die Einordnung einer Nutzungsbeeinträchtigung in das System des Besitzschutzes ist höchst umstritten und nicht abschließend geklärt. Es ist schon als hervorragende Leistung zu bewerten, wenn Bearbeiter auf das schwierige Verhältnis zwischen vertraglich eingeräumter und unmittelbar aus dem Besitz folgender Nutzungsmöglichkeit hinweisen. Folgt man hier der Gegenauffassung, muss hilfsgutachtlich weitergeprüft werden.

bb) Eingriffe „von innen“ erfasst?

Dem ließe sich noch entgegenhalten, dass die hier in Rede stehende Störung nicht durch einen Eingriff „von außen“ (beispielsweise durch händische Abschaltung der Auflademöglichkeit o.ä.) erfolgt, sondern B einen ab Werk installierten Chip aktiviert, der eine vorher programmierte Systemfolge auslöst. Man könnte insoweit von einem Eingriff „von innen“ sprechen, der eher der Einstellung von Versorgungsleistungen entspricht. In eine ähnliche Richtung geht die Überlegung, eine Besitzstörung deswegen abzulehnen, weil der Besitzer „von vornherein“ nur eine in den Nutzungsmöglichkeiten beschränkte Sache erhalten habe.

¹⁸ Kainer, Sachenrecht, 2021, § 34 Rn. 9 m.w.N.

¹⁹ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 858 Rn. 13; Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 858 Rn. 15; Joost, in: FS Reuter, 2010, S. 157 (161); Wagner, AcP 222, 56 (85); a.A. Casper/Grimpe, ZIP 2022, 661 (664); wohl auch Paulus, EWiR 2021, 752 (753); differenzierend Wilhelm, WM 2020, 1807 (1811 ff.).

²⁰ Ebenso BGH NJW 2022, 3575 (3576 Rn. 20), der ebenfalls darauf abstellt, dass hier die Ausschlussmacht des Besitzers beeinträchtigt wird.

²¹ Kainer, Sachenrecht, 2021, § 34 Rn. 2 f.

²² i.E. ebenso OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.10.2021 – 20 U 116/20 = ZIP 2021, 2541 = MMR 2022, 403 (404 Rn. 34, 35), bestätigt durch BGH NJW 2022, 3575 (3575 Rn. 18, 20); Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 858 Rn. 15; a.A. Strobel, NJW 2022, 2361 (2362); a.A. wohl auch Paulus/Matzke, CR 2017, 769 (775), die die Rspr. zum „Ausfrieren“ auf ähnliche Konstellationen wie hier anwenden wollen.

²³ So etwa Casper/Grimpe, ZIP 2022, 661 (665) mit durchaus beachtlichen Argumenten, die sich insbesondere auf die Besonderheiten des „Digitalen Fernzugriffs“ beziehen.

Diese Einwände verfangen indes nicht: Eine Beschränkung der Besitzstörungen auf Eingriffe von außen lässt sich dem Wortlaut der §§ 858 ff. BGB nicht entnehmen und mutet zudem künstlich an, zumal das Besitzschutzrechtssystem – anders als beispielsweise § 906 BGB (analog) – nicht an einen Eingriff von außen anknüpft.²⁴ Im Übrigen findet die Nutzung von Sachen stets im Rahmen eines sozialen Kontextes statt, der mit Einwirkung von außen oder innen nicht überzeugend differenziert wird. Und dass eine nachträgliche Veränderung der Nutzbarkeit einen Eingriff darstellt, kann so wenig in Frage gestellt werden wie die jederzeitige Möglichkeit eines Eingriffs in die Nutzbarkeit eines Grundstücks durch den von vornherein störungswilligen Nachbarn.

cc) Besitzschutzansprüche bei Fernzugriffen, Verhinderung von Selbstjustiz

Folgt man den bislang angestellten Überlegungen nicht, so erscheint doch eine Anwendung des Besitzschutzes auf Fälle der Störung der Nutzbarkeit von softwaregesteuerten Sachen durch Fernzugriff jedenfalls in solchen Fällen gerechtfertigt, welche sich durch die Durchsetzung von Ansprüchen im Wege der Selbstjustiz auszeichnen. Wenn nämlich – wie hier – eine Abschaltung der Nutzbarkeit zu dem Zweck erfolgt, einen Anspruch durchzusetzen, ist ein zentraler Regelungszweck der §§ 858 ff. BGB betroffen. Da B tatsächlich die Wiederauflademöglichkeit zur Durchsetzung vertraglicher Vereinbarungen und damit unter Umgehung staatlicher Rechtsdurchsetzung abgeschaltet hat, liegt eine Besitzstörung vor.²⁵

b) Ohne den Willen des Besitzers

Diese Besitzstörung müsste durch verbotene Eigenmacht i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB verübt worden sein. Dafür ist zunächst erforderlich, dass die Besitzstörung ohne den Willen des Besitzers erfolgt ist. Als Zustimmung zur Wiederaufladesperre ließe sich § 7 BMV deuten. Immerhin ist dort ausdrücklich von der Wiederaufladesperre und deren Voraussetzungen die Rede und U wurde über die Folgen aufgeklärt und hat dem Vertrag zugestimmt. Auch hier kann eine AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB²⁶ dahinstehen, wenn die Klausel aus einem anderen Grund nicht zur Gestattung der Abschaltung führt.

Wie ausgeführt, dienen die §§ 858 ff. BGB der Sicherung des staatlichen Gewaltmonopols und der Verhinderung der Selbstjustiz. Damit wäre es nicht vereinbar, sich per Klausel eine „Generalvollmacht“ für Besitzstörungen einräumen lassen zu können. Es entspricht daher allgemeiner Ansicht, dass eine vorherige Zustimmung jederzeit widerruflich ist.²⁷ Folglich liegt auch dann verbotene Eigenmacht vor, wenn zwar ursprünglich eine Zustimmung in die Störung erfolgte, dieser Wille aber bei Vornahme der Störung nicht mehr besteht.²⁸

U hat gegen die Wiederaufladesperre protestiert und signalisiert, dass er der Besitzstörung nicht zustimmt. Jedenfalls ab diesem Zeitpunkt – richtigerweise aber auch ohne diesen Protest – handelt B daher ohne den Willen des U.

Die Besitzstörung ist mithin nicht durch eine Zustimmung des U gestattet.

²⁴ Zu den Duldungspflichten des § 906 BGB und seiner analogen Anwendung *Kainer*, Sachenrecht, 2021, § 33.

²⁵ Ebenso *Lindner*, NZM 2021, 665 (670); a.A. *Fries*, NJW 2019, 901 (905).

²⁶ Dazu ausführlich *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661 (667 ff.).

²⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.10.2021 – 20 U 116/20 = ZIP 2021, 2541 = MMR 2022, 403 (405 Rn. 43), zustimmend *Stamenov*, LTZ 2022, 196 (202); ferner *Wilhelm*, WM 2020, 1807 (1812); vgl. auch BGH NJW 2022, 3575 (3576 Rn. 22).

²⁸ BGH NJW 1977, 1818 (1818 a.E.).

c) Keine Gestattung durch Gesetz

Zu prüfen ist zuletzt, ob sich die Wiederaufladesperre rechtfertigen lässt. Erforderlich wäre dafür eine Gestattung durch Gesetz (jede Rechtsnorm i.S.d. Art. 2 EGBGB).

aa) Selbsthilfe, § 229 BGB

In Betracht kommt zunächst Selbsthilfe i.S.d. § 229 BGB. Zwar besteht durch das Aufladen des U an unzulässigen Ladestationen eine erhebliche Gefahr für das Eigentum der B. Zur Rechtfertigung erforderlich wäre aber, dass obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen war. Hier hat B aber gar nicht versucht, im Wege des Zivilprozesses oder durch Verständigung der Polizei, Hilfe zu erlangen.

Damit ist eine Rechtfertigung nach § 229 BGB ausgeschlossen.

bb) Aggressivnotstand, § 904 S. 1 BGB

Denkbar wäre auch eine Rechtfertigung nach § 904 S. 1 BGB. Voraussetzung dafür ist, dass eine Notstandslage besteht, d.h. eine gegenwärtige Gefahr für Rechtsgüter. Von einer gegenwärtigen Gefahr ist die Rede, wenn die Entstehung eines Schadensereignisses droht, welches eine sofortige Abhilfe notwendig macht.²⁹ Diese Gefahr darf im Falle des Aggressivnotstands nicht von der beschädigten Sache selbst ausgehen,³⁰ vielmehr soll § 904 S. 1 BGB die Einwirkung auf eine „unbeteiligte“ Sache rechtfertigen.³¹ Letzteres steht für den vorliegenden Fall einer Rechtfertigung nach § 904 S. 1 BGB entgegen: Gefahrquelle und Eingriffsobjekt waren identisch.

Hinweis: Viele Studierende haben Schwierigkeiten damit, § 904 S. 1 BGB und § 228 S. 1 BGB richtig voneinander zu unterscheiden. § 228 BGB regelt den Defensivnotstand und rechtfertigt die Einwirkung auf eine gefährliche Sache. Man verteidigt sich also gegen Gefahr (defensiv). § 904 BGB rechtfertigt dagegen die Einwirkung auf eine unbeteiligte Sache, von der keine Gefahren ausgehen, und nennt sich daher Aggressivnotstand.³²

cc) Defensivnotstand, § 228 S. 1 BGB

Zu prüfen ist noch eine Rechtfertigung nach § 228 S. 1 BGB. Hiernach handelt gerechtfertigt, wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden. Erforderlich ist ferner, dass die Beschädigung erforderlich ist und nicht außer Verhältnis zur Gefahr steht.³³

Fraglich könnte zunächst sein, ob die bloße Nutzungsbeeinträchtigung eine Beschädigung oder Zerstörung der Sache darstellt. Ebendas folgt aber aus einem argumentum a maiore ad minus³⁴: Wenn schon die vollständige Aufhebung der Sachsubstanz nach § 228 S. 1 BGB gerechtfertigt sein kann, muss das erst recht für die bloße Aufhebung der Nutzbarkeit gelten.

²⁹ Brückner, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 4.

³⁰ Brückner, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 1; Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 904 Rn. 1.

³¹ Schulte-Nölke, in: Schulze, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. 2021, § 904 Rn. 1.

³² Grothe, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 1; veranschaulicht: Wenn mich der Nachbarshund attackiert und ich diesem zur Abwehr mit einem fremden Gartenzweig auf die Nase haue, handle ich gegenüber dem Hund im Defensiv-, gegenüber dem Gartenzweig im Aggressivnotstand.

³³ Dennhardt, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 228 Rn. 8 ff.

³⁴ Dem Schluss vom Größeren auf das Kleinere, es handelt sich dabei um eine der zwei Formen des Erst-Recht-Schlusses, vgl. https://jurabisz.de/?x=erst_recht_schluss (19.5.2023).

Problematischer ist das Merkmal der „fremden Sache“. Hierfür müsste die Batterie (zumindest auch) im Eigentum eines anderen stehen. Die Batterie gehört aber B. Damit handelt es sich nicht um eine fremde Sache. Eine direkte Anwendung scheidet insoweit aus.

Hinweis: Diese Feinheit entdeckt nur, wer das Gesetz gründlich und aufmerksam liest und sorgfältig subsumiert. Ein Grundsatz, der nicht nur für Klausuren von zentraler Bedeutung im Jurastudium ist.³⁵

dd) Defensivnotstand, § 228 S. 1 BGB analog

In Betracht käme eine Analogie.³⁶ Voraussetzung dafür ist eine planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage. Die vorliegende Konstellation, dass also der Eigentümer seine eigene Sache beschädigen muss, um von ihr ausgehende Gefahren für andere zu verhindern (also insbesondere das Auto des B und ggf. in der Nähe befindliche Sachen und Personen), ist gesetzlich nicht geregelt. Das liegt vornehmlich daran, dass es einer Rechtfertigung für die Beschädigung des eigenen Eigentums in der Regel nicht bedarf.

Hier ist es nun aber so, dass die Batterie im Besitz eines Dritten ist und dieser, wie gezeigt, grundsätzlich einen Anspruch auf Unterlassen bzw. Beseitigung der Besitzstörung hat. Insoweit geht es also weniger um eine Rechtfertigung der Beschädigung der eigenen Sache als um ein Vorenthalten der Nutzungsmöglichkeit des Besitzers. Es ist davon auszugehen, dass diese Regelungslücke unerkannt blieb und daher planwidrig ist.

Fraglich ist ferner, ob die Interessenlagen vergleichbar sind.

Auch hier könnte man zunächst an ein *argumentum a maiore ad minus* denken: Wenn schon die Zerstörung einer fremden Sache gerechtfertigt ist, muss das doch erst recht für die Nutzungsbeeinträchtigung der eigenen Sache gelten.

Das wäre allerdings systemwidrig. Das Rechtfertigungssystem der §§ 228, 904 BGB beruht auf dem ethisch begründeten Grundgedanken, dass im Konfliktfall der Schutz eines höherwertigen Rechts die Beeinträchtigung eines geringwertigeren Rechts rechtfertigen kann.³⁷ Es geht im Kern also um eine Abwägung darüber, welchem Recht im Falle einer unvermeidbaren Pflichtenkollision der Vorrang einzuräumen ist. Vom Wortlaut des § 228 BGB gefordert wird aber zusätzlich, dass diese Gefahr für sich oder andere besteht. Es muss also eine Abwägung zwischen mindestens zwei voneinander unterschiedlichen Rechten oder Rechtsgütern erfolgen.

Das ist hier höchst zweifelhaft, weil Eingriffsgut (die Batterie) und Schutzgut (die Batterie) identisch scheinen. Dass bei einem thermischen Durchgehen der Batterie (wohl) auch das Auto des U und vielleicht auch der Stellplatz des Autos in Mitleidenschaft gezogen werden kann, ist für B irrelevant. Unabhängig davon, ob man für § 228 S. 1 BGB eine Rettungsabsicht oder jedenfalls Rettungsvorsatz verlangt,³⁸ will § 228 S. 1 BGB denjenigen rechtlich schützen, der zum Schutze eines anderen Rechtsguts in eine Sache eingreift. Eine Anwendung des § 228 S. 1 BGB ist aus diesem Blickwinkel bezogen auf eine Rechtfertigung der verbotenen Eigenmacht nach § 858 Abs. 1 BGB abzulehnen.

³⁵ Zum richtigen Lesen von Normen – und vielen weiteren häufigen Fehlern in juristischen Klausuren – *Halkenhäuser/Blum*, JuS 2021, 297.

³⁶ Eine Analogie zu § 228 S. 1 BGB wird auch für herrenlose Sachen diskutiert, vgl. *Reppen*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 228 Rn. 22.

³⁷ *Brückner*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 904 Rn. 1; *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 228 Rn. 1.

³⁸ Kritisch dazu *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 228 Rn. 11.

Hinweis: Dies lässt sich mit guten Gründen anders sehen, insbesondere, wer als Eingriffsgut den Besitz und als Schutzgut die Integrität der Sache sieht. Es müsste dann weiter geprüft werden, ob die Voraussetzungen des § 228 S. 1 BGB vorliegen. Wie gezeigt, besteht eine Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut. Problematisch ist dann allerdings, dass B keinerlei Versuch unternommen hat, obrigkeitliche Hilfe zu erlangen. Es wäre ihr möglich gewesen, Polizei und Feuerwehr auf die Gefahr eines thermischen Durchgehens aufmerksam zu machen. Jedenfalls der Versuch hätte unternommen werden müssen, um von der Erforderlichkeit der Abschaltung der Batterie auszugehen. Ebenso hätte B versuchen können, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes U auf die Einhaltung der Vertragsbedingungen zu verpflichten. Zuletzt dürfte davon auszugehen sein, dass die Interessen der B am Schutz von Eigentum, Leib und Leben höher wiegen als das Interesse an einer freien Ladesäulenwahl des U. Problematisch wäre dann wiederum der Abwendungswille der B, die ja eigentlich keine fremden Rechtsgüter, sondern ausschließlich ihr Eigentum schützen will. Für die Lösung kommt es also darauf an, welche Anforderungen man an das subjektive Element des Notstands stellt.

d) Zwischenergebnis

Mithin liegt eine Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht vor.

3. Kein Ausschluss nach § 862 Abs. 2 BGB

Der Anspruch ist auch nicht gem. § 862 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.

4. Keine Einwendungen

Zuletzt ist noch zu prüfen, ob Einwendungen der B gegen den Anspruch des U bestehen. In Betracht käme die Einwendung des unberechtigten Besitzes des U. Dieser ist mit der Beendigung des Mietverhältnisses unberechtigter Besitzer geworden und seinerseits gem. § 985 BGB zur Herausgabe der Batterie an B verpflichtet.

Wenngleich § 863 BGB seinem Wortlaut nach so verstanden werden könnte, als dürfte B dem U ebenjene Einwendung entgegenhalten, spielt die Berechtigung des Besitzers für den Besitzschutz der §§ 858 ff. BGB keine Rolle. Es kommt ausschließlich auf die Sachherrschaft selbst an, nicht aber auf deren Rechtmäßigkeit. § 863 BGB enthält lediglich eine „Erinnerungsfunktion für den Rechtsanwender“,³⁹ dass gegen possessorische Besitzansprüche auch nur possessorische Einwendungen erhoben werden können, insbesondere um die Voraussetzungen der §§ 858, 861 f. BGB zu bestreiten. Einwendungen aus dem materiellen Recht (d.h. insbesondere dazu, ob ein Recht zum Besitz, beispielsweise durch Eigentum, besteht) bleiben hingegen unbeachtlich.⁴⁰

Mithin kann B dem U auch keine Einwendungen entgegenhalten.

5. Ergebnis

U hat gegen B einen Anspruch auf Beseitigung der Wiederaufladesperre gem. § 862 Abs. 1 S. 1 BGB.

³⁹ Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 863 Rn. 1.

⁴⁰ Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 863 Rn. 1.

III. Gesamtergebnis

Im Ergebnis kann U von B aus § 862 Abs. 1 S. 1 BGB die Beseitigung der Wiederaufladesperre verlangen.

Abwandlung

2. Frage: Hat die (zulässige) Klage der V Aussicht auf Erfolg?

Die Klage der V hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

I. Zulässigkeit

Die Klage der V ist zulässig.

II. Begründetheit

Fraglich ist aber, ob die Klage der V auch begründet ist. Das ist der Fall, wenn ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung des § 7 BMV gem. § 1 UKlaG besteht.

1. Vorliegen einer AGB

§ 7 BMV müssten zuvorderst AGB i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB darstellen. Dafür muss es sich um eine für eine Vielzahl von Verträgen und vom Verwender einseitig vorformulierte Vertragsbedingungen handeln, § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.

B verwendet § 7 BMV für sämtliche Batteriemietverträge mit ihren Kunden; eine Dispositionsmöglichkeit über diese Vorschrift haben die Kunden nicht, ebenso wenig handelt es sich um eine Individualvereinbarung i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB. Mithin handelt es sich bei § 7 BMV um eine AGB. Dagegen kommt es auf die wirksame Einbeziehung der Klausel im konkreten Vertrag nicht an. Dies wird weder vom Wortlaut des § 1 UKlaG gefordert noch würde es in Anbetracht der abstrakten Klagemöglichkeit der Verbraucherschutzverbände Sinn ergeben.

Hinweis: Haben Bearbeiter eine Einbeziehungskontrolle durchgeführt, wiegt das als schwerer Fehler. Abgeprüft wurde in dieser Aufgabe neben der Argumentationsfähigkeit bei der Inhaltskontrolle vor allem der Umgang mit einer unbekanntem Norm. Aus dieser musste aber erkannt werden, dass es sich um ein abstraktes Kontrollverfahren handelt.

2. Unwirksamkeit der Klausel

Diese AGB müsste gem. §§ 307–309 BGB unwirksam sein.

In Ermangelung besonderer Klauselverbote i.S.d. §§ 309, 308 BGB ist auf die allgemeine Inhaltskontrolle des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB abzustellen. Hiernach ist die Klausel unwirksam, wenn sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners der AGB daraus ergibt, dass die Klausel wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung widerspricht.

Hinweis: Haben Bearbeiter schon unter Frage 1 eine AGB-Kontrolle durchgeführt, darf hier natürlich nach oben verwiesen werden.

In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen den Grundgedanken des § 858 Abs. 1 BGB. Das Rechtsinstitut der verbotenen Eigenmacht „dient dem Schutz des staatlichen Gewaltmonopols, indem es eigenmächtige Eingriffe in Sachen, die in fremdem Besitz stehen, unabhängig von der schuldrechtlichen Rechtslage untersagt. Die §§ 858 ff. BGB sollen sicherstellen, dass ein Eingriff in die unmittelbare Sachherrschaft des Besitzers nur aufgrund eines staatlichen Vollstreckungstitels in einem geordneten Verfahren erfolgen darf.“⁴¹ Dieser Grundsatz lässt sich auch mit § 229 BGB begründen. Die Norm regelt einen absoluten Ausnahmefall der erlaubten Selbsthilfe und ist deshalb an strenge Grenzen geknüpft. Insbesondere ist erforderlich, dass obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist. Auch hier manifestiert sich also das prägende Element der Sicherung des staatlichen Gewalt- und Durchsetzungsmonopols.

Die Wiederaufladesperre lässt sich mit dieser Wertung nicht in Einklang bringen. Die Einrichtung einer Sperre macht die Batterie schlechterdings wertlos. B verfolgt seine Interessen daher im Wege einer unberechtigten Selbsthilfe, mit anderen Worten mit Selbstjustiz. Gerade dies sollen die Schutzvorschriften der §§ 858 ff. BGB aber verhindern, indem sie selbst dem berechtigten Besitzer nur zeitlich eng befristete Gewaltrechte zugestehen und ansonsten auf den Klageweg verweisen. Ebenjener Klageweg wäre nun aber nicht mehr von demjenigen zu beschreiten, der sich auf den für ihn günstigen Umstand beruft, sondern vom Besitzer der Batterie. Steht die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung in Frage, müsste sich im Normalfall B an das Gericht wenden und Herausgabe der Batterie und (inzident) Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung verlangen. Hier wird nun aber die Klagelast auf den Mieter verlagert, weil dieser die Freischaltung der Batterie erwirken muss, um sein Fahrzeug weiter benutzen zu können.⁴²

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass die Mieter ja die Möglichkeit hätten, die Batterie von B zu erwerben und B eine 14-tägige Schonfrist nach Zugang der Kündigung gewährt. Denn die Vertragskonstellation des Autokaufs verbunden mit der Miete der Batterie, verfolgt ja gerade den Zweck, weniger solventen Kunden den Kauf eines E-Autos zu ermöglichen.⁴³ Wie der Fall von U zeigt, sind die Käufer bisweilen nicht in der Lage, die Batterie zu kaufen – und mieten sie deshalb.⁴⁴ Nicht gerechtfertigt ist § 7 BMV auch mit Blick auf die Prävention von Gefahren bei nicht lizenzierten Aufladevorgängen. Einerseits zeigt die Wertung des § 229 BGB, dass grundsätzlich obrigkeitliche Hilfe vorrangig ist; andererseits ist die Abschaltung keineswegs auf Fälle von unmittelbaren Gefahren beschränkt. Weil § 8 BMV die unzulässige Zahlung nur „insbesondere“ erwähnt, sind auch andere außerordentliche Kündigungsgründe denkbar, etwa der (erhebliche) Zahlungsrückstand. Gerade in einem solchen Fall sind Gläubiger aber auf den Mahn- und Klageweg verwiesen, um ihre Ansprüche geltend zu machen.

Es handelt sich bei § 7 BMV mithin um eine Klausel, die mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes unvereinbar ist und daher (potenzielle) Mieter unangemessen benachteiligt. Sie ist daher wegen Verstoßes gegen §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.

3. Zwischenergebnis

Der Anspruch aus § 1 UKlaG ist mithin begründet.

⁴¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.10.2021 – 20 U 116/20 = ZIP 2021, 2541 = MMR 2022, 403 (404 Rn. 30).

⁴² Vgl. BGH NJW 2022, 3575 (3575 Rn. 30).

⁴³ I.E. ebenso BGH NJW 2022, 3575 (3577 Rn. 29), wobei die Frage unbeantwortet geblieben ist, ob sich die Lage anders darstellt, wenn eine Batterie eines beliebigen Fabrikats anstelle der Batterie des Herstellers eingebaut werden könnte, vgl. Flick, GWR 2022, 379.

⁴⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.10.2021 – 20 U 116/20 = ZIP 2021, 2541 = MMR 2022, 403 (405 Rn. 40).

Halkenhäuser/Kainer: Selbstjustiz bei Mietbatterien?

III. Ergebnis

Die Klage der V gegen B ist zulässig und begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Neue Wände, neue Freunde

PD Dr. Matthias Fervers, Kiel*

Die Aufgabenstellung behandelt im Schwerpunkt Themen des Allgemeinen Teils, des Mietrechts und des Allgemeinen Schuldrechts.

Sachverhalt

V möchte eine ihm gehörende Wohnung und frisch renovierte Wohnung an M vermieten. V entwirft zu diesem Zweck einen Mietvertrag, wobei er beabsichtigt, diesen künftig bei jeder neuen Vermietung der Wohnung einzusetzen. Der Mietvertrag enthält unter anderem die folgende Klausel:

§ 3: Die Schönheitsreparaturen sind vom Mieter alle fünf Jahre durchzuführen.

M unterschreibt den von V vorgelegten Mietvertrag und zieht am 1.12.2016 in die Wohnung ein. Bei der kurz darauf stattfindenden Einweihungsparty am 4.12.2016 rutscht M in angetrunkenem Zustand ungeschickt mit seiner Bierflasche aus und beschädigt die in der Wohnung fest verbaute und laut Mietvertrag mitvermietete Badewanne, wodurch ein Schaden i.H.v. 1.000 € entsteht.

Einige Jahre später plant M eine berufliche Veränderung und kündigt den Mietvertrag deshalb wirksam zum 31.8.2022. Die Wohnung ist zu diesem Zeitpunkt sichtbar renovierungsbedürftig. Am 31.8.2022 zieht M auch wie geplant aus der Wohnung aus und gibt diese an V zurück. V bemerkt zwar zunächst nicht den Schaden an der Badewanne, wohl aber die fehlende Renovierung durch M, auf die er M auch sogleich aufmerksam macht. Weil V die Wohnung allerdings danach einige Monate leer stehen lässt, unternimmt er zunächst nichts weiter. Erst nachdem sich ein neuer und zahlungskräftiger Mietinteressent bei V gemeldet hat, kontaktiert V den M am 2.3.2023 und fordert ihn zur Vornahme der Schönheitsreparaturen auf. M renoviert daraufhin direkt am nächsten Tag aufwendig die gesamte Wohnung.

Nur kurze Zeit später führt M jedoch ein Gespräch mit einem rechtskundigen Bekannten und erfährt, dass er die Schönheitsreparaturen wohl gar nicht hätte ausführen müssen. M stellt daraufhin weitere rechtliche Nachforschungen an. Nach Abschluss der Nachforschungen wendet M sich am 19.4.2023 an V und verlangt von diesem Zahlung von 1.000 €. Er, M, habe schließlich für V die gesamte Wohnung renoviert, ohne jemals dazu verpflichtet gewesen zu sein. V entgegnet, er schulde „keinen Cent“. Zum einen habe M mit der Vornahme der Schönheitsreparaturen nur die explizit übernommene vertragliche Verpflichtung erfüllt und „keinen Deut mehr“. Und zum anderen habe er, V, in der Zwischenzeit einen Handwerker mit der Reparatur der Badewanne betrauen müssen, der hierfür ebenfalls marktüblich 1.000 € abgerechnet habe. Selbst wenn M also einen Anspruch auf Zahlung von 1.000 € haben sollte, sei dieser Anspruch „spätestens nach der Geschichte mit der Badewanne jetzt nichts mehr wert“. M sieht das nicht ein. Erstens könne es nicht sein, dass V die Badewanne „einfach so reparieren lasse, ohne vorher irgendwas zu sagen“. Und zweitens komme V „mit dieser Sache reichlich spät“.

* Der Autor ist Privatdozent und Vertreter des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Fallfrage

Hat M gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 1.000 €?

Bearbeitungsvermerk

Im Gutachten ist – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen. Es ist davon auszugehen, dass die Höhe der gegenseitigen Ansprüche mit 1.000 € jeweils korrekt berechnet ist.

Lösungsvorschlag

I. § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB	514
II. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB	514
1. Anspruchsvoraussetzungen	514
a) Vorvertragliches Schuldverhältnis	514
b) Vorvertragliche Pflichtverletzung	515
aa) § 3 MV als unwirksame AGB	515
(1) Vorliegen von AGB	515
(2) Unwirksamkeit von § 3 MV gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB	515
(3) Keine geltungserhaltende Reduktion	516
bb) Sorgfaltsverstoß des V durch die Verwendung der AGB	517
c) Vertretenmüssen	517
d) Schaden	517
2. Kein Erlöschen nach § 389 BGB	517
a) Aufrechnungserklärung, § 388 BGB	517
b) Aufrechnungslage, § 387 BGB	518
aa) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	518
(1) Anspruchsvoraussetzungen	518
(a) Schuldverhältnis	518
(b) Nebenpflichtverletzung	518
(aa) Einheitliche Behandlung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB	518
(bb) Nur Substanzverletzung fallen unter § 280 Abs. 1 BGB	519
(cc) h.M.: Abgrenzung nach dem Kriterium der Leistungspflicht	519
(dd) Stellungnahme	519
(c) Vertretenmüssen	520
(d) Schaden	520
(2) Aufrechnungsverbot, § 390 BGB	520

(a) Verjährung der Forderung.....	520
(b) Kein Eingreifen von § 215 BGB.....	521
bb) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB	521
cc) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB	521
(1) Anspruchsvoraussetzungen	521
(2) Aufrechnungsverbot, § 390 BGB	521
3. Keine Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB	522
4. Ergebnis	522
III. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB	522
IV. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB	523
1. Anspruchsvoraussetzungen	523
a) Etwas erlangt	523
b) Durch Leistung des M	523
c) Ohne Rechtsgrund	523
d) Rechtsfolge: Wertersatz	523
2. Keine Einwendungen und Einreden.....	523
3. Ergebnis	523

I. § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB

Ein Anspruch des M gegen V auf Zahlung von Schadensersatz nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB besteht schon deshalb nicht, da zum Zeitpunkt der Vornahme der Schönheitsreparaturen zwischen M und V kein Mietvertrag mehr bestand.

Hinweis: Ob der Anspruch nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB geprüft wird, dürfte reine Geschmackssache sein. Ein Fehlen sollte deshalb bei der Bewertung keinesfalls negativ bewertet werden.

II. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB

M könnte gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 1.000 € gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB haben. Dies wäre der Fall, wenn V durch die Verwendung einer unwirksamen AGB schuldhaft eine vorvertragliche Pflicht verletzt hätte und M ein Schaden i.H.v. 1.000 € entstanden wäre.

1. Anspruchsvoraussetzungen

a) Vorvertragliches Schuldverhältnis

M und V haben im Vorfeld des Mietvertrags Vertragsverhandlungen i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB geführt. Ein vorvertragliches Schuldverhältnis liegt somit vor.

b) Vorvertragliche Pflichtverletzung

Eine vorvertragliche Pflichtverletzung des V könnte in der Verwendung von § 3 MV liegen. Die Verwendung unwirksamer AGB kann grundsätzlich eine vorvertragliche Pflichtverletzung gegenüber dem Vertragspartner darstellen.¹ Denn jeder Vertragspartner ist gem. § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, Rücksicht auf die Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils zu nehmen und hierzu gehört auch, nicht durch unsorgfältige Auswahl oder Formulierung unwirksame AGB zu verwenden, die den anderen Teil zur Vornahme von Aufwendungen veranlassen können.

Eine Pflichtverletzung läge somit vor, wenn es sich bei § 3 MV um eine unwirksame AGB handelt und wenn dem V insoweit tatsächlich eine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann.

aa) § 3 MV als unwirksame AGB

(1) Vorliegen von AGB

§ 3 MV wäre als AGB zu qualifizieren, wenn die Voraussetzungen von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt wären. Bei § 3 MV handelt es sich um eine Vertragsbedingung, die V selbst entworfen und damit vorformuliert hat. Da V bei der Vorformulierung auch die Absicht hatte, den Mietvertrag (und damit auch dessen § 3) bei allen zukünftigen Vermietungen zu benutzen, liegt auch die erforderliche Absicht der Vielfachverwendung vor. Und schließlich hat V den Mietvertrag in die Verhandlungen eingebracht und seine Verwendung zum Vertragsschluss verlangt² und somit die Vertragsbedingung auch gestellt. Bei § 3 MV handelt es sich somit um eine AGB.

Hinweis: Die Vornahme einer Einbeziehungskontrolle (§§ 305 Abs. 2, 305c Abs. 1 BGB) dürfte vorliegend nicht erforderlich sein. Denn eine Pflichtverletzung liegt schon dann vor, wenn V eine unwirksame AGB verwendet hat und das unabhängig davon, ob die AGB wirksam einbezogen wurde oder nicht. Vertretbar ist eine Einbeziehungsprüfung dagegen gleichwohl (etwa wenn man annimmt, dass auch die Verwendung einer AGB, die die Einbeziehungsvoraussetzungen nicht erfüllt, eine eigene Pflichtverletzung sein kann). Insbesondere erscheint es vertretbar, anzunehmen, dass die Verwendung einer AGB, die gem. § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil wurde, eine Pflichtverletzung darstellt, da in diesem Fall der starke Anschein einer Wirksamkeit gesetzt wird. Vorliegend würde eine Einbeziehungskontrolle aber ohnehin zu dem Ergebnis führen, dass die § 3 MV wirksam einbezogen wurde: M hatte die Möglichkeit der Kenntnisnahme und ein gesonderter Hinweis ist bei einem Formularvertrag entbehrlich.³ Und § 3 MV ist auch nicht i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB überraschend; denn die Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter ist mittlerweile ortsüblich und jedenfalls nicht so ungewöhnlich, dass der Mieter hiermit keinesfalls rechnen muss.⁴

(2) Unwirksamkeit von § 3 MV gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB

§ 3 MV könnte gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB unwirksam sein. Dies wäre der Fall, wenn § 3 MV den M unangemessen benachteiligen würde. Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist dies im Zweifel anzunehmen, wenn eine Formularbestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung,

¹ BGHZ 181, 188 = NJW 2009, 2590 (2590 Rn. 10); *Lehmann-Richter*, WuM 2005, 747 f.

² Vgl. BGH NJW 2016, 1230 (1231 Rn. 24); *Lehmann-Richter*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2023, § 305 Rn. 129 f.

³ Siehe BGH NZM 2020, 674 (675 Rn. 18); *Fervers*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl. 2022, Vor. § 535 Rn. 215 m.w.N.

⁴ *Fervers*, NZM 2020, 1082 (1084).

von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Zwar weicht § 3 MV von der gesetzlichen Regelung des § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB ab, wonach nicht der Mieter, sondern der Vermieter zur Instandhaltung der Wohnung und damit auch zur Vornahme der Schönheitsreparaturen verpflichtet ist. Gleichwohl ist eine Übertragung der Schönheitsreparaturlast auf den Mieter nicht per se unzulässig.⁵ Denn zum einen ist eine solche Übertragung mittlerweile verkehrszüblich⁶ und zum anderen wird die Übertragung regelmäßig bei der Mietkalkulation zugunsten des Mieters berücksichtigt.⁷

Problematisch ist jedoch, dass der Mieter nach dem Wortlaut von § 3 MV die Schönheitsreparaturen in einem Abstand von fünf Jahren vornehmen muss. Diese Formulierung muss zumindest nach der gem. § 305c Abs. 2 BGB vorzunehmenden kundenfeindlichsten Auslegung⁸ so verstanden werden, dass die Renovierung stets alle fünf Jahre und unabhängig vom konkreten Zustand der Wohnung vorgenommen werden muss. Eine solche „starre Frist“ stellt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar.⁹ Denn abgesehen davon, dass der Vermieter schon kein schutzwürdiges Interesse daran hat, vom Mieter die Renovierung der Wohnung verlangen zu können, obwohl der Zustand der Wohnung überhaupt keine Renovierung erfordert, wird der Mieter durch die starre Renovierungsfrist auch zu mehr verpflichtet als der Vermieter seinerseits i.R.d. § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB tun müsste.¹⁰ Denn der Vermieter müsste – sollte eine Schönheitsreparaturklausel fehlen – im Rahmen seiner Instandhaltungspflicht nach § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB auch nur dann renovieren, wenn der Zustand der Wohnung es erfordert. Die Regelung in § 3 MV stellt deshalb eine unangemessene Benachteiligung des M dar.

(3) Keine geltungserhaltende Reduktion

Fraglich ist allenfalls, ob trotz der Unwirksamkeit der starren Renovierungsfrist wenigstens die ebenfalls in § 3 MV geregelte Überwälzung als solche wirksam bleibt. In diesem Fall wäre M – da die Wohnung tatsächlich renovierungsbedürftig war – zur Renovierung der Wohnung verpflichtet gewesen, sodass zumindest keine Aufwendungen im Hinblick auf eine unwirksame AGB vorlägen. Die Übertragung der Schönheitsreparaturen lässt sich aber nicht inhaltlich aufspalten. Der Fristenplan konkretisiert die Renovierungsverpflichtung des Mieters und bildet deshalb mit diesem eine untrennbare Einheit.¹¹ Eine richterliche Anpassung einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel an das gesetzlich zulässige Maß wäre eine inhaltliche Umgestaltung und damit nichts anderes als eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion.¹²

Bei § 3 MV handelt es sich somit um eine unwirksame AGB.

⁵ BGH, Urt. v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, Rn. 20 (juris) = NJW 2004, 2586; BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 (3772 Rn. 12).

⁶ BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 (3772 Rn. 12); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 23 Rn. 20.

⁷ BGH, Urt. v. 1.7.1987 – VIII ARZ 9/86, Rn. 29 (juris); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 23 Rn. 20; wohl auch *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 22 Rn. 16.

⁸ BGH NJW 1991, 1750 (1751); BGH NZM 2020, 704 (707 Rn. 28); *H. Schmidt*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 305c Rn. 61; *Basedow*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 305c Rn. 51 f.; *Graf von Westphalen*, NZM 2015, 112 (114).

⁹ Heute einhellige Auffassung: BGH, Urt. v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, Rn. 18 ff. (juris) = NJW 2004, 2586; BGH NZM 2014, 306 (306 Rn. 22); *H. Schmidt*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2023, § 535 Rn. 399 m.w.N.

¹⁰ BGH, Urt. v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, Rn. 20 (juris) = NJW 2004, 2586.

¹¹ BGH NJW 2004, 2586 Rn. 20 (juris); BGH NZM 2010, 157 (157 Rn. 14).

¹² BGH, Urt. v. 23.6.2004 – VIII ZR 361/03, Rn. 20 (juris) = NJW 2004, 2586; BGH NZM 2010, 157 (157 Rn. 14).

bb) Sorgfaltsverstoß des V durch die Verwendung der AGB

V hat bei der Formulierung des § 3 MV auch eine Rücksichtnahmepflicht verletzt. Zwar mag von einem Vermieter nicht erwartet werden, dass er die Rechtsprechung des BGH im Detail kennt und insbesondere trifft den Vermieter keinen Vorwurf, wenn er zum Zeitpunkt der Abfassung der Klausel noch von ihrer Wirksamkeit ausgehen durfte.¹³ Dies ist hier aber nicht der Fall. Die Unwirksamkeit starrer Fristen war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon seit mehr als zehn Jahren anerkannt und ist vom BGH zwischenzeitlich auch immer wieder bestätigt worden. Selbst eine einfache Internetrecherche hätte genügt, um herauszufinden, dass Schönheitsreparaturklauseln mit starren Fristen in AGB unwirksam sind.

Eine Pflichtverletzung des V liegt somit vor.

Hinweis: Vertretbar wäre ebenfalls, schon in der Verwendung einer unwirksamen AGB eine Pflichtverletzung zu sehen und den Sorgfaltsverstoß erst beim Vertretenmüssen zu prüfen.

c) Vertretenmüssen

Durch die Verwendung der AGB hat V die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht eingehalten und somit gem. § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB fahrlässig gehandelt. V hat die Pflichtverletzung deshalb auch i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten.

d) Schaden

Gem. § 249 Abs. 1 BGB ist M so zu stellen, wie er ohne die Pflichtverletzung des V stünde. Hätte V die unwirksame AGB nicht verwendet, hätte M nicht im Vertrauen auf ihre Wirksamkeit Aufwendungen i.H.v. 1.000 € getätigt. M ist somit ein ersatzfähiger Schaden i.H.v. 1.000 € entstanden.

Die Anspruchsvoraussetzungen von §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegen somit vor.

2. Kein Erlöschen nach § 389 BGB

Der Anspruch des M könnte jedoch nach § 389 BGB erloschen sein. Das wäre der Fall, wenn V wirksam aufgerechnet hätte. Voraussetzung hierfür sind das Vorliegen einer Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB) und das Bestehen einer Aufrechnungslage (§ 387 BGB).

a) Aufrechnungserklärung, § 388 BGB

Die Äußerung des V, er „schulde keinen Cent“ und der Anspruch des M sei aufgrund „der Geschichte mit der Badewanne jetzt nichts mehr wert“, ist gem. §§ 133, 157 BGB als Aufrechnungserklärung i.S.d. § 388 S. 1 BGB zu qualifizieren. Dass V nicht das Wort „Aufrechnung“ gebraucht hat, ist unschädlich; es genügt, wenn sich der Wille, die gegenseitigen Forderungen zum Erlöschen zu bringen, mit hinreichender Deutlichkeit aus den Umständen ergibt.¹⁴ Auch die Tatsache, dass V die Aufrechnung ersichtlich nur unter der Bedingung erklärt hat, dass die Forderung des M besteht, hindert das Vorliegen einer wirksamen Aufrechnungserklärung nicht und stellt insbesondere keine nach § 388 S. 2 BGB unzulässige Bedingung dar. Denn das Bestehen der Hauptforderung ist eine für die Zulässigkeit

¹³ BGHZ 181, 188 = NJW 2009, 2590 (2590 Rn. 11 ff.).

¹⁴ Bieder/Gursky, in: Staudinger, Neubearb. 2022, § 388 Rn. 14 m.w.N.

der Aufrechnung von § 387 BGB selbst vorausgesetzte Bedingung (Rechtsbedingung) und damit keine Bedingung i.S.d. § 388 S. 1 BGB, die einen ungewissen Schwebezustand herbeiführen würde.¹⁵

b) Aufrechnungslage, § 387 BGB

Erforderlich ist allerdings darüber hinaus das Vorliegen einer Aufrechnungslage. Eine Aufrechnungslage läge nur dann vor, wenn V eine Gegenforderung zustünde, die nicht dem Aufrechnungsverbot nach § 390 BGB unterfällt.

aa) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

(1) Anspruchsvoraussetzungen

(a) Schuldverhältnis

Der zwischen M und V zum Zeitpunkt der Beschädigung bestehende Mietvertrag ist ein Schuldverhältnis i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB.

(b) Nebenpflichtverletzung

M müsste jedoch auch eine Nebenpflicht verletzt haben. Zwar besteht an sich Einigkeit darüber, dass eine Nebenpflichtverletzung des Mieters vorliegt, wenn dieser sorgfaltswidrig die vermietete Einrichtung beschädigt.¹⁶ Die substantielle Beschädigung der Badewanne durch eine Bierflasche fällt auch nicht unter den vertragsgemäßen Gebrauch nach § 538 BGB. In casu ist das Vorliegen einer Nebenpflichtverletzung allerdings deshalb problematisch, weil der Vermieter den Anspruch nach Rückgabe der Wohnung geltend macht. Der Mieter ist nämlich – zumindest aufgrund ergänzender Auslegung des Mietvertrags – verpflichtet, die Wohnung nach Mietende in unbeschädigtem und geräumtem Zustand zurückzugeben.¹⁷ Sofern es sich bei dieser Verpflichtung um eine Leistungspflicht i.S.d. § 281 Abs. 1 BGB handeln würde, läge keine Verletzung einer Nebenpflicht vor, sodass nicht die §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, sondern die §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB die richtige Anspruchsgrundlage wären mit der Folge, dass V dem M vor der Beseitigung der Mängel eine Frist hätte setzen müssen. Ob bei der Rückgabe der Wohnung in nicht vertragsgemäßem Zustand § 280 Abs. 1 BGB oder § 281 Abs. 1 BGB einschlägig ist, wird unterschiedlich beurteilt.¹⁸

(aa) Einheitliche Behandlung nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB

Teilweise wird vertreten, sämtliche Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand seien bei Rückgabe der Mietsache einheitlich unter §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB zu fassen.¹⁹ Hierfür spreche nicht nur die Möglichkeit einfacher praktischer Handhabung. Es führe auch kein Weg daran vorbei, dass die Rückgabe der Wohnung in vertragsgemäßem Zustand Teil des vertraglich vereinbarten Leistungsinteresses sei. Nach dieser Auffassung läge vorliegend keine Nebenpflichtverletzung, sondern die Verletzung einer Leistungspflicht vor mit der Folge, dass kein Anspruch des V nach §§ 280 Abs. 1, 241

¹⁵ Dennhardt, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 388 Rn. 5; Bieder/Gursky, in: Staudinger, Neubearb. 2022, § 388 Rn. 32.

¹⁶ H. Schmidt, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 535 Rn. 487 f.

¹⁷ Streyll, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 546a Rn. 82; Bieber, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 538 Rn. 4.

¹⁸ Ausführlich zum Meinungsstand Fervers, WuM 2017, 429 (430 ff.).

¹⁹ OLG Köln, Urt. v. 21.5.2015 – 18 U 60/14; Kraemer, NZM 2010, 395; ders., in: FS Blank, 2006, S. 281 (289).

Abs. 2 BGB bestünde; in Betracht käme vielmehr allein ein Anspruch des V nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB, der jedoch mangels Fristsetzung durch V nicht gegeben wäre.

(bb) Nur Substanzverletzung fallen unter § 280 Abs. 1 BGB

Nach einer zweiten Auffassung sollen Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand grundsätzlich zwar unter § 281 Abs. 1 BGB, Substanzverletzung aber zur Vermeidung von Widersprüchen unter § 280 Abs. 1 BGB zu fassen sein.²⁰ Da in der Beschädigung der Badewanne eine Substanzverletzung liegt, läge nach diesem Ansatz die Verletzung einer Nebenpflicht vor.

(cc) h.M.: Abgrenzung nach dem Kriterium der Leistungspflicht

Nach mittlerweile wohl h.M. sind §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB einerseits und §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB nach dem Kriterium abzugrenzen, das die beiden Anspruchsgrundlagen tatsächlich unterscheidet, nämlich dem Vorliegen einer Leistungspflicht.²¹ Leistungspflichten i.S.d. § 281 Abs. 1 BGB sind typischerweise auf einen Vermögenstransfer zugunsten des Gläubigers gerichtet: Der Gläubiger begehrt die Aufstockung seines Vermögens aus dem Vermögen des Schuldners. Demgegenüber verfolgen Nebenpflichten den Zweck, den Schuldner davon abzuhalten, vertragswidrig in das Vermögen des Schuldners „vordringen“ und dort einen Schaden zu verursachen.²² Während mit §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB also Schadensersatz dafür begehrt wird, dass der Schuldner einen geschuldeten Vermögenstransfer nicht vorgenommen hat, wird mit §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB Ausgleich für einen Schaden verlangt, der durch das vertragswidrige „Vordringen“ des Schuldners in das Vermögen des Gläubigers entstanden ist. Bezogen auf den Mietvertrag führt diese Abgrenzung zu Folgendem: Überschreitet der Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache, dringt er vertragswidrig in das Vermögen des Vermieters vor, sodass die Verletzung einer Nebenpflicht vorliegt. Bewegt sich die vom Mieter vorgenommene Änderung der Mietsache dagegen im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs und schuldet der Mieter lediglich deren Beseitigung bei Rückgabe, so schuldet er die Aufstockung des Gläubigervermögens und ist die Beseitigung als Leistungspflicht nach § 281 Abs. 1 BGB zu qualifizieren. Da M mit der Beschädigung der Badewanne vorliegend den vertragsgemäßen Gebrauch überschritten hat, liegt nach dieser Auffassung eine Nebenpflichtverletzung vor.

(dd) Stellungnahme

Die erstgenannte Auffassung, die sämtliche Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand unter § 281 Abs. 1 BGB fassen will, vermag nicht zu überzeugen: Erstens ist die Behauptung, die Rückgabe in unbeschädigtem Zustand sei Teil des Leistungsinteresses, lediglich eine *petitio principii*; es ist gerade die Frage, worin das Leistungsinteresse des Vermieters besteht.²³ Zweitens entsteht (unstreitig) im Falle der Beschädigung durch den Mieter während des Mietverhältnisses bereits ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zugunsten des Vermieters. Es wäre nicht erklärbar, warum sich dieser Anspruch am Ende des Mietverhältnisses plötzlich in einen Leistungsanspruch i.S.d. § 281 Abs. 1

²⁰ Zehelein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.4.2023, § 546 Rn. 111.

²¹ Fervers, WuM 2017, 429 (433 ff.); im Anschluss BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 19 ff.; H. Schmidt, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 538 Rn. 25.

²² Picker, AcP 183 (1983), 369 (395); ders., JZ 1987, 1041 (1044); Fervers, WuM 2017, 429 (433 f.); so ausdrücklich auch BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 20.

²³ Fervers, WuM 2017, 429 (431).

BGB umwandeln sollte.²⁴ Und drittens bedeutet die Annahme einer Leistungspflicht des Mieters umgekehrt auch immer eine Berechtigung des Mieters zur Vornahme der Leistung, die durch das Fristsetzungserfordernis abgesichert wird. Dass dies nicht richtig sein kann, zeigt sich im plakativen Beispiel des Mieters, der die Wohnung abbrennt. Hier wird man keinesfalls den Mieter für zum Wiederaufbau der Wohnung berechtigt halten.²⁵

Gegen die Auffassung, nach der nur Substanzverletzungen unter §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu fassen sind, spricht zwar nicht zuletzt, dass sie nicht erklären kann, warum zwar einerseits eine Nebenpflichtverletzung vollkommen unstreitig auch ohne eine Substanzverletzung möglich ist,²⁶ warum dann aber andererseits nach der Beendigung des Mietverhältnisses nur bei Substanzverletzungen ein Anspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bestehen können soll.²⁷ Letztlich kann dies vorliegend aber offen bleiben, da sowohl nach dieser als auch nach herrschender Auffassung in casu die Verletzung einer Nebenpflicht gegeben ist.

(c) Vertretenmüssen

M hat die Badewanne durch ungeschicktes Stolpern in angetrunkenem Zustand beschädigt und somit gem. § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB fahrlässig gehandelt. M hat die Pflichtverletzung deshalb i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten.

(d) Schaden

Durch die Pflichtverletzung des M ist ein Sachschaden an der im Eigentum des V stehenden Badewanne entstanden. Zwar haftet M als Schädiger in diesem Fall grundsätzlich gem. § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution; da eine Sachbeschädigung vorliegt, kann V jedoch gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB auch den zur Reparatur erforderlichen Geldbetrag verlangen. Somit liegt ein Schaden i.H.v. 1.000 € vor.

(2) Aufrechnungsverbot, § 390 BGB

Gem. § 390 BGB ist jedoch eine Aufrechnung mit einer Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht möglich. Dem Anspruch des V gegen M gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB könnte die Einrede der Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB entgegenstehen.

(a) Verjährung der Forderung

Gem. § 548 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB verjähren Ersatzansprüche des Vermieters wegen Verschlechterungen der Mietsache in sechs Monaten ab Rückgabe der Mietsache. Wann der Vermieter die Verschlechterung bemerkt, ist insoweit unerheblich. M hat V die Wohnung am 31.8.2022 zurückgegeben, sodass der Anspruch des V gegen M aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1, Abs. 3 BGB bereits am 28.2.2023 verjährt war. Zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung am 19.4.2022 war die Gegenforderung des V deshalb verjährt.

²⁴ Zehelein, in: BeckOK BGB, Stand: 1.4.2023, § 546 Rn. 109; Fervers, WuM 2017, 429 (431, 434 f.).

²⁵ Fervers, WuM 2017, 429 (431 f.).

²⁶ Vgl. die umfassende Aufzählung der Nebenpflichten des Mieters bei Häublein, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 535 Rn. 234 ff.

²⁷ Fervers, WuM 2017, 429 (432 f.).

(b) Kein Eingreifen von § 215 BGB

Zwar ist die Aufrechnung auch mit einer verjährten Forderung gem. § 215 BGB nicht ausgeschlossen, wenn die Gegenforderung in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet werden konnte. Vorliegend war die Gegenforderung des V allerdings zum Zeitpunkt der Entstehung der Hauptforderung bereits verjährt: Der Anspruch des M gegen V auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB ist erst in dem Moment der Vornahme der Schönheitsreparaturen durch M am 3.3.2023 und damit nach dem 28.2.2023 entstanden. Die Gegenforderung des V stand der Hauptforderung des M somit zu keinem Zeitpunkt unverjährt gegenüber.

V hat deshalb mit seiner Forderung aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB nicht wirksam aufgerechnet.

bb) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Anspruch nach §§ 989, 990 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet aus, da M zum Zeitpunkt der Beschädigung der Badewanne aus dem Mietvertrag (§ 535 Abs. 1 S. 1 BGB) ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB hatte. Zwar wurde insbesondere früher vereinzelt vertreten, die §§ 987 ff. BGB seien entsprechend anzuwenden, wenn ein berechtigter Besitzer sein Besitzrecht überschreite („nicht-so-berechtigter-Besitzer“). Diese Auffassung ist jedoch schon mangels Regelungslücke abzulehnen: Besteht ein Besitzrecht des Besitzers, so bestehen bei einer Überschreitung desselben bereits vertragliche und deliktische Ansprüche, sodass für eine analoge Anwendung der §§ 987 ff. BGB schlicht kein Bedürfnis besteht.²⁸

cc) Anspruch des V gegen M auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB**(1) Anspruchsvoraussetzungen**

Zwar hat V gegen M auch einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB. Denn mit der Beschädigung der Badewanne hat M rechtswidrig und schuldhaft das Eigentum des V verletzt und einen Schaden i.H.v. 1.000 € verursacht.

(2) Aufrechnungsverbot, § 390 BGB

Auch dem Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB stünde jedoch das Aufrechnungsverbot aus § 390 BGB entgegen, wenn der Anspruch gem. § 214 Abs. 1 BGB verjährt wäre. Entscheidend ist insoweit, ob die besondere Verjährungsfrist nach § 548 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB auch auf den Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB Anwendung findet. Ist dies der Fall, wäre der Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB ebenfalls gem. §§ 548 Abs. 1, S. 1, S. 2, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1, Abs. 3 BGB am 28.2.2023 verjährt gewesen. Sollte § 548 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB dagegen auf § 823 Abs. 1 BGB nicht anwendbar sein, so gälte die Regelverjährungsfrist nach § 195 BGB mit der Folge, dass der Anspruch gem. §§ 195, 199 Abs. 1, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB erst am 31.12.2025 verjährt wäre.

Zwar scheint die systematische Stellung des § 548 BGB im Mietrecht gegen eine Anwendung auf § 823 Abs. 1 BGB zu sprechen. Gleichwohl ist nach dem Sinn und Zweck des § 548 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB eine Anwendung auch auf konkurrierende deliktische Ansprüche geboten.²⁹ Denn § 548 BGB soll sicherstellen, dass Streitigkeiten um die dort genannten Ansprüche alsbald nach Beendigung des Miet-

²⁸ Zum Streitstand ausführlich und mit umfangreichen Nachweisen *Thole*, in: Staudinger, Neubearb. 2019, Vor. §§ 987 ff. Rn. 57 f.

²⁹ RGZ 62, 329 (331); BGH, Urt. v. 21.6.1988 – VI ZR 150/87, Rn. 9; BGH NJW 2006, 2399 (2399 Rn. 14); BGH NJW 2011, 2717 (2717 Rn. 12); *Bieber*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 548 Rn. 3; *Emmerich*, in: Staudinger,

verhältnisses bzw. Rückgabe der Mietsache beendet sein sollen.³⁰ Dieser Zweck würde ausgehöhlt, wenn der Vermieter deliktische Ansprüche in der sehr viel längeren Regelverjährungsfrist geltend machen könnte. Dies gilt umso mehr deshalb, weil im Falle einer „Verschlechterung der Mietsache“ in aller Regel neben dem vertraglichen Anspruch auch ein deliktischer Anspruch besteht; § 548 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB würde deshalb geradezu leerlaufen, wenn man die Vorschrift nicht auch auf konkurrierende deliktische Ansprüche anwenden würde.³¹

Auch der Anspruch des V gegen M aus § 823 Abs. 1 BGB war somit verjährt, sodass V mit diesem Anspruch nicht gem. § 390 BGB aufrechnen konnte. Die Voraussetzungen des § 215 BGB liegen – ebenso wenig wie bezüglich des Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB – vor.

Es fehlt somit an einer Aufrechnungslage i.S.d. § 387 BGB. Da V somit nicht wirksam aufgerechnet hat, ist der Anspruch des M gegen V aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht gem. § 389 BGB erloschen.

3. Keine Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB

Der Anspruch des M ist auch nicht nach § 214 Abs. 1 BGB verjährt. Zwar handelt es sich bei dem Anspruch auf Aufwendungsersatz wegen der vorgenommenen Schönheitsreparaturen um Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen i.S.d. § 548 Abs. 2 BGB, die nach dieser Vorschrift in sechs Monaten nach der Beendigung des Mietverhältnisses verjähren.³² Vorliegend besteht jedoch die Besonderheit, dass der Anspruch des M gegen V überhaupt erst nach Beendigung des Mietverhältnisses entstanden ist. Würde man in diesem Fall § 548 Abs. 2 BGB anwenden, so würde die Verjährung des Anspruchs zu einem Zeitpunkt beginnen, in dem er noch nicht mal entstanden ist.³³

4. Ergebnis

M hat gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 1.000 € gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

III. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

Ein Anspruch des M gegen V auf Aufwendungsersatz könnte sich zudem aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB ergeben. Zwar handelt es sich bei der Vornahme der Schönheitsreparaturen um eine Tätigkeit mit wirtschaftlichen Folgen und damit um ein Geschäft i.S.d. § 677 BGB. Erforderlich wäre aber darüber hinaus das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens. M ist bei der Vornahme der Schönheitsreparaturen nicht im Interesse des V tätig geworden, sondern deshalb, um seine vermeintliche Verpflichtung aus dem Mietvertrag zu erfüllen.³⁴ Ein Anspruch nach §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB scheidet deshalb aus.

Neubearb. 2021, § 548 Rn. 6; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 22 Rn. 74; *Lützenkirchen*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 548 Rn. 5; *Reuschle*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.4.2023, § 548 Rn. 9; *Streyll*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 548 Rn. 22; *Witt*, NZM 2012, 545 (547).

³⁰ BT-Drucks 14/4553, S. 45 rechte Spalte; ebenso BGHZ 217, 1 = NJW 2017, 3707 (3709 Rn. 29); *Emmerich*, in: Staudinger, Neubearb. 2021, § 548 Rn. 1.

³¹ BGH, Urt. v. 21.6.1988 – VI ZR 150/87, Rn. 9; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, § 22 Rn. 74.

³² BGH WuM 2011, 418; *Reuschle*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.4.2023, § 548 Rn. 33.

³³ Siehe BGH NJW 1970, 1182; BGH NJW 1991, 3031; *Reuschle*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.4.2023, § 548 Rn. 33.

³⁴ Vgl. BGHZ 181, 188 = NJW 2009, 2590 (2591 Rn. 18 ff.).

Hinweis: Hier ist unter Berufung auf das Vorliegen eines „auch-fremden-Geschäfts“ auch eine andere Auffassung vertretbar. Sofern man das Vorliegen des Fremdgeschäftsführungswillens bejaht, müsste im Anschluss noch geprüft werden, ob die Vornahme der Schönheitsreparaturen dem Interesse und dem Willen des V entsprachen. In jedem Fall ist es auch vertretbar, die GoA ausführlicher zu prüfen.

IV. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB

M könnte aber einen Anspruch auf Wertersatz gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 2 BGB haben.

1. Anspruchsvoraussetzungen

a) Etwas erlangt

V hat die Durchführung der Renovierungsarbeiten durch M erlangt.

b) Durch Leistung des M

Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. M glaubte, mit der Durchführung der Renovierungsarbeiten eine Verbindlichkeit aus dem Mietvertrag gegenüber V zu erfüllen. M hat deshalb das Vermögen des V bewusst und zweckgerichtet gemehrt.

c) Ohne Rechtsgrund

Ein Rechtsgrund für die Leistung besteht nicht: § 3 MV war gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB unwirksam und ist somit nach § 306 Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden. Gem. § 306 Abs. 2 BGB kommen in diesem Fall die gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung und gem. § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB war M niemals zur Vornahme der Schönheitsreparaturen verpflichtet.

d) Rechtsfolge: Wertersatz

Da die Renovierungsarbeiten nicht in natura herausgegeben werden können, muss V gem. § 818 Abs. 2 Alt. 1 BGB den marktüblichen Wert i.H.v. 1.000 € ersetzen.

Die Anspruchsvoraussetzungen liegen vor.

2. Keine Einwendungen und Einreden

Dem Anspruch stehen auch keine Einwendungen oder Einreden entgegen: V konnte gem. § 390 BGB nicht mit seinen verjährten Gegenforderungen aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB und § 823 Abs. 1 BGB aufrechnen, sodass der Anspruch des M nicht erloschen ist. Der Anspruch des M ist auch nicht gem. § 214 Abs. 1 BGB verjährt, da die Verjährungsfrist nach § 548 Abs. 2 BGB nicht auf Ansprüche anzuwenden ist, die erst nach Beendigung des Mietverhältnisses entstanden sind.

3. Ergebnis

M hat auch gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 Alt. 2 BGB einen Anspruch auf Wertersatz.

Examensklausur: Ehe und Espresso*

Ref. jur. Frederik Jaeger, Jun.-Prof. Dr. Bettina Rentsch, Berlin**

Sachverhalt

Die Eheleute F und M leben im gesetzlichen Güterstand. Gemeinsam bewohnen sie eine Gründerzeitvilla in der Vorstadt, obwohl sie schon seit geraumer Zeit tief verschuldet sind. Beide Ehegatten sind selbstständig erwerbstätig und arbeiten von ihren Arbeitszimmern aus. Während F eines Tages auf Geschäftsreise ist, macht sich M auf den Weg zum Markt. Beim Verlassen des Hauses bemerkt M, dass der Angestellte A der Espresso Deluxe GmbH (E-GmbH), deren Geschäftsräume sich ein paar Straßen weiter befinden, vor seiner Einfahrt parkt. Jeden Markttag dreht A in der Vorstadt mit dem so bedruckten „Espresso-Mobil“ der E-GmbH seine „Espresso-Runde“, um den wohlhabenden Bewohnern der Vorstadt hochwertige Espresso-Maschinen direkt vor Ort zu verkaufen. A begutachtet die Villa und die beiden Luxus-Sportwagen in deren Einfahrt. Er wittert ein gutes Geschäft für die E-GmbH und verwickelt M erfolgreich in ein Verkaufsgespräch. Dieser ist ganz begeistert von einer hochwertigen Espresso-Maschine zum Preis von 2.500 €. M weiß, dass er lieber sparen sollte. Da die bisherige Espresso-Maschine der Eheleute aber schon länger kaputt ist, M seinen allmorgendlich im Arbeitszimmer geschlurften Espresso vermisst und er und F nun mal kaffee-begeistert sind, teilt er dem hocheifreuten A seinen Kaufwunsch mit. Allerdings hat M nur 500 € zur Hand, die er A gibt. A und M vereinbaren daher, dass M die restlichen 2.000 € im Laufe eines Monats zahlen könne und die Espresso-Maschine bis dahin im Eigentum der E-GmbH verbleibe. Sodann überreicht A dem M die Espresso-Maschine, die dieser schnell in der Villa abstellt und sich anschließend auf dem Weg zum Markt macht. Drei Wochen später kehrt F von ihrer Geschäftsreise zurück. Sie entdeckt die noch verpackte Espresso-Maschine und stellt M wutentbrannt zur Rede. Es könne nicht sein, dass M ihr „Ehegeld“ so aus dem Fenster werfe. M hat zwar ein schlechtes Gewissen, möchte die Espresso-Maschine aber unbedingt behalten. Kurzerhand bringt F die Espresso-Maschine zu den Geschäftsräumen der E-GmbH und verlangt vom Geschäftsführer G „ihr“ Geld zurück. G erwidert, dass er da nichts machen könne. Schließlich habe man einen Vertrag nur mit M geschlossen. Dieser habe ihm aber gerade telefonisch mitgeteilt, die Espresso-Maschine nicht zurückgeben zu wollen. Ohnehin sei es für eine solche Reklamation viel zu spät. F tritt den Heimweg an, hält aber an ihrer Rückgabeabsicht fest.

Aufgabe 1

M zahlt den restlichen Kaufpreis für die Espresso-Maschine zum vereinbarten späteren Zeitpunkt. Beim nächsten Gartenfest zerstört der 17-jährige Nachbar N jedoch aus Neid die Maschine vollständig. N ist steuerungsunfähig i.S.d. § 3 S. 1 a.E. JGG. Hat F gegen N einen Anspruch auf Ersatz des Substanzschadens?

* Die Klausur wurde abgewandelt in den universitären Examensklausurenkursen der Universitäten Heidelberg (Notendurchschnitt: 6,06 Punkte; Nichterfolgsquote: 25,7 %) und der Freien Universität Berlin (Notendurchschnitt ca. 6,5 Punkte; Nichterfolgsquote ca. 5 %) gestellt.

** Die *Autorin* (LL.M., University of Michigan, Ann Arbor) ist Jun.-Prof. für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Freien Universität Berlin; der *Autor* ist Doktorand ebenda.

Abwandlung I

Die Reklamation bei der E-GmbH hat nicht stattgefunden und M zahlt den restlichen Kaufpreis für die Espresso-Maschine zum vereinbarten späteren Zeitpunkt. Beide Ehegatten nutzen die Espresso-Maschine regelmäßig. M verkauft die Maschine über Kleinanzeigen für 500 € an B. B ist zwar verwundert, erkundigt sich aber nicht nach den Lebensverhältnissen des M. Hätte sie es getan, hätte M aber wahrheitswidrig angegeben, ledig zu sein und einen auf ihn ausgestellten Kaufbeleg vorgezeigt. Als er die Espresso-Maschine vor Bs Haustür liefert, legt M außerdem seinen Ehering ab.

Aufgabe 2

Hat F gegen B einen Anspruch auf Herausgabe der Espresso-Maschine?

Abwandlung II

F verklagt B erfolgreich auf Herausgabe der Espresso-Maschine, wobei sowohl F als auch B einen Rechtsmittelverzicht erklären. Noch in derselben Nacht schleicht sich F allerdings auf das Grundstück der B und entführt die Espresso-Maschine. B erhebt Klage auf sofortige Herausgabe, denn die Vorstadt sei noch lange kein rechtsfreier Raum.

Aufgabe 3

Ist die Klage der B begründet?

Bearbeitungsvermerk

In Aufgabe 1 ist davon auszugehen, dass M beim Kauf der Espresso-Maschine entsprechend den Anforderungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB belehrt und A von der E-GmbH wirksam gem. §§ 59, 55 Abs. 1, 3, 54 Abs. 1 HGB bevollmächtigt wurde. §§ 312 Abs. 2 Nr. 8, 506, 514, 515 BGB sind nicht zu prüfen.

In Aufgabe 2 ist davon auszugehen, dass die Espresso-Maschine zum Zeitpunkt der Veräußerung an B im Miteigentum der F stand.

Der objektive Wert der Espresso-Maschine beträgt 2.000 €.

Auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen ist, ggf. hilfsgutachtlich, einzugehen.

Lösungsvorschlag

I. Anspruch der F gegen N aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678 BGB	527
II. Anspruch der F gegen N aus § 823 Abs. 1 BGB	527
1. Rechtsgutsverletzung.....	527
a) (Mit-)Eigentum.....	527
aa) Dingliche Rechtslage vor vollständiger Kaufpreiszahlung	527
(1) Dingliche Wirkung des § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB	527
(a) Voraussetzungen des § 1357 Abs. 1 BGB	528
(b) Wirkung des Verbraucherwiderrufs.....	528

(c) Anwendbarkeit des § 1357 BGB auf Verfügungen	531
(2) Rechtsgeschäftliche Vertretung der F	531
(a) Geschäft für den, den es angeht	531
(b) Abweichende Beurteilung aufgrund der Natur des Verpflichtungsgeschäfts	532
bb) Dingliche Rechtslage durch vollständige Kaufpreiszahlung	532
b) (Berechtigter) Mitbesitz	532
aa) Besitzrecht	533
(1) § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB	533
(2) § 1353 BGB	533
bb) Keine Sachherrschaft aus §§ 1353, 1357 Abs. 1 S. 2 BGB	533
cc) Mitbesitz aus tatsächlicher Haushaltszugehörigkeit	533
2. Rechtswidrigkeit, Verschulden	534
3. Haftungsausfüllender Tatbestand	534
4. Ergebnis	534
III. Anspruch der F gegen N aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 858 Abs. 1 BGB und § 303 StGB	534
IV. Anspruch der F gegen N aus § 826 BGB	535
Aufgabe 2	535
I. Anspruch der F gegen B aus § 985 BGB	535
1. (Mit-)Eigentum der F	535
a) Rechtsgeschäftlicher Eigentumsübergang, § 929 S. 1 BGB	535
b) Eigentumsübergang nach §§ 929 S. 1, 932 BGB	536
aa) Voraussetzungen des § 932 BGB	536
bb) Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs nach § 1369 Abs. 1 BGB und § 935 Abs. 1 S. 1 BGB	537
c) Zwischenergebnis	537
2. Besitz der B	537
3. Kein Recht zum Besitz	537
a) Anwendung des § 1369 Abs. 1 BGB auf Haushaltsgegenstände im Miteigentum	537
b) Keine Einschränkung durch subjektive Voraussetzungen	538
c) Zwischenergebnis	538
4. Ergebnis	539
II. Anspruch der F gegen B aus § 1007 BGB	539
III. Anspruch der F gegen B aus § 861 Abs. 1 BGB	539

IV. Anspruch der F gegen B aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB.....	539
V. Anspruch der F gegen B aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB.....	539
Aufgabe 3	539
I. Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht	540
II. Kein Erlöschen gem. § 864 Abs. 2 BGB (analog)	540
III. Ergebnis.....	541

Aufgabe 1

I. Anspruch der F gegen N aus §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678 BGB

Umstritten ist, ob die (bloße) Sachzerstörung ein „fremdes Geschäft“ i.S.d. § 687 Abs. 2 S. 1 BGB darstellt.¹ Ist der Geschäftsführer wie im vorliegenden Fall aber in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (vgl. §§ 2, 106 BGB), so ist er ohnehin nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen verantwortlich (§ 682 BGB). Ein Anspruch der F gegen den 17-jährigen N aus §§ 678 Abs. 2 S. 1, 678 BGB scheidet daher aus.

II. Anspruch der F gegen N aus § 823 Abs. 1 BGB

F könnte gegen N aber einen Anspruch auf Ersatz des Substanzschadens i.H.v. 2.000 € aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

1. Rechtsgutsverletzung

a) (Mit-)Eigentum

In Betracht kommt zunächst eine Eigentumsverletzung in Gestalt der Substanzverletzung der Espresso-Maschine. Das setzt voraus, dass F zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses (Mit-)Eigentümerin der Espresso-Maschine war. Ursprünglich war die E-GmbH Eigentümerin.

aa) Dingliche Rechtslage vor vollständiger Kaufpreiszahlung

Die Espresso-Maschine wurde aufschiebend bedingt (§ 158 Abs. 1 BGB) durch die vollständige Kaufpreiszahlung an M gem. § 929 S. 1 BGB übereignet (Eigentumsvorbehalt), sodass M vor vollständiger Kaufpreiszahlung nur ein Anwartschaftsrecht erworben hat. Auch F könnte ein Anwartschaftsrecht erworben haben.

(1) Dingliche Wirkung des § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB

Dies wäre bereits der Fall, wenn es sich bei dem Kauf der Espresso-Maschine um ein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie handelte und § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB dingliche Wirkung² zukäme.

¹ Hartmann, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2023, § 687 Rn. 55.1 m.w.N.

² Aufgrund der Rechtsnatur des Anwartschaftsrecht muss das, was für das Vollrecht gilt, erst recht für das Anwartschaftsrecht gelten.

(a) Voraussetzungen des § 1357 Abs. 1 BGB

M und die nach § 13 Abs. 1 GmbHG rechtsfähige E-GmbH, vertreten durch ihren Handlungsgehilfen A gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. §§ 59, 55 Abs. 1, 3, 54 Abs. 1 HGB, haben sich wirksam über den Kauf der Espresso-Maschine zu einem Preis von 2.500 € geeinigt. Was zum „angemessenen“ Lebensbedarf eines Ehepaars oder einer Familie gehört (vgl. § 1360a Abs. 1 BGB), bestimmen im Grundsatz die tatsächlichen Lebensverhältnisse der Ehegatten.³ § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB dient allerdings auch, wenn nicht sogar vorwiegend⁴, dem Gläubigerschutz. Im Interesse des Rechtsverkehrs⁵ beurteilt sich die „Angemessenheit“ i.S.d. § 1357 Abs. 1 BGB daher nach dem „nach außen tretenden Lebenszuschnitt der Ehegatten bzw. der Familie“⁶.

M erwarb die Espresso-Maschine unter anderem, weil er seinen allmorgendlich im Arbeitszimmer geschlurften Espresso vermisste. Der Kauf der Espresso-Maschine könnte daher überwiegend der selbstständigen beruflichen Tätigkeit des M zuzurechnen und somit bereits aus dem Anwendungsbereich des § 1357 BGB herauszunehmen sein⁷. Kaffee-Konsum im Arbeitszimmer weist zwar einen Bezug zur selbstständigen Tätigkeit des M auf, er befriedigt aber auch alltägliche Bedürfnisse. Weiter sind beide Ehegatten Kaffeetrinker, was insgesamt für einen überwiegend familiären Bezug spricht. Aus demselben Grund ist der Kauf der Espresso-Maschine nicht der persönlichen Freizeitgestaltung nur eines Ehegatten, sondern der gemeinsamen Freizeitgestaltung zuzuordnen. Der Anwendung von § 1357 Abs. 1 BGB steht auch nicht entgegen, dass dem Geschäft durch den Eigentumsvorbehalt ein kreditierendes Element innewohnt. Hiermit erfolgte zwar ein Zahlungsaufschub. Dieser hat durch die Bedingung der Eigentumsübertragung aber ein anderes Gepräge als typische Ratengeschäfte mit wiederkehrenden und zeitlich ausufernden Zahlungsverpflichtungen.

Der Kauf der Espresso-Maschine ist somit dem Lebensbedarf der Familie zuzuordnen, müsste sich aber auch mit dem nach außen tretenden Lebenszuschnitt der Ehegatten decken. Obwohl M und F tief verschuldet sind und sich nach ihrer Vorstellung die Anschaffung der Maschine nicht leisten können, ist durch die Gründerzeitvilla, die wohlhabende Gegend sowie die Luxus-Sportwagen für einen objektiven Betrachter⁸ ein Lebenszuschnitt erkennbar geworden, der nicht nur deutlich über dem einer Durchschnittsfamilie liegt, sondern auch über den tatsächlichen Verhältnissen von M und F. Dieser Lebenszuschnitt indiziert für objektive Beobachter, dass gerade Luxusgüter in den täglichen Lebensbedarf fallen, sodass der Kauf einer Espresso-Maschine zu einem Preis von 2.500 € gemessen am Lebenszuschnitt der Ehegatten als angemessen anzusehen ist. Die Voraussetzungen des § 1357 Abs. 1 BGB sind gegeben.

(b) Wirkung des Verbraucherwiderrufs

Allerdings könnte F, indem sie vom Geschäftsführer G „ihr“ Geld zurückverlangte, nicht nur von ihrer Zahlungspflicht durch Widerruf gem. § 355 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB in voller Höhe frei geworden sein, sondern auch die Willenserklärung des M widerrufen haben, soweit daraus eine dingliche Mitberechtigung der F entstanden ist.

³ Zu der unterhaltsrechtlichen Einordnung: Roth, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1357 Rn. 19.

⁴ Bruder Müller, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 1357 Rn. 1.

⁵ Hahn, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 1357 Rn. 12.

⁶ BGH FamRZ 2005, 1071 (1073).

⁷ Erbarth, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2022, § 1357 Rn. 128.

⁸ Roth, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1357 Rn. 21.

Fraglich ist, ob der Verbraucherwiderruf auch auf die etwaige Mitberechtigung aus der dinglichen Einigung Anwendung findet.⁹ Dagegen sprechen neben der Einordnung seiner Rechtsfolge als Rückgewährschuldverhältnis¹⁰ die allgemeinen Erwägungen zu dinglichen Surrogationsvorschriften (§§ 2019, 2041, 1370 a.F. BGB). Anknüpfungspunkt dinglicher Surrogation ist nicht das obligatorische Rechtsgeschäft als solches, sondern die (wirksame) Übereignung an beispielsweise den Ehegatten, der einen Haushaltsgegenstand ersetzt(e).¹¹ Ob die – wenn auch nur schuldrechtliche – Abstandnahme von dem familiär angemessenen Bedarfsgeschäft als Dreh- und Angelpunkt der Mitberechtigung, das eben nicht nur Surrogatgeschäfte erfasst, ausnahmsweise eine abweichende Beurteilung rechtfertigt, kann offenbleiben, wenn die Voraussetzungen für einen wirksamen Verbraucherwiderruf seitens F nicht vorliegen.¹²

Der zwischen M und der E-GmbH geschlossene Vertrag ist ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag i.S.d. § 312b Abs. 1 S. 1 BGB und erfüllt die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB, sodass jedenfalls M ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 Var. 1 BGB zusteht. Über § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB könnte auch F ein Widerrufsrecht zugewiesen sein. Gegen eine solche Mitberechtigung wird angeführt, dass § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB lediglich die einseitige Akzessorietät des Schuldverhältnisses anordne. Der nicht handelnde Ehegatte werde nicht Vertragspartei¹³ und sei daher für die Entwicklung des Schuldverhältnisses nicht zuständig. Dieses Verständnis findet im Hinblick auf die Entwicklung der Schuld allerdings keine Stütze im Gesetz. § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB ordnet an, dass beide Ehegatten aus dem Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet werden. Warum der nicht handelnde Ehegatte im Hinblick auf die Entwicklung der Schuld „weniger“ berechtigt sein soll als der handelnde Ehegatte, bedarf einer Rechtfertigung, die über die Art der Begründung der Schuld hinausgehen muss. Der durch § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB angeordnete Gläubigerschutz beschränkt sich darauf, dem Gläubiger zwei Gesamtschuldner zu den mit dem handelnden Ehegatten vereinbarten Konditionen zur Hand zu geben, um zufällige Vermögensverschiebungen nicht zu seinen Lasten gehen zu lassen. Weiß der Gläubiger um das Widerrufsrecht des handelnden Ehegatten, ist nicht ersichtlich, warum er auf das Nichtbestehen eines Widerrufsrechts beim zweiten Schuldner vertrauen können sollte. Auch der handelnde Ehegatte ist im Hinblick auf seine selbstständige Vermögensverwaltung (vgl. §§ 1363 Abs. 2 S. 1, 1364 BGB) gegenüber dem mitverpflichteten Ehegatten nicht schützenswert. Soll ein Ehegatte für einen anderen Rechte und Pflichten begründen, muss er damit rechnen, dass es auch dem mitverpflichteten Ehegatten erlaubt ist, sich mit Wirkung für ihn im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten von dieser Verpflichtung wieder zu lösen.¹⁴ Die Entwicklung der Schuld basiert daher auf einem Verhältnis gegenseitiger Akzessorietät¹⁵, sodass die Mitberechtigung gem. § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB die Zuweisung sekundärer Gestaltungsrechte¹⁶, also auch eines Verbraucherwiderrufs,

⁹ Denkbar wäre auch, den Rechtsfolgen der Ausübung von Gestaltungsrechten durch den mitberechtigten Ehegatten Gesamtwirkung zuzusprechen (vgl. BGH NZFam 2018, 327 [329 f.]) und damit die dingliche Einigung insgesamt in Blick zu nehmen. Dass nur eine Willenserklärung widerrufen werden kann und im Falle des § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB auch nur eine Willenserklärung des handelnden Ehegatten vorliegt, spricht für eine Wirkung gegen beide Ehegatten. Hier steht aber nur die Rechtsposition der F in Frage.

¹⁰ *Fritsche*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 355 Rn. 59.

¹¹ *Thiele*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2007, § 1370 Rn. 21 f.

¹² Der Umfang der nachfolgenden Ausführungen ist didaktischen Zwecken geschuldet; eine Klausurbearbeitung sollte deutlich kürzer ausfallen.

¹³ *Erbarth*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2022, § 1357 Rn. 156.

¹⁴ Vgl. BGH NZFam 2018, 327 (329 f.); vgl. *Roth*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1357 Rn. 34, der unter alleiniger Berücksichtigung des Verhältnisses unter den Ehegatten zu dem gleichen Ergebnis kommt.

¹⁵ So ausdrücklich *Roth*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1357 Rn. 34 und *Löhnig*, FamRZ 2001, 135 (136).

¹⁶ *Löhnig*, NZFam 2018, 327 (330) – Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.2.2018 – XII ZR 94/17; *Brudermüller*, in: Grünberg, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 1357 Rn. 22; *Hahn*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 1357

erfasst. F steht damit über § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 Var. 1 BGB zu.¹⁷

Das Verhältnis gegenseitiger Akzessorietät wirkt sich auch auf die Frage aus, ob F den Widerruf unabhängig bzw. gegen den Willen des M gegenüber der E-GmbH (vgl. § 164 Abs. 3 BGB) erklären konnte. Zunächst handelte es sich bei der Widerrufserklärung selbst nicht um ein Geschäft i.S.d. § 1357 Abs. 1 BGB¹⁸, denn durch die telefonische Rücksprache zwischen G und M ergab sich aus den Umständen, dass die Erklärung der F nicht für M wirken sollte (vgl. § 1357 Abs. 1 S. 2 a.E. BGB). Vielmehr steht F aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung nach §§ 1357 Abs. 1 S. 2, 421 BGB¹⁹ grundsätzlich eine Einzelbefugnis zu. Eine analoge Anwendung des § 351 BGB, die zu einer gemeinsamen Ausübung des Verbraucherwiderrufsrechts verpflichten würde, scheitert durch die Abschaffung der Verweisung in § 357 Abs. 1 a.F. BGB auf das Rücktrittsrecht bereits am Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke.²⁰ Somit könnte nur die akzessorische Haftung des Ehegatten die Annahme eines unteilbaren Verbraucherwiderrufsrechts rechtfertigen. Dem Verhältnis gegenseitiger Akzessorietät würde es aber nicht entsprechen, wenn die Ausübung der Mitberechtigung von der Zustimmung im Sinne einer gleichlautenden Erklärung des anderen Ehegatten abhängig wäre.²¹ F war daher befugt, den Widerruf unabhängig vom Willen ihres gesamtschuldnerisch haftenden Ehegatten zu erklären.²²

Schließlich wirkt sich das Verhältnis gegenseitiger Akzessorietät erneut auf die Frage aus, ob F den für M ausgelösten Fristbeginn gem. § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a, Abs. 3 S. 1 BGB gegen sich gelten lassen muss. Anders als M hat F die Ware erst am Tag der Widerrufserklärung physisch erhalten und wurde zu keinem Zeitpunkt über ihr Widerrufsrecht belehrt. Ließe man M außer Betracht, wäre der Widerruf der F nach drei Wochen fristgerecht erfolgt. Zweck des nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB aufgeschobenen Fristbeginns ist es, dem Verbraucher eine informierte Entscheidung über das Festhalten an dem von ihm abgeschlossenen Vertrag zu ermöglichen.²³ Der Verbraucher muss nicht nur die Ware auf ihre Eignung und Qualität hin überprüfen können²⁴, sondern auch die Kenntnis von der Möglichkeit zum Widerruf haben, sodass das Widerrufsrecht seine Schutzwirkung entfalten kann²⁵. Beide Zwecke laufen leer, wenn der nicht handelnde Ehegatte in seiner Abwesenheit über § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB mitverpflichtet werden kann. Eine Zurechnung des Fristbeginns dürfte daher nicht dem geforderten Verbraucherschutzniveau entsprechen.²⁶ Andererseits darf der Geschäftspartner des handelnden Ehegatten darauf vertrauen, dass er zwei Schuldner hat, die Vertragsbedingungen aber nur einmal aushandeln muss. Damit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn er den zweiten Ehegatten über sein Widerrufsrecht belehren müsste, von dessen Existenz der Geschäftspartner noch nicht einmal wissen muss. Ferner entspricht es dem Verhältnis gegenseitiger Akzessorietät, dass die Berechtigung des mithaftenden Ehegatten ebenso, wie sie nicht geringer sein darf als die des handelnden Ehegatten, auch nicht darüber hinaus gehen darf. Begann die Widerrufsfrist für den handelnden Ehegatten zu laufen, muss der mithaftende Ehegatte sich den Fristbeginn daher zurechnen

Rn. 30; *Roth*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1357 Rn. 34.

¹⁷ A.A. vertretbar.

¹⁸ So nun grundsätzlich der BGH bezüglich der Geltendmachung sekundärer Gläubigerrechte, BGH NZFam 2018, 327 (328 f.).

¹⁹ Ganz h.M., vgl. nur *Roth*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1357 Rn. 38.

²⁰ BGH NJW 2017, 243 (244 ff.); *Mörsdorf*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2022, § 355 Rn. 50.

²¹ Vgl. BGH NZFam 2018, 327 (329 f.).

²² A.A. vertretbar.

²³ *Mörsdorf*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2022, § 356 Rn. 22.

²⁴ *Mörsdorf*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2022, § 356 Rn. 22.

²⁵ *Koch*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 356 Rn. 12.

²⁶ Vgl. *Kliffmüller*, FuR 1992, 138 (143).

lassen.²⁷ Die Widerrufserklärung der F erfolgte somit außerhalb der Widerrufsfrist.²⁸

(c) Anwendbarkeit des § 1357 BGB auf Verfügungen

Damit stellt sich die Frage, ob F aufgrund von § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB ein Anwartschaftsrecht erworben hat. Auch, wenn der Wortlaut der Norm für eine solche Wirkung offen ist („berechtigt“), unterliefe sie die Wertungen des ehelichen Güterrechts²⁹ und wäre darüber hinaus nicht auf einen gesetzgeberischen Willen zurückzuführen³⁰. Da § 1357 BGB für alle Güterstände gilt, würde in erheblichem Maße³¹ gemeinsames Bruchteilsvermögen entstehen, obwohl nur in der Gütergemeinschaft ein gemeinsamer dinglicher Erwerb vorgesehen ist.³² In der Zugewinnngemeinschaft würde der Grundsatz der selbstständigen Vermögensverwaltung (§§ 1363 Abs. 2 S. 1, 1364 BGB) konterkariert, Gleiches im Falle der Gütertrennung. Zudem wurde § 1370 BGB a.F., der für die Zugewinnngemeinschaft eine dingliche Surrogation bei Haushaltsgegenständen vorsah, abgeschafft. Auch die möglichen Normzwecke³³ des § 1357 BGB gebieten nicht dessen dingliche Wirkung. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass die dingliche Mitberechtigung einen Ausgleich für die einseitige Begründung der Mitverpflichtung darstellen könnte³⁴. Dies ist im Hinblick auf die gewichtigen systematischen Bedenken aber gerade nicht zwingend und hätte durch den Gesetzgeber zum Ausdruck kommen müssen³⁵.

(2) Rechtsgeschäftliche Vertretung der F

F könnte aber ein Anwartschaftsrecht erworben haben, wenn man unterstellt, dass, erstens, M im Rahmen seiner dinglichen Einigung mit der E-GmbH, vertreten durch A, möglicherweise auch eine (konkludente) Einigungserklärung im Namen der F abgab, die unmittelbar für und gegen F wirkte (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB) und, zweitens, F auf Veranlassung der E-GmbH eine besitzrechtliche Position³⁶ erhielt, ihr die Sache also übergeben wurde (vgl. § 929 S. 1 BGB). Allerdings hat M nicht ausdrücklich in fremdem Namen gehandelt. Aus den Umständen ergab sich nicht, dass eine Einigungserklärung im Namen der F erfolgen sollte (vgl. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB).

(a) Geschäft für den, den es angeht

Ausnahmsweise könnte die fehlende Offenkundigkeit dadurch unbeachtlich sein, dass es sich bei dem Erwerb der Espresso-Maschine möglicherweise um ein verdecktes „Geschäft für den, den es angeht“ handelte. Diese „verdeckte Stellvertretung“³⁷ auch auf der Verfügungsebene wird anerkannt, da die Person des eigentlichen Vertragspartners bei Alltagsgeschäften in der Regel irrelevant ist³⁸,

²⁷ Löhnig, FamRZ 2001, 135 (137); Roth, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1357 Rn. 33 f.; vgl. AG Lampertheim NJW-RR 1987, 1155.

²⁸ A.A. vertretbar.

²⁹ Erbarth, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2022, § 1357 Rn. 169.

³⁰ So die Analyse des BGH, BGH NJW 1991, 2283 (2284).

³¹ Vgl. BGH NJW 1991, 2283 (2284), für die Reichweite einer solchen Annahme.

³² Erbarth, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2022, § 1357 Rn. 169.

³³ Übersicht bei Erbarth, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2022, § 1357 Rn. 27–32 (Gläubigerschutz, wirtschaftliche Chancengleichheit, gleichberechtigte Funktionsteilung, Stärkung der Unterhaltsgemeinschaft).

³⁴ LG Münster NJW-RR 1989, 391.

³⁵ BGH NJW 1991, 2283 (2284).

³⁶ Dadurch, dass die E-GmbH durch die Einräumung von Miteigentum an F und M ihren Organbesitz endgültig verlieren würde, kommt es nicht darauf an, ob bzw. dass bei der Einräumung von Miteigentum für die Übergabe die Einräumung von Mitbesitz ausreicht (dazu Klinck, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2023, § 929 Rn. 86).

³⁷ RGZ 100, 190 (192).

³⁸ Huber, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2021, § 164 Rn. 56–58.

der Geschäftspartner also keines besonderen Schutzes bedarf³⁹. Dabei wird mehrheitlich eine Anwendung nur auf solche Alltagsgeschäfte befürwortet, die sich durch einen sofortigen Leistungsaustausch auszeichnen und kein kreditierendes Element aufweisen⁴⁰. Beide Kriterien sind im vorliegenden Fall durch die Teilleistung i.H.v. 500 € und den Eigentumsvorbehalt auf Seiten der E-GmbH nicht erfüllt.

(b) Abweichende Beurteilung aufgrund der Natur des Verpflichtungsgeschäfts

Eine abweichende Beurteilung könnte sich jedoch daraus rechtfertigen, dass die Espresso-Maschine ein Haushaltsgegenstand ist und es sich bei dem zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft um ein Geschäft i.S.d. § 1357 BGB handelte. Hierfür wird angeführt, dass Hausrat, der während der Ehe für den gemeinsamen Haushalt angeschafft werde, nach allgemeinem Verständnis regelmäßig den Eheleuten gemeinsam gehöre.⁴¹ Erfolge das Geschäft unter den Voraussetzungen des § 1357 BGB, greife die Vorstellung des Gesetzgebers, dass solche Geschäfte regelmäßig auf den gemeinsamen Erwerb gerichtet seien.⁴² Dabei sei auch die Veräußerung unter Eigentumsvorbehalt erfasst.⁴³ Gegen dieses „erweiterte“ Verständnis eines „Geschäfts für den, den es angeht“ spricht allerdings, dass auch, wenn man beiden Ehegatten einen mutmaßlichen Willen zum gemeinsamen Erwerb unterstellt⁴⁴, damit noch keine Aussage über die fehlende Schutzwürdigkeit des Geschäftspartners getroffen ist. Diese bildet aber gerade den Ausgangspunkt für die Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip. Spricht man § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB keine dingliche Wirkung zu und verzichtet im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung auf die einschränkenden Voraussetzungen des „Geschäfts für den, den es angeht“, so wird das, was das Gesetz versagt, was aber als erwünscht scheint, in den rechtsgeschäftlichen Willen der Vertragsparteien hineininterpretiert und zugleich als Regel gesetzt⁴⁵. Dies ist mit der Wertung des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1357 BGB, also auf dinglicher Ebene, auch bei einem Erwerb von Hausratsgegenständen nicht vereinbar. Es gelten somit die allgemeinen Voraussetzungen des „Geschäfts für den, den es angeht“, die hier nicht erfüllt sind.⁴⁶ F hat kein Anwartschaftsrecht erworben.

bb) Dingliche Rechtslage durch vollständige Kaufpreiszahlung

Durch die vollständige Kaufpreiszahlung des M ist die aufschiebende Bedingung eingetreten, sodass M Alleineigentum an der Espresso-Maschine erwarb. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte muss davon ausgegangen werden, dass im Anschluss daran M der F kein Miteigentum an der Espresso-Maschine einräumte. F war zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses keine (Mit-)Eigentümerin.

b) (Berechtigter) Mitbesitz

Durch die Substanzverletzung an der Espressomaschine könnte mit dem berechtigten Mitbesitz der F aber ein sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 Var. 5 BGB verletzt worden sein. Die nahezu einhellig

³⁹ BGH NJW 1991, 2958 (2959).

⁴⁰ Stellvertretend: *Huber*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.11.2021, § 164 Rn. 56.

⁴¹ BGH NJW 1991, 2283 (2285).

⁴² BGH NJW 1991, 2283 (2285).

⁴³ BGH NJW 1991, 2283 (2285).

⁴⁴ Vgl. *Erbarth*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2022, § 1357 Rn. 174 f.

⁴⁵ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 19 Rn. 46; *Schwab*, in: FS Koch, 2019, S. 209 (216).

⁴⁶ A.A. vertretbar.

geteilte Anerkennung⁴⁷ des berechtigten Besitzes als sonstiges Recht beruht auf der Einsicht, dass zwar der (schlichte) Besitz in den Grenzen der Selbsthilferechte und possessorischen Besitzschutzansprüche erga omnes wehrfähig ist⁴⁸, erst das Besitzrecht aber Schadensersatzansprüche nach § 823 BGB auslösen soll⁴⁹. Das gilt auch für den berechtigten Mitbesitz.⁵⁰

aa) Besitzrecht

Für ein Besitzrecht der F kommen hier mehrere Anknüpfungspunkte in Betracht.

(1) § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB

F ist über § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB mitverpflichtet und -berechtigt. Hieraus könnte sich grundsätzlich (auch) ein Recht zum Besitz ergeben.

(2) § 1353 BGB

Zudem wird aus § 1353 BGB das Recht eines Ehegatten zum Mitbesitz an Haushaltsgegenständen abgeleitet⁵¹, das aber nicht gegenüber Dritten geltend gemacht werden können soll.⁵² Diese Einschränkung verfängt i.R.v. § 823 Abs. 1 BGB nicht, da nicht auf das Recht zum Besitz als solches, sondern auf den berechtigten Besitz (die „Kombination“) abgestellt wird.⁵³

bb) Keine Sachherrschaft aus §§ 1353, 1357 Abs. 1 S. 2 BGB

Fraglich ist aber, ob F neben dem Besitzrecht auch die tatsächliche Sachherrschaft über die Espresso-Maschine mit entsprechendem Besitzwillen hat. Aus § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB selbst kann das gerade nicht folgen.⁵⁴ Dasselbe gilt für § 1353 BGB. Auch die Begründung von Mitbesitz nach den Grundsätzen des Geschäfts für den, den es angeht, scheidet entsprechend den obigen Erwägungen mangels einer Übergabe an F aus.

cc) Mitbesitz aus tatsächlicher Haushaltszugehörigkeit

Allerdings befindet sich die Espresso-Maschine als Haushaltsgegenstand im ehelichen Haus und damit (auch) in der tatsächlichen Herrschaftssphäre der F. Zwar könnte gegen einen erforderlichen eigenen Besitzwillen⁵⁵ der F sprechen, dass sie die Espresso-Maschine (weiterhin) nicht behalten will. Diese Rückgabeabsicht ist aber gerade Ausdruck eines Herrschaftsbewusstseins. Insofern ist davon auszugehen, dass M entsprechend seiner Verpflichtung der F Mitbesitz an der Espresso-Maschine als Haushaltsgegenstand einräumte. Der (mit)besitzende Nichteigentümer-Ehegatte ist Besitzmittler des Eigentümer-Ehegatten.⁵⁶ Daraus folgt, dass M zugleich berechtigter unmittelbarer und mittelbarer

⁴⁷ BGH NJW 2019, 1669 (1670); *Fabricius*, AcP 160 (1961), 273 (298, 302 f.); *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 324 m.w.N. in Fn. 1279.

⁴⁸ *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 324.

⁴⁹ Vgl. *Förster*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 823 Rn. 156.

⁵⁰ BGH NJW 1974, 1189 (1190).

⁵¹ *Erbarth*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.6.2022, § 1353 Rn. 521, 535; *Hahn*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 1353 Rn. 8.

⁵² *Baldus*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 986 Rn. 23, 26; *Sponheimer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2023, § 986 Rn. 42; *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 986 Rn. 11.

⁵³ *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 324.

⁵⁴ *Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 77.

⁵⁵ *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 866 Rn. 3.

⁵⁶ BGH NJW 1979, 976 (977).

Eigenmitbesitzer, die F berechnigte unmittelbare Fremdmithbesitzerin der Espresso-Maschine zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses war.

Durch die von ihm ausgehende Substanzverletzung der Espresso-Maschine hat N die Nutzungsmöglichkeit der F aufgehoben und damit den berechtigten Mitbesitz der F haftungsbegründend kausal verletzt.

2. Rechtswidrigkeit, Verschulden

Die Rechtswidrigkeit ist vorliegend indiziert. Von der Verschuldensfähigkeit des N, die sich nach § 828 Abs. 3 BGB richtet, ist auszugehen. Dem steht die i.S.d. § 3 S. 1 a.E. JGG mangelnde Steuerungsfähigkeit des N nicht entgegen. § 828 Abs. 3 BGB verlangt nur eine Einsichtsfähigkeit. N handelte vorsätzlich und hat damit die Rechtsgutsverletzung zu verschulden, § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.

3. Haftungsausfüllender Tatbestand

Fraglich ist allerdings, ob F als (Mit-)Besitzerin auch den Substanzschaden gem. § 251 BGB i.H.v. 2.000 € ersetzt verlangen kann. Unbestritten kann der berechnigte (Mit-)Besitzer den Nutzungsschaden geltend machen, also Ersatz für die Nachteile verlangen, die durch den zeitweisen Ausfall der Sache entstehen.⁵⁷ Im Falle eines umfassenden Substanzschadens ist zwar auch die Möglichkeit zur Nutzung der Sache eingeschränkt bzw. aufgehoben. Die Berechnigung, den Substanzschaden geltend zu machen, ist aber Ausfluss des Rechtes an der Sachsubstanz. Das Substanzrecht steht dem Eigentümer und nicht dem (Mit-)Besitzer zu.⁵⁸ Der Substanzschaden ist daher nicht vom Zweck des Besitzschutzes über § 823 Abs. 1 BGB erfasst. Dementsprechend ist eine Aktivlegitimation der (Mit-)Besitzerin F zur Geltendmachung des Substanzschadens zu verneinen.

4. Ergebnis

F hat gegen N keinen Anspruch auf Ersatz des Substanzschadens aus § 823 Abs. 1 BGB.

III. Anspruch der F gegen N aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 858 Abs. 1 BGB und § 303 StGB

In Betracht kommt auch ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 858 Abs. 1 BGB. § 858 Abs. 1 BGB ist ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu Gunsten des unmittelbaren Besitzers⁵⁹, sodass F vom persönlichen Schutzbereich erfasst ist. Allerdings stellt sich die Frage, ob die bloße Sachzerstörung durch M eine Besitzstörung i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB darstellt. § 858 Abs. 1 BGB dient der Abwehr tatsächlicher Besitzstörungen, was sich auch auf die Schutzgesetzeigenschaft und damit die Ersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB auswirkt.⁶⁰ Entsprechend den obigen Ausführungen ist die Pflicht zum Ersatz des Substanzschadens nicht (mehr) vom abwehrrechtlichen Schutzzweck des § 858 Abs. 1 BGB erfasst, denn sie ist Kompensation für den rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in

⁵⁷ Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 325; ob die von der Rspr. (BGH NJW 1987, 50 [51 ff.]) entwickelten Grundsätze zur Ersatzfähigkeit entgangener Gebrauchsvorteile von nur eigenwirtschaftlich genutzten Gegenständen im vorliegenden Fall erfüllt sind, kann im Hinblick auf die Aufgabenstellung dahinstehen (bejahend in Fällen entgangener/eingeschränkter Nutzungsmöglichkeit von Kucheneinrichtungen: LG Kiel NJW-RR 1996, 559; LG Osnabrück NJW-RR 1999, 349).

⁵⁸ Wagner, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 326.

⁵⁹ BGH NJW 2009, 2530 (2531).

⁶⁰ Vgl. Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 823 Rn. 156.

das allein dem Eigentümer zugewiesene Substanzrecht. Ein Anspruch auf Ersatz des Substanzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 858 Abs. 1 BGB scheidet somit aus.

In Betracht kommt aber ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 303 StGB. § 303 StGB ist ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB⁶¹, das N verletzt hat. Zwar war er steuerungsunfähig i.S.d. § 3 S. 1 a.E. JGG und damit strafrechtlich nicht verantwortlich. Die Verschuldensfähigkeit bei einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB richtet sich aber nach den §§ 827, 828 BGB.⁶² Nichtsdestotrotz scheidet eine Pflicht des N zum Ersatz des Substanzschadens gegenüber F bereits daran, dass F als (Mit-)Besitzerin nicht vom persönlichen Schutzbereich des § 303 StGB erfasst ist. § 303 StGB schützt nur den Eigentümer.⁶³ F hat gegen N daher auch keinen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 303 StGB.

IV. Anspruch der F gegen N aus § 826 BGB

Entsprechend den obigen Ausführungen kommt als Anknüpfungspunkt für eine Haftung des N nach § 826 BGB als tatbestandlicher Schaden nur die entgangene Nutzungsmöglichkeit der Espresso-Maschine, nicht aber der Substanzschaden i.H.v. 2.000 €, in Betracht. Sofern man das neidgeleitete Handeln des N als vorsätzliche sittenwidrige Handlung einstuft, ist der Substanzschaden aber ebensowenig von der Haftung des N gegenüber F erfasst. F hat gegen N daher keinen Anspruch auf Ersatz des Substanzschadens aus § 826 BGB.

Aufgabe 2

I. Anspruch der F gegen B aus § 985 BGB

F könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe der Espresso-Maschine aus § 985 BGB haben.

1. (Mit-)Eigentum der F

Ursprünglich stand die Espresso-Maschine im Miteigentum der F.

a) Rechtsgeschäftlicher Eigentumsübergang, § 929 S. 1 BGB

F könnte ihr Miteigentum gem. § 929 S. 1 BGB durch Einigung und Übergabe zwischen M und B verloren haben. M hat die Espresso-Maschine an B in eigenem Namen veräußert. Nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) sind die Einigungserklärungen von M und B so auszulegen, dass B Alleineigentum an der Espresso-Maschine erhalten sollte. Auch die Übergabe der Espresso-Maschine an B ist erfolgt. Allerdings bestand zum Zeitpunkt der Veräußerung an B eine durch Miteigentum begründete Bruchteilsgemeinschaft zwischen M und F (vgl. §§ 1008, 741 ff. BGB). Über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen können die Teilhaber daher nur gemeinschaftlich verfügen (§ 747 S. 2 BGB). M verfügte in eigenem Namen. Für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hätte F in das Rechtsgeschäft einwilligen (§ 185 Abs. 1 BGB) oder es genehmigen (§ 185 Abs. 2 S. 1 BGB) müssen. In Ermangelung dessen war M nicht berechtigt und konnte B nicht gem. § 929 S. 1 BGB Alleineigentum übertragen.

⁶¹ AG Schöneberg NJW-RR 1987, 1316 (1317).

⁶² Vgl. *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 609.

⁶³ Vgl. BGH NJW 1980, 350.

b) Eigentumsübergang nach §§ 929 S. 1, 932 BGB

F könnte ihr Miteigentum aber gem. §§ 929 S. 1, 932 BGB durch Einigung und Übergabe zwischen M und B verloren haben.

aa) Voraussetzungen des § 932 BGB

Die Verfügung eines nichtberechtigten Teilhabers über den Gegenstand im Ganzen wird (auch) dann wirksam, wenn die Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb erfüllt sind.⁶⁴ Fraglich ist, ob B in gutem Glauben war bzw. sich nicht in grob fahrlässiger Unkenntnis über die fehlende Berechtigung befunden hat, § 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB. Dabei ist nach einem objektiven Maßstab⁶⁵ zu bestimmen, ob auch bei nur durchschnittlichem Merk- und Erkenntnisvermögen ohne besonders hohe Aufmerksamkeit und besonders gründlicher Überlegung Umstände mit auffallender Deutlichkeit dafür sprachen, dass der Veräußerer nicht (Allein-)Eigentümer war, sodass eine Klarstellung durch geeignete Nachforschungen geboten war.⁶⁶

Die Erwerbssituation der Veräußerung eines Luxus-Haushaltsgegenstands bei Kleinanzeigen begründet für sich genommen keine Nachforschungspflicht.⁶⁷ Hinzu tritt jedoch, dass der Kaufpreis (500 €) deutlich unter dem Marktwert des Kaufgegenstandes (2.000 €) liegt⁶⁸, sodass die Umstände des Einzelfalls für eine Nachforschungspflicht der B sprechen.⁶⁹ Hätte B sich über die Lebensumstände des M informiert⁷⁰, hätte sie allerdings nicht herausgefunden, dass M nicht Alleineigentümer der Espresso-Maschine ist, zumal dieser einen auf ihn ausgestellten Kaufbeleg vorgelegt hätte⁷¹. Fraglich ist, ob dieser Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens beachtlich ist. Dagegen soll der in den §§ 932 ff. BGB niedergelegte Interessensausgleich zwischen (Mit-)Eigentümer und Erwerber sprechen. Das Unterlassen gebotener und zumutbarer Nachforschungen begründe schon für sich eine geringere Schutzwürdigkeit des Erwerbers.⁷² So entsteht freilich ein „Verhaltensunrecht“⁷³ des Erwerbers, das dem Schutzzweck der Nachforschungspflicht nicht unbedingt gerecht wird. Nachforschungen schützen Eigentümer – unbestritten – nicht vor einem Eigentumsverlust, sofern die Ergebnisse vorgenommener Nachforschungen berechtigterweise die (Allein-)Eigentümerstellung des Veräußerers nahelegen. Kenntnisse, die der Erwerber aufgrund unterlassener Nachforschungen nicht erlangt hat, die dem Eigentümer aber nichts genutzt hätten, liegen konsequenterweise gleichermaßen außerhalb des Schutzzwecks der Nachforschungspflicht.⁷⁴ Dieses Verständnis legt auch der Wortlaut des

⁶⁴ Eickelberg, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2021, § 747 Rn. 76.

⁶⁵ Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 47.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 23.5.1956 – IV ZR 34/56; OLG, BeckRS 1956, 31386280.

⁶⁷ Näher zu der Fallgruppe der verdächtigen Erwerbssituation: Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 50 ff.

⁶⁸ Vgl. BGH NJW 1975, 735 (735 f.).

⁶⁹ Die Differenz zwischen objektivem Wert und Kaufpreis lässt auch die Annahme einer gemischten Schenkung naheliegend erscheinen. Das unterstellt, könnte F von B das durch die durch M vorgenommene Verfügung Erlangte nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB kondizieren. Für eine Kondiktion des Eigentums ist freilich kein Bedarf, wenn die Übereignung fehlgeschlagen ist, wie hier angenommen wird.

⁷⁰ Der Nachforschungspflicht ist erst Genüge getan, wenn der Erwerber sich auf mehr als die bloße Versicherung/Angabe des Veräußerers verlassen kann, wirklich (Allein-)Eigentümer zu sein (Klinck, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2023, § 932 Rn. 40; BGH WM 1978, 1208 [1209]).

⁷¹ Vgl. OLG München, Urt. v. 21.9.2018 – 10 U 1502/18 = BeckRS 2018, 27495, bezüglich eines Eigentumsnachweises durch Kaufbeleg.

⁷² Explizit: Wiegand, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2017, § 932 Rn. 84; ohne nähere Begründung ablehnend: BGH NJW 1994, 2022 (2024); BGH NJW 1991, 1415 (1417).

⁷³ Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 46.

⁷⁴ Klinck, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2023, § 932 Rn. 43; Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 46.

§ 932 Abs. 2 BGB („infolge“) nahe und ist den §§ 932 ff. BGB nicht fremd: Nach § 935 Abs. 1 S. 2 BGB „haftet“ der Eigentümer, sofern er mittelbarer Besitzer ist, nicht, sofern sich in dem Abhandenkommen nicht das freiwillige Risiko der Übertragung des unmittelbaren Besitzers realisiert hat.⁷⁵ Folglich ist der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens i.R.d. § 932 Abs. 2 BGB beachtlich.⁷⁶ B war in gutem Glauben.

bb) Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs nach § 1369 Abs. 1 BGB und § 935 Abs. 1 S. 1 BGB

Der gutgläubige Erwerb könnte am absoluten Verfügungsverbot des § 1369 Abs. 1 BGB scheitern, wonach der Erwerb von ehelichen Haushaltsgegenständen vom grundsätzlich berechtigten Eigentümer-Ehegatten eingeschränkt ist (fehlende Verfügungsbefugnis im engen Sinne). Ob § 1369 Abs. 1 BGB auch Anwendung findet, wenn ein Ehegatte über einen Haushaltsgegenstand im Miteigentum beider Ehegatten, also als Nichtberechtigter über einen gemeinschaftlichen Gegenstand i.S.d. § 747 S. 2 BGB, verfügt (siehe oben; fehlende Verfügungsbefugnis im weiten Sinne), kann freilich offenbleiben, wenn der gutgläubige Erwerb bereits nach § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen ist.⁷⁷

F hat ohne ihren Willen den unmittelbaren Mitbesitz an der Espresso-Maschine verloren, sodass ihr die Espresso-Maschine i.S.v. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB abhandengekommen ist. Der unfreiwillige Verlust des Besitzes bei einem Mitbesitzer, der nicht Miteigentümer ist, reicht für ein Abhandenkommen i.S.d. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB nicht aus.⁷⁸ Bereits der Wortlaut des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB setzt voraus, dass die Sache „dem Eigentümer“ abhandenkommen muss. F war aber Miteigentümerin der Espresso-Maschine, sodass der gutgläubige Erwerb der B jedenfalls an § 935 Abs. 1 S. 1 BGB scheitert.

c) Zwischenergebnis

F ist Miteigentümerin geblieben.

2. Besitz der B

Die Espresso-Maschine steht im unmittelbaren Besitz (vgl. § 854 Abs. 1 BGB) der B.

3. Kein Recht zum Besitz

B dürfte F gegenüber kein Recht zum Besitz haben (vgl. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB). Ein relatives Besitzrecht ergibt sich aus dem Kaufvertrag zwischen M und B. F muss dieses gegen sich gelten lassen, wenn sie nach § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB aus dem Kaufvertrag mitverpflichtet wurde.

Fraglich ist, ob der zwischen M und B geschlossene Kaufvertrag wirksam ist. Die Unwirksamkeit könnte aus §§ 1369 Abs. 1, 3, 1366 Abs. 4 BGB folgen.⁷⁹

a) Anwendung des § 1369 Abs. 1 BGB auf Haushaltsgegenstände im Miteigentum

Die Espresso-Maschine ist ein Gegenstand des ehelichen Haushalts.⁸⁰ Allerdings stand sie zum Zeitpunkt der Verfügung nicht im Allein- sondern nur im Miteigentum des M, weshalb fraglich ist, ob sie

⁷⁵ Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 932 Rn. 46.

⁷⁶ A.A. vertretbar.

⁷⁷ Zum Verhältnis von § 1369 BGB und § 935 BGB: BayObLGZ 1965, 131 (134 f.).

⁷⁸ BGH NJW 2014, 1524.

⁷⁹ Da M und F im gesetzlichen Güterstand leben, ist § 1369 Abs. 1 BGB anwendbar.

⁸⁰ Die Ausführungen i.R.d. § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB gelten hier entsprechend.

ihm als Verfügungdem „gehört“. § 1369 Abs. 1 BGB gibt darauf keine Antwort.⁸¹ Umstritten ist daher, ob § 1369 Abs. 1 BGB auf Haushaltsgegenstände im Miteigentum im Wege einer „extensiven“⁸² Auslegung oder analog⁸³ anzuwenden ist. Dahinter steht die Frage nach dem Rechtsübergang bei Miteigentum. Versteht man die Übereignung als koordinierte Verfügung, wäre die (Verpflichtung zur) Verfügung über den Anteil des handelnden Ehegatten direkt von § 1369 Abs. 1 BGB erfasst und würde bei ihrer Unwirksamkeit zur Nichtigkeit der (Verpflichtung zur) Verfügung über den Anteil des anderen Ehegatten führen, da die Übertragung nur eines Miteigentumsanteils regelmäßig nicht gewollt ist (vgl. § 139 BGB).⁸⁴ Versteht man die Übereignung nach § 747 S. 2 BGB als Verfügung über den Gegenstand als solchen⁸⁵ kann es für das Merkmal „ihm gehörend“ nicht auf den Anteil des verfügenden Ehegatten ankommen und eine extensive Auslegung bzw. analoge Anwendung des § 1369 Abs. 1 BGB drängt sich nach dem Schutzzweck des § 1369 Abs. 1 BGB auf.⁸⁶ Das Ergebnis ist in beiden Fällen identisch, weshalb ein Streitentscheid dahinstehen kann.⁸⁷ M hat sich in jedem Fall dazu verpflichtet, über ein „ihm (auch) gehörenden“ Haushaltsgegenstand zu verfügen. Darüber hinaus hat F weder in die (Verpflichtung zur) Verfügung eingewilligt noch sie genehmigt. Insbesondere konnte M nicht für und gegen F ihre Zustimmung gem. § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB erklären, da § 1369 BGB lex specialis zu § 1357 BGB ist.⁸⁸

b) Keine Einschränkung durch subjektive Voraussetzungen

Fraglich ist weiter, ob § 1369 Abs. 1 BGB dahingehend teleologisch zu reduzieren ist, dass er nur bei positiver Kenntnis des Erwerbers von der Zugehörigkeit des Gegenstands zum Haushalt Anwendung findet.⁸⁹ Hintergrund dieser Diskussion ist – besonders im Vergleich zur sog. „subjektiven Theorie“ i.R.d. § 1365 BGB⁹⁰ – der Ausgleich familiärer Interessen und Verkehrsschutzinteressen.⁹¹ Vorliegend ist jedoch von einer Kenntnis der B von der Zugehörigkeit der Espresso-Maschine zum Haushalt auszugehen, sodass ein Streitentscheid entbehrlich ist. Zum anderen könnte eine fehlende Kenntnis des Erwerbers von der Ehe des Veräußernden zum Anlass genommen werden, einen gutgläubigen „Weg-erwerb“ der Verfügungsbeschränkung zu begründen. § 1369 BGB ist aber ein absolutes Veräußerungsverbot (siehe oben), sodass die fehlende Kenntnis des Erwerbers von der Ehe des Veräußernden unbeachtlich ist. Dass B nicht wusste, dass M verheiratet ist, steht der Rechtsfolge der §§ 1369 Abs. 1, 3, 1366 Abs. 4 BGB somit nicht entgegen.

c) Zwischenergebnis

Der zwischen B und M geschlossene Kaufvertrag ist gem. §§ 1369 Abs. 1, 3, 1366 Abs. 4 BGB nichtig,

⁸¹ Stellvertretend: Scheller/Sprink, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 1369 Rn. 8.

⁸² Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1369 Rn. 15.

⁸³ Vgl. BayObLGZ 1965, 131 (134 f.).

⁸⁴ BayObLGZ 1965, 131 (135).

⁸⁵ So BGH NJW 1994, 1470 (1471).

⁸⁶ Vgl. Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1369 Rn. 15.

⁸⁷ Vgl. BayObLGZ 1965, 131 (135).

⁸⁸ BayObLGZ 1980, 81 (86); Koch, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1369 Rn. 3.

⁸⁹ Szalai, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2023, § 1369 Rn. 26.1.

⁹⁰ Szalai, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2023, § 1369 Rn. 3, 26.1.

⁹¹ Vgl. Szalai, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2023, § 1369 Rn. 26.1; vgl. Thiele, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2017, § 1369 Rn. 63; vgl. Brudermüller, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 1369 Rn. 10.

sodass eine Mitverpflichtung der F nach § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB ausscheidet. B hat gegenüber F mithin kein Recht zum Besitz.

4. Ergebnis

F hat gegen B einen Anspruch auf Herausgabe der Espresso-Maschine an sie und M aus § 985 BGB i.V.m. §§ 1011, 432 BGB.

II. Anspruch der F gegen B aus § 1007 BGB

Aufgrund der Gutgläubigkeit der B hat F gegen B keinen Anspruch auf Herausgabe der Espresso-Maschine aus § 1007 Abs. 1 BGB. Indem die Espresso-Maschine F abhandenkam, B nicht Eigentümerin der Espresso-Maschine wurde und sie gegenüber F auch kein Besitzrecht hat, kann F von B aber die Herausgabe gem. § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB verlangen.

III. Anspruch der F gegen B aus § 861 Abs. 1 BGB

Indem M die Espresso-Maschine ohne den Willen der F an B veräußerte, schloss er F vollständig und dauerhaft von ihrer unmittelbaren Sachherrschaft über die Espresso-Maschine in Form des Mitbesitzes aus und beging somit verbotene Eigenmacht (vgl. § 858 Abs. 1 BGB). § 866 BGB schließt im Verhältnis zwischen Mitbesitzern Besitzstörungen aus, nicht aber Besitzentziehungen.⁹² Der von M zum Zweck der Veräußerung begründete Alleinbesitz war gem. § 858 Abs. 2 S. 1 BGB fehlerhaft. Diese Fehlerhaftigkeit muss B wegen ihrer Gutgläubigkeit aber nicht gegen sich gelten lassen (§ 858 Abs. 2 S. 2 BGB), sodass F gegen B keinen Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB hat.

IV. Anspruch der F gegen B aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB scheidet an § 992 BGB („Sperrwirkung des EBV“).

V. Anspruch der F gegen B aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

Das Abhandenkommen auf Seiten der F rechtfertigt die Durchbrechung des Vorrangs der Leistungsbeziehung zwischen M und B nicht.⁹³ Obwohl B den Besitz auf Kosten der F erlangte, hat F gegen B keinen Anspruch auf Herausgabe der Espresso-Maschine aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB.

Aufgabe 3

Die Klage der B ist begründet, wenn B gegen F einen Anspruch auf Herausgabe der Espresso-Maschine aus § 861 Abs. 1 BGB hat.

⁹² Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 866 Rn. 13.

⁹³ Anders als in den „Einbau- und Verarbeitungsfällen“ steht hier nicht die Kondition von Eigentum, sondern von Besitz in Frage. Für dessen Übertragung entfaltet § 935 BGB keine Relevanz. A.A. vertretbar, bspw. mit Hinweis auf die Wertung des § 1007 Abs. 2 BGB.

I. Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht

Durch das „Entführen“ der Espresso-Maschine hat F die B von der unmittelbaren Sachherrschaft (vgl. § 854 Abs. 1 BGB) über die Espresso-Maschine vollständig und dauerhaft ausgeschlossen. Indem dies ohne den Willen der B geschah, erfolgte die Besitzentziehung auch durch verbotene Eigenmacht (§ 858 Abs. 1 BGB). Insbesondere war der Besitzentzug nicht durch das Besitzrecht der F gesetzlich gestattet (vgl. § 863 BGB).

II. Kein Erlöschen gem. § 864 Abs. 2 BGB (analog)

Durch Urteil, welches aufgrund des beiderseitigen Rechtsmittelverzichts auch in sofortige (formelle) Rechtskraft erwuchs⁹⁴, wurde festgestellt, dass F von B die Herausgabe der Espresso-Maschine verlangen kann. Die rechtskräftige Feststellung erfolgte allerdings zeitlich vor der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch F und nicht wie von § 864 Abs. 2 BGB gefordert danach, sodass eine unmittelbare Anwendung des § 864 Abs. 2 BGB ausscheidet.

Die hier vorliegende Konstellation könnte aber eine analoge Anwendung fordern. Eine Regelungslücke besteht. Fraglich ist, ob diese im Hinblick auf den ausdrücklichen Wortlaut des § 864 Abs. 2 BGB („nach“) auch als planwidrig angesehen werden kann. Das Reichsgericht hat die Auffassung vertreten, die vorliegende Konstellation sei in der Gesetzesberatung schlicht nicht bedacht worden. Man sei davon ausgegangen, der rechtskräftig Verurteilte werde den Besitz ohnehin freiwillig herausgeben oder vollstreckungsrechtlich dazu „gezwungen“ werden.⁹⁵ Daraus wird gefolgert, dass die Beschränkung des § 864 Abs. 2 BGB auf eine erst nach Verübung der Eigenmacht urteilsmäßige Feststellung des Rechts nicht auf rechtsgrundsätzliche Erwägungen des Gesetzgebers zurückzuführen sei.⁹⁶ Insofern kann von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden.

Hinter § 864 Abs. 2 BGB steht das Anliegen, die „unsinnige provisorische Wiederherstellung der vorherigen Besitzlage trotz gerichtlicher Feststellung der endgültigen Besitzlage zu vermeiden“⁹⁷. Diese Wertung greift grundsätzlich auch, wenn die endgültige Besitzlage schon vor Verübung der Eigenmacht rechtskräftig festgestellt ist. In beiden Fällen wird das Erkenntnis- und/oder Vollstreckungsverfahren und damit das Gerichtsverfahren umgangen. Allerdings ist der Anreiz der Selbstvollstreckung mit Titel höher. Eine analoge Anwendung des § 864 Abs. 2 BGB würde den Begünstigten des rechtskräftigen Urteils geradezu ermuntern, die Sache „auf eigene Faust“ an sich zu reißen.⁹⁸ Dies entspräche nicht dem von den Besitzschutzansprüchen bezweckten Schutz des allgemeinen Rechtsfriedens.⁹⁹ Auch die Überlegung, der Besitzschutzgläubiger werde selbst im Falle einer analogen Anwendung nicht schutzlos gestellt, weil ihm weiterhin die Gewaltrechte aus § 859 BGB zustünden¹⁰⁰, führt zu keinem anderen Ergebnis. Nach der Konzeption der §§ 858 ff. BGB ist ein umfassender possessorischer Besitzschutz nur über die Ansprüche aus §§ 861, 862 BGB gewährleistet.¹⁰¹ Die Interessenlage bei Verübung von verbotener Eigenmacht nach rechtskräftiger gerichtlicher Feststellung

⁹⁴ Vgl. *Ulrici*, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.3.2023, § 705 Rn. 8.

⁹⁵ Vgl. RGZ 107, 258 (260).

⁹⁶ RGZ 107, 258 (261).

⁹⁷ *Götz*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2023, § 864 Rn. 41.1.

⁹⁸ Vgl. *Götz*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2023, § 864 Rn. 41.2, der von einer Reduzierung der Hemmschwelle spricht; *Herrler*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 864 Rn. 6: Das „Faustrecht“ würde die Zwangsvollstreckung ersetzen.

⁹⁹ *Götz*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2023, § 864 Rn. 41.2.

¹⁰⁰ RGZ 107, 258 (261).

¹⁰¹ *Götz*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2023, § 864 Rn. 41.

der materiellen Berechtigung ist folglich nicht vergleichbar mit der Situation, in der die verbotene Eigenmacht vor der gerichtlichen Feststellung der materiellen Berechtigung verübt wird. Eine analoge Anwendung des § 864 Abs. 2 BGB ist nicht gerechtfertigt.¹⁰² Der Anspruch ist nicht erloschen.

III. Ergebnis

Die Klage der B ist begründet.

¹⁰² A.A. vertretbar.

Fortgeschrittenenklausur Arbeitsrecht: Impfgegner im Pflegeheim*

Dr. Johannes Götz, Regensburg**

In der Klausur ist die Kündigung eines Impfverweigerers in einer medizinischen Einrichtung zu prüfen. Nach dem BVerfG ist ein Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot für Beschäftigte in medizinischen Einrichtungen gerechtfertigt. Doch ist auch eine Kündigung wegen der unterlassenen Impfung zulässig? Die Schwierigkeit der Klausur besteht vor allem darin, vor dem Hintergrund des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes den richtigen Kündigungsgrund sauber herauszuarbeiten. Als Zusatzfrage ist ein Wiedereinstellungsanspruch nach Wegfall des Kündigungsgrundes zu prüfen.

Sachverhalt

Im Winter 2022 bricht eine Coronawelle mit bis dahin nie dagewesenen Infektionszahlen über Deutschland herein. Der Bundestag beschließt deshalb ein ab dem 16.3.2022 bis auf Weiteres geltendes gesetzliches Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot für Beschäftigte in medizinischen Einrichtungen, die keinen Impf- oder Genesenennachweis vorlegen. Immungeschwächte Personen sollen geschützt und das Gesundheitswesen funktionsfähig gehalten werden. Die Impfung verringert – anders als andere Infektionsschutzmaßnahmen – zuverlässig das Übertragungsrisiko und die Schwere der zum Teil tödlichen Krankheit. Vereinzelt treten nach der Impfung grippeähnliche Symptome auf.

A betreibt ein Pflegeheim für ältere Menschen mit insgesamt 25 Arbeitnehmern – darunter seit 2019 der 40-jährige, ledige und kinderlose Rezeptionist R. A bittet ihre Beschäftigten, bis zum 16.3.2022 einen entsprechenden Nachweis vorzulegen. Obwohl einer Impfung keine medizinischen Gründe entgegenstehen, lässt sich R nicht impfen und legt keinen Nachweis vor. Als langjähriger Anhänger einer christlich-fundamentalen Glaubensgemeinschaft lehnt er Impfungen ab, da in der Impfforschung Zellen legal abgetriebener Föten eingesetzt werden. Von A am 10.3.2022 konfrontiert meint R, die Impfung sei nicht mit seinem Gewissen vereinbar. Zudem diene die Impfung nur dem Profit der Pharmaindustrie. Außerdem habe er Angst vor Nebenwirkungen. A meint, R gefährde die Gesundheit der Belegschaft und der Heimbewohner. A gibt R bis zum 31.3.2022 Zeit, einen Nachweis vorzulegen, sonst werde er kündigen. Bis dahin brauche R ab 16.3.2022 nicht mehr erscheinen. R entgegnet, er sehe auf keinen Fall ein, sich impfen zu lassen. Er werde keinen Nachweis vorlegen.

Bei einer Zusammenkunft mit seiner Glaubensgemeinde infiziert sich R mit dem Coronavirus. Er erkrankt am 26.3.2022 so schwer, dass er mit einer Lungenentzündung auf die Intensivstation eingeliefert und ins Koma versetzt wird. Seine Erkrankung konnte er A nicht mehr mitteilen. Als A am Morgen des 1.4.2022 immer noch keinen Nachweis von R hat, fährt sie sofort zu dessen Wohnung und wirft eine unterschriebene fristlose Kündigung in den Briefkasten. Es sei nicht absehbar, wann R wieder arbeiten könne. Erst als R am 20.4.2022 das Krankenhaus verlassen kann, findet er die beiden Schrei-

* Die Klausur wurde im Sommersemester 2022 in abgewandelter Form im Rahmen der Online-Vorlesung Virtuelles Individualarbeitsrecht der Virtuellen Hochschule Bayern als zweistündige Abschlussklausur an der Universität Regensburg gestellt; Bearbeitungszeit: 120 Minuten.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht bei Prof. Dr. Frank Maschmann an der Universität Regensburg.

ben. Am 21.4.2022 erhebt R ordnungsgemäß beim Arbeitsgericht Regensburg Kündigungsschutzklage. Hilfsweise fordert er Wiedereinstellung zu unveränderten Bedingungen. A schickt er den Genesenennachweis mit Krankschreibung. Er wolle wieder arbeiten.

Fallfrage

In einem umfassenden Gutachten, das ggf. im Hilfsgutachten auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ist zu prüfen, ob zwischen A und R noch ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht und wenn nein, ob R Wiedereinstellung verlangen kann.

Das Infektionsschutzgesetz bleibt bei der Bearbeitung außer Betracht. Von der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlich angeordneten Maßnahmen ist auszugehen.

Lösungsvorschlag

Frage 1: Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.....	544
I. Kündigungserklärung	544
II. Präklusion.....	544
III. Kündigungserklärungsfrist.....	545
IV. Allgemeine Nichtigkeitsgründe	545
V. Wichtiger Grund	546
1. Abstrakt wichtiger Grund	546
a) Personenbedingter Grund.....	546
aa) Beschäftigungsverbot	547
bb) Fehlende Immunisierung als Risiko	547
b) Verhaltensbedingter Grund.....	548
aa) Verletzte Nachweispflicht	548
bb) Beharrliche Leistungsverweigerung.....	549
cc) Nachweispflicht als mittelbare Impfpflicht.....	549
c) Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG	549
aa) Merkmal i.S.d. § 1 AGG	550
bb) Benachteiligung i.S.d. § 3 AGG.....	550
d) Zwischenergebnis.....	551
2. Konkret wichtiger Grund	551
a) Negative Prognose	551
b) Ultima Ratio	552
c) Interessenabwägung	553
d) Zwischenergebnis.....	554
3. Zwischenergebnis.....	554

VI. Ergebnis.....	554
Frage 2: Wiedereinstellungsanspruch	554

Lösungsvorschlag

Frage 1: Fortbestand des Arbeitsverhältnisses

Das zwischen A und R 2019 geschlossene Arbeitsverhältnis (§ 611a BGB) besteht nach wie vor, wenn es nicht zwischenzeitlich durch A wirksam gekündigt wurde.

I. Kündigungserklärung

Das Arbeitsverhältnis könnte durch die Kündigungserklärungen vom 1.4.2022 und vom 8.4.2022 gekündigt worden sein.

A hat am 1.4.2022 ein Schreiben in den Briefkasten eingeworfen, mit dem sie ausdrücklich die fristlose Kündigung erklärt. Der Wille zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigungsfrist geht daraus hervor, §§ 133, 157 BGB. Die nach §§ 623, 126 Abs. 1 BGB erforderliche Schriftform ist eingehalten.

Die Erklärung müsste R auch zugegangen sein, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung geht dem abwesenden Empfänger zu, wenn sie so in dessen Machtbereich gelangt, dass er von ihr Kenntnis nehmen kann und unter normalen Umständen mit Kenntnisnahme zu rechnen ist.¹ Hier hat A das Kündigungsschreiben in den Briefkasten des R am Morgen des 1.4.2022 eingeworfen. Der Briefkasten zählt als Empfangseinrichtung des R zu dessen Machtbereich. Für gewöhnlich ist bei einem privaten Briefkasten im Laufe des Tages mit einer Leerung nach den üblichen Zustellzeiten zu rechnen, sodass die Kenntnisnahme durch R bereits am 1.4.2022 möglich und aus Sicht der A zu erwarten ist. Dass R die Kündigungserklärung nicht an diesem Tag in seinem Briefkasten finden und keine Kenntnis davon erlangen konnte, ändert hieran nichts. Der Empfänger trägt nach der Empfangstheorie das Risiko, eine in seinen Machtbereich gelangte Erklärung nicht oder verspätet zur Kenntnis zu nehmen.² Der Empfänger kann Vorsorgemaßnahmen (Nachsendeauftrag, Empfangsboten) treffen. Der Absender kann dagegen keinen Einfluss auf den Zugang nehmen, da sich die Umstände beim Empfänger jederzeit ändern können.³ Hier kannte A als Absenderin nicht einmal die Verhinderung des R und wollte diese folglich auch nicht ausnutzen, sodass § 242 BGB nichts am Zugang ändert.⁴ Damit ist die Kündigung bereits am 1.4.2022 zugegangen. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme des R, der das Schreiben erst am 20.4.2022 in seinem Briefkasten fand, kommt es daher nicht an.

Die Kündigung wurde daher mit Zugang am 1.4.2022 ordnungsgemäß erklärt.

II. Präklusion

Nach § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG wird auch für die außerordentliche Kündigung die Rechtmäßigkeit unwi-

¹ BAG NZA 1988, 875; *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 17 ff.; allgemein zum Zugang *Wertenbruch*, JuS 2020, 481 (483 ff.).

² BAG NZA 2018, 1157 (1158 Rn. 15 f.); *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 130 Rn. 9 f.

³ *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 19.

⁴ Vgl. *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 19.

derlegbar vermutet, wenn der Arbeitnehmer nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang eine Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht erhebt, §§ 7, 4 S. 1 KSchG. Die Kündigungserklärung ist R am 1.4.2022 zugegangen. Die materielle Klageerhebungsfrist beginnt damit als Ereignisfrist am 2.4.2022 zu laufen (§ 187 Abs. 1 BGB) und endet mit Ablauf des 22.4.2022 (§ 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB). Die am 21.4.2022 erhobene Klage wahrt diese Frist.

III. Kündigungserklärungsfrist

Nach § 626 Abs. 2 BGB kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb einer Ereignisfrist von zwei Wochen erklärt werden, nachdem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Zur Kündigung ist A als Arbeitgeberin des R berechtigt. A erfährt von der beharrlichen Weigerung des R zum ersten Mal im direkten Gespräch am 10.3.2022. Hier entscheidet sie sich aber erst für eine Abmahnung und eine Frist bis zum 31.3.2022, um die Störung des Arbeitsverhältnisses zu beseitigen. Mit dem erfolglosen Verstreichen der durch A gesetzten Frist verletzt R seine Pflicht erneut. Geht man mithin von einem Fristbeginn am 1.4.2022 um 0 Uhr (§ 187 Abs. 1 BGB) aus, endet die Frist mit Ablauf des 14.4.2022 (§ 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB). Der Kündigungszugang am 1.4.2022 wahrt diese Frist. Es handelt sich im Übrigen um eine fortgesetzte Pflichtverletzung, die sich an jedem Tag, an dem R seine geschuldete Leistung nicht erbringt, wiederholt. Aufgrund des somit vorliegenden Dauertatbestandes wäre auch eine spätere Kündigung nicht verfristet.

IV. Allgemeine Nichtigkeitsgründe

Die Kündigung könnte bereits nach § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG unwirksam sein. Dazu müsste das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf die Kündigung anwendbar sein.

In persönlicher Hinsicht ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 AGG auf R als Arbeitnehmer der A anwendbar. Sachlich ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz zumindest nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG auch auf Bedingungen zur „Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses“ anwendbar, worunter auch Kündigungen zu fassen sind.⁵ Dem könnte jedoch § 2 Abs. 4 AGG entgegenstehen, wonach für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Norm wären damit Kündigungen, die dem Kündigungsschutzgesetz oder anderen Kündigungsschutzvorschriften (auch § 626 BGB) unterfallen, vom Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ausgenommen,⁶ obwohl § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG diesen gerade noch auf Entlassungsbedingungen erstreckt.

Die dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zugrunde liegenden EU-Richtlinien fordern allerdings auch bei Kündigungen Schutz vor Diskriminierungen. Wäre § 2 Abs. 4 AGG so zu verstehen, dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf Kündigungen nicht anwendbar ist, würde dies insoweit gegen Unionsrecht verstoßen.⁷ Umstritten ist deshalb, wie der Ausschluss des § 2 Abs. 4 AGG zu verstehen ist.

Ein Teil der Lehre belässt es bei dem Ausschluss des § 2 Abs. 4 AGG, berücksichtigt die Wertungen

⁵ EuGH NZA 2006, 839.

⁶ Baumgärtner, in: BeckOGK AGG, Stand: 1.3.2023, § 2 Rn. 77, 82; Däubler, in: Däubler/Beck, Kommentar zum AGG, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 288 ff.

⁷ Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, AGG § 2 Rn. 17.

des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz jedoch im Rahmen der dann anwendbaren zivilrechtlichen Generalklauseln des §§ 242, 138 BGB.⁸ Andere halten § 2 Abs. 4 AGG wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht generell für unanwendbar (Art. 4 Abs. 3 EUV, effet utile) und wenden das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz unmittelbar an.⁹

Besser ist es jedoch mit der Rechtsprechung § 2 Abs. 4 AGG richtlinienkonform teleologisch zu reduzieren, sodass die Wertungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe der Kündigungsschutzvorschriften zu berücksichtigen sind – etwa bei einer ordentlichen Kündigung bei der Auslegung des Begriffs der sozialen Rechtfertigung (§ 1 Abs. 1, Abs. 2 KSchG) oder bei einer außerordentlichen Kündigung bei der Auslegung des Begriffs des wichtigen Grundes (§ 626 Abs. 1 BGB).¹⁰ Nach dem Normzweck soll § 2 Abs. 4 AGG nicht die Anwendung des Diskriminierungsverbotes verhindern, sondern als Kollisionsregel einen Vorrang des Kündigungsschutzrechts sicherstellen.¹¹ Sind keine Kündigungsschutzvorschriften anwendbar (ordentliche Kündigung im Kleinbetrieb oder in der Wartezeit), ist eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG möglich.¹²

Da es sich vorliegend jedoch um eine nach § 626 BGB zu beurteilende außerordentliche Kündigung handelt, ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz folglich im Rahmen der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes zu berücksichtigen.

V. Wichtiger Grund

Das Arbeitsverhältnis kann nach § 626 Abs. 1 BGB ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann. Das Vorliegen des wichtigen Grundes ist zweistufig nach abstrakt und konkret wichtigem Grund zu prüfen.¹³

1. Abstrakt wichtiger Grund

Es müsste ein abstrakt wichtiger Grund vorliegen, der ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles „an sich“ eine Kündigung rechtfertigen würde. Der Kündigungsgrund kann sich hier aus Umständen in der Person des zu Kündigenden oder aus ihrem vorwerfbaren Verhalten ergeben.

a) Personenbedingter Grund

Für eine personenbedingte Kündigung müsste dem Arbeitnehmer eine persönliche Eigenschaft oder Fähigkeit fehlen, die zur Beschäftigung erforderlich ist. Auf ein vorwerfbares Verhalten oder gar ein Verschulden kommt es nicht an.

⁸ Rupp, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2022, AGG § 2 Rn. 13; Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2014, AGG § 2 Rn. 18 (a.A. 23. Aufl. Rn. 18 f.); Willemsen/Schweibert, NJW 2006, 2583 (2583 f.).

⁹ Sagan, NZA 2006, 1257; Thüsing, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, AGG § 2 Rn. 17 ff. m.w.N.

¹⁰ BAG NZA 2014, 372 (375 Rn. 32 ff.); Baumgärtner, in: BeckOGK AGG, Stand: 1.3.2023, § 2 Rn. 78 ff., 84.

¹¹ BAG NZA 2014, 372 (375 Rn. 30); Baumgärtner, in: BeckOGK AGG, Stand: 1.3.2023, § 2 Rn. 79.

¹² BAG NZA 2014, 372 (374 Rn. 14 ff.).

¹³ Niemann, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BGB § 626 Rn. 15; Stoffels, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.3.2023, BGB § 626 Rn. 45 ff. m.w.N.

aa) Beschäftigungsverbot

Neben der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit ist ein personenbedingter Grund vor allem dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer eine zur Berufsausübung erforderliche Erlaubnis verliert und somit der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen eines öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverbots nicht beschäftigen darf.¹⁴

Seine Tätigkeit als Rezeptionist ist grundsätzlich nicht erlaubnispflichtig. Mit dem ab dem 16.3.2022 geltenden Beschäftigungsverbot für nicht geimpfte oder genesene Arbeitnehmer besteht jedoch ein an den persönlichen Eigenschaften anknüpfendes Beschäftigungshindernis:¹⁵ Ohne den erforderlichen Nachweis ist es A rechtlich verboten, R zu beschäftigen. R darf nicht weiter für A tätig sein. Die Arbeitsleistung ist damit rechtlich unmöglich. R fehlt es an der persönlichen Eignung, sodass ein personenbedingter Kündigungsgrund an sich besteht.

bb) Fehlende Immunisierung als Risiko

Ein personenbedingter Kündigungsgrund könnte auch auf das mit der fehlenden Immunisierung des R einhergehende Gesundheitsrisiko für Patienten und Kollegen zu stützen sein. Dazu müsste aber mit der Beschäftigung des R ein konkretes Risiko einhergehen. Allgemeine Bedenken genügen diesen Anforderungen nicht. Vielmehr ist zu prüfen, ob und wie stark die Arbeitgeberinteressen belastet sind.¹⁶ Zwar wäre mit der Beschäftigung des R aufgrund seiner fehlenden Immunisierung ein erhöhtes Risiko gegeben, die Krankheit im Betrieb zu verbreiten. Im Kündigungszeitpunkt war aus Sicht der A jedoch eine konkrete Infektion und damit eine konkrete Gefährdung nicht absehbar. Zur Beurteilung der Kündigung ist auf die Kenntnis des Kündigenden im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustellen. Da A noch nicht über die Infektion des R informiert war, ist auch das Risiko für den Betrieb nicht konkretisiert. Zudem gelten weitere Infektionsschutzmaßnahmen, die das Risiko verringern, sodass selbst bei einer Infektion nicht zwingend eine hinreichende Gefährdung anzunehmen ist. Die Arbeitgeberinteressen wären nur in geringem Maße belastet.

Allerdings ist nach der gesetzgeberischen Wertung des neu eingeführten Beschäftigungsverbot der Impf- oder Genesenenstatus für die Beschäftigung in Einrichtungen des Gesundheitswesens wesentlich. Deshalb kann auch unabhängig vom Beschäftigungsverbot der Arbeitgeber in medizinischen Einrichtungen den Nachweis für die weitere Beschäftigung voraussetzen.¹⁷ Hinzu kommt der Umgang mit vulnerablen Gruppen, der in medizinischen Einrichtungen anzunehmen ist. Der Schutz vor Infektionen durch eine Immunisierung ist hier eine sachliche Erwägung und kein zu missbilligendes Motiv.¹⁸ Dem könnte jedoch das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG und die Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG entgegenstehen. Der Arbeitnehmer muss jedenfalls – solange er nicht bereits von einer Infektion genesen ist – einen nicht unerheblichen und ggf. mit seiner Religion unvereinbaren körperlichen Eingriff über sich ergehen lassen, um einen Impfnachweis erbringen zu können. Ohne Vorlage des Nachweises darf er nicht arbeiten.

¹⁴ BAG NZA 1991, 341; BAG NZA 1996, 819; *Christ/Jeck*, DStR 2022, 944 (948).

¹⁵ Nach dem Sachverhalt greift das Beschäftigungsverbot bereits mit der Nichtvorlage des Nachweises. Nach § 20a IfSG müsste das Beschäftigungsverbot allerdings erst durch das Gesundheitsamt ausgesprochen werden; vgl. *Fuhlrott*, GWR 2022, 22 (24); *Müller*, ArbRAktuell 2022, 55 (58).

¹⁶ BAG NJW 1990, 597 (598); *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kommentar zum Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, BGB § 626 Rn. 314.

¹⁷ *Fuhlrott*, GWR 2022, 22 (24).

¹⁸ *Oltmanns*, NZA-RR 2022, 57 (58).

Die einrichtungsbezogene Impfpflicht im Gesundheitswesen und damit das Immunitätsfordernis als Eingriff sind allerdings zum Schutz vulnerabler Gruppen vor den erhöhten Gefahren durch die Pandemiesituation und zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens als legitimes Ziel gerechtfertigt.¹⁹ Mit einer durchgehenden Immunisierung der Belegschaft lässt sich zuverlässig das Infektionsrisiko minimieren. Die Nachweispflicht und das daran anknüpfende Beschäftigungsverbot sind geeignet, dieses Ziel zu verfolgen. Andere Infektionsschutzmaßnahmen verringern das Risiko zwar ebenfalls, aber deutlich weniger effektiv, sodass die Maßnahmen erforderlich sind. Die vereinzelt nach der Impfung auftretenden grippeähnliche Symptome sind angesichts des Nutzens der Impfung zumutbar. Der Schutz vulnerabler Gruppen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens sind gewichtige Gründe des Allgemeinwohls, die die Eingriffe beim Einzelnen Arbeitnehmer rechtfertigen können. Die ohne Immunisierung bestehende Gefährdung stört das Arbeitsverhältnis. Die Immunisierung wird damit zur nachträglichen Tätigkeitsanforderung.²⁰ Somit ist ein personenbedingter Kündigungsgrund auch schon aufgrund der fehlenden Immunisierung des R anzunehmen.

b) Verhaltensbedingter Grund

Mit seiner Weigerung, sich impfen zu lassen, könnte ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vorliegen. Dazu müsste R eine vertragliche Haupt- oder Nebenleistungspflicht nicht unerheblich schuldhaft oder zumindest vorwerfbar verletzt haben, sodass eine störungsfreie Vertragserfüllung nicht mehr zu erwarten ist.²¹ Jedenfalls ist die Pflicht zur Arbeitsleistung (§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB) nicht unmittelbar verletzt. R arbeitet zwar aufgrund des Beschäftigungsverbot nicht mehr. Die Arbeitsleistung ist durch das Verbot jedoch nach § 275 Abs. 1 BGB rechtlich unmöglich, sodass die Leistungspflicht entfällt.²² Hieraus folgt lediglich der bereits geprüfte personenbedingte Kündigungsgrund.

aa) Verletzte Nachweispflicht

Allerdings haben Arbeitnehmer die Pflicht, gesetzliche Voraussetzungen zur Erhaltung ihrer Arbeitsfähigkeit zu erfüllen.²³ Die öffentlich-rechtliche Pflicht, einen Nachweis über den Impf- oder Genesenenstatus vorzulegen, wird deshalb durch die Rechtsfolge des Beschäftigungsverbot zu einer i.R.d. § 241 Abs. 2 BGB zu beachtenden Nebenpflicht des Arbeitnehmers.²⁴ Er hat die Rechte, Rechtsgüter und Interessen seines Vertragspartners zu berücksichtigen. Im Interesse des Arbeitgebers hat er demnach den Nachweis zu erbringen, um ein Beschäftigungsverbot und damit Arbeitsausfall zu vermeiden. Außerdem kann der Arbeitgeber so gewährleisten, dass seine Patienten keinem erhöhten Ansteckungsrisiko durch das Personal ausgesetzt sind. Im Gesundheitsbereich wirken die Pflichten der Klinik aus § 241 Abs. 2 BGB gegenüber ihren Kunden, Hygienestandards einzuhalten und Infektionen vorzubeugen, auch als Nebenpflichten der Arbeitnehmer.²⁵ Zudem kommt der Arbeitgeber so seiner Schutzpflicht gegenüber jedem seiner Beschäftigten aus § 618 Abs. 1 BGB i.V.m. § 3 ArbSchG nach,²⁶ indem durch eine hohe Immunisierungsquote unter den Mitarbeitern auch das Risiko eines Krankheitsausbruchs in der Belegschaft reduziert wird.

¹⁹ Vgl. BVerfG NJW 2022, 1308; BVerfG NJW 2022, 1999.

²⁰ Peisker/Bleckmann, BB 2022, 635 (638 f.).

²¹ Vgl. BAG NJW 2012, 3674.

²² Vgl. Gräf, NZS 2022, 175 (179).

²³ Harländer/Otte, NZA 2022, 160 (162).

²⁴ Eufinger, GesR 2022, 69 (74); Harländer/Otte, NZA 2022, 160 (162).

²⁵ Peisker/Bleckmann, BB 2022, 635 (636).

²⁶ Vgl. zur Corona-Testpflicht durch Arbeitgeberweisung BAG NZA 2022, 1387 (1389 Rn. 21 ff.).

Durch das Beschäftigungsverbot betrifft die Nachweispflicht den Kern der Hauptleistungspflichten.²⁷ Die Leistungspflicht entfällt also aufgrund des unterlassenen Nachweises. Der fehlende Nachweis folgt aus dem grundsätzlich steuerbaren und vorwerfbaren Verhalten des R, sich nicht impfen zu lassen.

bb) Beharrliche Leistungsverweigerung

Die einmalige Nichtvorlage eines Nachweises wäre grundsätzlich keine erhebliche Pflichtverletzung, die eine Kündigung an sich rechtfertigen könnte. Kommt das Verhalten des Arbeitnehmers allerdings einer beharrlichen Arbeitsverweigerung nahe, ist dem Arbeitgeber ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar.²⁸ Hier entgegnet R auf die Aufforderung zur Vorlage eines Nachweises, er sehe auf keinen Fall ein, sich impfen zu lassen und einen Nachweis vorzulegen. Tatsächlich erbringt er den Nachweis in der von A gesetzten Frist nicht. Damit verweigert R beharrlich seine Pflicht.

cc) Nachweispflicht als mittelbare Impfpflicht

Eine (Neben-)Pflicht, sich impfen zu lassen, ist weder durch die gesetzliche Nachweispflicht²⁹ noch durch eine Weisung der A angeordnet. Die gesetzliche Regelung erfordert nur den Nachweis einer Impfung oder Genesung. Mittelbar kommt dies für R aber einer Impfpflicht gleich. Wird dieser Nachweis nicht erbracht, ist hierin dennoch eine Pflichtverletzung zu sehen.³⁰ Diese mittelbare Impfpflicht ist wie bereits das Immunisierungserfordernis gerechtfertigt.

Zum Teil wird mit dem Schutz vulnerabler Gruppen bereits ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage eine Impfpflicht als vertragliche Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB ggf. i.V.m. § 15 Abs. 1 S. 1 ArbSchG), aufgrund der Treuepflicht oder nach entsprechender Weisung (§ 611a Abs. 1 S. 2–4 BGB i.V.m. §§ 2, 106 GewO) anerkannt.³¹ Der Arbeitgeber, dessen Arbeitnehmer mit besonders schutzbedürftigen Gruppen in Kontakt kommen, hat ein gesteigertes Interesse daran, dass das Ansteckungsrisiko seiner Arbeitnehmer durch eine Impfung weitestmöglich reduziert ist.³² Soweit dem entgegengehalten wird, es fehle an einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, ist der Gesetzesvorbehalt nun mit dem Beschäftigungsverbot gewahrt.

c) Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG

Bei der Prüfung des abstrakt wichtigen Grundes wären die Wertungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu berücksichtigen, wenn R tatsächlich entgegen des Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt wird. Die Pflichtverletzung wäre ihm dann nicht als verhaltensbedingter Grund vorwerfbar. Dies könnte der Fall sein, wenn die von R vorgetragene Bedenken, die ihn an einer Impfung hindern, unter das verpönte Merkmal der Religion oder Weltanschauung (§ 1 AGG) zu fassen sind und er ohne Rechtfertigung objektiv eine ungünstigere Behandlung als andere erfährt, § 3 Abs. 1, 2 AGG. Durch die Kündigung wird R jedenfalls ungünstiger behandelt als eine (hypothetische) Vergleichsperson, die einen Impf- oder Genesenennachweis vorlegen kann.

²⁷ Harländer/Otte, NZA 2022, 160 (164).

²⁸ Weigert, ARP 2022, 102 (103).

²⁹ Christ/Jeck, DStR 2022, 944 (948).

³⁰ Harländer/Otte, NZA 2022, 160 (162); Müller, ArbRAktuell 2022, 55 (58); Oberthür, ArbRB 2022, 80 (82); Weigert, ARP 2022, 102 (105).

³¹ Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (659); Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (83 f.); Peisker/Bleckmann, BB 2022, 635 (637); Stück, CCZ 2020, 205 (209).

³² Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (659).

aa) Merkmal i.S.d. § 1 AGG

Umfasst sind vom Merkmal der Religion oder Weltanschauung gedankliche Systeme, die das Weltgeschehen in großen Zusammenhängen werten, wozu auch wissenschaftliche und philosophische Erklärungsmodelle zählen.³³ Im Gegensatz zur Religion beschränkt sich die Weltanschauung auf innerweltliche Bezüge.³⁴ Hier meint R, die Impfung diene nur dem Profit der Pharmaindustrie. Dies ist zwar ein Aspekt des gesellschaftlichen Zusammenlebens, aber eben nicht ein gesamtgesellschaftlicher Zusammenhang. Es handelt sich nur um einen kleinen Ausschnitt des Weltgeschehens.³⁵ Dagegen stellt der Religionsbegriff auf einen den Menschen überschreitenden Bezug auf Gott, das Jenseits oder überhaupt eine Transzendenz ab.³⁶ Darunter fällt die Zugehörigkeit des R zu seiner Glaubensgemeinschaft, nach deren Grundsätzen eine Impfung nicht mit seinem Gewissen vereinbar ist, sodass sich R auf einen entgegenstehenden, ernsthaften inneren Glaubenskonflikt berufen kann.

bb) Benachteiligung i.S.d. § 3 AGG

R wird nicht ausdrücklich wegen seiner Religion gekündigt, sondern weil er sich aus religiösen Gründen nicht impfen lassen konnte.³⁷ Die ungünstigere Behandlung knüpft demnach nicht am verpönten Merkmal an, sodass eine unmittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG ausscheidet. Das Nachweiserfordernis ist jedoch eine dem Anschein nach zunächst neutrale Vorschrift, die auch von Nicht-Merkmalsträgern verletzt werden kann. Sie gilt zwar unterschiedslos für alle Beschäftigten, führt in Bezug auf R aber zu einer mittelbaren Benachteiligung, § 3 Abs. 2 AGG. Die Benachteiligung erfolgt auch in besonderer Weise: Es werden zwar nicht nur, aber dennoch insbesondere die Anhänger der Glaubensgemeinschaft benachteiligt, da für sie eine Impfung nicht mit ihrem Glauben vereinbar ist.³⁸

Eine mittelbare Benachteiligung ist nach § 3 Abs. 2 AGG a.E. jedoch schon ausgeschlossen, wenn die neutrale Vorschrift durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Es handelt sich dabei um ein negatives Tatbestandsmerkmal der mittelbaren Benachteiligung, neben der die allgemeinen Rechtfertigungsgründe der §§ 5, 8–10, 20 AGG – abgesehen von ihrer grundsätzlichen Wertung – nicht mehr zur Anwendung kommen.³⁹ Der Gesundheitsschutz der Heimbewohner und der Belegschaft sowie die Aufrechterhaltung des Gesundheitssystems ist ein von der Rechtsordnung anerkanntes (vgl. nur Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) objektives Ziel, das selbst nicht an die Diskriminierung anknüpft.⁴⁰

Das Nachweiserfordernis und die daran anknüpfende Kündigung sind geeignet, dieses Ziel zu erreichen, da eine Impfung und die Beendigung der Beschäftigung zuverlässig das Übertragungsrisiko verringert. Andere Schutzmaßnahmen sind nicht gleich effektiv. Im Vergleich zu den drohenden Schäden für die besonders zu schützenden Rechtsgüter Leben und Gesundheit der ohnehin schutzbedürftigen Heimbewohner ist die ergriffene Maßnahme auch gleichbehandlungsspezifisch angemessen.

³³ *Krainbring*, NZA 2021, 247 (250); *Schmidt*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23. Aufl. 2023, GG Art. 4 Rn. 8; *Roloff*, in: *BeckOK Arbeitsrecht*, Stand: 1.3.2023, AGG § 1 Rn. 6.

³⁴ BAG NZA 1995, 823 (827).

³⁵ *Krainbring*, NZA 2021, 247 (250).

³⁶ *Roloff*, in: *BeckOK Arbeitsrecht*, Stand: 1.3.2023, AGG § 1 Rn. 6.

³⁷ Vgl. BAG NZA 2011, 1087 (1091 Rn. 45).

³⁸ A.A. *Sagan*, NZA-Beilage 2021, 21 (26); vgl. allgemein *Baumgärtner*, in: *BeckOGK AGG*, Stand: 1.9.2022, § 3 Rn. 77.

³⁹ *Roloff*, in: *BeckOK Arbeitsrecht*, Stand: 1.3.2023, AGG § 1 Rn. 18.

⁴⁰ Vgl. *Roloff*, in: *BeckOK Arbeitsrecht*, Stand: 1.3.2023, AGG § 1 Rn. 19.

Nach der Wertung des § 8 Abs. 1 AGG wäre die Benachteiligung ohnehin gerechtfertigt, da im Erfordernis eines Immunitätsnachweises zum Schutz der besonders vulnerablen Heimbewohner auch eine wesentliche berufliche Anforderung zu sehen ist, die sogar mit dem Beschäftigungsverbot gesetzlich anerkannt ist.⁴¹

Folglich wird R nicht entgegen § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt und die Wertung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes steht einer (verhaltensbedingten) Kündigung nicht entgegen.⁴²

d) Zwischenergebnis

Ein abstrakter Kündigungsgrund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB ergibt sich mit dem fehlenden Nachweis über die Immunisierung aus einem einheitlichen Lebenssachverhalt zugleich als personen- und als verhaltensbedingter Grund. Es handelt sich um einen echten Mischtatbestand, bei dem danach abzugrenzen ist, aus welcher Sphäre die Leistungsstörung stammt.⁴³ Da hier die fehlende Eignung als personenbedingter Grund auf ein Verhalten des Arbeitnehmers zurückzuführen ist, wäre grundsätzlich nach der gängigen Abgrenzung nach der Steuerbarkeit der Leistungsstörung der verhaltensbedingte Grund vorrangig. Erst die Weigerung, sich impfen zu lassen, und damit die vorwerfbare Pflichtverletzung führt zum Eignungsmangel (der fehlenden rechtlichen Möglichkeit, ohne Impfnachweis zu arbeiten).⁴⁴

2. Konkret wichtiger Grund

Der Kündigungsgrund müsste im Rahmen einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch als konkret wichtiger Grund zu sehen sein.

a) Negative Prognose

Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses muss nach § 626 Abs. 1 BGB unzumutbar sein. Der Kündigungsgrund ist demnach zukunftsbezogen daraufhin zu prüfen, ob er auch weiter das Arbeitsverhältnis stören wird. Diese negative Prognose ist anzunehmen, wenn aus dem konkreten Kündigungsgrund folgt, dass sich die Störung in gleicher oder ähnlicher Form fortsetzen wird. Für die negative Prognose ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim Arbeitnehmer maßgeblich.⁴⁵ Abzustellen ist dabei auf die Kenntnis des Arbeitgebers, der darlegen und beweisen muss, dass seine Kündigungsentscheidung auf einer hinreichend gesicherten, objektiv nachvollziehbaren Tatsachengrundlage für die Prognose basiert.⁴⁶ Maßgeblich ist also, ob ein verständiger Arbeitgeber davon ausgehen durfte, dass sich die Störung fortsetzen wird. Es darf vorhersehbar auch unter Berücksichtigung milderer Mittel keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr bestehen.

R ist noch vor Zugang der Kündigung erkrankt. Nach seiner Genesung wird er die erforderliche Immunisierung als Genesener nachweisen können. Seine Beschäftigung wäre wieder möglich.

⁴¹ Fuhlrott/Fischer, ArbRAktuell 2021, 489 (491).

⁴² Im Ergebnis ebenso Gräf, NZA 2021, 1361 (1366 f.); auf § 8 Abs. 1 AGG abstellend Fuhlrott/Fischer, ArbRAktuell 2021, 489 (491); vgl. Krainbring, NZA 2021, 247 (250), der zur Entgeltfortzahlung eine Benachteiligung annimmt, dabei aber nicht auf eine Rechtfertigung eingeht.

⁴³ Hergenröder, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, KSchG § 1 Rn. 99.

⁴⁴ Peisker/Bleckmann, BB 2022, 635 (639).

⁴⁵ Vgl. Hergenröder, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, KSchG § 1 Rn. 127; Schubert, in: NK-Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, KSchG § 1 Rn. 406.

⁴⁶ Vgl. Schubert, in: NK-Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, KSchG § 1 Rn. 406.

A wusste in dem für die negative Prognose maßgeblichen Zeitpunkt am 1.4.2022 allerdings nichts von der Corona-Erkrankung des R. R hatte ihr diese nicht mitgeteilt. Dies ändert aber nichts an der Wirksamkeit der Kündigung, da es nur auf die A im Zeitpunkt der Kündigung vorliegenden Tatsachen ankommt.⁴⁷ Ergeben sich für sie wie hier keinerlei Zweifel oder Anhaltspunkte, dass sich die Umstände geändert haben, geht dies nicht zu ihren Lasten. Die Erkrankung des R konnte A nicht erkennen.

A ging aufgrund des Gesprächs am 10.3.2022 und der verstrichenen Frist bis 31.3.2022 berechtigterweise davon aus, R werde sich nicht impfen lassen. In dem Gespräch hat A den R auf sein pflichtwidriges Verhalten hingewiesen (Hinweisfunktion), ihn zu pflichtgemäßem Verhalten aufgefordert (Ermahnfunktion) und ihm für den Fall der Nichtbeachtung die Kündigung angedroht (Warnfunktion). Da für Abmahnungen kein Schriftformerfordernis besteht, ist grundsätzlich auch bei dann nicht gewahrter Dokumentationsfunktion eine Abmahnung möglich. Aus dieser bereits erfolgten einschlägigen Abmahnung und dem nach wie vor nicht erbrachten Nachweis lässt sich für die Zukunft eine fortgesetzte Störung des Arbeitsverhältnisses folgern.⁴⁸ Tatsächlich hat R gegenüber A sogar deutlich klargestellt, er werde sich als „Impfgegner“ nicht impfen lassen.⁴⁹ Damit ist von einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung auszugehen, sodass sich die negative Prognose auch ohne das durch die Abmahnung bestätigte wiederholte Fehlverhalten annehmen lässt.

Unabhängig davon wäre die negative Prognose dann nicht anzunehmen, wenn die Nachweispflicht und damit das Beschäftigungsverbot nur für einen absehbaren, befristeten Zeitraum gelten würde. Das Arbeitsverhältnis wäre womöglich nur für einen relativ kurzen Zeitraum von wenigen Monaten gestört und könnte danach wieder störungsfrei fortgesetzt werden. Eine Schädigung des Vertrauensverhältnisses durch die Eigenschaft des R als Impfgegner wäre wohl nicht ohne Weiteres anzunehmen. Hier gilt das Beschäftigungsverbot jedoch „bis auf Weiteres“,⁵⁰ sodass ein Ende der Störung des Arbeitsverhältnisses nicht absehbar ist. Damit ist für A nicht erkennbar, ob und ggf. wann R seine Leistung wieder erbringen kann. Zudem reicht für eine verhaltensbedingte Kündigung – anders als bei der personenbedingten – die begründete Erwartung, dass der Arbeitnehmer die Pflicht auch in Zukunft nicht erfüllen wird.⁵¹ Dies ist hier der Fall, da aus der maßgeblichen Sicht der A anzunehmen ist, dass R sich auch in naher Zukunft nicht impfen lassen, keinen Nachweis erbringen und somit seine Pflichten fortgesetzt verletzen wird. Das Arbeitsverhältnis ist auch zukünftig gestört.

Die negative Prognose besteht.

b) **Ultima Ratio**

A dürfte kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, das gleich geeignet wäre, um die Störung sicher zu beseitigen und so den mit der Kündigung verfolgten Zweck zu erreichen (ultima ratio). Üblicherweise kommen Änderungskündigungen, Versetzungen oder bei verhaltensbedingten Kündigungen Abmahnungen in Betracht. Dass A auch noch Geschäftsbereichen nachgeht, in denen eine Tätigkeit nicht unter das Beschäftigungsverbot fallen würde, ist nicht ersichtlich. Insbesondere scheidet aufgrund der Tätigkeit des R als Rezeptionist eine Beschäftigung von zu Hause („Home-Office“) aus.⁵²

⁴⁷ Vgl. *Hergenröder*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, KSchG § 1 Rn. 125.

⁴⁸ Vgl. *Hergenröder*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, KSchG § 1 Rn. 126.

⁴⁹ Vgl. *Peisker/Bleckmann*, BB 2022, 635 (639 f.).

⁵⁰ Anders als im Sachverhalt galt die Nachweispflicht des § 20a IfSG tatsächlich nur bis zum 31.12.2022, Art. 23 Abs. 4, Art. 2 Nr. 1 Gesetz v. 11.12.2021, BGBl. I 2021, S. 5162; insoweit zur negativen Prognose vgl. *Peisker/Bleckmann*, BB 2022, 635 (636 f., 639 f.).

⁵¹ *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

⁵² Vgl. *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

Eine Versetzung des R ist nicht möglich.

Andere Infektionsschutzmaßnahmen verringern zwar das Infektionsrisiko, sind wohl aber nicht gleich wirksam wie eine Impfung. Außerdem lassen sie nicht das staatlich angeordnete Nachweiserfordernis entfallen und sind somit nicht geeignet, um die Störung zu beseitigen.

Die Abmahnung des A vom 10.3.2022 (siehe oben) hat die Störung des Arbeitsverhältnisses nicht beseitigt. Sie wäre aufgrund der ernsthaften Verweigerung des R als Impfgegner ohnehin entbehrlich, da sie so den bezweckten Erfolg nicht erreichen kann. Alternative Anreize wie eine Impfprämie sind deshalb ebenso wenig erfolgversprechend.

Als milderer Mittel kommt eine ordentliche Kündigung in Betracht. Diese beendet das Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist. Im Fall des seit 2019 und damit seit drei Jahren bei A beschäftigten R beträgt die Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 Nr. 1 BGB einen Monat zum Monatsende. Der Kündigungsgrund ist dagegen konkret geeignet, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, wenn es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist, bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist abzuwarten, § 626 Abs. 1 BGB.⁵³ Bei personenbedingten Gründen ist davon nur ausnahmsweise auszugehen, weil für den Arbeitgeber angesichts der nur einmonatigen und damit recht kurzen Kündigungsfrist zum Monatsende kaum Nachteile mit dem Abwarten der Kündigungsfrist einhergehen. Der Lohn entfällt nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ aufgrund der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB i.V.m § 275 Abs. 1 BGB.⁵⁴ Dagegen führt die fristlose Kündigung für den Arbeitnehmer kurzfristig zum Verlust der Existenzgrundlage. Die Anforderungen an eine personenbedingte fristlose Kündigung sind grundsätzlich höher anzusetzen. Da es sich hier jedoch um eine verhaltensbedingte Kündigung handelt, ist zu berücksichtigen, dass die Pflichtverletzung von R in vorwerfbarer Weise zu verantworten ist. Aufgrund der vorwerfbaren pflichtwidrigen Verweigerung des R und dessen Uneinsichtigkeit ist demnach ein Abwarten der Kündigungsfrist nicht zumutbar.

Ein milderer Mittel zur fristlosen Kündigung besteht nicht.

c) Interessenabwägung

Schließlich ist unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände des Einzelfalles das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers gegen das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers abzuwägen.

Zu Lasten des R ist dabei vor allem anzuführen, dass er in der Gesundheitsbranche mit Patientenkontakt mit gesteigerten gesundheitsbezogenen Anforderungen rechnen muss.⁵⁵ A kommt als Arbeitgeberin mit der Nachweisanforderung lediglich ihren gesetzlichen Pflichten und ihren Schutzpflichten gegenüber Belegschaft und Patienten nach.⁵⁶ Die vollständige Immunisierung ist zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens und zum Schutz der Patienten erforderlich, sodass eine einrichtungsbezogene Impfpflicht gerechtfertigt ist. R hat in der Klinik mit immungeschwächten Patienten zu tun, deren Schutz eine Immunisierung erfordert. Tatsächlich nimmt R eine Gesundheitsgefährdung der Patienten und seiner Kollegen billigend in Kauf.⁵⁷ Ihm wäre es möglich, sich impfen zu lassen und den Nachweis in der Folge zu erbringen. Medizinische Gründe stehen der Impfung nicht entgegen. Er verweigert diese aber ausdrücklich. Sein Verhalten ist ihm

⁵³ BAG NZA 2016, 417; *Harländer/Otte*, NZA 2022, 160 (161 f.).

⁵⁴ *Harländer/Otte*, NZA 2022, 160 (161 f.).

⁵⁵ Vgl. *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

⁵⁶ Vgl. *Eufinger*, GesR 2022, 69 (76).

⁵⁷ Vgl. *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

vorwerfbar.⁵⁸ Auf seine Religion oder Weltanschauung kann er sich nicht berufen und der mit der Impfung einhergehende Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ist ihm zuzumuten (siehe oben). A hat ein berechtigtes Interesse an einer ausnahmslos immunisierten Belegschaft, um das Risiko eines Krankheitsausbruchs mit all seinen gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen zu vermeiden sowie um eine negative Vorbildwirkung eines nicht immunisierten Mitarbeiters auf andere zu verhindern. Ferner lässt sich der in der Gesundheitsbranche vorherrschende Fachkräftemangel anführen, der es A erschwert, für die Dauer der Verhinderung des R einen Vertreter zu beschäftigen.⁵⁹

Zugunsten des R ist dem kaum ein nennenswertes Bestandsschutzinteresse entgegenzusetzen. Die Beschäftigungsdauer ist mit drei Jahren noch relativ kurz. Die störungsfreie Beschäftigungszeit vor der Pflichtverletzung wiegt diese nicht auf. R ist ledig und kinderlos und somit nicht unterhaltsverpflichtet. Mit seinen 40 Jahren stehen die Chancen auf dem Arbeitsmarkt nicht schlecht. Nach dem Sachverhalt beschränken sich die Nebenwirkungen der Impfung auf vereinzelte grippeähnliche Symptome, die angesichts der durch die Krankheit bestehenden Gefahr von schweren Folgen als zumutbare Nebenwirkungen zurückstehen.

Das Beendigungsinteresse überwiegt im Ergebnis das Bestandsinteresse.

d) Zwischenergebnis

Ein konkreter Kündigungsgrund besteht.

3. Zwischenergebnis

Die fristlose Kündigung des R ist gerechtfertigt.

VI. Ergebnis

Die Kündigung ist wirksam. Das Arbeitsverhältnis zwischen A und R ist wirksam durch außerordentliche Kündigung vom 1.4.2022 aufgelöst. Es besteht nicht weiter fort.

Frage 2: Wiedereinstellungsanspruch

In Betracht kommt ein Wiedereinstellungsanspruch des R gegen A nach § 242 BGB.

Aufgrund der Corona-Erkrankung des R und dem nun vorgelegten Genesenennachweis entfällt der Kündigungsgrund nachträglich. Die Kündigung bleibt nach den im Zeitpunkt des Kündigungszugangs vorliegenden Voraussetzungen der fristlosen Kündigung wirksam, auch wenn der Kündigungsgrund tatsächlich kurz danach entfällt. Durch den Wiedereinstellungsanspruch wird die im Nachhinein unbillige Wirkung der Kündigung korrigiert. Die Wiedereinstellung ist eine Nebenpflicht des Arbeitgebers aus § 242 BGB, die die staatliche Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG konkretisiert.⁶⁰ Ein Wiedereinstellungsanspruch kann im Einzelfall auch bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen bestehen, wenn sich die Grundlage für die Prognoseentscheidung zwischen Zugang der Kündigung und ihrem Wirksamwerden durch Ablauf der Kündigungsfrist ändert und somit eine Kündigung nicht mehr gerechtfertigt wäre. Bei der fristlosen verhaltensbedingten Kündigung kommt

⁵⁸ Vgl. *Harländer/Otte*, NZA 2022, 160 (163); *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

⁵⁹ Vgl. *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

⁶⁰ *Bufalica*, in: NK-Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, KSchG § 1 Rn. 669.

der Wiedereinstellungsanspruch allerdings nur in begründeten Ausnahmefällen in Betracht, da die verschuldete Pflichtverletzung meist schwerer wiegt und sich im Nachhinein nicht mehr ändert.⁶¹

Im Fall des R ist ihm die Pflichtverletzung als beharrliche Verweigerung seiner Pflicht vorzuwerfen. Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung war allerdings bei Kenntnis der Erkrankung bereits absehbar, dass er in naher Zukunft einen Genesenennachweis vorlegen kann und somit das Beschäftigungshindernis entfällt. Für A bestand zwar im Kündigungszeitpunkt eine negative Prognose. Diese war jedoch tatsächlich falsch.

Der Wiedereinstellung des R stehen keine Arbeitgeberinteressen der A entgegen. Insbesondere ist die Wiedereinstellung zumutbar. Es ist nicht ersichtlich, dass A bereits im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Kündigung einen Nachfolger für R eingestellt hat. Zudem ist die Unkenntnis der A von der Erkrankung des R diesem nicht zurechenbar. R ist so schwer erkrankt, dass er auf die Intensivstation eingeliefert und ins Koma versetzt wird. Er hätte A also seine Erkrankung und damit die baldige Immunisierung nicht mitteilen können. Das Wiedereinstellungsinteresse des R überwiegt demnach ausnahmsweise, auch wenn es sich ursprünglich um eine verschuldete Pflichtverletzung handelte.

Den Wiedereinstellungsanspruch hat R mit seiner Klage und dem Hinweis, er wolle wieder arbeiten am 21.3.2022 – also einen Tag nach seiner Entlassung aus dem Krankenhaus und der Kenntnis von der Kündigung – unverzüglich und damit fristwährend geltend gemacht. Die hilfsweise Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs – abhängig von der Unwirksamkeit der Kündigung – ist als ausnahmsweise zulässige Rechtsbedingung möglich.

R kann damit von A Wiedereinstellung nach § 242 BGB verlangen.

⁶¹ Schiller, in: Stichwortkommentar Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2023, Wiedereinstellungsanspruch Rn. 11 ff.

Examensübungsklausur: Umsonst reserviert

Wiss. Mitarbeiter Johann Mitzscherlich, Leipzig*

Die anspruchsvolle Klausur, die im Wintersemester 2021/22 im FerienLEO-Klausurenkurs des Leipziger Universitätsrepetitoriums LEO gestellt wurde, ist an eine Entscheidung des Landgerichts Köln (BeckRS 2021, 32772) angelehnt. Materiell-rechtliche Schwerpunkte sind die Formbedürftigkeit einer Reservierungsvereinbarung gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, der Ausschluss des Berufens auf einen Formmangel wegen Treuwidrigkeit und die Konsequenzen der Formstrenge für einen Anspruch aus culpa in contrahendo. Die prozessuale Einkleidung und die Zusatzfrage prüfen Kenntnisse zum Versäumnisurteil ab.

Sachverhalt

V ist Eigentümer eines mit einem Haus bebauten und von ihm auch bewohnten Grundstücks in Leipzig. Im Herbst 2021 bietet er dieses über ein Inserat im Internet zum Verkauf an. Während einer Besichtigung am 2.10.2021 tritt der Interessent K an ihn heran und erklärt, das Grundstück für einen Kaufpreis von 1.200.000 € erwerben zu wollen. V ist einverstanden. Im Gegenzug dafür, dass V das Grundstück bis zum Abschluss eines notariellen Kaufvertrags vom Markt nimmt, bietet ihm K die Zahlung einer Reservierungsgebühr von 10.000 € an. V weist ihn zwar darauf hin, dass eine solche Reservierungsvereinbarung ebenfalls der notariellen Beurkundung bedürfe. K erklärt jedoch feierlich, er sei ein Ehrenmann und würde sich nicht auf einen Formmangel berufen; er sei von Adel. Am 4.10.2021 übersendet K dem V ein mit „Reservierungsvereinbarung“ überschriebenes und von K schon unterschriebenes Dokument, in dem sich K verpflichtet, eine Reservierungsgebühr von 10.000 € an V zu überweisen. Im Gegenzug darf dieser die Immobilie bis zum 31.12.2021 keinen anderen Interessenten mehr anbieten. Die Reservierungsgebühr soll zu Gunsten des V verfallen, wenn der Verkauf zu dem vereinbarten Preis nicht bis zu diesem Tag zustande kommt. Bei einem rechtzeitigen Kauf soll die Gebühr auf den Kaufpreis angerechnet werden. Auf diese Konditionen sowie darauf, dass sie diese noch schriftlich festhalten wollen, hatten sich V und K schon am 2.10.2021 mündlich miteinander verständigt. V unterschreibt das Dokument und sendet es an K zurück, der es am 7.10.2021 erhält. Daraufhin überweist K dem V die 10.000 €. Außerdem vereinbaren K und V am 12.10.2021 per E-Mail, dass K die Kosten für eine von V – in Erwartung des baldigen Grundstücksverkaufs – ab Januar 2022 angemietete Wohnung in Leipzig tragen soll, wenn der Kauf durch Umstände, die K zu verantworten hätte, nicht zustande kommen sollte. K weiß, dass V diesen Mietvertrag erst nach einem Jahr kündigen kann und der Mietzins für diese Zeit – insgesamt 9.600 € – schon im Voraus bezahlen wird.

Im November 2021 beauftragt K den Notar N, um den Kaufvertrag mit V vorzubereiten. Allerdings sagt K zwei für Dezember angesetzte Termine kurzfristig ab, weil – wie V dem K schon bei der Besichtigung am 2.10.2021 mitgeteilt hat – keine Baugenehmigung für das Gebäude vorliegt und V diese auch nicht beschaffen kann. Stattdessen verlangt K nunmehr mehrere Änderungen an dem Vertragsentwurf des Notars, um sich gegen den Fall eines bauaufsichtlichen Einschreitens abzusichern. Die

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig, der im Sommersemester 2023 von PD Dr. Daniel Könen, LL.M., vertreten wird, und Doktorand bei Prof. Dr. Hubertus Gersdorf (Universität Leipzig). Die 52 Bearbeitungen, die im Wintersemester 2021/22 im FerienLEO-Klausurenkurs abgegeben wurden, wurden im Durchschnitt mit 5,77 Punkten bewertet. 14 Bearbeiter haben nicht bestanden, die besten beiden erreichten 14 Punkte.

Mitzscherlich: Umsonst reserviert

Änderungen würden sich deutlich zum Nachteil des V auswirken. Anfang Januar erklärt V die Vertragsverhandlungen daher für gescheitert. N stellt K für sein Tätigwerden eine Rechnung über 5.000 €, die K am 25.1.2022 begleicht. K verlangt von V daraufhin mit Schreiben vom selben Tag unter Fristsetzung bis zum 9.2.2022 die Zahlung von 15.000 €. V lässt diese Frist verstreichen.

Daraufhin erhebt K am 14.2.2022 durch seinen Rechtsanwalt Klage zum Landgericht Leipzig und verlangt von V die Rückzahlung der Reservierungsgebühr von 10.000 € und den Ersatz der Notarkosten von 5.000 €, jeweils zuzüglich Zinsen. Zur Begründung des Anspruchs auf Rückzahlung der Reservierungsgebühr trägt er vor, er halte die Vereinbarung für formnichtig, weil sie eine rechtliche Einheit mit dem Grundstückskaufvertrag bilde und einen unzumutbaren Druck auf ihn ausübe, diesen abzuschließen. Die Notarkosten müsse V deshalb tragen, weil er die Verhandlungen abgebrochen habe. Die Klage und die Ladung zur mündlichen Verhandlung am 2.5.2022 werden V am 21.2.2022 zugestellt. Im Termin erscheint V jedoch nicht. Daraufhin ergeht ein vom Rechtsanwalt des K beantragtes, den Klageantrag voll zusprechendes Versäumnisurteil, das V am 6.5.2022 zugestellt wird.

Der daraufhin mandatierte Rechtsanwalt des V legt am 19.5.2022 Einspruch gegen das Versäumnisurteil ein. Er ist der Auffassung, die Reservierungsvereinbarung sei nicht formbedürftig. Sie bilde keine rechtliche Einheit mit dem späteren Grundstückskaufvertrag, da sie schließlich auch Regelungen für den Fall enthalte, dass dieser nicht zustande kommt. Von einem unzumutbaren Druck durch die Zahlung von 10.000 €, die K im Fall des Vertragsabschlusses auf den Kaufpreis angerechnet werden, könne keine Rede sein. Sowieso könne sich K auf eine etwaige Formnichtigkeit nicht berufen, da er die Verhandlungen unter Berufung auf einen ihm schon lange bekannten Mangel zum Scheitern gebracht und damit verhindert habe, dass V seinen Aufwand für die Veranstaltung der Besichtigungstermine kompensieren kann. Außerdem habe er bei der Besichtigung ausdrücklich auf diesen Einwand verzichtet. Hilfsweise erklärt V gegen die Ansprüche des K die Aufrechnung mit seinem Anspruch gegen K auf Zahlung der 9.600 € für die nutzlos angemietete Wohnung.

Das Gericht setzt auf den Einspruch des V einen weiteren Termin zur mündlichen Verhandlung am 26.8.2022 an. V beantragt dort, das Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen, K die Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils.

Fallfrage 1

Wie wird das Landgericht Leipzig in der Sache entscheiden?

Abwandlung

V und sein Rechtsanwalt erscheinen trotz ordnungsgemäßer Ladung zur Verhandlung am 26.8.2022 verschuldet nicht. Der Rechtsanwalt des K stellt daraufhin abermals einen Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils. Der zuständige Richter ist inzwischen zu der Auffassung gelangt, dass der mit der Klage geltend gemachte Anspruch nur teilweise begründet ist und das erste, den Klageanspruch voll zusprechende Versäumnisurteil so nicht hätte ergehen dürfen.

Fallfrage 2

Wird das Landgericht die Klage des K in seinem zweiten Versäumnisurteil in der Sache teilweise abweisen?

Bearbeitungsvermerk

In dem anzufertigenden Gutachten ist auf alle durch den Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen.

Lösungsvorschlag

Fallfrage 1	559
A. Zulässigkeit des Einspruchs	559
I. Statthaftigkeit	559
II. Frist	559
III. Form	559
IV. Folge	560
B. Zulässigkeit der Klage	560
C. Begründetheit der Klage	560
I. Rückzahlung der Reservierungsgebühr	560
1. Etwas erlangt	560
2. Durch Leistung	561
3. Ohne rechtlichen Grund	561
a) Formbedürftigkeit der Reservierungsvereinbarung	561
aa) Rechtliche Einheit mit dem Grundstückskaufvertrag	561
bb) Unzulässiger Erwerbsdruck auf K.	562
cc) Ergebnis	563
b) Ausschluss des Einwands der Formnichtigkeit durch Treu und Glauben	564
c) Ergebnis	565
4. Ausschluss der Rückforderung wegen Kenntnis der Nichtschuld	565
5. Erlöschen durch Aufrechnung	565
a) Aufrechnungserklärung	565
b) Aufrechnungslage	565
c) Ergebnis	566
6. Ergebnis	566
II. Ersatz der Notarkosten	566
1. Anspruch aus culpa in contrahendo, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB	566
2. Anspruch aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB	567
3. Anspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB	567

4. Ergebnis	567
III. Ergebnis.....	567
D. Ergebnis.....	567
Fallfrage 2	567

Fallfrage 1

Das Landgericht Leipzig wird den Einspruch in seinem Endurteil verwerfen, wenn er unzulässig ist (§ 341 Abs. 1 S. 2 ZPO). Auf einen zulässigen Einspruch wird es das Versäumnisurteil vom 2.5.2022 aufrechterhalten, soweit die Entscheidungen übereinstimmen, also die Klage zulässig und begründet ist (§ 343 S. 1 ZPO). Im Übrigen wird es das Urteil aufheben und die Klage insoweit abweisen (§ 343 S. 2 ZPO).

A. Zulässigkeit des Einspruchs

Der Einspruch des V müsste zulässig sein (§ 341 Abs. 1 S. 1 ZPO).¹

Hinweis: Falsch wäre es, die Zulässigkeit und Begründetheit des Einspruchs zu prüfen. Der zulässige Einspruch beseitigt die Säumnis und versetzt den Prozess in die Lage vor dem Versäumnisurteil zurück, in der dann Zulässigkeit und Begründetheit der Klage geprüft werden. Einige Bearbeiter haben die Zulässigkeit des Einspruchs und später die der Klage einfach übergangen und sind direkt in die Begründetheit eingestiegen. Die Fallfrage bezieht sich aber nicht nur auf die materiell-rechtlichen Ansprüche, sondern auf die gesamte Sachentscheidung.

I. Statthaftigkeit

Der Einspruch des V ist gegen das echte Versäumnisurteil des Landgerichts Leipzig vom 2.5.2022 gem. § 338 ZPO statthaft.

II. Frist

Der Einspruch müsste fristgerecht eingelegt worden sein. Die zweiwöchige Einspruchsfrist ab der Zustellung des Versäumnisurteils an V (§ 339 ZPO) beginnt gem. § 222 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB am 7.5.2022, dem Tag nach dem Ereignis, und endet gem. § 222 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 20.5.2022. Der am 19.5.2022 eingelegte Einspruch war fristgerecht.

III. Form

Den schriftsätzlichen Einspruch hat der vor dem Landgericht gem. § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO postulationsfähige Rechtsanwalt des V formgerecht eingelegt (§ 340 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO).

¹ Allgemein zur Prüfung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil siehe *Huber*, JuS 2015, 985 und *Behrens*, ZJS 2019, 193.

Hinweis: Die Postulationsfähigkeit ist als Prozesshandlungsvoraussetzung im Zusammenhang mit der Wirksamkeit einer Prozesshandlung und nicht als eigenständiger Prüfungspunkt anzusprechen.

IV. Folge

Durch den zulässigen Einspruch wird der Prozess in die Lage vor Eintritt der Versäumnis zurückversetzt (§ 342 ZPO).

B. Zulässigkeit der Klage

Die Klage des K ist zulässig. Insbesondere ist das Landgericht Leipzig für die durch den postulationsfähigen Rechtsanwalt (§ 78 Abs. 1 S. 1 ZPO) gem. § 253 Abs. 1 ZPO wirksam erhobene Klage wegen des um die Zinsen bereinigten Streitwerts von insgesamt 15.000 € (§§ 3 Hs. 1, 4 Abs. 1 Hs. 2, 5 Hs. 1 ZPO) gem. §§ 71 Abs. 1, 23 Nr. 1 GVG sachlich und am allgemeinen Gerichtsstand des V – an dessen Wohnsitz in Leipzig – gem. §§ 12 f. ZPO örtlich zuständig. Seine Ansprüche kann K im Wege der objektiven Klagehäufung (§ 260 ZPO) geltend machen.

Hinweis: Manche Bearbeiter haben alle möglichen Sachentscheidungsvoraussetzungen angesprochen, die sie aus den verwaltungsrechtlichen Klausuren kennen. In der zivilrechtlichen Klausur reicht es, die Zuständigkeit des Gerichts und die überschlüssig interessanten Zulässigkeitspunkte anzusprechen. Zudem: Der von einigen Bearbeitern aufgrund des Grundstücksbezugs herangezogene ausschließliche dingliche Gerichtsstand gem. § 24 Abs. 1 ZPO passt hier schon seinem Wortlaut nach nicht.

C. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, soweit ihm die geltend gemachten Ansprüche zustehen.

I. Rückzahlung der Reservierungsgebühr

K könnte ein Anspruch gegen V auf Zahlung von 10.000 € aus Leistungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB zustehen.

Hinweis: Viele Bearbeiter haben sich in der Begründetheit mit allen möglichen, häufig nicht ziel-führenden Ansprüchen auseinandergesetzt, insbesondere mit culpa in contrahendo (Pflichtverletzung fraglich, auch wegen beiderseitiger Kenntnis der Formunwirksamkeit) und GoA (Fremdheit des Geschäfts, also der Zahlung der Reservierungsgebühr an V, und Fremdgeschäftsführungswille fraglich), aber auch mit § 346 Abs. 1 BGB, §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 281 BGB, § 284 BGB, § 313 BGB und §§ 985, 986 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Rückabwicklung der Zahlung auf einen formnichtigen Vertrag, die der Kläger begehrt, ist ein typisches Anwendungsbeispiel der Leistungskondition: Ist der Vertrag nicht formwirksam zustande gekommen, fehlt es für den Leistungsaustausch an einem rechtlichen Grund.

1. Etwas erlangt

V hat durch die Überweisung der 10.000 € auf sein Konto eine Gutschrift auf seinem Konto, also ein

abstraktes Schuldanerkenntnis seiner Bank (§§ 780 f. BGB), erlangt.²

2. Durch Leistung

Die von K veranlasste Gutschrift auf dem Konto des V stellte eine Leistung, also eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens,³ dar.

3. Ohne rechtlichen Grund

V müsste die Gutschrift über 10.000 € ohne rechtlichen Grund erlangt haben. Hier kommt als Rechtsgrund ein Anspruch des V gegen K aus der Reservierungsvereinbarung in Betracht. Diese könnte aber gem. §§ 125 S. 1, 311b Abs. 1 S. 1 BGB formnichtig sein.

a) Formbedürftigkeit der Reservierungsvereinbarung

Dazu müsste die – am 2.10.2021 mündlich sondierte und am 7.10.2021 in Schriftform (§ 126 Abs. 1 BGB) geschlossene – Reservierungsvereinbarung dem notariellen Formerfordernis in § 311b Abs. 1 S. 1 BGB unterliegen, sich also ein Teil verpflichten, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben.

Hinweis: Der Sachverhalt wirft das Zustandekommen des Vertrages nicht als Problem auf. Viele Bearbeiter haben den Vertragsschluss trotzdem ausführlich geprüft – eine nicht zu empfehlende „Sachverhaltsquetsche“, um die Klausur auf vertrautes Terrain zu führen. Der Schwerpunkt lag hier vielmehr bei der Formnichtigkeit des Vertrages. In der hier dargestellten Tiefe können die Prüfung der Formbedürftigkeit und des Einwands der Treuwidrigkeit nicht erwartet werden. Hier galt es, den in den Rechtsansichten der Parteien als Hilfestellung gespiegelten Aufbau aufzugreifen und in der eigenen Bearbeitung einen argumentativen Schwerpunkt zu setzen. Obwohl die meisten Bearbeiter hier ein Problem erkannt haben, wurde der Schwerpunkt oft unvollständig oder unstrukturiert bearbeitet. Gerade am „Filetstück“ der Klausur kann sich eine Klausur aber nach oben absetzen.

aa) Rechtliche Einheit mit dem Grundstückskaufvertrag

Die Reservierungsvereinbarung könnte schon deshalb formbedürftig sein, weil sie eine rechtliche Einheit mit dem Grundstückskaufvertrag bilden könnte. Dessen Formzwang aus § 311b Abs. 1 S. 1 BGB erfasst neben dem Vertrag, der eine Übertragungs- oder Erwerbspflicht für ein Grundstück begründet, auch alle Verträge, die nicht für sich allein gelten, sondern mit dem formbedürftigen Vertrag „stehen und fallen“ sollen.⁴ Für äußerlich getrennte Verträge wird vermutet, dass sie als eigenständige Verträge gewollt sind, wenn sie nicht nach dem Parteiwillen eine rechtliche Einheit bilden und das andere Rechtsgeschäft Inhalt des späteren Grundstückskaufvertrages sein soll.⁵ Die Reservierungsvereinbarung und der spätere Grundstückskauf könnten so zusammengesetzte Verträge bilden, in denen das formbedürftige von dem nicht formbedürftigen Geschäft abhängig ist.⁶

² Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 11.

³ Schwab, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 47.

⁴ Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 311b Rn. 32.

⁵ BGHZ 228, 338 (342 f. Rn. 10 f.) = DNotZ 2021, 764 (766 Rn. 10 f.) m. Anm. Schreindorfer.

⁶ Vgl. Ruhwinkel, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311b Rn. 58 ff.

Für die mit dem Kaufinteressenten einer Immobilie abgeschlossene Reservierungsvereinbarung wird eine rechtliche Einheit teilweise angenommen.⁷ Dass die finanzielle Pflichten begründende Reservierungsvereinbarung auch eine Verfallsregelung für den Fall vorsieht, dass der Kaufvertrag nicht zustande kommt, stehe der – durch die Verknüpfung des Behaltendürfens an das Scheitern des Vertrages hergestellten – rechtlichen Einheit nicht entgegen, da gleichlaufende Leistungspflichten nicht erforderlich seien.⁸

In Bezug auf die Vereinbarung zur Zahlungspflicht spricht dagegen, dass die Reservierungsvereinbarung zwar den Grundstückskauf vorbereitet, indem sie K als Käufer sondiert. Die Zahlungspflicht ist jedoch darauf ausgelegt, für sich allein zu „stehen“. Nur indem der Nichtabschluss des Grundstückskaufvertrags bis zum 31.12.2022 der zeitliche Bezugspunkt für die Verfallsregelung ist, wird der Grundstückskaufvertrag nicht von der Reservierungsvereinbarung abhängig gemacht.

Allerdings könnte die Verrechnungsabrede eine rechtliche Einheit mit dem späteren Kaufvertrag bilden. Diese stellt eine Methode der Zahlungsabwicklung für die eigenständige Leistung des Verkäufers dar, das Grundstück nicht weiter anzubieten.⁹ Der Kaufinteressent ist regelmäßig nicht bereit, die Reservierungsgebühr zu zahlen, ohne dass sie ihm später wie eine Anzahlung zugutekommt.¹⁰ Zwar könnten die Parteien eine solche Verrechnung auch erst im Grundstückskaufvertrag vereinbaren. Dann stünde die Kompensation des K aber solange zur Disposition der Parteien. Wenn sie vereinbart ist, greift die Verrechnungsabrede dem Grundstückskauf in Bezug auf den Kaufpreisanspruch vor („x–10.000 €“). Die Verrechnungsabrede bildet somit mit diesem eine rechtliche Einheit und ist gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB formbedürftig (a.A. mit dem Argument vertretbar, es handele sich um eine Vereinfachung der Zahlungsabwicklung im Fall des Vertragsschlusses, die den Kaufpreisanspruch, der in jedem Fall darüber liegen wird, nicht festlegt). Die Formnichtigkeit der Verrechnungsabrede führt nach der Zweifelsregelung des § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit der Reservierungsvereinbarung.

bb) Unzulässiger Erwerbsdruck auf K

Die mit der Verfallsregelung verbundene Zahlungspflicht könnte zudem eine faktische Erwerbspflicht des K begründen.

Ein solcher Erwerbsdruck kommt dann in Betracht, wenn die Reservierungsvereinbarung den Interessenten durch Verfallsregelungen, Vertragsstrafen oder erfolgsunabhängige Maklerprovisionen im Fall des Zustandekommens oder Nichtzustandekommens des Grundstückskaufvertrages wirtschaftlich bindet.¹¹ Hier besteht der Erwerbsdruck für K darin, dass ihn der finanzielle Voraufwand zu einem „point of no return“ führt. Je mehr Geld er vorab in das Grundstück des V investiert, das ihm nur bei einem Abschluss des Kaufvertrages zugute kommt, desto mehr wird er in seiner Entscheidung eingeschränkt, es doch nicht zu kaufen. Diesem Erwerbsdruck soll die hier vor allem angesprochene Warnfunktion des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB entgegenwirken.

Einen unzulässigen Erwerbsdruck erzeugt eine Reservierungsvereinbarung dann, wenn die Höhe des Bindungsentgelts ca. 0,3 % des Kaufpreises (10 % der üblichen Maklerprovision) übersteigt.¹²

⁷ Vgl. LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 30; AG München MittBayNot 2018, 68 (69 Rn. 15).

⁸ LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 31.

⁹ Gutachten DNotI-Report 2014, 185 (186).

¹⁰ Vgl. Gutachten DNotI-Report 2014, 185 (186 f.).

¹¹ BGH NJW 1990, 390 (391).

¹² Vgl. zu diesen Grenzwerten BGHZ 103, 235 (239); LG Frankfurt MittBayNot 2018, 547 (548 Rn. 20); LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 33; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 311b Rn. 13; *Hecht*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.1.2023, § 125 Rn. 73.1; kritisch *Schreindorfer*, in: BeckOK BGB, Stand 1.4.2023, § 311b Rn. 99.1.

Mitzscherlich: Umsonst reserviert

Daneben soll eine absolute Obergrenze von 5.000 € gelten.¹³ Diese Grenzen bieten auch dann, wenn der Verkäufer die Vertragsverhandlungen selbst geführt hat, einen zutreffenden Bemessungsmaßstab.¹⁴ Maßgeblich ist dafür nämlich nicht die Person des Zahlungsempfängers, sondern das Ausmaß der wirtschaftlichen Belastung.¹⁵

Die von K gezahlte Reservierungsgebühr von 10.000 € stellt ca. 0,83 % des avisierten Kaufpreises und fast ein Drittel der üblichen Maklerprovision (von hier 36.000 €) dar. Darüber hinaus übersteigt sie die Grenze von 5.000 €. Somit greift der von der Warnfunktion des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB geleitete Gedanke, dass K sich mit seinem finanziellen Einsatz schon in erhöhtem Maße auf das Grundstück des V festlegt. Dass K in der Lage ist, sich die Reservierungsgebühr durch den Abschluss des Kaufvertrages zurückzuholen, spricht gerade für einen Druck auf K, da ihm der Betrag nur dann angerechnet wird.¹⁶ Umgekehrt widerlegt allein die letztlich erfolgte Abstandnahme vom Vertrag die Annahme eines unzulässigen Drucks nicht.¹⁷

Die Reservierungsgebühr von 10.000 € übersteigt daher sowohl relativ in Bezug auf Maklerprovision und Kaufpreis als auch absolut die Grenzwerte für die Annahme eines unzulässigen Erwerbsdrucks, der daher ebenfalls die Formbedürftigkeit auslöst.

Hinweis: Die Kenntnis dieser Grenzwerte kann von den Bearbeitern nicht erwartet werden. Sie sollten sich aber mit der Formbedürftigkeit und dem im Sachverhalt gegebenen Hinweisen argumentativ auseinandersetzen. So war jedes Ergebnis vertretbar. Für die mit einem Makler abgeschlossene Reservierungsvereinbarung hat der Bundesgerichtshof¹⁸ kürzlich entschieden, dass die Vereinbarung einer Reservierungsgebühr mit einem Makler in allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Inhaltskontrolle nicht standhält. Sie benachteilige den Maklerkunden unangemessen (§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB), weil die Rückzahlung der Reservierungsgebühr ausnahmslos ausgeschlossen sei und sich aus der Reservierungsvereinbarung weder für den Kunden nennenswerte Vorteile ergäben noch durch den Makler eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen sei. Die Reservierungsvereinbarung komme letztlich einer erfolgsunabhängigen Provision gleich, die der gesetzlichen Regelung des Maklervertrages widerspreche, wonach eine Provision nur für eine erfolgreiche Maklertätigkeit geschuldet sei (§ 652 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Regelung konnte der Bundesgerichtshof als AGB kontrollieren, obwohl die Reservierungsvereinbarung formal im Nachgang an den Maklervertrag in einem eigenen Dokument geschlossen wurde, da es sich dabei nach seinem Inhalt nicht um eine eigenständige Vereinbarung, sondern eine den Maklervertrag ergänzende Regelung gehandelt habe.

cc) Ergebnis

Danach war die Reservierungsvereinbarung in zweierlei Hinsicht gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB formbedürftig. Das notarielle Formerfordernis hält die schriftliche Vereinbarung nicht ein. Die Formunwirksamkeit ist auch nicht analog § 311b Abs. 1 S. 2 BGB durch den formwirksamen Abschluss des Grundstückskaufvertrages geheilt worden.¹⁹

¹³ Vgl. LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 33; AG Dortmund NZM 2018, 1028 (1029 Rn. 22); Hecht, in: BeckOK BGB, Stand: 1.1.2023, § 125 Rn. 73.1; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 139.

¹⁴ Vgl. LG Frankfurt MittBayNot 2018, 547 (548 Rn. 22); LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 35; siehe aber auch OLG Dresden NZM 2017, 451 (452 Rn. 17).

¹⁵ OLG Dresden NZM 2017, 451 (452 Rn. 16).

¹⁶ LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 36.

¹⁷ OLG Dresden NZM 2017, 451 (452 Rn. 17).

¹⁸ BGH ZIP 2023, 1088.

¹⁹ Für die Heilung eines Vorvertrages ist dafür nicht die Auflassung und Eintragung des Grundstücks, die der auf

b) Ausschluss des Einwands der Formnichtigkeit durch Treu und Glauben

Allerdings könnte es K wegen des Verbots widersprüchlichen Verhalten, das aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB folgt, verwehrt sein, sich auf den Formmangel zu berufen.

Um die Formstrenge nicht zu unterlaufen, kann das Berufen auf den Formmangel nur ausnahmsweise einen Verstoß gegen Treu und Glauben begründen, nämlich bei der drohenden Existenzvernichtung eines Beteiligten oder einer besonders schwerwiegenden Treuepflichtverletzung.²⁰ Als Ansatzpunkt für eine Treuepflichtverletzung kommt hier das wechselhafte Verhalten des K in Betracht, der die Verschiebung der Notartermine und das Verlangen von Änderungen am Vertragsentwurf mit der fehlenden Baugenehmigung begründet hat. Zwar teilte V dem K schon bei der Besichtigung am 2.10.2021 mit, dass keine Baugenehmigung vorliegt und er diese nicht beschaffen konnte. Das Ansinnen des K, den Ausgleich der Folgen eines möglichen bauaufsichtlichen Einschreitens in die Vertragsverhandlungen einzubringen, ist aber kein sachfremdes Motiv, das für eine außergewöhnliche Treuepflichtverletzung sprechen würde.²¹ V erscheint auch nicht schutzbedürftig. Bei Abschluss der Reservierungsvereinbarung wusste er von der Formnichtigkeit. Dass er seinen Aufwand für die Abhaltung der Besichtigungstermine nicht kompensieren kann, führt zu keinem untragbaren Ergebnis, da sich für den Verkäufer stets nur ein Termin – der des späteren Käufers – rentieren wird.²² Daher fehlt es bei den Nachverhandlungen des K an einer besonders schwerwiegenden Treuepflichtverletzung des K.

Allerdings könnte die Erklärung des K gegenüber V, er würde sich als Ehrenmann nicht darauf berufen, ein widersprüchliches Verhalten darstellen. Ein solches kommt dann in Betracht, wenn eine Seite bei der anderen schuldhaft einen Irrtum über die Formbedürftigkeit des Vertrages hervorruft.²³ Wenn jedoch beide Parteien wie hier nach dem Gespräch am 2.10.2021 wissen, dass sie eine vom Recht anerkannte, formwirksame Verpflichtung erst noch begründen müssen, können sie sich auf das Recht – das im Sinne der Formstrenge die Unwirksamkeit eines formunwirksamen Rechtsgeschäfts anordnet – nicht berufen.²⁴ Demgegenüber wird vertreten, dass das Berufen auf den Formmangel treuwidrig sein soll, wenn es das nachdrückliche Inaussichtstellen der Erfüllung der anderen Seite nahezu unmöglich macht, weiter auf der Einhaltung der Form zu bestehen.²⁵ Dagegen spricht aber, dass beide Seiten wissen, dass sie sich nur auf den guten Willen des anderen verlassen, und es nicht die Aufgabe des Rechts ist, ihnen dieses Risiko abzunehmen.²⁶ Daher war es K wegen seiner Ehrenmann-Erklärung nicht verwehrt, sich doch auf den Formmangel zu berufen (a.A. vertretbar).

Der Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB steht dem Einwand der Formnichtigkeit daher nicht entgegen.

die Heilung von Grundstückkaufverträgen zugeschnittene § 311b Abs. 1 S. 2 BGB anspricht, sondern der formgerechte Abschluss des Hauptvertrages Voraussetzung, siehe BGHZ 82, 398 (403 ff.).

²⁰ St. Rspr., siehe BGH NJW-RR 2017, 596 (596 f. Rn. 12); OLG Hamburg NJW-RR 1992, 20 (21); *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 125 Rn. 22.

²¹ Vgl. LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 44 f.

²² LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 47.

²³ RGZ 117, 121 (124).

²⁴ Vgl. RGZ 117, 121 (124); zust. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht in Anspruchsgrundlagen, 28. Aufl. 2021, Rn. 181; *Reinicke*, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, S. 42.

²⁵ BGHZ 48, 396 (397 f.) = NJW 1968, 39 (42) m. abl. Anm. *Reinicke*; dagegen auch *ders.*, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, S. 45 f. sowie *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht in Anspruchsgrundlagen, 28. Aufl. 2021, Rn. 181.

²⁶ *Reinicke*, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, S. 42.

c) Ergebnis

Der formunwirksame Zahlungsanspruch des V gegen K stellt keinen rechtlichen Grund für die Zahlung der Reservierungsgebühr dar.

4. Ausschluss der Rückforderung wegen Kenntnis der Nichtschuld

Die Rückforderung ist nicht gem. § 814 BGB wegen Kenntnis der Nichtschuld ausgeschlossen. Bei der Leistung auf einen erkannt unwirksamen Vertrag in der Erwartung, die andere Seite werde sich ebenfalls daran halten, ist diese Vorschrift nicht anwendbar.²⁷ Sie würde sich sonst in Widerspruch zu den differenzierten gesetzlichen Heilungsvorschriften setzen, die vermeiden wollen, dass es in jedem Fall zu einer Rückabwicklung kommt.

5. Erlöschen durch Aufrechnung

Allerdings könnte der danach bestehende Anspruch i.H.v. 9.600 € durch die Aufrechnung mit den Kosten für die nutzlos angemietete Wohnung gem. § 389 BGB erloschen sein.

a) Aufrechnungserklärung

V hat die Aufrechnung in seiner Einspruchsschrift erklärt (§§ 388 S. 1 BGB, 78 Abs. 1 S. 1 ZPO). Die hilfsweise Erklärung der Prozessaufrechnung soll nur für den Fall gelten, dass das Gericht einen Anspruch des K annimmt. Diese hier eingetretene aufschiebende Bedingung der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis stellt eine nicht von § 388 S. 2 BGB untersagte Rechtsbedingung dar – bezogen auf eine bestimmte Rechtslage, die als solche schon in der Welt ist und nur noch vom Gericht „ausgesprochen“ werden muss.

b) Aufrechnungslage

Außerdem müsste zwischen V und K eine Aufrechnungslage bestanden haben. Das setzt gem. § 387 BGB voraus, dass die beiden einander gleichartige Leistungen schulden, V die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann. Gegen den über einen erfüllbaren Hauptanspruch verfügenden K könnte V eine fällige und durchsetzbare Gegenforderung aus der per E-Mail geschlossenen Vereinbarung haben, dass K bei einem Scheitern des Grundstückskaufs durch Umstände, die dieser zu verantworten hat, die Kosten für die von V angemietete Wohnung zu tragen hat.

Diese in Textform gem. § 126b BGB geschlossene Vereinbarung könnte aber gem. §§ 125 S. 1, 311b Abs. 1 S. 1 BGB formunwirksam sein. Zwar bildet sie keine rechtliche Einheit mit dem späteren Grundstückskaufvertrag, weil sie ausschließlich für den Fall des Nichtzustandekommens des Grundstückskaufvertrages geschlossen wird. Sie könnte aber einen unzulässigen Erwerbsdruck auf K ausüben. Dafür spricht die Heranziehung der oben genannten Grenzwerte bei Reservierungsvereinbarungen.²⁸ Dagegen kann angebracht werden, dass K die zum Vertragsschluss führenden Umstände „zu verantworten“ haben muss, ihm daher durch die Einschaltung einer Verschuldensgrenze mehr zuzumuten sein könnte. Allerdings ändert dieser Einwand nichts an der Lage des Käufers, der entweder auf den Vertrag eingehen oder sich mit Folgeansprüchen des Verkäufers auseinandersetzen muss. Jedenfalls

²⁷ *Sprau*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 814 Rn. 6.

²⁸ Vgl. LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 52.

ist K der Vorwurf, er habe die Gespräche durch von ihm zu verantwortende Umstände zum Scheitern gebracht, nicht zu machen, weil sein Verhalten auf einem grundsätzlich nachvollziehbaren Grund beruht (siehe oben). Aus der Vereinbarung kann V daher keinen Anspruch gegen K über den Ersatz der Mietkosten herleiten.

c) Ergebnis

Mangels Aufrechnungslage ist der Anspruch des K nicht durch Aufrechnung gem. § 389 BGB erloschen.

6. Ergebnis

K hat gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 10.000 € aus Leistungskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB. Der hierauf basierende Zinsanspruch i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz beruht auf §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 1 BGB und beginnt am 26.1.2022, dem Tag nach Ablauf der von K gesetzten Frist (§ 187 Abs. 1 BGB analog).

II. Ersatz der Notarkosten

Außerdem könnte K gegen V einen Anspruch auf Ersatz der Notarkosten haben.

Hinweis: Ansprüche aus dem Grundstückskaufvertrag, wie sie mehrere Bearbeiter geprüft haben, kommen nicht in Betracht – der Vertrag ist ja nicht zustande gekommen. Für einen Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB oder § 426 Abs. 2 BGB i.V.m. dem Gebührenanspruch des Notars fehlt es an einer Gesamtschuldnerschaft von V und K gegenüber dem Notar.

1. Anspruch aus culpa in contrahendo, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB

K könnte gegen V zudem ein Anspruch auf Zahlung dieser 5.000 € aus culpa in contrahendo gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB zustehen.

Dazu müsste V durch die Abstandnahme vom Vertrag eine Pflicht aus dem durch die Verhandlungen entstandenen vorvertraglichen Schuldverhältnis verletzt haben. Allerdings handelt der Käufer, der für die Vorbereitung eines Vertragsschlusses einen Notar in Anspruch nimmt, grundsätzlich auf eigene Gefahr, weil die andere Seite jederzeit von den Verhandlungen Abstand nehmen kann.²⁹ Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Vertragsschluss als sicher anzunehmen ist, eine Seite in dem hierdurch begründeten Vertrauen Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages macht und die andere Seite die Verhandlungen später ohne triftigen Grund abbricht.³⁰ Bei den Verhandlungen zu einem nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB formbedürftigen Vertrag wird sogar – entsprechend den Hürden für § 242 BGB (siehe oben) – eine besonders schwere Treuepflichtverletzung gefordert.³¹ Eine solche ist in dem Abbruch der Verhandlungen durch V aufgrund der von K verursachten Verschiebungen des Notartermins und seiner Nachforderungen nicht zu sehen.³² Es fehlt daher an einer Pflichtverletzung.

K hat gegen V keinen Anspruch auf Ersatz der Notarkosten aus culpa in contrahendo gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB.

²⁹ BGH NJW 1996, 1884 (1885); LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 50.

³⁰ BGH NJW 1996, 1884 (1885); LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 50.

³¹ BGH NZM 2018, 295 (296) m. Bespr. Schwab, JuS 2018, 905 (906).

³² Vgl. LG Köln BeckRS 2021, 32772 Rn. 51.

2. Anspruch aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

K steht derselbe Anspruch auch nicht als Aufwendungsersatz aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB zu. Die Annahme eines Fremdgeschäftsführungswillens des V würde die aufgezeigte Risikoverteilung unterlaufen, dass jede Seite grundsätzlich mit dem Scheitern der Vertragsanbahnung zu rechnen hat.³³

3. Anspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB

K hat auch keinen Anspruch wegen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gem. § 826 BGB, weil die nicht pflichtwidrige Abstandnahme von dem Abschluss eines formbedürftigen Vertrages (siehe oben) den schwereren Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht begründen kann.³⁴

4. Ergebnis

K hat gegen V keinen Anspruch auf die Erstattung der Notarkosten von 5.000 € oder Zinsen darauf.

III. Ergebnis

Die Klage des K ist nur hinsichtlich der Rückforderung der Reservierungsgebühr und der Zinsen hierauf begründet.

D. Ergebnis

Der Einspruch des V ist zulässig und hat in der Sache teilweise Erfolg. Insoweit wird das Gericht das Versäumnisurteil aufheben und die Klage abweisen.

Fallfrage 2

V ist im Einspruchstermin (§ 341a ZPO) am 26.8.2022 trotz ordnungsgemäßer Ladung (§ 335 Abs. 1 Nr. 2 ZPO) verschuldet (§ 337 S. 1 ZPO) nicht erschienen und damit erneut säumig (§ 345 ZPO). Das Landgericht Leipzig wird daher das beantragte „technisch zweite Versäumnisurteil“ erlassen. Die Klage des K kann es dabei nur dann teilweise abweisen, wenn es auch prüft, ob das erste Versäumnisurteil rechtmäßig ergangen ist.

Teilweise wird davon ausgegangen, dass das Gericht eine erneute Schlüssigkeitsprüfung vornehmen müsse.³⁵ Schließlich sei durch § 342 ZPO das Prüfprogramm des § 331 Abs. 2 ZPO wieder anwendbar.³⁶ Ein Gericht, das seinen Fehler später erkennt, solle nicht aufgrund eines diffusen Strafbedürfnisses sehenden Auges falsch entscheiden müssen.³⁷

Dieser Auffassung wird der Sanktionsgedanke des Gesetzes entgegengehalten: Das technisch zweite Versäumnisurteil könne die säumige Partei nicht mehr mit dem Einspruch (§ 345 ZPO), sondern

³³ Vgl. F. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 677 Rn. 92 und dessen Verweis auf den Erbensucher-Fall (BGH NJW 2000, 72).

³⁴ Fragwürdig daher OLG Jena NJW-RR 1999, 1687.

³⁵ Vgl. BAG NJW 1971, 1198 (1198 f.); Bartels, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 5, 23. Aufl. 2015, § 345 Rn. 8.

³⁶ BAG NJW 1971, 1198 (1199).

³⁷ Vgl. BAG NJW 1971, 1198 (1199 f.).

nur noch mit der Berufung angreifen, die auf die Prüfung einer schuldhaften Säumnis bei Erlass des zweiten Versäumnisurteils beschränkt ist (§ 514 Abs. 2 S. 1 ZPO), damit eine Partei den Rechtsstreit nicht durch wiederholtes Nichterscheinen verzögern kann.³⁸ Auch § 342 ZPO verfolge nicht das Ziel, dass das angegriffene Urteil dann auch tatsächlich überprüft wird, sondern ermögliche dies nur.³⁹

Systematisch überzeugt diese Ansicht damit, dass § 700 Abs. 6 ZPO für den Fall, dass der Einspruchsführer bei der Verhandlung über den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid – der gem. § 700 Abs. 1 ZPO einem ersten Versäumnisurteil gleichsteht – säumig ist, auf das Prüfprogramm für das erste Versäumnisurteil in § 331 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO verweist. Diese Ausnahme findet ihre Rechtfertigung darin, dass vor Erlass des Mahnbescheids keine richterliche Schlüssigkeitsprüfung stattfindet.⁴⁰ Die Regelung wäre unnötig, wenn sie schon in § 345 ZPO enthalten wäre.⁴¹ Rechtliches Gehör ist der säumigen Partei hier schon dadurch gewährt worden, dass das Gericht vor Erlass des ersten Versäumnisurteils eine Schlüssigkeitsprüfung vornimmt und die säumige Partei im Einspruchstermin auf Fehler hinweisen kann.⁴²

Daher prüft das Gericht die Schlüssigkeit der Klage nicht mehr (a.A. vertretbar). Es wird den Einspruch des V gegen das erste Versäumnisurteil verwerfen (oder, mit der a.A.: Aufrechterhaltung, soweit die Entscheidungen übereinstimmen, im Übrigen Teilaufhebung des Versäumnisurteils und insoweit Klageabweisung).

Hinweis: Aufgabe 2 wurde nur von wenigen Bearbeitern überhaupt angesprochen. Das eigentliche Problem des technisch zweiten Versäumnisurteils haben dabei die wenigsten erkannt.

³⁸ Vgl. BGHZ 141, 352 (354 f.).

³⁹ BGHZ 141, 352 (356 f.); *Boemke*, ZZP 106 (1993), 371 (378 f.).

⁴⁰ BGHZ 141, 351 (352 f.); *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 16. Aufl. 2022, Rn. 361.

⁴¹ BGHZ 141, 351 (353); *Prütting*, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 345 Rn. 15.

⁴² BGHZ 141, 352 (355 f.); *Prütting*, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 345 Rn. 16.

Anfängerklausur Grundrechte: „Lasst mich mitsingen!“

Dr. Joshua Moir, Berlin*

Die Klausur befasst sich unter Berücksichtigung aktueller verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung mit dem Recht auf geschlechterbezogene Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG und dessen Abwägung mit der Kunstfreiheit im Einzelfall. Eingekleidet ist der Fall in die Verfassungsbeschwerde einer Minderjährigen.

Sachverhalt

Die 9-jährige K ist leidenschaftliche Musikerin. Seit ihrem 6. Lebensjahr singt sie in einem anspruchsvollen Kinderchor in Mainz und spielt Cello. Als die Familie nach Trier umzieht, möchte K in den Fürstlichen Chor zu Trier aufgenommen werden. Der Chor wird in Form einer Anstalt, also als juristische Person des öffentlichen Rechts des Landes Rheinland-Pfalz, betrieben und ist eine der ältesten und renommiertesten musikalischen Einrichtungen Europas. Seit der Gründung im 17. Jahrhundert wird der Chor als Knabenchor mit etwa 100 Jungen geführt. Im Jahre 2015 hat man den Chor grundsätzlich für Mädchen geöffnet, wobei bislang kein Mädchen die Aufnahmeprüfung geschafft hat.

K wird zunächst zu einem Vorsingen (Einzelsingen) unter der Leitung des Chorleiters (L) eingeladen. Zwei Wochen nach diesem Vorsingen erhält K einen Bescheid, mit dem ihr die Aufnahme gem. § 4 Abs. 2 des Gesetzes für den Fürstlichen Chor zu Trier (FCG) verweigert wird. In dem Bescheid heißt es, K verfüge nach Ansicht des L nicht über einen ausreichenden Luftdruck beim Singen. Aufgrund kleinerer Lungenflügel könne K nicht mit den Stimmen der Knaben mithalten. Der Chor zeichne sich gerade durch den unverwechselbaren „engelsgleichen“ Klang von Knabenstimmen aus, der mit K nicht erreicht werden könne. Ein konkurrierender Chor aus Leipzig wurde – was stimmt – gerade mit Blick auf diesen „spezifischen Klang eines Knabenchors“ in das UNESCO-Verzeichnis des immateriellen Weltkulturerbes aufgenommen. Daher wären Mädchen im Knabenchor der absolute Ausnahmefall.

Der Chorleiter verweist K außerdem darauf, dass Rheinland-Pfalz vor 20 Jahren eine Landeskantorei für Mädchen als Pendant zum Fürstlichen Chor zu Trier gegründet hat. K möchte aber in den Knabenchor, der vom renommierten Chorleiter L und Stimmbildern hauptamtlich ausgebildet wird, alle großen Chorwerke im Repertoire hat und jedes Jahr auf mehrwöchige internationale Konzertreisen geht, während die Mädchenkantorei jährlich nur zwei große Chorwerke im Inland aufführt und derzeit im Nebenamt vom Domorganisten des Trierer Doms geleitet wird. K fühlt sich ungerecht behandelt. Dies finden auch ihre Eltern, die ein Gutachten in Auftrag geben. Dieses Gutachten kommt auf der Grundlage einer Straßenumfrage bei Passanten zu dem Ergebnis, dass die meisten Passanten singende Jungen bis zum Stimmbruch stimmlich nicht von singenden Mädchen unterscheiden können. K wendet sich, vertreten durch ihre Eltern, vor den zuständigen Verwaltungsgerichten bis in letzter Instanz gegen den ablehnenden Bescheid des Chores und rügt, dieser verstoße gegen die

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB). Für hilfreiche Anmerkungen dankt er Prof. Dr. Antje von Ungern-Sternberg. Die Klausur wurde im Sommersemester 2020 als zweistündige Abschlussklausur zur Vorlesung Grundrechte an der Universität Trier gestellt.

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

verfassungsrechtlich verbürgte Gleichheit. Die Verwaltungsgerichte bestätigen jedoch den ablehnenden Bescheid des Chores. Sie stützen sich hierbei auf anerkannte musikwissenschaftliche Studien. Demnach unterscheiden sich die Stimmen von Mädchen und Jungen vor dem Stimmbruch nachgewiesen nach der Größe des Lungenvolumens und der Länge des Stimmlippenapparates, wobei diese Unterschiede für Kenner auch am Klang zu erkennen sind und wonach es in äußerst seltenen Ausnahmefällen (1 Mädchen von 1.000) auch Mädchen gebe, die diesen Klang erzeugen würden. Deshalb, so die Gerichte, stehe dem Chor – der hier mit anerkannten Grundrechtsträgern wie Kunsthochschulen oder Rundfunkanstalten vergleichbar sei – die künstlerische Freiheit zu, anhand des Klangbildes eines Knabenchores auszuwählen. Jedenfalls dürfe auch der Staat seine staatliche Kulturpflege nach anerkannten künstlerischen Kriterien ausrichten.

Nach Zustellung der letztinstanzlichen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts am 12.5.2020 sind die Eltern der K dafür, die Sache auf sich beruhen zu lassen. K hingegen will dann allein weiterkämpfen. Sie wendet sich deshalb selbst und ohne Vertretung durch ihre Eltern (aber mit Unterstützung eines befreundeten Anwalts) am 10.6.2020 mit einer Verfassungsbeschwerde, gerichtet gegen den Ablehnungsbescheid und die Gerichtsentscheidungen, an das Bundesverfassungsgericht.

Fallfrage

Hat der Antrag der K Aussicht auf Erfolg? Von der formellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes für den Fürstlichen Chor zu Trier (FCG) ist auszugehen. Freiheitsrechte der K oder Bestimmungen des Europarechts sind nicht zu prüfen.

Auf nachfolgende Norm wird hingewiesen:

Auszug aus dem Gesetz für den Fürstlichen Chor zu Trier (FCG):

§ 4 Aufnahme in den Chor

(1) Der Fürstliche Chor zu Trier ist ein nunmehr für alle Kinder geöffneter traditioneller Knabenchor und eine musikalische Ausbildungsstätte für alle Trierer Kinder unabhängig von ihrer sozialen und kulturellen Herkunft. Die Aufnahme kann mit Erreichen des 6. Lebensjahres begehrt werden.

(2) Auf das schriftliche Aufnahmebegehren folgt ein Vorsingen. Der Chorleiter entscheidet auf der Grundlage der musikalischen Vorbildung des Kindes und auf der Grundlage des Vorsingens nach freiem künstlerischen Ermessen über die Aufnahme in den Chor.

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	572
I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts	572
II. Beschwerdefähigkeit	572
III. Prozessfähigkeit	572
1. Maßstab: Zivilprozessrecht?	572
2. Maßstab: „Einsichtsfähigkeit“?	572
IV. Beschwerdegegenstand	573
V. Beschwerdebefugnis	573

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung, betroffene Grundrechte	573
2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert	574
VI. Rechtswegerschöpfung.....	574
VII. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde.....	574
VIII. Form und Frist	574
IX. Ergebnis.....	574
B. Begründetheit.....	575
I. Prüfungsmaßstab in der Urteilsverfassungsbeschwerde	575
II. Verletzung von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG	575
1. Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts.....	575
a) Gemeinsamer Oberbegriff.....	576
b) Benachteiligung wegen des Geschlechts	576
aa) Benachteiligung	576
bb) Aufgrund des Geschlechts	576
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	577
a) Beschränkbarkeit des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG	577
b) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage der Ungleichbehandlung	577
aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit des FCG.....	577
bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit des FCG	577
c) Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts.....	577
aa) Legitimes Ziel	578
(1) Kunstfreiheit	578
(2) Staatliche Kulturpflege	578
bb) Geeignetheit.....	579
cc) Erforderlichkeit	579
dd) Angemessenheit.....	579
(1) Abstrakte Gewichtung der konfligierenden Güter.....	579
(2) Konkrete Beeinträchtigung der Güter	579
(3) Abwägung	580
3. Zwischenergebnis zu Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG.....	580
III. Art. 3 Abs. 1 GG.....	580
IV. Zwischenergebnis zur Begründetheit	581
C. Gesamtergebnis.....	581

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

Die Verfassungsbeschwerde der K hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht ist für Verfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG zuständig.

II. Beschwerdefähigkeit

Beschwerdefähig ist nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG „jedermann“ und damit jeder, der Träger von Grundrechten ist. Träger von Grundrechten sind zunächst natürliche Personen, darüber hinaus auch juristische Person nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG. K ist als natürliche Person Grundrechtsträgerin und damit beschwerdefähig.

III. Prozessfähigkeit

K müsste auch prozessfähig, also in der Lage dazu sein, eine mögliche Grundrechtsverletzung gegenüber dem Bundesverfassungsgericht selbst geltend zu machen oder einen Prozessbevollmächtigten damit zu beauftragen.

Im Fall von minderjährigen Beteiligten kann zumeist auf eine Vertretung vor Gericht durch die Eltern abgestellt werden (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 BGB). Hier haben die Eltern der K erklärt, dass sie das Begehren der K vor dem Bundesverfassungsgericht nicht (weiter) unterstützen wollen. Es muss deshalb darauf ankommen, ob K selbst vor dem Bundesverfassungsgericht prozessfähig ist. Weder das GG noch das BVerfGG enthalten Regelungen zu einer Prozessfähigkeit in den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht. Daher werden zwei unterschiedliche Lösungen diskutiert:

1. Maßstab: Zivilprozessrecht?

Die Prozessordnungen der Fachgerichtsbarkeiten sehen ein Mindestalter für die Prozessfähigkeit vor. Die dort normierte Prozessfähigkeit knüpft altersmäßig an die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit, also an das Alter von 18 Jahren an (§ 51 Abs. 1 ZPO und § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO i.V.m. §§ 104, 106 BGB). Als 10-jährige wäre K unter Anwendung der genannten Vorschriften nicht in der Lage, selbständig Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Sie wäre als nicht prozessfähig anzusehen. Nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist wegen der besonderen Eigenart der verschiedenen verfassungsgerichtlichen Verfahren eine unmittelbare Anwendung der Vorschriften der vorbezeichneten Prozessordnungen (VwGO, ZPO) allerdings nicht möglich.¹

2. Maßstab: „Einsichtsfähigkeit“?

Das Bundesverfassungsgericht ist der Ansicht, die Fähigkeit zur Erhebung einer Verfassungsbeschwerde sei von der Ausgestaltung der einzelnen Grundrechte im Ausgangsverfahren abhängig.²

¹ BVerfGE 51, 405 (407).

² Vgl. nur *Detterbeck*, in: *Sachs, GG, Kommentar*, 9. Aufl. 2021, Art. 93 Rn. 84.

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

Das Gericht hat bisher kein einheitliches Vorgehen entwickelt.³ Vertreten wird deshalb, bei Minderjährigen zu prüfen, ob hinsichtlich der geltend gemachten Grundrechte im Einzelnen eine „Einsichtsfähigkeit“ besteht, also ob die minderjährige Person sich der Tragweite des Schutzes und der Folge der Grundrechtsausübung in Form einer „geistigen Reife“ bewusst ist.⁴ Diese Position ist nicht unangreifbar. Es stellt sich die Frage, wer und nach welchen Kriterien die geistige Reife im Einzelnen feststellen kann.⁵ Zudem droht das Kriterium der Einsichtsfähigkeit durch seine Unbestimmtheit missbraucht zu werden. Letztlich erscheint eine solche Einzelfallprüfung jedoch vor dem Hintergrund der ansonsten nur verbleibenden Möglichkeit einer Typisierungsklausel, also einer Regelung, die, wie § 51 Abs. 1 ZPO, generell alle Minderjährigen bis zu einem gewissen Alter von der Prozessführung vor dem Bundesverfassungsgericht ausschließen würde, vorzugswürdig.

K fühlt sich hier „ungerecht behandelt“ und sucht deshalb Rechtsschutz beim Bundesverfassungsgericht. Der Vortrag der K im fachgerichtlichen Verfahren deutet darauf hin, dass Sie sich neben dem „Gefühl“ der Ungleichbehandlung auch darüber im Klaren ist, dass eine Ungleichbehandlung grundsätzlich durch das GG ausgeschlossen wird. Diese Überzeugung und das Wissen vom Grundrechtsinhalt müssen für die Annahme einer Einsichtsfähigkeit ausreichen. K ist deshalb prozessfähig.

IV. Beschwerdegegenstand

Es bedarf eines zulässigen Beschwerdegegenstands. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde kann mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein. Akt der öffentlichen Gewalt ist jeder Akt deutscher Hoheitsgewalt der Exekutive, der Judikative und der Legislative. Es besteht ein Wahlrecht der Beschwerdeführerin, ob sie sich nur gegen den Einzelakt des staatlichen Chors (den Ablehnungsbescheid) oder auch gegen die den Bescheid bestätigenden Gerichtsentscheidungen der Verwaltungsgerichte wenden möchte.⁶ Hier wendet sich K auch gegen die bestätigenden Gerichtsentscheidungen. Ein tauglicher Beschwerdegegenstand liegt mit der Ablehnungsentscheidung und den sie bestätigenden Gerichtsentscheidungen somit vor.

V. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdebefugnis besteht, wenn K möglicherweise selbst, gegenwärtig und unmittelbar in eigenen Grundrechten verletzt ist.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung, betroffene Grundrechte

K müsste geltend machen, zumindest möglicherweise in eigenen verfassungsmäßigen Rechten verletzt worden zu sein. Hier kommt eine Verletzung des speziellen Verbots der Geschlechterdiskriminierung nach Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG oder des allgemeinen Gleichheitsrechts nach Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht.

³ Vgl. BVerfGE 72, 122 (132 f.); BVerfGE 99, 145 (162 f.) sowie BVerfGE 107, 150 (168).

⁴ Vgl. nur Hellmann, in: Barczak, BVerfGG, Kommentar, 2017, § 90 Rn. 89; Detterbeck, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021 Art. 93 Rn. 84.

⁵ Kritisch etwa. Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2017, S. 145.

⁶ Vgl. Hellmann, in: Barczak, BVerfGG, Kommentar, 2017, § 90 Rn. 117.

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

Hinweis: Es ist auch denkbar, dass Bearbeiter über einen verfassungsrechtlich zumindest mittelbar herleitbaren Zugangsanspruch zu einer staatlichen Einrichtung nachdenken (numerus-clausus-Konstellation).

2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert

A müsste auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert sein. Der Bescheid des Chores und seine gerichtliche Bestätigung richten sich an A, entfalten weiterhin Rechtswirkungen (da A nicht in den Chor aufgenommen wird) und wirken unmittelbar, da keine weiteren Zwischenschritte für die Abweisung notwendig sind. Die Beschwerdebefugnis ist hier mithin gegeben.

VI. Rechtswegerschöpfung

K müsste gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG auch alle denkbaren fachgerichtlichen Rechtsbehelfe erfolglos beschritten haben. Hier hat K den Rechtsweg erfolglos bis zum Bundesverwaltungsgericht durchschritten, der Rechtsweg ist somit erschöpft.

VII. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Anderer Formen des Rechtsschutzes sind nicht ersichtlich. Auch hat A durch ihre Vertreter im fachgerichtlichen Verfahren hinreichend deutlich auf eine aus ihrer Sicht bestehende Verletzung von Grundrechten – konkreter dem Recht auf Gleichbehandlung – hingewiesen.⁷

VIII. Form und Frist

Die Schriftform des § 23 Abs. 1 BVerfGG ist gewahrt, die Verfassungsbeschwerde ist durch K auch begründet worden. Die Anforderungen an einen ordnungsgemäßen Antrag sind gewahrt. Die Verfassungsbeschwerde ist nach § 93 Abs. 1 BVerfGG binnen eines Monats zu erheben und zu begründen. Die Frist beginnt mit der Zustellung oder formlosen Mitteilung der in vollständiger Form abgefassten Entscheidung, wenn diese nach den maßgebenden verfahrensrechtlichen Vorschriften von Amts wegen vorzunehmen ist. Fristauslösendes Ereignis ist hier die Bekanntgabe der letztinstanzlichen Entscheidung.⁸ Die letztinstanzliche Entscheidung in der Sache ist am 12.5.2020 ergangen. K hat hier über ihren Rechtsanwalt am 10.6.2020 Verfassungsbeschwerde erhoben, wobei die Monatsfrist gewahrt wurde.

IX. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der K ist zulässig.

⁷ Zur Frage, ob eine solche „materielle Subsidiarität“ im Falle der Verfassungsbeschwerde vorausgesetzt wird *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 248 f.

⁸ *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Kommentar, 41 Lfg., Stand: Juli 2013, § 93 Rn. 8.

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit K durch den Ablehnungsbescheid und die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen in ihrem Grundrecht nach Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG verletzt ist.

I. Prüfungsmaßstab in der Urteilsverfassungsbeschwerde

Das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz, sondern prüft im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts, nicht die richtige Anwendung des einfachen Verwaltungsrechts.⁹ Es ist demnach zu prüfen, ob die gerügten Entscheidungen auf eine verfassungswidrige Rechtsgrundlage gestützt wurden und ob die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung einer verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage die Grundrechte des Betroffenen verkannt haben.

II. Verletzung von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG

Hinweis: Dieser Lösungsvorschlag unterscheidet erst im Rahmen der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zwischen der rechtlichen Grundlage für das staatliche Handeln und der Anwendung der Grundlage im Einzelfall. Denkbar wäre es genauso, bereits vor der Prüfung der Ungleichbehandlung zwischen gesetzlicher Grundlage und Einzelfall zu unterscheiden.

Für das Verbot der Geschlechterdiskriminierung wird nach dem hier favorisierten Aufbau auf Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG abgestellt, da beide Absätze dem Schutz vor Schlechterstellung wegen des Geschlechts dienen und damit ein „einheitliches Grundrecht“ vorzugswürdig erscheint. Das Bundesverfassungsgericht zieht für eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts teilweise Art. 3 Abs. 3 GG allein heran¹⁰ und im Fall der sogenannten mittelbaren („faktischen“) Diskriminierung allein Art. 3 Abs. 2 GG¹¹. Alle drei Wege sind hier gut vertretbar.

Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG setzt eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung voraus.

1. Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts

Hinweis: Dieser Lösungsvorschlag entspricht einer gleichheitsrechtlichen Prüfung, bei der, anders als im Falle von Freiheitsrechten (bei denen das Individuum hinsichtlich der Eröffnung des Schutzbereichs grundsätzlich losgelöst von seinem gesellschaftlichen Umfeld betrachtet wird), schwerpunktmäßig eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung und kein Eingriff geprüft wird. Dafür spricht die systematische Stellung der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts in Art. 3 GG. Genauso vertretbar wäre es, in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG ein Diskriminierungsverbot zu sehen, dessen Verletzung sich an der Prüfung eines Freiheitsrechts orientiert (Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung).

Zunächst müsste A wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden sein.

⁹ Vgl. nur BVerfGE 7, 198 (207); außerdem erläuternd *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 283 ff.

¹⁰ Vgl. nur BVerfGE 92, 91 (109).

¹¹ BVerfGE 113, 1 (15).

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

a) Gemeinsamer Oberbegriff

Dies setzt zunächst die Bildung von Vergleichspaaren voraus.¹² Vergleichspaare zeichnen sich dadurch aus, dass sie unter einen gemeinsamen Oberbegriff subsumiert werden können.¹³ K begehrt die Aufnahme in den Fürstlichen Chor zu Trier nach § 4 Abs. 2 und 3 des FCG. Dabei kann K mit den Personen verglichen werden, die ebenfalls eine Aufnahme in den Chor begehren und das Aufnahmeverfahren durchlaufen. Es ist nicht bekannt, ob neben K im gleichen Zeitraum noch weitere Kinder die Aufnahme in den Chor begehrt haben. Das für das Aufnahmeverfahren erforderliche Vorsingen, hat K allein absolviert und ist damit nicht in unmittelbare Konkurrenz zu anderen getreten. Allerdings haben sich vor K bereits andere Personen um die Aufnahme in den Chor beworben und es werden sich aller Voraussicht nach auch noch Personen nach K um die Aufnahme in den Chor bewerben. Als Oberbegriff kann daher die Kategorie „Bewerber für die Aufnahme in den Chor“ gebildet werden.

b) Benachteiligung wegen des Geschlechts

K könnte gegenüber anderen Personen aus der Kategorie der „Bewerber für die Aufnahme in den Chor“ wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden sein. Dies ist der Fall, wenn die Entscheidung hinsichtlich der Nicht-Aufnahme der K an ihr Geschlecht anknüpft.

aa) Benachteiligung

K ist die Aufnahme in den Chor vorliegend versagt worden, darin liegt eine Benachteiligung. Eine Benachteiligung kann nicht deshalb verneint werden, weil K der Zutritt zur Mädchenkantorei offensteht. Diese lässt sich nach Anspruch, Niveau, Ausbildungsmöglichkeiten und Programm nicht mit dem Knabenchor vergleichen. Zudem begehrt K auch Aufnahme in den Knabenchor, so dass sie – bei einer diesbezüglichen Ungleichbehandlung gegenüber anderen Bewerbern – grundsätzlich nicht auf einen anderen Chor verwiesen werden könnte.

bb) Aufgrund des Geschlechts

Die Benachteiligung muss an das Geschlecht anknüpfen. Hierbei ist eine unmittelbare und eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts denkbar.¹⁴ Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts zeichnet sich dadurch aus, dass ein staatliches Handeln unmittelbar an das Geschlecht geknüpft wird. Eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt hingegen vor, wenn das Handeln scheinbar neutral ist, wohl aber typischerweise ein Geschlecht benachteiligt.¹⁵

Die Ablehnungsentscheidung selbst bezieht sich nicht auf das Geschlecht, sondern auf körperliche Merkmale der K, die typischerweise häufiger bei Mädchen als bei Jungen vorkommen. Hierin liegt somit eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts.

¹² Etwa *Sachs*, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl. 2017, S. 282 f.

¹³ *Heun*, in: *Dreier*, GG, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 24.

¹⁴ Verwendung finden auch die Begriffe direkte und indirekt/faktische Benachteiligung, vgl. etwa BVerfGE 113, 1 (20) sowie *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Kommentar, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 122.

¹⁵ Eine Legaldefinition enthalten etwa § 3 Abs. 2 AGG oder § 4 Abs. 2 LADG.

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

Hinweis: Ob und inwieweit eine mittelbare Diskriminierung auch von Art. 3 Abs. 3 GG umfasst ist, ist umstritten.¹⁶ Deshalb ist es auch vertretbar, hier eine Benachteiligung zu verneinen und am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG weiter zu prüfen.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Beschränkbarkeit des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG

Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG enthalten keinen Gesetzesvorbehalt. Allerdings lässt sich argumentieren, dass eine (mittelbare) Ungleichbehandlung aus Gründen des Geschlechts aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes nur durch den parlamentarischen Gesetzgeber vorgesehen werden kann;¹⁷ dieses Erfordernis ist hier angesichts der einschlägigen gesetzlichen Grundlage (Gesetz für den Fürstlichen Chor zu Trier) erfüllt.

Eine unmittelbare Ungleichbehandlung ist im Übrigen nur dann mit Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG vereinbar, wenn sie an biologische Unterschiede anknüpft¹⁸, der Gleichstellung i.S.d. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG dient oder durch anderes kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt ist.¹⁹ Die Rechtfertigung der vorliegenden mittelbaren Ungleichbehandlungen hingegen ist jedenfalls nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter erleichterten Bedingungen, das heißt auch mit Blick auf weitere legitime Zielsetzungen möglich.²⁰ Ferner muss die Benachteiligung verhältnismäßig im weiteren Sinne sein.

b) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage der Ungleichbehandlung

Für eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung müsste zunächst die Grundlage des staatlichen Handelns formell und materiell verfassungsmäßig sein. Rechtsgrundlage für die Ungleichbehandlung der K ist hier die Möglichkeit der freien Aufnahmeentscheidung nach § 4 Abs. 2 FCG.

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit des FCG

Von der formellen Verfassungsmäßigkeit des FCG kann laut Sachverhalt ausgegangen werden.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit des FCG

§ 4 FCG selbst enthält keine geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung, da „Kinder“ gleichermaßen Zugang zum Chor haben (§ 4 Abs. 1 FCG) und die Möglichkeit einer freien Aufnahmeentscheidung nach künstlerischen Kriterien (§ 4 Abs. 2 FCG) selbst keine Benachteiligung beinhaltet, sondern das Gleichheitsgebot achten kann.

c) Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts

Gleichheitsrechtlich problematisch ist hingegen die konkrete Ablehnungsentscheidung, nach der K nicht in den Chor aufgenommen wird. Zu prüfen ist, ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt

¹⁶ Vgl. nur Nußberger, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 248.

¹⁷ Vgl. Voßkuhle, JuS 2007, 118 (118 f.).

¹⁸ Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl. 2017, S. 326.

¹⁹ BVerfGE 92, 91 (109); Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl. 2017, S. 322.

²⁰ BVerfGE 113, 1 (20); 126, 29 (54).

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

werden kann. Sie müsste vor dem Hintergrund des zuvor skizzierten Prüfungsmaßstabs verhältnismäßig sein.

aa) Legitimes Ziel

Die Ungleichbehandlung dient dem Ziel, das traditionelle Klangbild eines Knabenchores zu erhalten. Fraglich ist, ob dies ein legitimes Ziel darstellt.

(1) Kunstfreiheit

In Betracht kommt zunächst die Verwirklichung der Kunstfreiheit des Chores nach Art. 5 Abs. 3 GG. Dies setzt allerdings voraus, dass der Chor sich als Anstalt des öffentlichen Rechts auf die Kunstfreiheit unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG berufen kann. Gem. Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

Die Kunstfreiheit kann ihrem Wesen nach auch von juristischen Personen in kollektivistischer Form ausgeübt werden und als solche befinden sie sich auch in derselben grundrechtstypischen Gefährdungslage wie private Chöre und andere künstlerische Einrichtungen bzw. die Grundrechte dem personalen Substrat des Chores schützen. Allerdings gilt, dass sich juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich grundrechtsgebunden und nicht grundrechtsberechtigt sind, sofern ihnen nicht durch das Grundgesetz erkennbar ein grundrechtlich geschützter Bereich zugewiesen ist (z.B. Universitäten, Kirchen, Rundfunkanstalten). Dies kann man auch für einen öffentlich-rechtlichen Chor bejahen.²¹ Denn der Chor wird durch die stimmliche Ausbildung von jungen Menschen und der Pflege einer regelmäßigen (öffentlichen) Aufführungspraxis (Wahl von Musik, Wahl von Veranstaltungsorten) selbst künstlerisch i.S.d. Art. 5 Abs. 3 GG tätig. In dieser Funktion muss der Chor – wie auch der Rundfunk oder die Universität – zu Wahrung der Kunstfreiheit vor staatlicher Einflussnahme geschützt werden. Wobei die Ausübung der Kunstfreiheit des Chors im Wesentlichen dem Chorleiter L obliegt, der sich zudem persönlich auf Art. 5 Abs. 3 GG berufen kann. Auch in sachlicher Hinsicht ist die Kunstfreiheit einschlägig. Was Kunst im Einzelnen ist, kann mit den drei etablierten Kunstbegriffen (offener, materieller und formeller Kunstbegriff) bestimmt werden.²² Bereits nach dem formalen Kunstbegriff liegt hier, aufgrund der Zuordnung des Chorgesangs zur Kunstgattung der Musik, Kunst in sachlicher Hinsicht vor. Tatsächlich ist dabei nicht nur der Auftritt des Chors in Form von Gesang und dem Dirigieren des L („Wirkbereich“), sondern auch die Auswahl, Ausbildung und Zusammenstellung der Chorsänger durch den L („Werkbereich“²³) von der Kunstfreiheit geschützt.²⁴

(2) Staatliche Kulturpflege

Im Übrigen könnte auch auf die staatliche Kulturpflege als legitimes Ziel in abgestellt werden.²⁵ Dieses Schutzgut dient „als objektive Wertentscheidung“ nicht etwa dem Erhalt einer nicht näher bestimmten „Tradition“, sondern der staatlichen Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern.²⁶ Zur Kulturpflege kann auch der Erhalt des Klangbilds eines Knabenchores gehören,

²¹ So auch VG Berlin, Urt. v. 16.8.2019 – 3 K 113.19.

²² Zum „Basiswissen“ Kunstfreiheit in der Klausur *Hufen*, JuS 2022, 897 (897 f.).

²³ Zu den Begriffen Werk- und Wirkbereich der Kunstfreiheit BVerfGE 119, 1 (21).

²⁴ Konkret in Bezug auf einen Knabenchor: VG Berlin, Urt. v. 16.8.2019 – 3 K 113.19, Rn. 56 (juris).

²⁵ Vgl. BVerfGE 36, 321 (331); normative Anknüpfungspunkt wäre auch hier am ehesten Art. 5 Abs. 3 GG sowie aus dem Landesverfassungsrecht etwa § 40 Abs. 1 RhPVerf.

²⁶ Vgl. BVerfGE 36, 321 (331); BVerwG, Beschl. v. 8.4.2022 – 6 B 17.21 = LKV 2022, 267 (268).

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

was nicht zuletzt auch die Anerkennung des Klangbilds eines vergleichbaren Chors aus Leipzig durch die UNESCO zeigt.

bb) Geeignetheit

Die Ablehnung müsste zum Erreichen des legitimen Zwecks auch geeignet sein. Die Geeignetheit liegt vor, wenn die Vorschrift den legitimen Zweck zumindest fördert. Durch die Ablehnung der K wird ein Chormitglied abgelehnt, das das klassische Klangbild des Knabenchores beeinträchtigen würde. Die Ablehnung ist daher geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Die Ablehnung müsste auch erforderlich gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn dem Chor kein gleich geeignetes, milderer Mittel zur Verfügung steht, um den legitimen Zweck zu erreichen. Als milderer Mittel könnte an die Einführung von *blind auditions* (also z.B. das Vorsingen hinter einem Vorhang) gedacht werden, weil diese die Gefahr einer unbewusst diskriminierenden Auswahlpraxis verringern. Allerdings spricht gegen die gleiche Eignung dieser *auditions*, dass die Stimmen dann zwangsläufig nur in gedämpfter Form hinter dem Vorhang oder einer dünnen Wand vernehmbar und damit der Auswahlprozess praktisch eingeschränkt wäre. Zudem könnte gegen *blind auditions* angeführt werden, dass es für eine erfolgreiche Mitwirkung im Chor neben der stimmlichen Leistung gerade auch auf die Mimik und einen optischen Gesamteindruck ankommt, die nur visuell wahrgenommen werden können. Auch die optische Homogenität eines Ensembles kann insoweit Ausdruck der Kunstfreiheit sein (a.A. vertretbar).

dd) Angemessenheit

Die Ablehnung müsste auch angemessen sein. Im Rahmen der Angemessenheit muss überprüft werden, ob der Einzelakt angesichts des verfolgten Zieles eine unangemessen harte Beeinträchtigung des speziellen Gleichheitsrechts nach Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG darstellt.

(1) Abstrakte Gewichtung der konfligierenden Güter

Das besondere Gleichheitsrecht aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG wird genauso vorbehaltlos gewährleistet, wie die Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG. Beiden Schutzgütern hat das GG mithin eine hohe Bedeutung zugeschrieben.²⁷ Es ist zunächst kein Grund dafür ersichtlich, dass eines der beiden Rechte tendenziell das andere überwiegt.²⁸ In systematischer Hinsicht könnte man lediglich darauf abstellen, dass das Verbot der Geschlechterdiskriminierung als einziges durch einen ausdrücklichen Schutzauftrag nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG flankiert wird.

(2) Konkrete Beeinträchtigung der Güter

K wurde das Mitsingen hier aufgrund geschlechtstypischer Merkmale verwehrt. Dabei handelt es sich um eine besonders gravierende Form der mittelbaren Ungleichbehandlung. Es besteht zudem für K keine adäquate Alternative zur gesanglichen Ausbildung im Fürstlichen Chor zu Trier. Insbesondere die Mädchenkantorei stellt aufgrund der nebenamtlichen Tätigkeit des dortigen Chorleiters und des eingeschränkten Repertoires und Konzerttätigkeit keinen vollwertigen Ersatz dar. Die Diskriminierungsfreiheit der K ist mithin mittelschwer bis schwer von der verweigerten Aufnahme betroffen.

²⁷ VG Berlin, Urt. v. 16.8.2019 – 3 K 113.19.

²⁸ BVerwG, Beschl. v. 8.4.2022 – 6 B 17.21 = LKV 2022, 267 (268).

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

Sofern man K in den Chor aufnehmen müsste, wäre die Kunstfreiheit (oder die staatliche Kulturpflege) zwar mit Blick auf K nur punktuell, aber potentiell sehr weitreichend beschränkt. Denn wenn geschlechtstypische Stimmeigenschaften nicht berücksichtigt werden können, dann würde das Klangbild des Chors irgendwann gänzlich verschwinden. Wie sich das Klangbild des Chors im Ideal darstellt und ob es dies in der jeweiligen Besetzung tut, ist eine von der künstlerischen Freiheit gedeckte Entscheidung des L für den Chor. Was Laien im Rahmen einer Straßenbefragung hören, ist, insoweit auch das Ergebnis des Gutachtens, für die Frage des Schutzes unerheblich (ansonsten *race to the bottom*). Kunstwerke zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie unabhängig von gesellschaftlichen Mehrheitsmeinungen in ihrem Bestand und ihrer Vermittlung vom Grundgesetz geschützt sind.²⁹ Auch die Kunstfreiheit des Chores ist vor diesem Hintergrund mittelschwer bis schwer betroffen.

(3) Abwägung

Sofern man den Ablehnungsbescheid gegenüber K zurücknehmen würde, dann würde im Chor ein Mädchen mitsingen, welches unmittelbar Einfluss auf das Klangbild des Chores hätte. L könnte dann den von ihm erstrebten Klangraum des Chores nicht erreichen. Der Klang des Chores besteht entweder oder er besteht nicht. Die Kunstfreiheit des Chores, vorrangig ausgeübt durch die Entscheidungen des Chorleiters L, würde in der Folge der Aufnahme vollständig leerlaufen.³⁰ K indes kann im Fall ihrer Ablehnung zwar nicht im Fürstlichen Chor zu Trier mitsingen und hätte in Trier auch keine andere vergleichbare Möglichkeit, eine höherwertige musikalische Ausbildung zu erhalten. Es ist ihr aber möglich, sich bei einem anderen (staatlichen) Chor zu bewerben und in einem dieser gemischten Chöre oder Mädchenchöre von der dortigen (staatlichen) Stimmbildung zu profitieren. Es ist weiter zu berücksichtigen, dass K das übliche Bewerbungsverfahren nach FCG durchlaufen hat und dass sie insbesondere die Möglichkeit eines Einzelsingens erhalten hat. Die Ablehnungsentscheidung wurde durch L ausführlich begründet. Auch der Zeitpunkt der Absage (zwei Wochen nach dem Vorsingen) lässt nicht erkennen, dass die Ablehnung der K eine auf Stereotypen beruhende, vorschnelle Entscheidung des L war. Kunst und Kultur sind im Übrigen stets traditionsbehaftet und damit potentiell in verschiedene Richtungen diskriminierend (so wird etwa der Octavian im *Rosenkavalier* von Richard Strauss heute noch regelmäßig, wie ursprünglich vorgesehen, von einem Mezzosopran und nicht von einem jungen Countertenor gesungen). Eine abweichende, beliebige Besetzung in der Musik würde zu einer gesichtslosen Gesellschaft führen. Die Abwägung muss hier deshalb zugunsten der Kunstfreiheit (oder der staatlichen Kulturpflege) ausfallen (a.A. gut vertretbar).

Im Ergebnis ist die Einzelfallanwendung der Eingriffsgrundlage angemessen und verhältnismäßig.

3. Zwischenergebnis zu Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG

K ist nicht in ihrem Grundrecht auf geschlechtsbezogene Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 GG verletzt.

III. Art. 3 Abs. 1 GG

Im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG ist ein Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht mehr angezeigt.

²⁹ Bethge, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 185.

³⁰ VG Berlin, Urt. v. 16.8.2019 – 3 K 113.19.

Moir: „Lasst mich mitsingen!“

IV. Zwischenergebnis zur Begründetheit

Die Grundrechte der K wurden von den Verwaltungsgerichten bei der Auslegung und Anwendung des FCG nicht verkannt. Die Verfassungsbeschwerde der K ist nicht begründet.

C. Gesamtergebnis

Die zulässige, aber unbegründete Verfassungsbeschwerde der K hat keinen Erfolg.

Schwerpunktbereichsklausur Einkommensteuerrecht: Bußgelder und Erpressung*

Ass. iur. Timon El-Sherif, Berlin**

Gegenstand der Klausur ist die Ermittlung des zu versteuernden Einkommens eines Ehepaars. Die Klausur enthält neben klassischen Themengebieten (Entfernungspauschale, Aufwendungen für Arbeitsmittel) die im Zuge der Corona-Pandemie neu eingeführte Homeoffice-Pauschale sowie zwei den meisten Studierenden eher unbekannte Probleme (Übernahme von Bußgeldern durch den Arbeitgeber, Zahlung von Erpressungsgeldern).

Sachverhalt

A und B sind verheiratet und leben in einer schönen Wohnung im Berliner Bezirk Tempelhof-Schöneberg. A ist seit 2010 bei der X-GmbH als Architekt angestellt. Hierfür erhielt er im Jahr 2022 ein Gehalt i.H.v. 100.000 € (brutto).

Im Jahr 2022 fuhr A an 200 Arbeitstagen mit seinem privaten Pkw zum Büro der X-GmbH in Berlin-Mitte, welches zehn Kilometer von der Wohnung in Tempelhof-Schöneberg entfernt ist. Ausweislich seines Arbeitsvertrages hat A grundsätzlich im Büro der X-GmbH zu arbeiten. Sein Arbeitgeber bietet jedoch auch die Möglichkeit, gelegentlich von zu Hause aus zu arbeiten. Da viele Prozesse der X-GmbH digitalisiert sind, nutzte A diese Gelegenheit und arbeitete an weiteren 30 Arbeitstagen im Jahr 2022 von zu Hause aus. Über ein eigenes Arbeitszimmer verfügt A dort nicht. Um jedoch besser im Homeoffice arbeiten zu können, kaufte und bezahlte A im Juni 2022 einen Schreibtisch zum Preis von 1.300 € sowie einen abschließbaren Aktenschrank zum Preis von 850 € (Preise jeweils brutto; die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer beider Gegenstände beträgt jeweils 13 Jahre). Schreibtisch und Aktenschrank wurden A am 25.10.2022 geliefert. A nutzte beide Gegenstände ausschließlich für berufliche Zwecke.

A ist zwar mit B verheiratet, lernte jedoch Anfang des Jahres 2022 F kennen. Beide fanden sich sehr sympathisch und hatten eine Affäre. Nach einigen Monaten beendete A allerdings das Verhältnis, da er ein schlechtes Gewissen wegen seiner Ehefrau bekam. F war von dieser Entscheidung nicht sonderlich begeistert. Sie verfasste daher ein Schreiben, in dem sie A drohte, seiner Ehefrau von der Affäre zu erzählen, wenn er ihr nicht 20.000 € zahlt. A zahlte das Geld im August 2022, da er keinen anderen Ausweg sah, um seine Ehe zu retten. Um die Erpressung gegenüber dem Finanzamt belegen zu können, bewahrte A das Schreiben der F auf sowie Kontoauszüge, aus denen sich ergibt, dass er das Geld an F gezahlt hat.

B ist angestellte LKW-Fahrerin bei der V-GmbH, einer international tätigen Spedition. Für diese Tätigkeit bezog B im Jahr 2022 ein Gehalt i.H.v. 60.000 € (brutto). Als LKW-Fahrerin hat B bestimmte Lenk- und Ruhezeiten einzuhalten. Die Überschreitung von Lenkzeiten und die Nichteinhaltung von Ruhezeiten ist bußgeldbewehrt. Es handelt sich hierbei um nicht lediglich geringfügige, sondern

* Die Klausur bildete den Hauptteil der Schwerpunktbereichsklausur im Allgemeinen Steuerrecht an der Freien Universität Berlin im Sommersemester 2022. Für die Veröffentlichung wurden Sachverhalt und Lösungsvorschlag an die Rechtslage im Veranlagungszeitraum 2022 angepasst.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Steuerrecht von Prof. Dr. Markus Heintzen an der Freien Universität Berlin.

erhebliche Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung, die in ihren Auswirkungen ernstzunehmenden Einfluss auf die Sicherheit aller Verkehrsteilnehmer haben (höhere Unfallgefahr durch Ermüdungserscheinungen und Unaufmerksamkeit der Fahrer). Die entsprechenden Bußgelder werden unmittelbar gegen die Fahrer verhängt. Auf der anderen Seite stehen die Interessen der V-GmbH. Die Kunden der V-GmbH sind Lebensmittelhersteller und -vertreiber, für die sie Lebensmittel zu Supermärkten transportiert, sowie Zulieferer für die Automobilindustrie. Diese Kunden sind auf eine pünktliche Lieferung angewiesen. Würden Lebensmittel bspw. nicht mehr eine bestimmte Anzahl von Tagen bis zum Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums aufweisen, können die Supermärkte deren Annahme verweigern. Werden Teile für die Automobilindustrie von dem Zulieferer zu spät angeliefert, kann dies zum Stillstand der gesamten Produktion führen. Um eine pünktliche Lieferung sicherzustellen, sehen die mit den Kunden abgeschlossenen Verträgen eine Vertragsstrafe der V-GmbH bei zu später Lieferung vor. Die V-GmbH hat ihre Angestellten auf diese Probleme hingewiesen und zugesagt, die Bußgelder bei Verstößen gegen die Lenk- und Ruhezeiten zu übernehmen. Gegen B wurden im Jahr 2022 Bußgelder i.H.v. insgesamt 5.000 € wegen Nichteinhaltung der Lenk- und Ruhezeiten verhängt. Diese hat die V-GmbH im Jahr 2022 für Rechnung der B an die zuständigen Behörden gezahlt.

Fallfrage

Ermitteln Sie das zu versteuernde Einkommen von A und B i.S.d. § 2 Abs. 5 S. 1 EstG im Veranlagungszeitraum 2022.

Bearbeitungsvermerk

Bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens ist davon auszugehen, dass A und B eine möglichst niedrige Steuerbelastung im Jahr 2022 wünschen. Auf § 7 Abs. 2 EstG ist nicht einzugehen. Die im Sachverhalt angegebene Entfernung entspricht der kürzesten Straßenverbindung.

Lösungsvorschlag

I. Persönliche Steuerpflicht und Veranlagung	584
II. Einkünfte des A	584
1. Bestimmung der Einkunftsart, § 2 Abs. 1 EstG	584
2. Bestimmung der Höhe der Einkünfte, § 2 Abs. 2 EstG	585
a) Einnahmen.....	585
b) Werbungskosten.....	585
aa) Fahrten zur Arbeit	585
bb) Homeoffice.....	586
cc) Schreibtisch und Aktenschrank.....	586
(1) Aktenschrank.....	587
(2) Schreibtisch	587
(3) Zwischenergebnis.....	587
3. Zwischenergebnis.....	587

III. Einkünfte der B	588
1. Bestimmung der Einkunftsart, § 2 Abs. 1 EStG	588
2. Bestimmung der Höhe der Einkünfte, § 2 Abs. 2 EStG	588
a) Einnahmen.....	588
aa) Jahresgehalt.....	588
bb) Übernahme der Bußgelder	588
b) Werbungskosten.....	590
aa) Bußgelder i.H.v. 5.000 €	590
bb) Arbeitnehmer-Pauschbetrag, § 9a S. 1 Nr. 1 lit. a EStG.....	590
c) Zwischenergebnis.....	590
IV. Summe und Gesamtbetrag der Einkünfte, § 2 Abs. 3 EStG	590
V. Einkommen, § 2 Abs. 4 EStG	591
1. Sonderausgaben, §§ 10–10g EStG	591
2. Außergewöhnliche Belastungen, §§ 33–33b EStG.....	591
3. Zwischenergebnis.....	592
VI. Zu versteuerndes Einkommen, § 2 Abs. 5 EStG	592

I. Persönliche Steuerpflicht und Veranlagung

A und B haben ihren Wohnsitz (vgl. § 8 AO) in Berlin und sind mithin gem. § 1 Abs. 1 S. 1 EStG unbeschränkt einkommensteuerverpflichtigt. Als Ehegatten können A und B zwischen der Einzel- und der Zusammenveranlagung wählen (§ 26 Abs. 1 S. 1 EStG). Da nicht ersichtlich ist, ob A und B eine Erklärung i.S.d. § 26 Abs. 2 EStG abgegeben haben, ist gem. § 26 Abs. 3 EStG eine Zusammenveranlagung durchzuführen. Die Einkünfte von A und B sind gem. § 26b EStG zunächst getrennt zu ermitteln und dann zusammenzurechnen. Für die anschließende Ermittlung des zu versteuernden Einkommens werden A und B gemeinsam als Steuerpflichtiger behandelt.¹

II. Einkünfte des A

1. Bestimmung der Einkunftsart, § 2 Abs. 1 EStG

Bei dem Beruf des Architekten handelt es sich zwar um einen Katalogberuf i.S.v. § 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG. Für die Annahme von Einkünften aus selbständiger Arbeit müssten jedoch zusätzlich die positiven Merkmale des § 15 Abs. 2 EStG vorliegen.² Hierzu gehört insbesondere die Selbständigkeit der Tätigkeit, d.h. das Tätigwerden auf eigene Rechnung und Gefahr.³ A ist bei der X-GmbH angestellt und erhielt hierfür im Jahr 2022 ein festes Gehalt i.H.v. 100.000 € (brutto). A wird somit nicht auf eigene Rechnung und Gefahr tätig. Vielmehr ist er in einem privaten Dienstverhältnis angestellt und

¹ Vgl. Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 25. Aufl. 2022, Rn. 635 ff. und 673 ff.

² Pfirmann, in: Kirchhof/Seer, EStG, Kommentar, 21. Aufl. 2022, § 18 Rn. 3.

³ Bode, in: Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Kommentar, 154. Lfg., Stand: Juli 2020, EStG § 15 Rn. 19.

bezieht aus diesem Arbeitslohn. Er ist mithin Arbeitnehmer im steuerrechtlichen Sinne (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 LStDV) und erzielt als solcher Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit gem. §§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 19 EStG.⁴

2. Bestimmung der Höhe der Einkünfte, § 2 Abs. 2 EStG

Die Höhe der Einkünfte ist gem. § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG durch Saldierung von Einnahmen und Werbungskosten zu ermitteln.

a) Einnahmen

Einnahmen sind gem. § 8 Abs. 1 S. 1 EStG alle Güter, die in Geld oder Geldeswert bestehen und dem Steuerpflichtigen im Rahmen einer der Einkunftsarten des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4–7 EStG zufließen.

A hat von der X-GmbH ein Gehalt i.H.v. 100.000 € für seine Tätigkeit als Architekt erhalten. Dieses ist brutto anzusetzen, da die abzuführende Lohnsteuer der Mittelverwendung zugerechnet wird (vgl. § 12 Nr. 3 EStG) und durch Anrechnung auf die Einkommensteuerschuld gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG berücksichtigt wird. Die Arbeitgeberanteile an den Beiträgen zur Sozialversicherung werden nicht als Gegenleistung „für die Beschäftigung“ erbracht, stellen also keine Einnahmen i.S.d. § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG dar; die Steuerbefreiung gem. § 3 Nr. 62 EStG ist lediglich deklaratorisch.⁵

Bei dem Jahresgehalt i.H.v. 100.000 € handelt es sich mithin um Einnahmen (§§ 8 Abs. 1 S. 1, 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG).

b) Werbungskosten

Werbungskosten sind gem. § 9 Abs. 1 S. 1 EStG Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Aus dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) und der Systematik des Einkommensteuerrechts ergibt sich, dass ebenso wie bei den Betriebsausgaben gem. § 4 Abs. 4 EStG auch bei den Werbungskosten eine (kausale) Veranlassung durch die Einnahmeerzielung genügt, Finalität ist trotz des Wortlauts („zur“) nicht erforderlich. Im beruflichen Bereich ist demnach erforderlich, dass die Aufwendungen nach Würdigung aller Umstände des Einzelfalls objektiv mit dem Beruf zusammenhängen und subjektiv zu dessen Förderung erbracht werden.⁶

aa) Fahrten zur Arbeit

A fuhr im Jahr 2022 an 200 Arbeitstagen mit seinem Pkw von der gemeinsam mit B bewohnten Wohnung zum Büro der X-GmbH in Berlin-Mitte. Nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 S. 1 EStG gehören zu den Werbungskosten auch Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte i.S.d. § 9 Abs. 4 EStG. Bei dem Büro der X-GmbH in Berlin-Mitte handelt es sich um eine ortsfeste betriebliche Einrichtung, welcher A ausweislich des Arbeitsvertrages dauerhaft zugeordnet ist, und mithin um eine erste Tätigkeitsstätte i.S.d. § 9 Abs. 4 EStG. A kann allerdings nicht die tatsächlichen Kosten für diese Fahrten geltend machen. Vielmehr sieht § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 S. 2 ff. EStG vor, dass zur Abgeltung dieser Aufwendungen für jeden Arbeitstag, an dem der Arbeitnehmer die erste Tätigkeitsstätte aufsucht, eine Entfernungspauschale für jeden vollen Kilometer der Entfer-

⁴ Vgl. Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 8.470.

⁵ BFH DS tR 2002, 2072.

⁶ BFH DS tR 2010, 1126 (1127); Schwarz, Steuer und Studium 2011, 459 (461).

nung zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte anzusetzen ist. Diese beträgt gem. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 S. 8 EStG in den Veranlagungszeiträumen 2021–2026 für die ersten 20 Entfernungskilometer 0,30 €. A fuhr im Jahr 2022 an 200 Tagen mit seinem privaten Pkw zu dem 10 Kilometer entfernten Büro der X-GmbH. Für die Fahrten zur Arbeit ergeben sich mithin Werbungskosten i.H.v. 600 € (200 x 10 x 0,30 €).

bb) Homeoffice

Des Weiteren arbeitete A an 30 Arbeitstagen im Jahr 2022 von zu Hause aus. Konkrete Aufwendungen hierfür sind zwar nicht ersichtlich. Allerdings gilt gem. § 9 Abs. 5 S. 1 EStG die Vorschrift des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6b S. 4 EStG sinngemäß. Liegt demnach kein häusliches Arbeitszimmer vor oder wird auf einen Abzug der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer verzichtet, kann der Steuerpflichtige für jeden Kalendertag, an dem er seine berufliche Tätigkeit ausschließlich in der häuslichen Wohnung ausübt und keine außerhalb der häuslichen Wohnung belegene Tätigkeitsstätte aufsucht, eine Werbungskosten-Pauschale von 5 € ansetzen – höchstens jedoch 600 € im Jahr (sog. Homeoffice-Pauschale).⁷ Ausweislich des Sachverhalts verfügt A über kein eigenes Arbeitszimmer und arbeitete im Jahr 2022 an 30 Tagen ausschließlich von zu Hause aus. A kann mithin 150 € als Werbungskosten ansetzen (§ 9 Abs. 5 S. 1 EStG i.V.m. § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6b S. 4 EStG). Da A ausweislich des Bearbeitungsvermerks eine möglichst niedrige Steuerbelastung im Jahr 2022 wünscht, wird er von der Homeoffice-Pauschale auch Gebrauch machen.

cc) Schreibtisch und Aktenschrank

Bei den Kosten für den Schreibtisch und Aktenschrank könnte es sich um Werbungskosten handeln. A kaufte Schreibtisch und Aktenschrank, um besser von zu Hause aus arbeiten zu können, und nutzte beide ausschließlich für berufliche Zwecke. Die Anschaffungskosten für Schreibtisch und Aktenschrank hängen demnach objektiv mit der Tätigkeit des A bei der X-GmbH zusammen und werden subjektiv zu deren Förderung erbracht. Es handelt sich um Werbungskosten in Form von Aufwendungen für Arbeitsmittel (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 S. 1 EStG).

Fraglich ist jedoch, ob A die Anschaffungskosten für Schreibtisch und Aktenschrank in voller Höhe im Jahr 2022 als Werbungskosten absetzen kann. Nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 S. 2 EStG i.V.m. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 EStG finden die Vorschriften über die Absetzung für Abnutzung (AfA) sowie die Sofortabschreibung nach § 6 Abs. 2 EStG bei der Anschaffung von Arbeitsmitteln Anwendung. Aufwendungen für Arbeitsmittel, die abnutzbar sind und deren Verwendung oder Nutzung sich erfahrungsgemäß auf einen Zeitraum von mehr als einem Jahr erstreckt, sind demnach grundsätzlich auf deren voraussichtliche Nutzungsdauer zu verteilen (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 EStG i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 1 EStG). Eine Ausnahme gilt für Arbeitsmittel, deren Anschaffungskosten 800 € netto (952 € brutto) nicht übersteigen, diese können unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 S. 1 EStG im Jahr der Anschaffung in voller Höhe als Werbungskosten angesetzt werden. Bei dieser sog. Sofortabschreibung handelt es sich um ein Wahlrecht des Steuerpflichtigen.⁸ A wünscht eine möglichst niedrige Steuerbelastung im Jahr 2022, sodass von der Sofortabschreibung Gebrauch zu machen ist, wenn deren Voraussetzungen vorliegen.

⁷ Siehe hierzu *Loschelder*, in: Schmidt, EStG, Kommentar, 41. Aufl. 2022, § 4 Rn. 600.

⁸ *Krüger*, in: Schmidt, EStG, Kommentar, 41. Aufl. 2022, § 9 Rn. 269, 275 f.; *Schindler*, in: Kirchhof/Seer, EStG, Kommentar, 21. Aufl. 2022, § 6 Rn. 187.

Hinweis: Für die Frage, ob die Höchstgrenze des § 6 Abs. 2 S. 1 EStG überschritten ist, ist stets von den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten abzüglich eines darin enthaltenen Vorsteuerbetrages (d.h. dem Nettowert) auszugehen. Dies gilt unabhängig davon, ob und inwieweit der Vorsteuerbetrag bei der Umsatzsteuer tatsächlich abgezogen werden kann.⁹

(1) Aktenschrank

Der Aktenschrank ist abnutzbar, beweglich und einer selbständigen Nutzung fähig. Seine Anschaffungskosten belaufen sich auf 850 € brutto, sodass die Voraussetzungen für eine Sofortabschreibung nach § 6 Abs. 2 S. 1 EStG im Jahr der Anschaffung vorliegen. Jahr der Anschaffung ist nach § 9a EStDV das Jahr der Lieferung (Erlangung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Wirtschaftsgut).¹⁰ Der Aktenschrank wurde A am 25.10.2022 geliefert. Mithin kann A die Anschaffungskosten des Aktenschanks i.H.v. 850 € (brutto) im Jahr 2022 in voller Höhe als Werbungskosten absetzen (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nrn. 6, 7 S. 2 EStG i.V.m. § 6 Abs. 2 S. 1 EStG).

(2) Schreibtisch

Die Anschaffungskosten des Schreibtischs übersteigen hingegen die Wertgrenze des § 6 Abs. 2 S. 1 EStG. Beim Schreibtisch handelt es sich um ein abnutzbares Wirtschaftsgut, dessen Nutzung sich auf einem Zeitraum von mehr als einem Jahr erstreckt. Die Aufwendungen sind mithin nicht sofort abzugsfähig, sondern gem. § 9 Abs. 1 S. 3 Nrn. 6, 7 S. 1 EStG i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 1 EStG auf die voraussichtliche Nutzungsdauer zu verteilen. Die Anschaffungskosten des Schreibtischs betragen 1.300 €. Die voraussichtliche Nutzungsdauer beträgt 13 Jahre (siehe § 7 Abs. 1 S. 2 EStG), sodass sich der jährliche Absetzungsbetrag auf 100 € (1.300 €/13) beläuft.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Schreibtisch erst im Laufe des Jahres 2022 angeschafft wurde. Im Jahr des Beginns der AfA wird diese nur zeitanteilig gewährt.¹¹ Nach § 7 Abs. 1 S. 4 EStG vermindert sich der Absetzungsbetrag im Jahr der Anschaffung um jeweils $\frac{1}{12}$ für jeden vollen Monat, der dem Monat der Anschaffung vorangeht. Die Anschaffung des Schreibtischs erfolgte am 25.10.2022 (§ 9a EStDV), sodass dem Monat der Anschaffung neun volle Monate vorangehen. Der im Jahr 2022 im Wege der AfA als Werbungskosten absetzbare Betrag beläuft sich demnach auf 25 € (100 € x $[\frac{9}{12}]$).

(3) Zwischenergebnis

Für Schreibtisch und Aktenschrank kann A im Jahr 2022 Werbungskosten i.H.v. insgesamt 875 € (850 € + 25 €) geltend machen.

3. Zwischenergebnis

A erzielte Einnahmen aus nichtselbständiger Tätigkeit i.H.v. 100.000 €. Demgegenüber stehen Werbungskosten i.H.v. 1.625 € (600 € + 150 € + 875 €). Die tatsächlichen Werbungskosten übersteigen den Arbeitnehmer-Pauschbetrag des § 9a S. 1 Nr. 1 lit. a EStG und sind somit anzusetzen. Mithin erzielte A im Jahr 2022 Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit i.H.v. 98.375 € (100.000 € ./ 1.625 €).

⁹ BFH HFR 1971, 259 (260); BFH DB 1975, 722.

¹⁰ Pfirrmann, in: Kirchhof/Seer, EStG, Kommentar, 21. Aufl. 2022, § 7 Rn. 29.

¹¹ Brandis, in: Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Kommentar, 163. Lfg., Stand: August 2022, EStG § 7 Rn. 308.

III. Einkünfte der B

1. Bestimmung der Einkunftsart, § 2 Abs. 1 EStG

B ist bei der V-GmbH als LKW-Fahrerin angestellt und erhielt dafür im Jahr 2022 ein festes Gehalt i.H.v. 60.000 € (brutto). B ist somit in einem privaten Dienstverhältnis angestellt und bezieht aus diesem Arbeitslohn. Mithin ist B Arbeitnehmerin im steuerrechtlichen Sinne und erzielt als solche Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit gem. §§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 19 EStG.¹²

2. Bestimmung der Höhe der Einkünfte, § 2 Abs. 2 EStG

Die Höhe der Einkünfte ermittelt sich als Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten (§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG).

a) Einnahmen

aa) Jahresgehalt

Zu den Einnahmen der B aus nichtselbständiger Tätigkeit gehört ihr Jahresgehalt i.H.v. 60.000 €. Dieses ist brutto anzusetzen.¹³

bb) Übernahme der Bußgelder

Zu den Einnahmen der B könnten auch die von der V-GmbH übernommenen Bußgelder i.H.v. 5.000 € zählen (§§ 8 Abs. 1 S. 1, 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG).

Nach § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG gehören Bezüge und Vorteile, die für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst gewährt werden, zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit. Dem Tatbestandsmerkmal „für“ ist zu entnehmen, dass ein dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zugewendeter Vorteil Entlohnungscharakter für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft haben muss, um als Arbeitslohn angesehen zu werden. Dagegen sind solche Vorteile kein Arbeitslohn, die sich bei objektiver Würdigung aller Umstände nicht als Entlohnung, sondern lediglich als notwendige Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzung erweisen. Vorteile besitzen danach keinen Arbeitslohncharakter, wenn sie im ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers gewährt werden.¹⁴ Ob ein Vorteil sich als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der individuellen Arbeitskraft des Arbeitnehmers darstellt oder im ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers gewährt wird, beurteilt sich anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls. Maßgeblich für die Gesamtwürdigung sind insbesondere Anlass, Art und Höhe des Vorteils, Auswahl der Begünstigten, freie oder nur gebundene Verfügbarkeit, Freiwilligkeit oder Zwang zur Annahme des Vorteils und seine besondere Geeignetheit für den jeweils verfolgten betrieblichen Zweck. Tritt das Interesse des Arbeitnehmers gegenüber dem des Arbeitgebers in den Hintergrund, kann eine Lohnzuwendung zu verneinen sein. Ist aber – neben dem eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers – ein nicht unerhebliches Interesse des Arbeitnehmers gegeben, so liegt die Vorteils-

¹² Vgl. Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 8.470.

¹³ Siehe dazu oben unter II. 2. a).

¹⁴ Geserich, in: Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Kommentar, 158. Lfg., Stand: August 2021, EStG § 19 Rn. 200.

gewährung nicht im ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers und führt zur Lohnzuwendung.¹⁵

Dafür, dass die Übernahme der Bußgelder im ganz überwiegenden eigenbetrieblichen Interesse der V-GmbH (Arbeitgeberin) liegt, spricht, dass die V-GmbH ein erhebliches Interesse an einer pünktlichen Lieferung ihrer Waren hat. Erfolgt die Lieferung zu spät, drohen der V-GmbH Vertragsstrafen sowie eine Zurückweisung der Waren. Auch weitergehende Schadensersatzansprüche sind nicht auszuschließen. Zudem muss die V-GmbH befürchten, dass ihre Kunden im Falle häufig auftretender Verspätungen ggf. einen anderen Lieferanten als Vertragspartner suchen. Das Interesse an Verstößen gegen die Lenk- und Ruhezeiten, um eine pünktliche Lieferung zu gewährleisten, liegt somit auf den ersten Blick bei der V-GmbH. Für ein ganz überwiegend eigenbetriebliches Interesse des Arbeitgebers spricht zudem, dass die V-GmbH die Bußgelder bei Verstößen gegen die Lenk- und Ruhezeiten bei allen ihren angestellten Lkw-Fahrern übernimmt und nicht nur bei B.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Überschreitung von Lenkzeiten und die Nichteinhaltung von Ruhezeiten gegen die Rechtsordnung verstößt. Das wohlverstandene eigenbetriebliche Interesse des Arbeitgebers muss darauf gerichtet sein, die betrieblichen Abläufe so auszurichten, dass er seine vertraglichen Verpflichtungen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen erfüllen kann. Ein rechtswidriges Tun kann keine beachtliche Grundlage einer betriebsfunktionalen Zielsetzung sein¹⁶. Dies gilt umso mehr, da es sich bei den hier vorliegenden Verstößen nicht nur um geringfügige, sondern erhebliche Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung handelt, die in ihren Auswirkungen ernstzunehmenden Einfluss auf die Sicherheit aller Verkehrsteilnehmer haben. Gegen ein ganz überwiegend eigenbetriebliches Interesse der V-GmbH spricht weiterhin, dass Anlass der Zahlung ein individuelles Fehlverhalten einer einzelnen Lkw-Fahrerin ist. B selbst hat entschieden, gegen die gesetzlich vorgesehenen Lenk- und Ruhezeiten zu verstoßen. Zudem wurde das Bußgeld unmittelbar gegen B verhängt. Diese ist Schuldnerin des Bußgeldes. Hätte die V-GmbH das Bußgeld nicht für Rechnung der B bezahlt, hätte B dieses selbst an die zuständigen Behörden zahlen müssen. Dies sowie die Höhe des Bußgeldes von 5.000 €, was einem Brutto-Monatsgehalt der B entspricht, sprechen dafür, dass B zumindest ein nicht unerhebliches Interesse an der Zahlung des Bußgeldes durch ihre Arbeitgeberin hat. Ein solches reicht bereits aus, um ein ganz überwiegend eigenbetriebliches Interesse der V-GmbH zu verneinen.

Die maßgebliche Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls ergibt demnach, dass die Übernahme der Bußgelder nicht im ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse der V-GmbH erfolgte, sondern sich als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der individuellen Arbeitskraft der B darstellt. Mithin stellen die übernommenen Bußgelder i.H.v. 5.000 € Einnahmen aus nicht-selbständiger Arbeit dar.¹⁷

Hinweis: A.A. sehr gut vertretbar. Siehe hierzu bspw. BFH DStR 2005, 417 sowie *Fellmeth*, FR 2012, 1064. In der diesem Problem zugrundeliegenden Entscheidung (BFH DStR 2014, 136) distanziert sich der VI. Senat des BFH ausdrücklich von seiner noch im Urteil von 2004 vertretenen Auffassung und vertritt nunmehr, dass ein rechtswidriges Tun keine beachtliche Grundlage einer betriebsfunktionalen Zielsetzung sein kann. Diese Auffassung hat derselbe Senat des BFH in einem jüngeren Urteil aus-

¹⁵ BFH DStR 2008, 2310 (2311) m.w.N.

¹⁶ BFH DStR 2014, 136 (137); BFH DStR 2020, 2417 (2420).

¹⁷ Vgl. BFH DStR 2014, 136; *Geserich*, in: Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Kommentar, 158. Lfg., Stand: August 2021, EStG § 19 Rn. 206; *Eisgruber*, in: Kirchhof/Seer, EStG, Kommentar, 21. Aufl. 2022, § 19 Rn. 66, 78.

drücklich bestätigt (BFH DStR 2020, 2417). Gerade vor dem Hintergrund der Wertneutralität des Steuerrechts (§ 40 AO) kann man dies aber durchaus kritisch sehen.

b) Werbungskosten

aa) Bußgelder i.H.v. 5.000 €

Die gegen B verhängten Bußgelder i.H.v. 5.000 € könnten Werbungskosten darstellen. Voraussetzung für das Vorliegen von Werbungskosten sind zunächst eigene Aufwendungen des Steuerpflichtigen. Die eigenen Aufwendungen des Steuerpflichtigen sind vom sog. Drittaufwand abzugrenzen. Maßstab hierfür ist das sog. Kostentragungsprinzip: Der Steuerpflichtige hat nur dann eigene und von ihm absetzbare Aufwendungen, wenn und soweit er sie wirtschaftlich getragen hat.¹⁸ Aufwendungen eines Dritten sind dem Steuerpflichtigen als eigene Aufwendungen zuzurechnen, wenn es sich um eine sog. Abkürzung des Zahlungswegs handelt (Ausdruck des Zuwendungsgedankens).¹⁹ Eine solche liegt vor, wenn der Dritte im Einvernehmen mit dem Steuerpflichtigen dessen Schuld tilgt (vgl. § 267 Abs. 1 BGB).²⁰ Die V-GmbH hat die Bußgelder im Einvernehmen mit B an die zuständigen Behörden gezahlt und so die Schulden der B getilgt. Der B zurechenbare Aufwendungen liegen somit vor. Weitere Voraussetzung für das Vorliegen von Werbungskosten ist, dass die Aufwendungen beruflich veranlasst sind.²¹ Die Festsetzung der Bußgelder beruht auf einem beruflichen Fehlverhalten der B. Die Aufwendungen sind somit beruflich veranlasst und stellen mithin Werbungskosten i.S.v. § 9 Abs. 1 S. 1 EStG dar.²² Allerdings sind Bußgelder gem. § 9 Abs. 5 S. 1 EStG i.V.m. § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 1 EStG vom Werbungskostenabzug ausgeschlossen. Mithin kann B die gegen sie verhängten Bußgelder nicht als Werbungskosten absetzen.²³

bb) Arbeitnehmer-Pauschbetrag, § 9a S. 1 Nr. 1 lit. a EStG

Andere Werbungskosten sind nicht ersichtlich. Es ist mithin der Arbeitnehmer-Pauschbetrag i.H.v. 1.200 € anzusetzen (§ 9a S. 1 Nr. 1 lit. a EStG).

c) Zwischenergebnis

B erzielte im Jahr 2022 Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit i.H.v. 63.800 € (60.000 € + 5.000 € ./- 1.200 €).

IV. Summe und Gesamtbetrag der Einkünfte, § 2 Abs. 3 EStG

Nach § 26b EStG sind die Einkünfte der Ehegatten zusammenzurechnen. Die Summe der Einkünfte von A und B im Jahr 2022 beträgt 162.175 € (98.375 € + 63.800 €), was zugleich auch dem Gesamtbetrag der Einkünfte i.S.d. § 2 Abs. 3 EStG entspricht.

¹⁸ Vgl. Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 8.223.

¹⁹ Kreft, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG – KStG, Kommentar, 300. Lfg., Stand: Oktober 2020, EStG § 9 Rn. 43; Vgl. Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rn. 8.224 f.

²⁰ v. Bornhaupt, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommenssteuergesetz, Kommentar, 133. Lfg., Stand: Juli 2003, § 9 Rn. B 50 f.

²¹ Siehe dazu oben unter II. 2. b).

²² Vgl. Bode, in: Kirchhof/Seer, EStG, Kommentar, 21. Aufl. 2022, § 4 Rn. 222; Spilker, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommenssteuergesetz, Kommentar, 317. Lfg., Stand: September 2021, § 4 Rn. 13.

²³ Vgl. Körper, SteuK 2014, 331 (333).

V. Einkommen, § 2 Abs. 4 EStG

Zur Ermittlung des Einkommens sind vom Gesamtbetrag der Einkünfte insbesondere Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen abzuziehen (§ 2 Abs. 4 EStG).

1. Sonderausgaben, §§ 10–10g EStG

Sonderausgaben sind nicht ersichtlich. Es kommt somit lediglich ein Ansatz des Sonderausgaben-Pauschbetrags in Betracht. Dieser beträgt bei Ehegatten 72 € (§ 10c S. 1, 2 EStG).

2. Außergewöhnliche Belastungen, §§ 33–33b EStG

Bei dem an F gezahlten Erpressungsgeld i.H.v. 20.000 € könnte es sich um eine außergewöhnliche Belastung i.S.v. § 33 Abs. 1 EStG handeln.

Nach § 33 Abs. 1 EStG liegt eine außergewöhnliche Belastung vor, wenn einem Steuerpflichtigen zwangsläufig größere Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstandes erwachsen. In diesen Fällen wird die Einkommensteuer auf Antrag des Steuerpflichtigen dadurch ermäßigt, dass der Teil der Aufwendungen, der die dem Steuerpflichtigen zumutbare Belastung (§ 33 Abs. 3 EStG) übersteigt, vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen wird.

Es müssten demnach zunächst Aufwendungen vorliegen. Aufwendungen sind bewusste und gewollte Vermögensverwendungen. A zahlte die 20.000 € bewusst und – trotz äußeren Zwangs aufgrund der Erpressung – willentlich an F. Es liegen mithin Aufwendungen vor.²⁴ Für den Abzug der Aufwendungen gilt das Abflussprinzip des § 11 Abs. 2 EStG. A zahlte F das Geld im August 2022. Die 20.000 € sind mithin zeitlich im Jahr 2022 zu berücksichtigen.

Nach § 33 Abs. 2 S. 2 EStG können Aufwendungen, die ihrer Natur nach Betriebsausgaben, Werbungskosten oder Sonderausgaben sind, nicht als außergewöhnliche Belastung abgezogen werden. Die Zahlung des Erpressungsgeldes ist weder betrieblich noch beruflich veranlasst noch ist ein Sonderausgabentatbestand i.S.d. §§ 10 ff. EStG ersichtlich. Mithin ist ein Abzug der Aufwendungen nicht nach § 33 Abs. 2 S. 2 EStG ausgeschlossen.

Des Weiteren müssten die Aufwendungen A zwangsläufig erwachsen sein. Aufwendungen erwachsen dem Steuerpflichtigen zwangsläufig, wenn er sich ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann und soweit die Aufwendungen den Umständen nach notwendig sind und einen angemessenen Betrag nicht übersteigen (§ 33 Abs. 2 S. 1 EStG). Die Aufwendungen müssen mithin dem Grunde und der Höhe nach zwangsläufig sein.

Dem Grunde nach sind Aufwendungen zwangsläufig, wenn der Steuerpflichtige sich ihnen aus den in § 33 Abs. 2 S. 1 EStG genannten Gründen nicht entziehen kann. Entscheidend ist hierbei, ob das Ereignis, welches die Aufwendungen auslöst, für den Steuerpflichtigen zwangsläufig war.²⁵ Dabei ist nicht darauf abzustellen, ob sich der Steuerpflichtige subjektiv zu dieser Handlung verpflichtet fühlte. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Gründe der Zwangsläufigkeit von außen derart auf die Entscheidung einwirken, dass der Steuerpflichtige ihnen nach einem objektiven Maßstab nicht ausweichen kann. An der Zwangsläufigkeit fehlt es hingegen, wenn sich der Steuerpflichtige bewusst und auf Grund freier Entscheidung in eine bestimmte Situation begeben hat und damit die maßgebliche

²⁴ Auch Ausgaben unter Zwang sind Aufwendungen. Siehe hierzu *Mellinghoff*, in: Kirchhof/Seer, EStG, Kommentar, 21. Aufl. 2022, § 33 Rn. 6.

²⁵ *Baldauf*, in: Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Kommentar, 163. Lfg., Stand: August 2022, EStG § 33 Rn. 89.

Ursache für die geltend gemachten Aufwendungen selbst gesetzt hat.²⁶ Für Erpressungsgelder folgt daraus: Hat sich der Steuerpflichtige strafbar, sonst sozialwidrig verhalten oder gegen die von ihm selbst oder von ihm nahestehenden Personen für verbindlich anerkannten Verhaltensmaximen verstoßen und somit selbst und ohne Zwang einen Erpressungsgrund geschaffen, fehlt es (regelmäßig) an der Zwangsläufigkeit.²⁷

A hat sich auf die Affäre mit F aus freien Stücken eingelassen. Unabhängig von der Frage, ob es sich hierbei um ein sozialwidriges Verhalten handelt, hat A zumindest gegen die in einer Ehe üblicherweise als verbindlich anerkannten Verhaltensregeln verstoßen. Auch wenn er nicht damit rechnen musste, deswegen erpresst zu werden, hat er doch den Anlass für eine mögliche Erpressung selbst gesetzt. Die Aufwendungen zur Verbergung der Affäre erwachsen A demnach nicht zwangsläufig.

Mithin liegt in der Zahlung des Erpressungsgeldes keine außergewöhnliche Belastung i.S.d. § 33 Abs. 1 EStG.

Hinweis: Bearbeiter können auch argumentieren, dass A anstelle der Zahlung des Erpressungsgeldes andere zumutbare Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung standen und die Zwangsläufigkeit dem Grunde nach deswegen fehlt. A hätte bspw. Anzeige gegen die Erpresserin erstatten oder seiner Frau die Affäre gestehen können.²⁸ Entscheidender als die Frage nach zumutbaren Handlungsmöglichkeiten dürfte jedoch sein, das A den Erpressungsgrund selbst geschaffen hat.²⁹

3. Zwischenergebnis

Das Einkommen von A und B i.S.d. § 2 Abs. 4 EStG beträgt 162.103 € (162.175 € ./ 72 €).

VI. Zu versteuerndes Einkommen, § 2 Abs. 5 EStG

Mangels in Betracht kommender weiterer Abzugsmöglichkeiten entspricht das zu versteuernde Einkommen dem Einkommen. Mithin beträgt das zu versteuernde Einkommen von A und B i.S.d. § 2 Abs. 5 S. 1 EStG im Veranlagungszeitraum 2022 162.103 €.

²⁶ Loschelder, in: Schmidt, EStG, Kommentar, 41. Aufl. 2022, § 33 Rn. 27.

²⁷ BFH DStRE 2004, 631 (632).

²⁸ Vgl. BFH DStRE 2004, 631 (632).

²⁹ Vgl. BFH DStRE 2004, 631 (632); Baldauf, in: Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Kommentar, 163. Lfg., Stand: August 2022, EStG § 33 Rn. 281.

Fortgeschrittenenklausur: Kontaktloses Bezahlen

PD Dr. Boris Burghardt, Marburg, Stud. Hilfskraft Ricarda Bardowicks, Göttingen*

Der Fall wurde im Sommersemester 2022 im Rahmen der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene an der Georg-August-Universität Göttingen als dreistündige Klausur gestellt. Im Zentrum steht die strafrechtliche Bewertung der Vornahme eines elektronischen Zahlungsvorgangs ohne Eingabe einer persönlichen Identifikationsnummer (PIN) mittels einer fremden EC-Karte. Von 145 Studierenden haben 36 % die Klausur nicht bestanden. Der Notendurchschnitt lag bei 4,7 Punkten.

Sachverhalt

V ist mit seinem zweijährigen Sohn S auf dem Kinderspielplatz im Göttinger Cheltenham-Park. Da er sich in einem angeregten Gespräch mit F, einer befreundeten Mutter, befindet, bemerkt er nicht, dass S das Portemonnaie seines Vaters aus dessen Beutel geangelt und damit begonnen hat, sämtliche Karten und Ausweise zunächst aus- und sodann wieder in das Portemonnaie einzuräumen. Dabei vergisst S leider eine auf den Namen seines Vaters ausgestellte EC-Karte der Sparkasse Göttingen, die unter der Bank, auf der V und F sitzen, verbleibt, als die Gruppe kurz darauf den Spielplatz verlässt. Erst knapp drei Stunden später bemerkt V den Verlust der Karte und veranlasst daraufhin umgehend eine Kontosperrung.

In der Zwischenzeit hat A die Karte gefunden und eingesteckt, um sie in der nächsten Sparkassenfiliale abzugeben. Als er in der Innenstadt ankommt, überlegt er es sich anders und beschließt, die Karte vor der Rückgabe noch im Rahmen eines kurzen Abstechers in den nahegelegenen Supermarkt der R-GmbH dazu zu nutzen, sich einen kleinen „Finderlohn“ zu gönnen. Angesichts der Möglichkeit, mit der Karte „kontaktlos“ zu bezahlen, sei das doch eine Sache von Sekunden.

A begibt sich also in den Supermarkt und sucht dort einige Lebensmittel und Getränke im Wert von insgesamt 32,76 € zusammen. Dem an der Kasse tätigen K sagt A, dass er die Waren „mit Karte“ zahlen möchte. Sodann hält er die im Park gefundene Karte des V an das von K aktivierte Kartenlesegerät. Wie von ihm erhofft, kann er dadurch den Zahlungsvorgang abschließen, ohne eine persönliche Identifikationsnummer (PIN) eingeben zu müssen. Vielmehr zeigt das Kartenlesegerät nach einigen Sekunden schlicht „Zahlung erfolgt“ an.

Dabei funktioniert dieser Zahlungsvorgang vereinfacht wie folgt:¹ Die EC-Karte ist mit einem NFC-/Near Field Communication-Chip ausgestattet. Als A die Karte in unmittelbare Nähe des aktivierten Kartenlesegeräts hält, überträgt dieser Chip Kartenummer und Gültigkeitsdatum der Karte an das Kartenlesegerät. Dort wird mit diesen Daten sowie mit den Kontodaten der R-GmbH als Zahlungsempfängerin eine Anfrage zur Autorisierung einer Zahlung in Höhe des Rechnungsbetrages an das Zahlungssystem der Sparkasse Göttingen gesendet. Das Zahlungssystem prüft sodann, ob die eingesetzte EC-Karte gesperrt ist und ob der Verfügungsrahmen des Kontos noch nicht ausgeschöpft

* PD Dr. Boris Burghardt vertritt derzeit eine Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Philipps-Universität Marburg. Ricarda Bardowicks ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Uwe Murmann) an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Vgl. auch die Erläuterungen bei Christoph/Dorn-Haag, NStZ 2020, 697 f.

ist. Weiterhin wird geprüft, ob die Voraussetzungen für den Verzicht auf die Eingabe der PIN vorliegen. Das ist der Fall, wenn der Zahlungsbetrag 50 € nicht überschreitet. Zudem dürfen seit der letzten PIN-Eingabe nicht mehr als fünf Zahlungsvorgänge ohne eine solche Authentifizierung vorgenommen worden sein und deren Gesamtvolumen darf 150,- € nicht überstiegen haben.

In zivilrechtlicher Hinsicht² erwirbt die R-GmbH durch die Autorisierung des Zahlungsvorgangs unabhängig von der Berechtigung des tatsächlichen Kartennutzers eine einredefreie Forderung in der Höhe des Rechnungsbetrages gegen die kartenausstellende Sparkasse. Anders wäre es nur dann, wenn K als die für die R-GmbH handelnde natürliche Person positive Kenntnis hätte, dass der Zahlungsvorgang durch eine dazu nichtberechtigte Person vorgenommen wurde. Zugleich werden durch die Autorisierung, die im Zahlungssystem der Sparkasse gespeicherten Datensätze aktualisiert, d.h. der Datensatz zum Zahlungsvorgang im Supermarkt der R-GmbH wird gespeichert, der verfügbare Betrag bis zum Erreichen des Verfügungsrahmens wird angepasst, und es werden die Daten aktualisiert, die erforderlich sind, um zu überprüfen, ob beim nächsten Zahlungsvorgang die Voraussetzungen eines Verzichts auf die PIN-Eingabe erneut vorliegen.

Im Verhältnis zwischen der Sparkasse und V als dem berechtigten Karteninhaber wird auf dem Konto des V zwar zunächst eine Belastung in Höhe des Rechnungsbetrages vermerkt. Als V einige Tage später die Buchung entdeckt und gegenüber der Sparkasse geltend macht, der Zahlungsvorgang sei nicht von ihm vorgenommen worden, schreibt die Bank V aber entsprechend den gesetzlichen Regelungen zur Risikotragung eines Kartenmissbrauchs durch Dritte (vgl. §§ 675u, 675v BGB) den Betrag wieder gut, so dass letztlich sie den Schaden i.H.v. 32,76 € trägt.

A verlässt nach dem Zahlungsvorgang mit den Waren den Supermarkt. Sodann wirft er die EC-Karte wie geplant in den Briefkasten des nächstgelegenen SB-Centers der Sparkasse. Wie die elektronische Zahlung mit einer EC-Karte ohne PIN-Eingabe im Einzelnen funktioniert und welche zivilrechtlichen Regeln insofern gelten, weiß A nicht. Ihm ist aber bewusst, dass dabei Daten übertragen und gespeichert werden und niemand einfach fremde EC-Karte nutzen darf.

Aufgabe

Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht? Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Übergreifende Hinweise

Es handelt sich um einen Fall von überdurchschnittlicher Schwierigkeit. Es sind zwar nicht viele Tatbestände zu prüfen. Auch weist die Gliederung des Gutachtens keine Probleme auf. Die zu prüfenden Tatbestände sind aber ohne Ausnahme unübersichtlich, schwierig und bei Studierenden erfahrungsgemäß unbeliebt. Es bedarf zudem sowohl einer sorgfältigen Erfassung des technischen Ablaufs des sog. „kontaktlosen“ Zahlungsvorgangs wie auch der zivilrechtlichen Hintergründe. Zwar teilt der Sachverhalt die für die strafrechtliche Bewertung relevanten Details explizit mit. Erwartungsgemäß taten sich aber viele Studierenden sehr schwer damit, diese Informationen an der Stelle zu berücksichtigen, an der sie rechtlich bedeutsam sind. Im Falle der Fälschung beweiserheblicher Daten gem. § 269 StGB und der Datenveränderung gem. § 303a StGB dürfte es sich für viele Studierende überdies um gänzlich unbekannte Normen handeln. In vielen Bearbeitungen wurden diese Tatbestände schlicht übersehen. Auch für eine weit überdurchschnittliche Bewertung wurde nicht erwartet, dass die Ar-

² Siehe dazu Göhler, JR 2021, 6 (8) m.w.N.

gumentation zu den einzelnen Fragen auch nur annähernd die Ausführlichkeit der Lösungshinweise erreichte.

In der Rechtsprechung liegt zu der Fallkonstellation der missbräuchlichen Vornahme eines kontaktlosen Zahlungsvorgangs ohne PIN-Eingabe mit fremder EC-Karte eine Entscheidung des OLG Hamm (OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20 = NStZ 2020, 673 ff.) vor, die vielfach besprochen worden ist und Eingang in die gängigen Lehrbücher sowie die Ausbildungszeitschriften gefunden hat. Allerdings bleiben die Ausführungen vielfach ungenau. Zudem lässt sich hinsichtlich sämtlicher Tatbestände Kritik an der Begründung, zum Teil auch an dem Ergebnis der Entscheidung anbringen. Selbst wenn die Entscheidung des OLG Hamm einzelnen Studierenden bekannt ist, bleibt daher erheblicher Bedarf und Spielraum für eigene Überlegungen.

Bei einer dreistündigen Bearbeitungszeit sollte jedenfalls hinreichend Zeit bleiben, zumindest zum Betrug, zum Computerbetrug und zur Urkundenunterdrückung in Form der Datenunterdrückung sorgfältig Stellung zu nehmen und ausführlicher zu argumentieren. Die Prüfung der Strafbarkeit gem. § 269 Abs. 1 StGB sowie gem. § 303a Abs. 1 StGB ist eher als Bonus zu betrachten.

Lösungsvorschlag

Strafbarkeit des A.....	597
A. Erster Handlungsabschnitt: Das Einstecken der EC-Karte	597
I. Diebstahl der EC-Karte gem. § 242 Abs. 1 StGB	597
1. Tatbestandsmäßigkeit	597
2. Ergebnis	597
II. Unterschlagung der EC-Karte gem. § 246 Abs. 1 StGB	597
III. Ergebnis zum ersten Handlungsabschnitt	598
B. Zweiter Handlungsabschnitt: Im Supermarkt	598
I. Betrug ggü. K zu Lasten der R-GmbH gem. § 263 Abs. 1 StGB	598
1. Tatbestandsmäßigkeit	598
a) Objektiver Tatbestand.....	598
aa) Täuschung.....	598
bb) Irrtum.....	599
b) Zwischenergebnis.....	600
2. Ergebnis	600
II. Computerbetrug gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB	600
1. Tatbestandsmäßigkeit	600
a) Objektiver Tatbestand.....	600
aa) Verwendung von Daten.....	600
bb) Unbefugt.....	601
(1) Vertragsspezifische/subjektivierende Auslegung	601
(2) Computerspezifische Auslegung	601

(3) Betrugsspezifische Auffassung	601
(4) Streitentscheid	603
(5) Zwischenergebnis	604
cc) Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs	604
dd) Vermögensschaden	604
b) Subjektiver Tatbestand	605
aa) Vorsatz	605
bb) Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung	605
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	606
3. Ergebnis	606
III. Fälschung beweisheblicher Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB i.V.m. § 270 StGB	606
1. Tatbestandsmäßigkeit	606
a) Objektiver Tatbestand	606
aa) Veränderung oder Speicherung beweisheblicher Daten	606
bb) Dadurch Herstellung einer unechten Datenurkunde	606
(1) Ansicht des OLG Hamm	607
(2) Kritik der Literatur	607
(3) Stellungnahme	608
b) Zwischenergebnis	608
2. Ergebnis	608
IV. Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB	609
1. Tatbestandsmäßigkeit	609
a) Objektiver Tatbestand	609
b) Subjektiver Tatbestand	609
aa) Vorsatz	609
bb) Nachteilzufügungsabsicht	609
2. Ergebnis	610
V. Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten gem. § 266b Abs. 1 StGB	610
VI. Datenveränderung gem. § 303a Abs. 1 StGB	611
1. Tatbestandsmäßigkeit	611
2. Ergebnis	611
VII. Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB	612
Gesamtergebnis	612

Strafbarkeit des A

A. Erster Handlungsabschnitt: Das Einstecken der EC-Karte

I. Diebstahl der EC-Karte gem. § 242 Abs. 1 StGB

Durch das Einstecken der EC-Karte könnte sich A wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Bei der EC-Karte handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, der tatsächlich fortschaffbar ist und im Alleineigentum der kartenausgebenden Sparkasse steht. Es handelt sich mithin um eine bewegliche Sache, die für A fremd ist.³ Diese müsste A weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.⁴ Gewahrsam meint die tatsächliche, vom Herrschaftswillen getragene Verfügungsgewalt über eine Sache, deren Reichweite sich nach der Verkehrsanschauung bestimmt.⁵ V verlor die EC-Karte im Cheltenham-Park. Zudem hatte er zu dem Zeitpunkt, als A die Karte einsteckte, noch keine Kenntnis von dem Verlust der Karte. Ob V überhaupt ahnte, wo er die Karte verloren haben könnte, wird im Sachverhalt jedenfalls nicht mitgeteilt. Ungeachtet seines fortdauernden Herrschaftswillens fehlte es V daher an einer tatsächlichen Verfügungsgewalt. Weil der Verlust der Zugriffsmöglichkeit außerhalb seines räumlichen Herrschaftsbereichs erfolgte, ordnet auch die Verkehrsauffassung als sozial-normatives Korrekturlement dem V nicht mehr den Gewahrsam an der Karte zu. Da der Park als öffentlich zugängliche Grünanlage nicht der räumlichen Herrschaftssphäre einer anderen Person zugehört, erlangte mit dem Verlust auch kein Dritter neuen Gewahrsam, bevor A die EC-Karte einsteckte.⁶

2. Ergebnis

Mangels Wegnahme scheidet eine Strafbarkeit des A gem. § 242 Abs. 1 StGB aus.

II. Unterschlagung der EC-Karte gem. § 246 Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich A wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Bei der EC-Karte handelt es sich um eine fremde bewegliche Sache, welche sich A unter objektiver Manifestation des Zueignungswillens hätte zueignen müssen.⁷ Da A jedoch vorhatte, die EC-Karte in der nächsten Sparkassenfiliale abzugeben, und somit einen festen Rückführungswillens aufwies, fehlt

³ Vgl. *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 79, 83 f.

⁴ *Schmidt*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 32.

⁵ *Kindhäuser*, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 28; BGH NStZ 2019, 726 (727).

⁶ Vgl. zu den Gewahrsamsverhältnissen an verlorenen Gegenständen im öffentlichen Raum aus der Rechtsprechung zuletzt BGH, *Beschl. v. 14.5.2020 – 5 StR 10/20 = NStZ 2020, 483*; aus der Lit. z.B. *Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 28; *Kudlich*, JA 2020, 865 (866); *Rönnau*, JuS 2009, 1088 (1089).

⁷ Vgl. *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 9.

es bereits am erforderlichen Zueignungswillen, der den Vorsatz zur dauernden Enteignung umfasst.⁸ Eine Strafbarkeit gem. § 246 Abs. 1 StGB scheidet aus.

III. Ergebnis zum ersten Handlungsabschnitt

Durch das Einstecken der EC-Karte hat sich A nicht strafbar gemacht.

B. Zweiter Handlungsabschnitt: Im Supermarkt

I. Betrug ggü. K zu Lasten der R-GmbH gem. § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch das Bezahlen mit der EC-Karte des V im Supermarkt der R-GmbH wegen Betruges nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschung

Zunächst müsste A den K über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung ist jede Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, welche zu einer Fehlvorstellung bei diesem führt.⁹ Tatsachen sind dem Beweis zugängliche Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit.¹⁰

Indem A die EC-Karte des V für den kontaktlosen Bezahlvorgang einsetzte, könnte er über den Umstand getäuscht haben, dass er *der berechnigte Karteninhaber* oder doch zumindest eine durch den berechtigten Karteninhaber bevollmächtigte Person sei.¹¹ Da A sich nicht explizit über seine Berechtigung zur Nutzung der Karte geäußert hat, müsste seinem Verhalten eine entsprechende stillschweigende Erklärung zu entnehmen sein.

Der konkludente Erklärungsgehalt eines Verhaltens im Rechtsverkehr wird regelmäßig durch eine *normative Betrachtung* bestimmt, d.h. unter Berücksichtigung der rechtlichen Pflichten, die der handelnden Person obliegen, und den Verpflichtungen, die ihr aus der Vornahme eines Verhaltens erwachsen, sowie der rechtlichen Risikoverteilung im Falle eines Schadenseintritts.¹² Eine normative Betrachtung könnte hier dagegensprechen, dem Einsatz der EC-Karte für einen Bezahlvorgang ohne Eingabe des PIN eine Aussage über die Berechtigung hierzu zu entnehmen. Denn grundsätzlich ist der Erwerb einer einredefreien Forderung des Geschäftspartners (hier der R-GmbH) gegen die kartenausstellende Bank in Höhe des Rechnungsbetrages unabhängig von der Berechtigung des tatsächlichen Kartennutzers zum Gebrauch der EC-Karte.¹³ Es lässt sich daher argumentieren, dass der

⁸ BGH NZV 2015, 95 (96); Kudlich/Koch, JA 2017, 184 (185).

⁹ Duttge, in: Dölling u.a., Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 263 Rn. 8; BGH NJW 2001, 2187 (2188).

¹⁰ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 13 Rn. 4.

¹¹ Vgl. BGH NJW 2007, 782 (784).

¹² Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 85; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 14/15; Becker, JuS 2014, 307 (310).

¹³ Vgl. zum kontaktlosen Bezahlen mit fremder EC-Karte OLG Hamm NStZ 2020, 673 (674), Hegmanns, ZJS 2020, 494 (495).

tatsächliche Kartennutzer (hier: A) nicht gezwungen ist, explizit oder konkludent Erklärungen über seine Berechtigung zum Einsatz der EC-Karte abzugeben.

Indes betrifft dieser Gesichtspunkt nicht so sehr den Erklärungsgehalt des Verhaltens von A als vielmehr den Bewusstseinsbereich der Personen, die auf der Seite der R-GmbH handeln. Hinzu kommt folgende Überlegung, die sowohl das faktische Geschehen als auch rechtliche Aspekte betrifft: A hält eine Karte an das Kartenlesegerät, auf der der Name des eigentlich berechtigten Karteninhabers (hier: V) eingepreßt ist. Zugleich behalten sämtliche Banken in ihren Vertragsbedingungen den Einsatz der EC-Karte allein dem berechtigten Karteninhaber vor. Schließlich ist allen am Rechtsverkehr beteiligten Personen auch ohne detaillierte Kenntnisse der gesetzlichen und vertragsrechtlichen Ausgestaltung bewusst, dass EC-Karten grundsätzlich nur durch den berechtigten Karteninhaber und jedenfalls nicht durch irgendwelche Dritte ohne bzw. gegen den Willen des berechtigten Karteninhabers verwendet werden dürfen. Die besseren Gründe sprechen daher im Ergebnis dafür, dass in dem Halten der EC-Karte an das Kartenlesegerät die konkludente Erklärung liegt, der berechtigte Karteninhaber zu sein.

Hinweis: A.A. vertretbar.

bb) Irrtum

A müsste durch die Täuschung einen Irrtum erregt haben. Unter einem Irrtum ist jeder Widerspruch zwischen Vorstellung und Wirklichkeit zu verstehen.¹⁴ Als natürliche Person,¹⁵ auf deren Vorstellungsbild A eingewirkt haben könnte, kommt nur der an der Kasse beschäftigte K in Betracht. Fraglich ist, ob sich K während des Einsatzes der EC-Karte durch A überhaupt Gedanken über dessen Berechtigung gemacht hat. Mangels näherer Angaben kommt allenfalls ein sog. sachgedankliches Mitbewusstsein des K in Betracht, wonach bei dem durch A vorgenommenen Zahlungsvorgang „alles in Ordnung“ war.¹⁶ Ob zu dem allgemeinen sachgedanklichen Mitbewusstsein eines Kassenangestellten bei der Vornahme elektronischer Zahlungsvorgänge mittels EC-Karte durch Kunden auch der Umstand gehört, dass diese die berechtigten Karteninhaber sind, ist erneut unter Berücksichtigung normativer Gesichtspunkte zu bestimmen.

Zu beachten ist daher insbesondere, dass die R-GmbH, in deren Interesse K als Ladenvertreter gem. § 56 HGB tätig ist, grundsätzlich auch dann eine einredefreie Forderung gegen den Zahlungsdienstleister (hier: die Sparkasse Göttingen) erwirbt, wenn der autorisierte Zahlungsvorgang durch einen nichtberechtigten Dritten initiiert worden ist. K als die für die R-GmbH handelnde natürliche Person muss sich also keine Vorstellung über die Berechtigung des A machen, um für die R-GmbH einen wirtschaftlich validen Anspruch in Rechnungshöhe zu erwerben. Das spricht dagegen, dass zu dem allgemeinen sachgedanklichen Mitbewusstsein des K die Vorstellung gehörte, A sei der berechtigte Karteninhaber. Ein Irrtum des K ist nicht gegeben.¹⁷

¹⁴ Perron, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 33; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 13 Rn. 42.

¹⁵ Nur natürliche Personen können irren, vgl. etwa Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 344.

¹⁶ Vgl. zum sachgedanklichen Mitbewusstsein Rönnau/Becker, JuS 2014, 504 (505); Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 358.

¹⁷ Vgl. zur Ablehnung des Irrtums, wenn der Getäuschte sich keine Vorstellung macht, Duttge, in: Dölling u.a., Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 263 Rn. 23; Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 263 Rn. 100.

Hinweis: A.A. vertretbar.

b) Zwischenergebnis

Mangels Irrtums ist der objektive Tatbestand des Betruges nicht erfüllt.

Hinweis: Bei Annahme eines Irrtums auf Seiten des K läge die tatbestandlich vorausgesetzte Vermögensverfügung darin, dass K stellvertretend (§ 56 HGB) für die R-GmbH die Waren an A übereignet und den Besitz an ihnen überträgt und dadurch unmittelbar das Vermögen der R-GmbH mindert.¹⁸ Diese verfügungsbedingte Vermögensminderung wird durch den Erwerb der Forderung infolge der Autorisierung des elektronischen Zahlungsvorgangs jedoch im Wege der Gesamtsaldierung¹⁹ ausgeglichen, sodass bei der R-GmbH kein Schaden eintritt. Bei der Sparkasse Göttingen, die eine einredefreie Forderung der R-GmbH gegen sich gelten lassen muss, und dem Karteninhaber V, dessen Konto vorläufig belastet wird, resultiert ein Vermögensschaden jedenfalls nicht daraus, dass K die Waren an A übereignet und ihm den Besitz an diesen übertragen hat, sondern allenfalls aus dem computergestützten Zahlungsvorgang. Insoweit fehlt es also an einem fortlaufenden Kausal- und Unmittelbarkeitszusammenhang²⁰ zwischen der Vermögensverfügung des K und einem möglichen Vermögensnachteil. Überdies handelt K auch nicht mit Ermächtigung oder „im Lager“ der Sparkasse oder des V.²¹ Der Tatbestand des Betruges ist daher jedenfalls nicht erfüllt.

2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit des A wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB scheidet aus.

II. Computerbetrug gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB

Durch das Bezahlen mit der EC-Karte könnte sich A wegen Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

A müsste das Vermögen eines anderen durch die unbefugte Verwendung von Daten beschädigt haben.

aa) Verwendung von Daten

Erforderlich ist zunächst, dass A Daten verwendet hat. Daten sind alle codierten oder zumindest

¹⁸ Vgl. zur Vermögensminderung BGH NJW 1960, 1068 (1069); *Duttge*, in: Dölling u.a., Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 263 Rn. 27 ff.

¹⁹ Vgl. zur Gesamtsaldierung BGH NStZ 2015, 89 (91); BGH NStZ 2016, 286 (287); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 13 Rn. 181.

²⁰ Vgl. zur erforderlichen Unmittelbarkeit *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 568.

²¹ Vgl. zu den Voraussetzungen des Dreiecksbetrugs *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 65 f.; BGH NJW 1963, 1068 (1069).

codierbaren Informationen.²² Indem A die Karte ans Kartenlesegerät gehalten hat, wurden die auf der EC-Karte gespeicherten Daten mit den Daten des Verkäufers zu einer Autorisierungsanfrage vervollständig und an das Zahlungssystem des Kartenausstellers gesendet. Es wurden mithin codierte Informationen übertragen, eine Verwendung von Daten i.S.d. § 263a StGB liegt vor.

bb) Unbefugt

Die Verwendung der Daten müsste unbefugt erfolgt sein. Die Auslegung dieses Tatbestandmerkmals ist umstritten.

(1) Vertragsspezifische/subjektivierende Auslegung

Denkbar ist zunächst, das Merkmal so zu verstehen, dass eine Verwendung immer dann unbefugt ist, wenn sie dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten widerspricht.²³ Dies wäre im vorliegenden Fall zu bejahen, und zwar unabhängig davon, ob insoweit auf die kartenausstellende Bank oder auf den berechtigten Karteninhaber abzustellen ist. Weder die Sparkasse Göttingen noch V sind damit einverstanden, dass die EC-Karte von einem Dritten (hier dem nichtberechtigten A) eingesetzt wird.

(2) Computerspezifische Auslegung

Als computerspezifische Auslegung wird eine Anreicherung des Begriffes „unbefugt“ bezeichnet, die eine unbefugte Verwendung von Daten nur in den Fällen annimmt, wenn der entgegenstehende Wille der Berechtigten in der Ausgestaltung des Computerprogramms durch einen Kontroll- oder Prüfungsmechanismus zum Ausdruck gekommen ist und daher durch eine irreguläre Einwirkung überwunden werden muss.²⁴ Weil es in der Programmgestaltung für das kontaktlose Bezahlen ohne PIN-Eingabe einen Prüfungsschritt hinsichtlich der Berechtigung nicht gibt, liegt kein unbefugtes Verwenden von Daten in einem computerspezifischen Sinn vor. Geprüft wird lediglich, ob die Karte gesperrt ist, das Verfügungslimit noch nicht ausgeschöpft ist und ob die Voraussetzungen des Verzichts auf die starke Authentifizierung vorliegen. Da die Voraussetzungen des kontaktlosen Bezahls bei der von A eingesetzten EC-Karte vorliegen, ist kein entgegenstehender Wille der Berechtigten erkennbar, welcher zu überwinden ist. Das Kreditinstitut verzichtet vielmehr bewusst auf eine Prüfung der Berechtigung.²⁵

Nach dieser Ansicht liegt keine unbefugte Verwendung von Daten vor.

(3) Betrugsspezifische Auffassung

Nach der sog. betrugsspezifischen Auffassung soll es darauf ankommen, ob das Verhalten Täuschungsäquivalenz aufweist. Dies ist dann der Fall, wenn der Verwendung der Daten eine Erklärung entnommen werden kann, die, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person abgegeben worden wäre, Täuschungsgehalt gehabt hätte.²⁶

²² Hefendehl/Noll, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 23 f.

²³ BGH NJW 1995, 669 (670); Kindhäuser, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263a Rn. 27.

²⁴ Aus der Rechtsprechung z.B. OLG Celle NStZ 1989, 367; LG Freiburg NJW 1990, 2635 (2636), aus dem Schrifttum z.B. Achenbach, JR 1994, 293 (295); Arloth, Jura 1996, 354 (357 f.); Neumann, JuS 1990, 535.

²⁵ Schrott, JuS 2022, 138 (140).

²⁶ In diesem Sinne z.B. BGH JuS 2002, 506 (507); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 263a Rn. 11; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263a Rn. 9; Wachter, NStZ 2018, 241 (242); Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 613.

Umstritten ist allerdings, zu welchem Ergebnis der betrugsspezifische Ansatz im vorliegenden Fall gelangt. Denkbar wäre es, zur Überprüfung der Täuschungsäquivalenz auf das Vorstellungsbild eines fiktiven Bankangestellten abzustellen, welcher die Interessen der Bank umfassend wahrnimmt und daher auch die Berechtigung des A überprüft, um die Bank gegen die Entstehung von Ansprüchen abzusichern.²⁷ Damit liefe die betrugsspezifische Auslegung im Ergebnis auf eine subjektivierende Auslegung hinaus, die Täuschungsäquivalenz der Verwendung der Daten wäre hier gegeben.

Das *OLG Hamm und einige Stimmen aus der Lit.* verneinen dagegen die Täuschungsäquivalenz der Datenverwendung beim kontaktlosen Bezahlen ohne PIN-Eingabe.²⁸ Entscheidend sei das Vorstellungsbild eines Schalterangestellten, der sich nur mit den Fragen befasse, die auch der Computer prüfe bzw. für die sich auch im Computerprogramm Ansätze zur Kontrolle fänden.²⁹ Weil bei dem konkreten Zahlungsvorgang die Voraussetzungen für den Verzicht auf eine weitere Legitimierung des Kartennutzers in Form der PIN-Eingabe vorlägen, würde auch der fiktive Bankangestellte neben dem Besitz der Karte nicht die Berechtigung des A prüfen, sondern lediglich die Sperrung der Karte oder die Ausschöpfung des Verfügungsrahmens.³⁰ Die Verwendung der Daten durch A habe daher nicht die erforderliche Täuschungsäquivalenz und sei folglich nicht unbefugt im Sinne des Tatbestands. In der Sache läuft diese Konkretisierung des betrugsspezifischen Ansatzes auf eine computerspezifische Betrachtung hinaus, weil für das Vorstellungsbild des fiktiven Schalterangestellten auf die in der Programmgestaltung angelegten Kontrollmechanismen abgestellt wird.

Denkbar ist schließlich noch eine *dritte Konkretisierung der betrugsspezifischen Auffassung* für den vorliegenden Fall. Entscheidend für die Frage der Täuschungsäquivalenz der Verwendung von Daten ist danach, welcher Erklärungswert der Vorlage der EC-Karte gegenüber einem hypothetischen Bankangestellten zukäme. Die Täuschungsäquivalenz der Verwendung der auf der EC-Karte gespeicherten Daten ohne Eingabe einer PIN ist demnach gegeben, wenn sich der Vorlage der EC-Karte gegenüber einer natürlichen Person ohne weiteren Legitimationsnachweis die Erklärung entnehmen ließe, der berechtigte Karteninhaber zu sein. Dies ist zu bejahen: Wer eine EC-Karte gegenüber einem Bankangestellten vorlegt, erklärt damit auch ohne weitere Erläuterung konkludent, der berechtigte Karteninhaber zu sein. Das ergibt sich daraus, dass der Name des Berechtigten auf der Karte eingepreßt ist und zugleich eine EC-Karte sowohl nach den Vertragsbedingungen, die zwischen der kartenausstellenden Bank und dem berechtigten Karteninhaber gelten, als auch nach laienhaftem Verständnis der am Rechtsverkehr Beteiligten nur dann zur Auslösung von Zahlungsvorgängen eingesetzt werden darf, wenn man der berechtigte Karteninhaber ist oder doch zumindest durch den berechtigten Karteninhaber dazu bevollmächtigt wurde.³¹ Demnach käme der Vorlage der EC-Karte gegenüber einem Bankangestellten Täuschungscharakter zu, so dass die Verwendung der auf der EC-Karte gespeicherten Daten auch ohne Eingabe der PIN täuschungsäquivalent ist. Eine unbefugte Datenverwendung liegt vor.

²⁷ Vgl. zur weiten betrugsspezifischen Auslegung etwa *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263a Rn. 9.

²⁸ *OLG Hamm NSTz 2020, 673 (674 f.)*; *Göhler*, JA 2021, 6 (19); *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (495); *Ceffinato*, JuS 2020, 311 (313).

²⁹ Vgl. zur engen betrugsspezifischen Auslegung *BGH JuS 2002, 506 (507)*; *BGH NSTz 2013, 281 (282)*; *Waßmer*, in: *Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. 2022, § 263a Rn. 38 f.

³⁰ Vgl. zur Prüfung *Göhler*, JA 2021, 6 (17 f.).

³¹ In diesem Sinne auch *Puschke/Haas*, *Recht der Zahlungsdienste 2022*, 4 (7 f.); *Schmidt*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.2.2023, § 263a Rn. 29.

Hinweis: In der sorgfältigen Konkretisierung der betrugsspezifischen Auslegung auf den vorliegenden Fall liegt die eigentliche Schwierigkeit.

(4) Streitentscheid

Gegen den subjektivierenden Ansatz sprechen historische, systematische und übergeordnete teleologische Gründe. Der Tatbestand des Computerbetruges wurde 1986 eingeführt, um Handlungen zu erfassen, die, wenn sie nicht maschinell gesteuerte Geschehensabläufe auslösen würden, als Betrug gem. § 263 StGB zu bewerten wären.³² Der neu geschaffene § 263a StGB sollte aber nicht den Bereich des strafbaren Verhaltens bei der Auslösung computergestützter Vermögensverfügungen im Vergleich zur Betrugsstrafbarkeit erweitern.³³ Eben dies wäre aber die Konsequenz einer Auslegung des Merkmals „unbefugt“, die sich darin erschöpft, dass die Datenverwendung gegen den Willen des Berechtigten verstößt. Denn beim Betrug ist es nicht ausreichend, dass es gegen den Willen des Vermögensinhabers zu einer Vermögensverfügung und einem Vermögensschaden kommt. Vielmehr muss das tatbestandsmäßige Verhalten selbst noch eine spezifische, das tatbestandliche Unrecht prägende Qualität aufweisen, nämlich täuschenden Charakter haben. Die subjektivierende Auslegung des Merkmals „unbefugt“ verzichtet darauf, für den Computerbetrug eine entsprechende Qualifikation des Verhaltens vorauszusetzen. Sie erfasst damit auch bloß vertragswidriges Verhalten. Dies läuft auch dem Ultima-Ratio-Prinzip zuwider, nach dem das Strafrecht nur zur Anwendung kommen soll, wenn andere Mittel nicht ausreichen.³⁴ Diese Argumente lassen sich auch einer weiten betrugsspezifischen Auslegung entgegenhalten, die eine Täuschungsäquivalenz des Verhaltens bereits dann bejaht, wenn fiktive Bankangestellte einen bestimmten Umstand bei einer umfassenden Wahrnehmung der Interessen der kartenausgebenden Bank überprüft hätten, weil dies im Interesse des Berechtigten lag. Auch diese Auffassung läuft letztlich darauf hinaus, jedes vertragswidrige Verhalten, das zu einem Vermögensschaden der Bank führt, in den Tatbestand einzubeziehen.

Gegen die computerspezifische Auslegung spricht, dass diese die aus systematischen Gründen gebotene Parallelität mit dem Betrugstatbestand nicht dadurch zu erreichen versucht, dass das tatbestandsmäßige Verhalten näher qualifiziert wird. Stattdessen wird auf mögliche Schutzmaßnahmen des Vermögensinhabers geschaut, die dieser in der Gestaltung der elektronischen Datenverarbeitungsprozesse hätte vorsehen können. Dieser viktimodogmatische Ansatz vernachlässigt, dass es aner kennenswerte Gesichtspunkte geben kann, die den Verzicht auf Kontrollmechanismen begründen. So verhält es sich gerade in dem vorliegenden Fall der Zahlung mit EC-Karte ohne starke Kundenauthentifizierung mittels Eingabe von PIN oder Unterschrift. Dadurch werden die Zahlungsvorgänge für alle Beteiligten schneller und bequemer, möglicherweise sprechen auch hygienische Gründe durch die Reduzierung von Kontaktflächen dafür – ein Argument, das in Pandemiezeiten zumindest in sozialpsychologischer Hinsicht Bedeutung entfaltet. Diese Überlegungen lassen sich auch einer Konkretisierung des betrugsspezifischen Auslegungsansatzes entgegenhalten, welche die Täuschungsäquivalenz der unberechtigten Verwendung von Daten danach bemisst, ob dabei Kontrollmechanismen überwunden werden, die in der Gestaltung des elektronischen Datenverarbeitungsvorgangs angelegt sind und damit im Ergebnis der computerspezifischen Auslegung entspricht.

³² BGH StV 2014, 684 (685); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 14 Rn. 19.

³³ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263a Rn. 1.

³⁴ Vgl. zur Kritik *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 14 Rn. 16; *Schmidt*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 263a Rn. 21; ebenso ablehnend *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263a Rn. 9.

Überzeugen kann demnach allein eine betrugsspezifische Auslegung, die die Täuschungsäquivalenz einer unberechtigten Datenverwendung danach bemisst, ob in einem entsprechenden Verhalten gegenüber einer natürlichen Person die Täuschung über einen Umstand vorläge. Nur dieser Ansatz nimmt die systematisch gebotene Parallelisierung des Computerbetrugs mit dem Betrug wirklich ernst und berücksichtigt zugleich, dass es für die Begründung auf eine nähere Betrachtung des Verhaltens des Täters ankommt, nicht auf die Möglichkeit des Vermögensinhabers, weitere Schutzmechanismen computertechnisch vorzusehen. Wie bereits erläutert, ist danach bei der Bezahlung mittels EC-Karte die Täuschungsäquivalenz des Verhaltens zu bejahen, auch wenn keine Eingabe der PIN erforderlich ist, weil bereits in dem Einsatz der Karte für einen Bezahlvorgang die konkludente Erklärung liegt, der berechtigte Karteninhaber oder doch zumindest durch diese zum Karteneinsatz bevollmächtigt worden zu sein.³⁵

Hinweis: A.A. vertretbar. Entscheidend ist nicht das Ergebnis, sondern die Subsumtion des konkreten Falls.

(5) Zwischenergebnis

Durch das kontaktlose Bezahlen mit der EC-Karte des V hat unbefugt Daten i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB verwendet.

cc) Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs

Durch die unbefugte Verwendung beeinflusst T das Ergebnis des elektronischen Zahlungsvorgangs als Datenverarbeitungsvorgang, den K für die R-GmbH eingeleitet hat. Denn er bewirkt dadurch, dass die vom Zahlungssystem der R-GmbH erstellte Autorisierungsanfrage mit den Kontodaten des V vervollständigt wird und in dieser Form an das Zahlungssystem der Sparkasse Göttingen gesendet wird.

dd) Vermögensschaden

Infolge der unbefugten Datenverwendung müsste ein Schaden eingetreten sein.

Die Beeinflussung des Datenverarbeitungsvorgangs im Zahlungssystem *führte zu* einer Autorisierung des Zahlungsvorgangs und damit zum Erwerb einer einredefreien Forderung der R-GmbH gegen die Sparkasse Göttingen. Dadurch trat auch ein Vermögensschaden bei der Sparkasse ein, weil diese keinen Aufwendungsersatzanspruch gegen V erwarb.

Zugleich wird durch die Auslösung des Zahlungsvorgangs unmittelbar das Konto von V mit dem Rechnungsbetrag belastet. Zwar kann V diese Belastung wieder rückgängig machen, indem er der Sparkasse gegenüber anzeigt, dass die Belastung infolge eines nicht-autorisierten Zahlungsvorgangs erfolgte, vgl. § 675u BGB. Weil der Zahlungsvorgang durch T ausgelöst werden konnte, ohne dass eine starke Kundenauthentifizierung durch Eingabe der PIN erforderlich war, steht der Sparkasse gem. § 675v Abs. 4 Nr. 1 BGB auch kein Ersatzanspruch gegen V gem. § 675v Abs. 1 BGB zu. Dennoch bedarf es aber eines Tätigwerdens des V, um die Belastung seines Kontos rückgängig zu machen. Darin liegt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung seiner gegenwärtigen Vermögenslage und mithin ein Gefährdungsschaden in Höhe des Rechnungsbetrages.

³⁵ So auch *Schmidt*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 263a Rn. 29; a.A. *Christoph*, ZJS 2022, 761 (767).

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Unschädlich ist, dass er keine genauere Kenntnis über den technischen Ablauf und die rechtliche Ausgestaltung des Zahlungsvorgangs hatte. Jedenfalls im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre war ihm bewusst, dass er durch den Einsatz der Karte unbefugt Daten der Karte verwendete, dadurch einen Datenverarbeitungsvorgang der Bank bewirkte und das Vermögen eines anderen beschädigte. Vorsatz liegt somit vor.

bb) Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

Fraglich ist allerdings, ob A mit der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung handelte. Voraussetzung ist demnach, dass A nach einem Vermögensvorteil strebte. Rechtswidrig ist die von ihm beabsichtigte Bereicherung, wenn er keinen einredefreien und fälligen Anspruch auf die Bereicherung hatte.³⁶ Stoffgleichheit liegt vor, wenn die beabsichtigte Bereicherung sich als die Kehrseite des herbeigeführten Schadens darstellt, also insbesondere unmittelbar durch dieselbe Vermögensverfügung vermittelt wird, auf der auch der Schaden beruht.³⁷

Als angestrebte (und auch erlangte) Bereicherung kommt zunächst die Übergabe und Übereignung der im Supermarkt gekauften Waren in Betracht. Diese Bereicherung war auch rechtswidrig: A beglich nicht die Kaufpreisforderung der R-GmbH, sondern erweckte durch den Einsatz der fremden EC-Karte lediglich den Anschein, dies zu tun. Er hatte daher auch keinen Anspruch auf Übergabe und Übereignung der Waren. Dies war dem A auch bewusst, sodass er hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung mit Vorsatz gehandelt hat.

Problematisch erscheint allerdings die Stoffgleichheit zwischen dem Vermögensschaden und der angestrebten Bereicherung. Der Vermögensschaden entsteht bei der Sparkasse, der angestrebte Vermögenszuwachs fließt A dagegen aus dem Vermögen der R-GmbH mittels einer Verfügung des K zu. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Vermögensschaden der Sparkasse das unmittelbare Resultat des Bezahlvorgangs an der Kasse der Supermarkt-Filiale der R-GmbH ist.³⁸ Im Zuge dieses Vorgangs findet auch die Besitzübertragung und Übereignung der Waren durch K als Vertreter der R-GmbH statt. Obgleich die Digitalisierung des Zahlungsvorgangs dazu führt, dass – für A im Zweifel nicht einmal erkennbar – weitere (juristische) Personen involviert sind und Vermögensverfügungen vornehmen, bildet die beabsichtigte Bereicherung (Erhalt der Waren) daher die Kehrseite³⁹ des vorsätzlich herbeigeführten Vermögensschadens bei der Sparkasse. Vorteil und Schaden beruhen mithin auf derselben Verfügung⁴⁰, sodass die Stoffgleichheit im Ergebnis vorliegt.

Hinweis: In den bislang vorliegenden Besprechungen der Fallkonstellation wird das Problem der Stoffgleichheit nicht vertieft, obgleich die Bewertung keineswegs eindeutig erscheint. Wird eine Stoffgleichheit zwischen dem Vermögensschaden der R-GmbH und der von A angestrebten eigen-nützigen Bereicherung durch den Erhalt der Waren verneint, ist nicht erkennbar, wie sich sonst eine

³⁶ Zur Rechtswidrigkeit *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 289.

³⁷ Zur Stoffgleichheit *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 168; BGH NStZ 2003, 264 (264).

³⁸ Vgl. zum Erfordernis der Unmittelbarkeit BayObLG NStZ 1994, 491 (492); *Jäger*, JuS 2010, 761 (765); *Kindhäuser*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 360.

³⁹ Vgl. BGH NStZ 2015, 89 (92).

⁴⁰ Vgl. *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 168

stoffgleiche, rechtswidrige Bereicherungsabsicht begründen lässt. Zwar lässt sich argumentieren, dass A als notwendiges Zwischenziel auch die Drittbereicherung der R-GmbH anstrebt.⁴¹ Allerdings ist diese Bereicherung nicht rechtswidrig, weil der R-GmbH nach der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse tatsächlich ein einredefreier und fälliger Anspruch gegen die Sparkasse zustand, auch wenn der Zahlungsvorgang durch A als nichtberechtigten Dritten ausgelöst wurde.⁴²

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich wegen Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

III. Fälschung beweisheblicher Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB i.V.m. § 270 StGB

Durch die Verwendung der EC-Karte könnte A beweishebliche Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB i.V.m. § 270 StGB gefälscht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Veränderung oder Speicherung beweisheblicher Daten

A müsste beweishebliche Daten zur fälschlichen Beeinflussung einer Datenverarbeitung im Rechtsverkehr gespeichert oder verändert haben. Als beweishebliche Daten kommen die Datensätze der Autorisierungsanfrage in Betracht, die an das Zahlungssystem der Sparkasse Göttingen übermittelt wird. Die Autorisierungsanfrage beinhaltet, wie bereits festgestellt, Daten, vgl § 202a Abs. 2 StGB. Diese sind auch beweisheblich, weil sie dazu bestimmt sind, einen elektronischen Zahlungsvorgang dem Konto des berechtigten Karteninhabers zuzuordnen.⁴³ Zur Übermittlung der Autorisierungsanfrage an das Zahlungssystem der kartenausstellenden Bank müssen die Daten auch (zwischen-) gespeichert werden.

bb) Dadurch Herstellung einer unechten Datenerkunde

Die beweisheblichen Daten müssten so verändert oder gespeichert werden, dass bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde.⁴⁴ D.h. durch den gespeicherten

⁴¹ Vgl. etwa Provisionsvertreterfälle *Duttge*, in: Dölling u.a., Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 263 Rn.82; OLG Braunschweig NJW 1961, 1272 (1273); OLG Saarbrücken NJW 1968, 262 (263).

⁴² Bei einem wirksamen, fälligen und einredefreien Anspruch fehlt es an der Rechtswidrigkeit, siehe *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1157. Das wird für die vorliegende Konstellation übersehen von *Puschke/Haas*, Recht der Zahlungsdienste 2022, 4 (7).

⁴³ Vgl. zur Beweisheblichkeit von Daten z.B. *Maier*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 269 Rn. 5 ff.; zur Erfassung von Codekarten *Weidemann*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 269 Rn. 5 ff.; zustimmend *Christoph*, ZJS 2022, 761 (768).

⁴⁴ *Koch*, in: Dölling u.a., Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 269 Rn. 5; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 269 Rn. 2.

oder veränderten Datensatz muss eine sog. unechte Datenurkunde hergestellt werden, also ein Datensatz, der im Falle einer Verkörperung alle Merkmale einer unechten Urkunde im Sinne der Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB aufwiese. Der veränderte Datensatz müsste also, wenn er als Gedankenerklärung verkörpert wäre, einen anderen Aussteller erkennen lassen als den tatsächlichen Aussteller.

(1) Ansicht des OLG Hamm

Diese Voraussetzung hat das OLG Hamm für die Vornahme eines kontaktlosen Bezahlvorgangs durch einen nichtberechtigten Dritten verneint. In der Entscheidung heißt es:

„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. Diese erfordert, dass der vermeintliche Aussteller der Gedankenerklärung erkennbar ist. An einer solchen eindeutigen Identifikationsmöglichkeit fehlt es aber mangels PIN-Abfrage.“⁴⁵

Das OLG meint, dass die Übermittlung der auf der EC-Karte gespeicherten Daten an das Zahlungssystem zwar eine Gedankenerklärung sei. Es fehle aber mangels PIN-Eingabe ein Aussteller dieser Gedankenerklärung, der im Rechtsverkehr für die Richtigkeit dieser Gedankenerklärung einstehen will.⁴⁶

(2) Kritik der Literatur

In der Literatur haben diese Ausführungen vielfach Kritik erfahren. Das OLG Hamm überspanne die Anforderungen an die Erkennbarkeit eines Ausstellers dieser Gedankenerklärung. Bei dem Einsatz einer EC-Karte erscheine der berechnigte Karteninhaber stets als vermeintlicher Aussteller der Transaktionsdaten.⁴⁷ Das gelte auch dann, wenn sich der Kartennutzer nicht durch PIN-Eingabe legitimiere. Denn nach den Vertragsbedingungen zur Verwendung der EC-Karte sei diese „höchstpersönlich“, d.h. die Karte dürfe vom berechtigten Karteninhaber nicht anderen überlassen werden. Die Verkehrsanschauung rechne daher dem berechtigten Karteninhaber alle mit der EC-Karte ausgelösten Zahlungsanweisungen als Aussteller zu,⁴⁸ auch solche, die nicht durch PIN-Eingabe noch einmal gesondert authentifiziert werden. Daher liege in allen Fällen, in denen jemand mit einer fremden EC-Karte ohne Bevollmächtigung des berechtigten Karteninhabers Zahlungsvorgänge auslöse oder Geld vom Bankautomaten abhebe, eine Fälschung beweisheblicher Daten gem. § 269 StGB.⁴⁹

⁴⁵ OLG Hamm NStZ 2020, 673 (675). Vgl. zur Garantiefunktion bei § 269 StGB *Kindhäuser*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 269 Rn. 6.

⁴⁶ Zustimmung *Göhler*, JA 2021, 6 (20 f.); *Schrott*, JuS 2022, 138 (140 f.); *Ladiges*, WuB 2020, 600 (604).

⁴⁷ *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 697 (699); *Kulhanek*, wistra 2021, 220 (223 f.); *Puschke/Haas*, Recht der Zahlungsdienste 2022, 4 (10).

⁴⁸ Vgl. *Christoph*, ZJS 2022, 761 (770).

⁴⁹ Bejahend ebenso *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 35 Rn. 8; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 269 Rn. 35.

(3) Stellungnahme

Die an den Ausführungen des OLG Hamm geäußerte Kritik in der Literatur überzeugt nicht. Sie unterscheidet nicht hinreichend zwischen dem konkludenten Erklärungswert, der dem Bezahlen mit der EC-Karte als menschlicher Handlung (hier: des A) gegenüber dem Kassenpersonal (hier: K) zukommt, und den in den Daten verkörperten Gedankenerklärungen. Zutreffend ist, dass mit dem Einsatz einer EC-Karte schlüssig erklärt wird, der dazu berechnigte Karteninhaber zu sein (vgl. oben). Der automatisierte Transfer des Datensatzes von der EC-Karte ohne Authentifizierung durch eine PIN ist davon aber zu unterscheiden. Dieser maschinelle Vorgang enthält keine eigenständige Gedankenklärung, als deren Aussteller der berechnigte Karteninhaber erkennbar wäre. Vielmehr vervollständigen die Daten lediglich eine Autorisierungsanfrage, die durch das Zahlungssystem des Verkäufers (hier: der R-GmbH) erstellt wird.⁵⁰ Erst in dieser Autorisierungsanfrage liegt eine Datenurkunde. Deren erkennbare und auch tatsächliche Ausstellerin ist die R-GmbH. Die durch A bewirkte Datenübertragung an das Kartenlesegerät gleicht insofern einem Schriftstück, in das eine Person Daten einträgt, das dann aber durch eine andere Person hinsichtlich seiner Richtigkeit im Rechtsverkehr als Aussteller verantwortet wird. Erst bei einer Eingabe der PIN würde der Kartennutzer Authentizität des zwischengespeicherten Datensatzes reklamieren und damit Mitausstellender der Autorisierungsanfrage werden.

b) Zwischenergebnis

Indem A die Übertragung der auf der EC-Karte gespeicherten Daten bewirkt, verändert oder speichert er für sich betrachtet noch keine beweisheblichen Daten. Eine Speicherung beweisheblicher Daten erfolgt erst durch das Zahlungssystem der R-GmbH im Rahmen der Erstellung der Autorisierungsanfrage an das Zahlungssystem der Sparkasse. Die Autorisierungsanfrage ist aber eine echte Datenurkunde, weil der aus dem Datensatz hervortretende Aussteller (die R-GmbH) mit dem tatsächlichen Aussteller übereinstimmt. Mangels unechter Datenurkunde ist der objektive Tatbestand des §§ 269 Abs. 1, 270 StGB somit nicht erfüllt.

Hinweis: A.A. vertretbar. Werden die objektiven Voraussetzungen bejaht, ist im Rahmen des subjektiven Tatbestandes festzustellen, dass A zumindest im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre bewusst war, dass durch den bewirkten Zahlungsvorgang Daten übertragen oder verändert werden, welche sodann die Grundlage für eine Autorisierung durch die kartenausstellende Bank (Zahlung erfolgt) bilden. A handelte vorsätzlich sowie mit der Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr bzw. zur fälschlichen Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorgangs im Rechtsverkehr.⁵¹ Ebenso handelte er rechtswidrig und schuldhaft.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Fälschung beweisheblicher Daten gem. §§ 269 Abs. 1, 270 StGB strafbar gemacht.

⁵⁰ So zutreffend *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (496 f.).

⁵¹ Bedingter Vorsatz genügt vgl. etwa *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 269 Rn. 22; *Weidemann*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 269 Rn. 12.

IV. Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Durch dieselbe Handlung kommt eine Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB in Betracht.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Der von A mit der EC-Karte des V bewirkte Zahlungsvorgang könnte zu einer Veränderung und Anpassung von Daten im Zahlungssystem der Sparkasse Göttingen geführt haben. Zum einen wird der Verfügungsrahmen des Kontoinhabers angepasst, zum anderen werden die Daten aktualisiert, die erforderlich sind, um bei dem nächsten Zahlungsvorgang zu überprüfen, ob erneut die Voraussetzungen für den Verzicht auf die PIN-Eingabe vorliegen, also die Anzahl der vorangegangenen Zahlungsvorgänge ohne Eingabe der PIN und der Gesamtbetrag dieser Zahlungsvorgänge. Beweis-erheblich sind diese Daten, weil sie für die Autorisierung weiterer Bezahlvorgänge mit der EC-Karte relevant sind.

A hatte als nichtberechtigter Kartennutzer über diese Daten kein Verfügungsrecht. Beweis-führungsrechte an diesen Daten bestanden vielmehr auf Seiten des berechtigten Karteninhabers und des Kartenausstellers.⁵²

Die Voraussetzungen des objektiven Tatbestands liegen somit vor.⁵³

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

Da A zumindest im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre bewusst war, dass durch den elektronischen Zahlungsvorgang Daten verändert werden, die zur Beweisführung durch andere Per-sonen bestimmt waren, handelte er vorsätzlich.⁵⁴

bb) Nachteilzufügungsabsicht

Zweifelhaft ist allerdings, ob A mit der tatbestandlich vorausgesetzten Absicht handelte, einem anderen einen Nachteil zuzufügen. Hierfür soll nach ganz überwiegender Ansicht sicheres Wissen um den Nachteilseintritt im Sinne von *dolus directus* zweiten Grades genügen.⁵⁵ Für die vorliegende Fall-konstellation haben daher das OLG Hamm und zahlreiche Stimmen aus der Literatur die Nachteils-zufügungsabsicht angenommen, wenn der nichtberechtigte Kartennutzer weiß, dass er durch den elektronischen Zahlungsvorgang an einer Veränderung von Datensätzen mitwirkt, und diese Daten-sätze dann auch für die Autorisierung weiterer Zahlungsvorgänge relevant sind.⁵⁶

⁵² Ebenso OLG Hamm NStZ 2020, 673 (675); *Göhler*, JA 2021, 6 (21).

⁵³ Vgl. zur Überschreitung des ursprünglichen Verfügungsrahmen auch *Christoph*, ZJS 2022, 761 (770).

⁵⁴ Vgl. zum Vorsatz *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 274 Rn. 13.

⁵⁵ BGH NStZ 2010, 332 (333); *Heinrich*, in: Arzt u.a., Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 33 Rn. 34; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, Rn. 883; A.A. *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 18 f.

⁵⁶ OLG Hamm NStZ 2020, 673 (676).

Diese Argumentation erscheint aus mehreren Gründen nicht überzeugend. Zum einen setzt die Nachteilszufügungsabsicht damit nicht mehr voraus als schon der Tatbestandsvorsatz hinsichtlich Veränderung beweisheblicher Daten. Die Auslegung verstößt daher gegen das vom Bundesverfassungsgericht aus dem Bestimmtheitsgrundsatz abgeleitete Verschleifungsverbot.⁵⁷

Zudem ist aber auch nicht erkennbar, dass die durch A bewirkte Datenveränderung zu einer Verschlechterung der Beweissituation der Sparkasse Göttingen oder des berechtigten Karteninhabers V als den Beweisführungsberechtigten führt. A beabsichtigt – im Sinne zielgerichteten Wollens – die Herbeiführung eines Vermögensschadens durch Vornahme des Zahlungsvorgangs, wobei er im Zweifel keine genaue Vorstellung hat, ob dieser Vermögensschaden letztlich bei V, der R-GmbH oder der Sparkasse Göttingen eintritt. Dieser Nachteil soll aber nicht durch die Veränderung fremder beweisheblicher Daten bewirkt werden. Die Veränderung fremder beweisheblicher Daten ist vielmehr ein Reflex der erfolgreichen Vermögensbeeinträchtigung.

Aus der Veränderung der Datensätze erwächst dagegen weder V noch der kartenausstellenden Sparkasse Göttingen ein Nachteil bei der Beweisführung. Die durch den Einsatz der Karte bewirkte Veränderung der Datensätze, die zu der EC-Karte im Zahlungssystem gespeichert werden, verbessert vielmehr die Beweissituation der Beweisführungsbefugten. Das Beweisinteresse der Sparkasse an den im Rahmen dieses Vorgangs veränderten Daten besteht darin, diese bei weiteren Zahlungsvorgängen zur Überprüfung nutzen zu können, ob erneut auf die PIN-Eingabe verzichtet werden kann, ggf. auch darin, gegenüber dem nichtberechtigten Kartennutzer Schadenersatzansprüche geltend machen zu können. Dazu bedarf es jeweils gerade der Anpassung der Datensätze, nicht der Erhaltung des Status quo. Auch das Interesse des berechtigten Karteninhabers hinsichtlich der gespeicherten Daten besteht vor allem darin, dass möglichst keine weiteren unbefugten Zahlungen mit der EC-Karte bewirkt werden können und dass zudem die Möglichkeit besteht, durch die gespeicherten Datensätze unbefugt bewirkte Zahlungen zu erkennen und gegenüber der kartenausstellenden Bank zu melden, so dass die Belastung des Kontos erstattet wird. Dieses Interesse wird ebenfalls nicht durch den Erhalt des Status quo an den Daten gesichert, sondern gerade durch die Anpassung.

Im Ergebnis sprechen daher – entgegen der Entscheidung des OLG Hamm und der überwiegenden Ansicht in der Literatur – die besseren Gründe gegen das Vorliegen einer Nachteilszufügungsabsicht.⁵⁸

2. Ergebnis

Mangels Nachteilszufügungsabsicht hat sich A nicht wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

V. Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten gem. § 266b Abs. 1 StGB

Da die EC-Karte dem V überlassen wurde, scheidet eine Strafbarkeit aus. A als Nichtberechtigter kann nicht Täter des § 266b Abs. 1 StGB sein.⁵⁹

⁵⁷ Vgl. zum Verschleifungsverbot BVerfGE 126, 170 (198).

⁵⁸ Ablehnend auch *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (497); *Puschke/Haas*, Recht der Zahlungsdienste 2022, 4 (10).

⁵⁹ *Kudlich*, JA 2020, 710 (712); *Maier*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 266b Rn. 12; OLG Hamm NStZ 2020, 673 (675).

VI. Datenveränderung gem. § 303a Abs. 1 StGB

1. Tatbestandsmäßigkeit

A müsste rechtswidrig Daten i.S.d. § 202a Abs. 2 StGB verändert haben. Eine Veränderung von Daten liegt vor, siehe oben.

Fraglich ist, ob diese Datenveränderung auch rechtswidrig war. Die Rechtswidrigkeit ist hierbei als einschränkendes unrechtsbegründendes Merkmal und nicht als Verweis auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe zu verstehen.⁶⁰

Wann eine Datenveränderung rechtswidrig im Sinne der Vorschrift ist, ist umstritten. Ein Ansatz stellt darauf ab, dass es sich um fremde Daten handeln müsse, d.h. dass einer anderen Person das eigentümerähnliche Verfügungsrecht an den Daten zusteht.⁶¹ Nach anderer Auffassung ist darüber hinaus zusätzlich erforderlich, dass an dem unveränderten Zustand ein rechtlich anerkanntes Interesse besteht.⁶² Nur die letztgenannte Auffassung wird verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht, weil der Einsatz des Strafrechts zum Schutz eines gegenwärtigen Zustands von Daten nur dann verhältnismäßig ist, wenn es ein schützenswertes Interesse am Erhalt des Status quo gibt.⁶³ Für die Datensätze, die durch die Vornahme des kontaktlosen Zahlungsvorgang im Zahlungssystem der kartenausstellenden Sparkasse verändert werden, lässt sich ein solches schützenswertes Interesse nicht benennen. Denn wie bereits zu der Frage der Nachteilszufügungsabsicht gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB ausgeführt, besteht das schützenswerte Interesse von Bank und berechtigten Karteninhaber, dass die Karte nicht unbefugt von Dritten für elektronische Zahlungsvorgänge eingesetzt wird. Es besteht aber kein schützenswertes Interesse daran, dass infolge dieses Einsatzes keine Datensätze verändert und abgespeichert werden. Die Dokumentation des Karteneinsatzes und die Anpassung der Daten, die zur Überprüfung der Möglichkeit eines erneuten Verzichts auf die PIN-Eingabe erforderlich sind, liegen vielmehr im Interesse derjenigen, die datenverfügbungsbefugt sind.⁶⁴

2. Ergebnis

Mangels Rechtswidrigkeit der Datenveränderung, hat sich A nicht wegen Datenveränderung gem. § 303a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: A.A. vertretbar. Wird eine Strafbarkeit gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB angenommen, erfüllt das Verhalten des A auch den Tatbestand der Datenveränderung. Diese tritt aus Gründen der Spezialität jedoch hinter der Datenunterdrückung zurück.⁶⁵

⁶⁰ Vgl. Eisele, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 504; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 303a Rn. 4

⁶¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 303a Rn. 4.

⁶² Hecker, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 303a Rn. 3 m.w.N.

⁶³ Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 303a Rn. 5 f.; Wessels/Hillenkamp/Schuh, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 61.

⁶⁴ So auch Heghmanns, *ZJS* 2020, 494 (498).

⁶⁵ Vgl. zur Subsidiarität des § 303a StGB Altenhain, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 303a Rn. 14; Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 303a Rn. 23; Heghmanns, *ZJS* 2020, 494 (497).

VII. Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB

Da A die ganze Zeit beabsichtigte, die EC-Karte wieder an V bzw. die Sparkasse Göttingen zurückgelangen zu lassen, liegt in dem Einsatz der Karte für die Vornahme des kontaktlosen Zahlungsvorgangs keine Zueignung, sondern lediglich eine straflose Gebrauchsanmaßung.⁶⁶ Die im Supermarkt erworbenen Waren werden dagegen durch K in Vertretung der R-GmbH an A übereignet, so dass sich die Zueignung nicht auf fremde Sachen bezieht.

Gesamtergebnis

A ist strafbar wegen Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB. Der gem. §§ 263a Abs. 2, 263 Abs. 4 StGB i.V.m. § 248a StGB erforderliche Strafantrag liegt vor.

Hinweis: Wird zusätzlich eine Strafbarkeit gem. § 269 Abs. 1 StGB und gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB bejaht, stehen diese Tatbestände in Idealkonkurrenz/Handlungseinheit nach § 52 StGB zueinander.

⁶⁶ Vgl. Kindhäuser, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 33.

Fortgeschrittenenhausarbeit: „Alles nur geklaut“*

Wiss. Mitarbeiterin Meike Koch, Halle (Saale)**

Sachverhalt

Freddy (F) ist chronisch pleite und plant daher, seinen aufwändigen Lebensstil durch künftige Beutezüge zu finanzieren.

F weiß, dass A Camperin und während der Sommermonate stets mit ihrem vollwertig ausgestatteten Wohnmobil unterwegs ist und darin lebt. Daher sucht F den liebsten Stellplatz der A an einem See auf. Er stellt seinen Pkw ab und positioniert sich mit einem Störsender in der Hand hinter einem Baum. Als A sich zur Mittagszeit zum einige hundert Meter entfernten Imbiss begibt, bedient sie die Fahrzeugfernbedienung, um die Zentralverriegelung zu aktivieren. Sie geht davon aus, dass das Wohnmobil verriegelt wurde. F blockiert jedoch mittels seines Störsenders das Signal der Fernbedienung. Die Zentralverriegelung wird daher nicht aktiviert und das Wohnmobil der A bleibt unverschlossen. Ohne Mühe betritt F durch die Seitentür den Innenraum des Wohnmobils und steuert gezielt auf einen Safe zu. Gerade als er einen zierlichen Draht in das Schloss eingeführt hat, um dieses zu „knacken“, stellt F fest, dass der Safe unverschlossen ist. Freudig entnimmt er daher mühelos die große Summe Bargeld.

Mit den Geldscheinen in der Jackentasche verlässt F das Wohnmobil. Ihm kommt aber die Idee, auch bei seinen Fahrten zu künftigen Tatorten unerkannt zu bleiben. Daher demontiert er die amtlichen Standard-Kfz-Kennzeichen vom Wohnmobil der A und schraubt sie anstelle der eigenen an seinem Pkw an. F fühlt sich mit dieser „Tarnung“ auch für weitere Beutezüge sicher und fährt vom Gefühl der Anonymität gestärkt davon.

Kurz darauf setzt F seine „Mittelbeschaffung“ fort. Bei Einbruch der Dunkelheit macht er sich mit seinem Pkw auf den Weg zur Villa der 88-jährigen Witwe (W). Dort trifft F, wie verabredet, seinen Kumpel Konstantin (K). Während F das Haus der W nach Wertgegenständen durchsucht und ihr diese, notfalls auch gewaltsam und mit Drohung, entwendet, soll K die Umgebung im Blick behalten und F per Mobiltelefon warnen, wenn Entdeckung droht. K positioniert sich verabredungsgemäß. F entsperret geschickt das angekippte Küchenfenster im Erdgeschoss und klettert hindurch in die Villa.

Währenddessen trifft K vor dem Haus seinen Patenonkel (P), der sich jüngst ein Haus in der Nachbarschaft geleistet hat und K kurzerhand dorthin einlädt. K kann der Einladung nicht widerstehen und folgt P. Um F nicht zu verunsichern, will er ihn jedoch in dem Glauben lassen, er stünde weiterhin vor der Villa Schmiere. Daher verzichtet er auf eine Mitteilung an F und verlässt von diesem un bemerkt die Gegend.

* Die Hausarbeit wurde im Rahmen der großen Übung für Fortgeschrittene von Prof. Dr. Kai-D. Bussmann an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Wintersemester 2022/2023 zur Bearbeitung vorgelegt. Ihr Schwerpunkt liegt im Bereich der Vermögensdelikte (überwiegend Diebstahl). Der Schwierigkeitsgrad ist als „mittel“ einzustufen, da Probleme und Schwerpunkte eher klassische Fragestellungen bilden, die zum Standardrepertoire des fortgeschrittenen Studiums gehören oder aber durch die Rspr. bereits gut aufbereitet wurden, so etwa die Problematik des Störsenders im 1. Tatkomplex.

** Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Kai-D. Bussmann an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Koch: „Alles nur geklaut“

F sucht mittlerweile zielstrebig das Schlafzimmer der W auf, wo er wertvolle Schmuckstücke vermutet. Auf dem Weg dorthin zieht F ein Küchenmesser mit längerer Klinge aus seiner Jacke, das er ohne Wissen des K mitgebracht hat, um sich notfalls wehren zu können. Mit dem Küchenmesser in der Hand betritt F das Schlafzimmer. Nachdem er wertvolle Ringe, Ketten sowie eine Uhr vom Nachttisch ergriffen und in seiner Jacke verstaut hat, wacht W auf. F will nur noch mit der Beute entkommen. Deshalb sagt er zu W, dass er ein Messer habe und dieses notfalls einsetzen werde. W kann das Messer in der Dunkelheit nicht erkennen, hat jedoch keinen Zweifel, dass F tatsächlich ein solches in der Hand hält. Aus Angst um ihr Leben verzichtet sie auf jede Art der Gegenwehr und verharrt im Bett. F verlässt samt Beute das Haus. Erst nach seiner Rückkehr aus der Villa stellt er überrascht fest, dass K nicht mehr vor Ort ist.

Einige Tage später macht sich F, zu Fuß und ohne K, auf den Weg in einen anderen Stadtteil. Dort möchte er die 90-jährige, alleinlebende Rentnerin (R) ebenfalls um einige Wertsachen erleichtern. Als er R bereits schlafend im Bett vermutet, begibt er sich zu deren Haustür. Nunmehr geübt im Umgang mit feinen Drähten, führt F einen solchen in das Türschloss ein und löst die Öffnung aus. Heute möchte F persönliche Begegnungen vermeiden. Zwar habe R seinem Vorhaben ohnehin nichts entgegenzusetzen, allerdings möchte F nicht doch noch als „Einbrecher“ erkannt werden. Wenngleich F davon ausgeht, R werde seinen Beutezug ohnehin verschlafen, versperrt er die Schlafzimmertür von außen. Sodann durchstreift er die Wohnräume und durchsucht das Mobiliar, kann jedoch keine Wertsachen finden. F zieht enttäuscht ohne Beute ab, nachdem er die Schlafzimmertüre wieder entsperrt hat. R war jedoch gar nicht im Haus, da sie erst vor zwei Tagen ins Pflegeheim verzogen ist.

Aufgabe

Wie haben sich F und K nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungsvermerk

Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt. Nicht zu prüfen sind §§ 123 und 246 StGB sowie Delikte im 27. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches (§§ 303–305a StGB).

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: Das Wohnmobil	618
A. Strafbarkeit des F durch Entwenden des Geldes aus dem Wohnmobil	618
I. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB	618
1. Tatbestand.....	618
a) Objektiver Tatbestand: Wegnahme einer fremden beweglichen Sache	618
b) Subjektiver Tatbestand	619
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	619
3. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall gem. § 243 Abs. 1 S. 1, Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB	619
a) § 243 Abs. 1 S. 1, Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB	619
b) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB	620

Koch: „Alles nur geklaut“

c) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB	621
d) Kein Ausschluss wegen § 243 Abs. 2 StGB	622
4. Ergebnis (mit BGH)	622
II. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	622
1. Tatbestand.....	622
a) Objektive Merkmale gem. § 242 Abs. 1 StGB	622
b) Objektive Merkmale der Qualifikation gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB	622
aa) Tatobjekt: Wohnung	622
bb) Tathandlung gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB: Eindringen mit einem nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug	623
2. Ergebnis (mit BGH)	623
B. Strafbarkeit des F durch den Kennzeichenwechsel.....	623
I. § 242 Abs. 1 StGB.....	623
1. Tatbestand.....	623
a) Objektiver Tatbestand.....	623
b) Subjektiver Tatbestand	624
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	624
3. Ergebnis	624
II. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 2, Var. 3 StGB	624
1. Tatbestand.....	624
a) Objektiver Tatbestand.....	624
aa) Verfälschen einer echten Urkunde, § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB	624
bb) Herstellen einer unechten Urkunde, § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB	625
cc) Gebrauchen einer verfälschten Urkunde, § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB	625
b) Subjektiver Tatbestand	625
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	626
3. Ergebnis	626
III. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB.....	626
1. Tatbestand.....	626
a) Objektiver Tatbestand.....	626
aa) (echte) Urkunde	626
bb) F nicht (ausschließlich) „gehörend“	626
cc) Tathandlung.....	627
b) Subjektiver Tatbestand	627
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	627

Koch: „Alles nur geklaut“

3. Ergebnis	627
2. Tatkomplex: Die Villa der W	627
A. Strafbarkeit des F.....	627
I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB.....	627
1. Tatbestand.....	627
a) Objektive Merkmale gem. § 242 Abs. 1 StGB	627
b) Objektive Merkmale der Qualifikation gem. § 244 StGB	628
aa) § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB	628
bb) § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB	628
cc) § 244 Abs. 4 StGB.....	628
c) Subjektiver Tatbestand	629
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	629
3. Ergebnis	629
II. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 3 StGB.....	629
III. § 249 Abs. 1 StGB.....	629
1. Objektiver Tatbestand.....	629
a) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache	629
b) Nötigungsmittel.....	630
c) Finalzusammenhang	630
2. Ergebnis	630
IV. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB	630
1. Grundtatbestand, § 252 StGB.....	630
a) Objektiver Tatbestand.....	630
aa) Täter bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen.....	630
bb) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben.....	630
b) Subjektiver Tatbestand	630
2. Qualifikation, §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB.....	630
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	632
4. Ergebnis	632
V. § 240 Abs. 1 StGB.....	632
VI. § 241 Abs. 1 StGB.....	632
VII. § 239 Abs. 1 StGB.....	632
1. Tatbestand.....	633
a) Objektiver Tatbestand.....	633

b) Subjektiver Tatbestand	633
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	633
3. Ergebnis	633
VIII. § 239a Abs. 1 Alt. 1 StGB	633
1. Tatbestand.....	633
a) Objektiver Tatbestand: Sich eines anderen Menschen bemächtigen	633
b) Subjektiver Tatbestand	633
2. Ergebnis	634
IX. § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB	634
X. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB	634
B. Strafbarkeit des K	634
I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4, 27 StGB	634
1. Objektiver Tatbestand.....	635
a) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat	635
b) Hilfeleisten.....	635
2. Subjektiver Tatbestand	635
3. Ergebnis	636
II. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, 27 StGB	636
III. §§ 252, 27 StGB	636
1. Objektiver Tatbestand.....	636
2. Subjektiver Tatbestand	636
3. Ergebnis	637
3. Tatkomplex: Das Haus der R	637
A. Strafbarkeit des F.....	637
I. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB	637
1. Vorprüfung.....	637
2. Tatentschluss.....	637
a) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache	637
b) Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels	637
3. Ergebnis	638
II. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB	638
1. Vorprüfung.....	638
2. Tatentschluss.....	639
a) Grunddelikt, § 242 StGB	639

Koch: „Alles nur geklaut“

aa) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache.....	639
bb) Absicht rechtswidriger Zueignung	639
b) Qualifikation, § 244 StGB.....	639
aa) § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB	639
bb) § 244 Abs. 4 StGB.....	640
3. Unmittelbares Ansetzen	640
4. Rechtswidrigkeit und Schuld	641
5. Kein Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB.....	641
6. Ergebnis	641
III. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 3 StGB ...	641
IV. §§ 240 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB.....	641
1. Vorprüfung.....	641
2. Tatentschluss.....	641
3. Ergebnis	642
V. §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB.....	642
1. Vorprüfung.....	642
2. Tatentschluss.....	642
3. Unmittelbares Ansetzen	643
4. Rechtswidrigkeit und Schuld	643
5. Kein Rücktritt.....	643
6. Ergebnis	643
B. Ergebnis.....	644
Gesamtergebnis	644

1. Tatkomplex: Das Wohnmobil

A. Strafbarkeit des F durch Entwenden des Geldes aus dem Wohnmobil

I. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB

Indem F das Bargeld aus dem Wohnmobil entwendete, könnte er sich gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand: Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Die im Alleineigentum der A stehenden, für F fremden Geldscheine als fortbewegbare, körperliche

Koch: „Alles nur geklaut“

Gegenstände i.S.d. § 90 BGB sind taugliche Tatobjekte. Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.¹ Ursprünglich befanden sich die Geldscheine im Wohnmobil der A in deren (Sach-)Herrschaftssphäre. Im Verlassen des Wohnmobils liegt lediglich eine Gewahrsamslockerung. Durch Einstecken der Geldscheine in die Jackentasche hat F diese derart in seine Körpersphäre verbracht, dass nach der Verkehrsanschauung ihm die ausschließliche Sachherrschaft zukommt, mithin neuen Gewahrsam begründet (Gewahrsamsenklaue). F handelte dabei gegen den Willen der A i.S.e. Gewahrsamsbruchs.

b) Subjektiver Tatbestand

F kannte sämtliche Tatumstände und entwendete die Geldscheine willentlich. Die i.R.d. § 242 StGB erforderliche Zueignungsabsicht setzt *dolus eventualis* zur dauerhaften Enteignung des Berechtigten und *dolus directus* 1. Grades zur mindestens vorübergehenden Aneignung voraus.² F wollte das Geld eigennützig verbrauchen, handelte mithin mit Zueignungsabsicht. Mangels fälligen und einrede-freien Anspruchs auf Übereignung war die Zueignung rechtswidrig,³ was F wusste.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall gem. § 243 Abs. 1 S. 1, Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2, 3 StGB

a) § 243 Abs. 1 S. 1, Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

Indem F das Wohnmobil nach Manipulation des Schließmechanismus erkennbar gegen den Willen der A betrat⁴, könnte er § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht haben. Das Wohnmobil ist als nicht bodenfixiertes, zum Betreten durch Menschen bestimmtes, durch verschließbare Türen gegen unbefugtes Betreten geschütztes Raumgebilde *anderer umschlossener Raum* im Sinne der Vorschrift.⁵ Mangels gewaltsamer Öffnung von Umschließungen⁶ ist F nicht eingebrochen. Da er bestimmungsgemäß durch die Tür in das Wohnmobil gelangt ist, scheidet auch ein Einsteigen aus.⁷ Mangels Schlüsseleigenschaft des Störsenders⁸ kommt das Eindringen mit einem anderen, nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug in Betracht.

P_I: Störsender als anderes, nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmtes Werkzeug

¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 2 Rn. 22.

² Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 2 Rn. 89.

³ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 2 Rn. 187.

⁴ Zum Begriff des Eindringens etwa Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5.

⁵ Für den Wohnwagen auch BGHSt 1, 158 (166). Für den Pkw auch BGH NJW 1952, 597. Der Raum muss hierbei lediglich *umschlossen*, nicht aber *verschlossen* sein, vgl. etwa Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 3 Rn. 11.

⁶ Vgl. Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 11.

⁷ Vgl. Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 12.

⁸ Gleichgestellt sind hingegen etwa Codekarten, Transponder oder Fernbedienungen, die der Betätigung von Schlössern dienen vgl. Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 14.

Koch: „Alles nur geklaut“

Generell fallen hierunter Werkzeuge, die den Mechanismus des Verschlusses ordnungswidrig in Bewegung setzen.⁹ Nicht erfasst sind Werkzeuge, die eine gewaltsame Öffnung bewirken.¹⁰ Der Störsender hat weder gewaltsam noch sonstwie aktiv die Öffnung des Schließmechanismus bewirkt, sondern die Verriegelung verhindert.

Der BGH stellt maßgeblich auf das In-Bewegung-Setzen des Schließmechanismus ab und verneint die Werkzeugeigenschaft, wenn der Störsender bereits die Verriegelung des Fahrzeugs verhindert.¹¹ Dafür spricht, dass das *andere Werkzeug* dem *falschen Schlüssel* gleichgestellt wird, der der aktiven Öffnung dient sowie der Wortlaut: Bestimmung zur nicht ordnungsmäßigen *Öffnung*.¹² Wird wie hier der Verschluss verhindert, ist der nachgelagerten Öffnung die Grundlage entzogen. Laut BGH spricht aber vieles für die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falls (§ 243 Abs. 1 S. 1 StGB), denn der BGH gibt zu, dass das Verhindern der Verriegelung im Unrechtsgehalt mit dem Öffnen eines verschlossenen Fahrzeugs vergleichbar ist.

Mit dem Argument des Unrechtsgehalts lässt sich die Rspr. durchaus hinterfragen. Für diesen ist nicht das Kriterium der *Öffnung*, sondern des *Eindringens* maßgeblich. A hat alles aus ihrer Sicht Notwendige zur Verriegelung des Wohnmobils als Ausdruck ihres entgegenstehenden Willens getan. Die für den Täter gerade vorteilhafte Vorverlagerung der Einwirkung käme ihm zugute, wenn man eine aktive Öffnung verlangte. Auch der Vergleich mit der Situation bei sog. *Keyless Go-Systemen*, bei denen die Signalmanipulation § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB unterfällt,¹³ spricht gegen das Kriterium der aktiven Öffnung.

Anmerkung 1: Wie die BearbeiterInnen hier argumentieren, ob sie dem BGH folgen und einen unbenannten besonders schweren Fall annehmen oder sich zur Auslegungsfrage abweichend positionieren, bleibt ihnen überlassen. Wert zu legen ist auf eine – kritische oder begründende – Auseinandersetzung mit der Rspr. Möglich ist es auch, die Entscheidung an dieser Stelle noch nicht endgültig herbeizuführen, da auch der BGH einen besonders schweren Fall annimmt und die Auslegungsfrage erst i.R.d. § 244 StGB endgültig zu klären.

b) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

Durch das Entwenden der Geldscheine aus dem Safe könnte F § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB verwirklicht haben. Der Safe als grundsätzlich der Sicherung gegen Wegnahme dienendes Behältnis i.S.d. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB¹⁴ war unverschlossen. F glaubte beim Einführen des Drahtes jedoch, einen verschlossenen Safe zu „knacken“.

P₂: Versuch des Regelbeispiels bei vollendetem Grunddelikt

⁹ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 15.

¹⁰ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 15; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 243 Rn. 12.

¹¹ BGH NStZ 2018, 212. Entsprechend auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 238; *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 243 Rn. 12; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 3 Rn. 17a.

¹² So auch *Hoven*, NStZ 2018, 212 f.

¹³ BGH, Beschl. v. 15.3.2022 – 4 StR 52/22 = BeckRS 2022, 8071; dazu auch *Hoven*, NStZ 2018, 212 f.

¹⁴ Zum Begriff *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 22.

Koch: „Alles nur geklaut“

Unter Übertragung der Auffassung des BGH zur Konstellation des „versuchten“ Regelbeispiels bei versuchtem Grunddelikt, der unter Berufung auf die Tatbestandsähnlichkeit des § 243 StGB und Verweis auf den gesetzgeberischen Willen gerade nicht zur Einschränkung des § 243 StGB durch Ausgestaltung als Strafzumessungsregel einen versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall annimmt,¹⁵ müsste im vorliegenden Fall Gleiches gelten.¹⁶ Der BGH selbst setzt sich jedoch hierzu in Widerspruch, wenn er im Rahmen einer Entscheidung zu § 177 StGB konstatiert, bei vollendetem Grunddelikt läge eine andere Konstellation vor.¹⁷ In Entsprechung zu BGH NSTZ-RR 1997, 293 verneint der BGH hier den besonders schweren Fall und gibt somit der Gegenmeinung zu, die den Versuch nur bei Tatbeständen zulässt.¹⁸ Dies ist sachgerecht. Selbst wenn man der Verwirklichung von Regelbeispielen Indizcharakter zumisst, wird dieser nur bei objektiver Verwirklichung des Regelbeispiels entfaltet.¹⁹

Anmerkung 2: Maßgeblich ist eine schlüssige und konsistente Argumentation. Im Ergebnis sind beide Auffassungen vertretbar. Der Versuchsbeginn wäre unproblematisch gegeben.

c) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB

F könnte gewerbsmäßig gehandelt haben. Das setzt voraus, dass sich der Täter aus der wiederholten Begehung von Diebstählen eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und nicht unerheblicher Dauer verschaffen will.²⁰ F wollte das Geld zur Finanzierung seines Lebens nutzen. Bei der Tat hatte er die Absicht, künftig „Beutezüge“ zu begehen, mithin die Absicht zur Begehung mehrerer (mindestens) Diebstähle zur Schaffung einer nicht unerheblichen finanziellen Grundlage über gewisse Dauer.

Teilweise wird vertreten, Gewerbsmäßigkeit setze objektiv die Begehung bereits mehrerer Taten voraus.²¹ Nach der h.M. ist § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB bei entsprechender Absicht des Täters bereits bei der ersten Tat einschlägig.²² Hierfür spricht der subjektive Charakter des Merkmals.

¹⁵ BGHSt 33, 370; BGH, Urt. v. 7.5.1985 – 2 StR 48/85 = BeckRS 1985, 111478 Rn. 4; hierzu m.w.N. auch BGH NSTZ 1984, 262 im Ergebnis allerdings offenlassend. Zustimmung: BayObLG NSTZ 1997, 442; *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 3 Rn. 55 ff.; *Eckstein*, JA 2001, 548 (553 f.); *Eisele*, JA 2006, 309 (314); *Streng*, in: FS Puppe, 2011, S. 1025 (1030 ff.); *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 48.

¹⁶ So auch *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 3 Rn. 56; *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 3 Rn. 56 f.; *Reichenbach*, Jura 2004, 260 (267).

¹⁷ BGH NSTZ 2003, 602.

¹⁸ *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 89.

¹⁹ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 3 Rn. 52; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 222 m.w.N.; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 44; *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 243 Rn. 50; *Zopfs*, Jura 2007, 421 (422 f.); a.A.: *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 6. Aufl. 2021, Rn. 153; *Kindhäuser/Hilgendorf*, in: *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 243 Rn. 49 ff.

²⁰ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 3 Rn. 34. Durch eigene Nutzung oder Verkauf der Beute: *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 26; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 40.

²¹ Selbst zwei Diebstähle sollen allenfalls bei erkennbar systematischem Vorgehen die Gewerbsmäßigkeit begründen können: *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 27; die Indizwirkung bei der ersten Tat relativierend auch *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 41.

²² BGH NSTZ 1995, 85; auch, wenn es entgegen der Täterintention nicht zu weiteren Taten kommt: BGH NJW 2004, 2840 (2841); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 31; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 3 Rn. 34; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 248; *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 243 Rn. 20.

Koch: „Alles nur geklaut“

d) Kein Ausschluss wegen § 243 Abs. 2 StGB

Da F eine große Summe Bargeld entwendete, ist § 243 Abs. 2 StGB nicht einschlägig.

4. Ergebnis (mit BGH)

F hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich F gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektive Merkmale gem. § 242 Abs. 1 StGB

Der objektive Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB ist erfüllt (s.o.).

b) Objektive Merkmale der Qualifikation gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Durch Betreten des Wohnmobils gegen den Willen der A²³ könnte F § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB verwirklicht haben.

aa) Tatobjekt: Wohnung

P₃: Wohnmobil als Wohnung i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Das Wohnmobil müsste eine Wohnung, ein umschlossener, überdachter Raum zur Unterkunft von Menschen²⁴, sein. Maßgeblich ist, dass der Raum dem Nutzer als Lebensmittelpunkt dient.²⁵ Für nur zeitweise als Unterkunft genutzte Wohnmobile wurde in der Literatur § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB teilweise verneint.²⁶ Der BGH hat i.R.d. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB sogar ein zur Tatzeit unbewohntes Wohnmobil als zur Wohnung von Menschen dienend angesehen.²⁷ Unter Hinweis auf den Normzweck (Schutz der räumlichen Privat- und Intimsphäre) subsumiert der BGH Wohnmobile und Wohnwagen jedenfalls auch unter § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB, wenn zum Tatzeitpunkt eine Wohnnutzung stattfindet.²⁸ A lebt

²³ Zum Begriff des Eindringens etwa *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5.

²⁴ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 30.

²⁵ BGH NJW 2017, 1186 (1187); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 312.

²⁶ Bei nicht dauerhafter Nutzung als Wohnraum: *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 244 Rn. 42; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 312; grundsätzlich kritisch, allerdings nunmehr infolge der Einführung des § 244 Abs. 4 StGB die Notwendigkeit einer Differenzierung erkennend auch *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 64 und *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 244 Rn. 14.

²⁷ BGH NStZ 2010, 519.

²⁸ BGH NJW 2017, 1186 (1187) für die Übernachtung auf einem Autobahnparkplatz. So auch *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 30 und *Duttge*, in: Dölling u.a., Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 244 Rn. 28.

Koch: „Alles nur geklaut“

während der Sommermonate, einem beträchtlichen Teil des Jahres, in dem Wohnmobil. Währenddessen hat sie dort ihren Lebensmittelpunkt. Das Wohnmobil ist vollwertig ausgestattet im Sinne einer wohnungsgleichen Einrichtung. Es ist daher sachgerecht, für diesen Zeitraum die durch das Wohnmobil vermittelte räumliche Privat- und Intimsphäre als von § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasst anzusehen.

bb) Tathandlung gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB: Eindringen mit einem nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug

Anmerkung 3: Wurde sich i.R.d. § 243 StGB bereits ausführlich zur Frage der Werkzeugeigenschaft des Störsenders verhalten, können die Ausführungen hier verknüpft werden. Widersprüche sind zu vermeiden.

Folgt man den Wertungen des BGH zu § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB (s.o.), so fallen unter den Begriff des anderen, nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeugs solche, die den Verschluss öffnen, nicht aber der Störsender, der den Verschluss verhindert.²⁹ Eine § 243 Abs. 1 S. 1 StGB vergleichbare Regelung enthält § 244 StGB nicht, was nicht zuletzt angesichts der Qualifikationsmöglichkeit gem. § 244 Abs. 4 StGB sachgerecht ist, sodass die Qualifikation dann ausscheidet.

Anmerkung 4: Wer (etwa unter Berufung auf den Unrechtsgehalt, s.o.) argumentiert, dass es für die rechtliche Bewertung keinen Unterschied machen kann, ob ein Verschluss geöffnet oder von vornherein unterbunden wird, muss daher, um § 244 StGB zu bejahen, bereits den Begriff des anderen Werkzeugs entgegen dem BGH auslegen. Wird §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB bejaht, sollte an § 244 Abs. 4 StGB gedacht werden. Dies ist im Ergebnis jedoch mangels dauernder Nutzung abzulehnen.³⁰

2. Ergebnis (mit BGH)

F hat sich nicht gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des F durch den Kennzeichenwechsel

I. § 242 Abs. 1 StGB

Durch Entfernen der Kennzeichen der A könnte sich F gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Durch Entfernen und Wegfahren mit den Kennzeichen der A hat F deren (gelockerten) Gewahrsam gebrochen und eigene Sachherrschaft begründet, mithin fremde bewegliche Sachen weggenommen.

²⁹ BGH NSTZ 2018, 212.

³⁰ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 32; Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 72. Auch hervorgehend aus BT-Drucks. 18/12359, S. 7 f.

Koch: „Alles nur geklaut“

b) Subjektiver Tatbestand

F hatte Vorsatz zur Wegnahme der Kennzeichen. Er wollte sich diese zum eigenen Gebrauch aneignen. Dafür, dass F die Kennzeichen irgendwann an A zurückgelassen will, enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Vielmehr will F die Kennzeichen fortwährend für seine künftigen „Beutezüge“ nutzen. Dabei hat er mindestens *dolus eventualis* zur dauernden Verdrängung der A aus ihrer Eigentümerposition³¹, handelte mithin mit Zueignungsabsicht.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

F hat sich gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 2, Var. 3 StGB

Durch Anbringen der Kennzeichen an seinem Auto und die Wegfahrt könnte sich F gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 2, Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Verfälschen einer echten Urkunde, § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB

B könnte eine echte Urkunde verfälscht haben. Urkunde ist jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und ihren Aussteller erkennen lässt.³² Darunter fallen nicht nur Schriftstücke, sondern auch zum Beweis geeignete und bestimmte Zeichen und Symbole, sofern sich aus ihnen eine Gedankenerklärung ergibt (Beweiszeichen).³³ Aus den Buchstaben, Zahlen und dem Zulassungssiegel auf dem Kennzeichen allein ergibt sich noch keine rechtserhebliche Gedankenerklärung. Sie entsteht erst im Zusammenhang mit einem Pkw als Bezugsobjekt. Das Kennzeichen erklärt in Verbindung mit dem Stempel der Zulassungsbehörde und dem konkreten Fahrzeug, dass Letzteres unter diesem Kennzeichen für einen bestimmten Halter zum Verkehr zugelassen ist.³⁴ Diese Verbindung bildet eine zusammengesetzte Urkunde.³⁵ Ursprünglich lagen daher mit den (Beweis-)Einheiten Fahrzeug und Kennzeichen, hinter denen die Kfz-Zulassungsbehörde als erkennbarer Aussteller tatsächlich steht, echte zusammengesetzte Urkunden vor.

Verfälschen ist jede (nachträgliche) Änderung des gedanklichen Inhalts einer echten Urkunde, durch die der Anschein entsteht, der Aussteller habe diesen Inhalt so erklärt.³⁶ Durch das Anbringen

³¹ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 132.

³² Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 2.

³³ Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 21 ff.

³⁴ BGH NJW 1962, 212 (213) m.w.N.; BGH NJW 2000, 229 m.w.N.; Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 267 Rn. 56.

³⁵ BGH NJW 2000, 229; Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 267 Rn. 53; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 36a.

³⁶ Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 64.

Koch: „Alles nur geklaut“

der fremden Nummernschilder an seinem Pkw erweckt F den Eindruck, sein Wagen sei unter diesem Kennzeichen behördlich registriert und für ihn zugelassen und verändert somit die Beweisrichtung.

Grundsätzlich setzt das Verfälschen Urkundsqualität während der Manipulationshandlung voraus, anderenfalls komme nur § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht.³⁷ Die h.M. fasst jedoch auch Fälle der kurzzeitigen Aufhebung der Urkundsqualität unter Var. 2, solange im unmittelbaren Zusammenhang hiermit eine neue unechte Urkunde entsteht.³⁸

Das Ummontieren eines Kennzeichens setzt notwendigerweise die kurzzeitige Aufhebung der zusammengesetzten Urkunde durch Abschrauben voraus. Im unmittelbaren Zusammenhang mit der Trennung hat F jedoch durch Anbringen des neuen Kennzeichens an seinem Pkw eine neue unechte Urkunde hergestellt, deren gedanklicher Inhalt scheinbar von der Zulassungsbehörde stammt, die jedoch geistig nicht hinter der neuen Erklärung („Das Fahrzeug des F ist mit dem Kennzeichen [der A], das es ausweist, zugelassen“) steht, sodass Var. 2 vorliegt.

Anmerkung 5: Die h.M. prüft daher vorrangig Var. 2.³⁹ A.A. vertretbar, wenn BearbeiterInnen nicht einheitlich betrachten, sondern darauf abstellen, dass das Kennzeichen durch Entfernen vom Fahrzeug zunächst seine Eigenschaft als Bestandteil einer zusammengesetzten Urkunde verliert.

bb) Herstellen einer unechten Urkunde, § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB

Die Herstellung einer unechten Urkunde ist typische Folge des Verfälschens einer echten Urkunde.

cc) Gebrauchen einer verfälschten Urkunde, § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB

Durch das Fahren im öffentlichen Straßenverkehr hat F die verfälschte Urkunde der sinnlichen Wahrnehmung und Kenntnisaufnahme durch andere zugänglich gemacht, sie gebraucht.⁴⁰

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Bzgl. der Absicht der Täuschung im Rechtsverkehr genügt das sichere Wissen (*dolus directus* 2. Grades⁴¹), dass von dem Kfz-Kennzeichen jederzeit rechtserheblich Kenntnis genommen werden kann.⁴² Auch bezweckte F, anhand seines Pkw nicht rückverfolgbar zu sein.

³⁷ Weidemann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 267 Rn. 27; Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 267 Rn. 82.

³⁸ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 267 Rn. 35; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 33 Rn. 48; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, Rn. 828, 831. In diesem Sinne auch Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 65a.

³⁹ Da in jeder Verfälschung einer echten Urkunde die Unterdrückung der ursprünglichen Urkunde liegt, tritt § 274 StGB hinter dieser Handlungsalternative des § 267 StGB als *lex generalis* zurück: Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 110; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 71; Konsumtion: Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 274 Rn. 8.

⁴⁰ Vgl. auch BGH NJW 1963, 212 (214); BGH DAR 2015, 702 (703); BGH NJW 2014, 871; BGH, Beschl. v. 24.4.2018 – 5 StR 85/18 = BeckRS 2018, 9625; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 267 Rn. 36; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 196.

⁴¹ Zur h.M. etwa Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, Rn. 823 m.w.N. Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 102 und Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 274 Rn. 5 lassen sogar *dolus eventualis* ausreichen.

⁴² Eingehend BayObLG NJW 1998, 2917 (2918); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 33 Rn. 70.

Koch: „Alles nur geklaut“

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

F hat sich gem. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 2, Var. 3 StGB strafbar gemacht. Da die Herstellung einer unechten Urkunde typische Folge des Verfälschens einer echten Urkunde ist,⁴³ tritt § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB hinter Var. 2 zurück.⁴⁴ Nach h.M.⁴⁵ liegt zudem nur eine Tat vor, wenn der Täter schon beim Herstellen/Verfälschen die Gebrauchsabsicht hat. F hatte beim Anbringen der Kennzeichen den Vorsatz, den Pkw im Straßenverkehr zu nutzen. Nach der Konkurrenzlösung⁴⁶ ist der Gebrauch mitbestrafte Nachtat oder das Herstellen/Verfälschen mitbestrafte Vortat.

III. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Durch Entfernen der Kennzeichen der A könnte sich F zudem gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) (echte) Urkunde

Kennzeichen und Wohnwagen bildeten eine echte zusammengesetzte Urkunde (s.o.).

bb) F nicht (ausschließlich) „gehörend“

Eine Urkunde *gehört* demjenigen, der die Beweisführungsbefugnis hat.⁴⁷ Bei amtlichen Kfz-Kennzeichen besteht nicht nur, aber jedenfalls auch ein Beweisführungsrecht des Halters⁴⁸ (A), hingegen keines des F.

⁴³ Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 267 Rn. 84; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 46, 64; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 179; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 267 Rn. 21.

⁴⁴ Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 179; das Austauschen der Kfz-Kennzeichen ebenfalls unter die Verfälschungsvariante fassend: Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 267 Rn. 85 f.

⁴⁵ BGH, Beschl. v. 28.10.2021 – 4 StR 163/21, BeckRS 2021, 35436; BGH, Beschl. v. 8.7.2020 – 4 StR 72/20, BeckRS 2020, 20717; BGH, Beschl. v. 7.5.2019 – 5 StR 149/19, BeckRS 2019, 9070; BGH DAR 2015, 702, 703; BGH NJW 2014, 871; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 79; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 267 Rn. 27; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 217.

⁴⁶ OLG Nürnberg MDR 1951, 52 (53); Sax, MDR 1951, 587 (588, 590); Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 267 Rn. 114.

⁴⁷ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, Rn. 877.

⁴⁸ Für ein Beweisführungsrecht des Staates: Krack, NStZ 2000, 423; ebenso Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 274 Rn. 5; Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 274 Rn. 10; wohl auch anderer Verkehrsteilnehmer. Bestätigend für ein behördliches Beweisführungsrecht: OLG Frankfurt a.M. NStZ 2020, 619. Auf andere Verkehrsteilnehmer und Polizei abstellend: BayObLG NJW 1998, 2917.

Koch: „Alles nur geklaut“

cc) Tathandlung

Durch das Abmontieren der Kennzeichen vom Wohnwagen der A hob F die für eine zusammengesetzte Urkunde existenzielle Verbindung zum Bezugsobjekt auf. Damit hat er die Perpetuierung der Erklärung beendet und die Urkunde vernichtet.⁴⁹

Anmerkung 6: Da zugleich der A die Nutzung ihrer Schilder entzogen wird, kann auch eine Urkundenunterdrückung angenommen werden. Insbesondere schließt die Zueignungsabsicht diese nicht aus.⁵⁰

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Auch wusste F, (nach h.M. dolus directus 2. Grades ausreichend⁵¹), dass etwa A keinen Beweis erbringen können, wenn sie mit dem Wohnwagen ohne Kennzeichen fahren muss.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

F hat sich gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Diese Strafbarkeit tritt hinter § 242 Abs. 1 StGB zurück.⁵²

2. Tatkomplex: Die Villa der W

A. Strafbarkeit des F

I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB

Durch Einstecken der Schmuckstücke könnte sich F gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektive Merkmale gem. § 242 Abs. 1 StGB

Indem F Schmuckstücke der W von deren Nachttisch in seine Jacke gesteckt und dadurch eigenen Gewahrsam begründet hat (Gewahrsamsenklave), hat er im Wege eines Gewahrsamsbruchs fremde,

⁴⁹ Vgl. *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 12; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, Rn. 879.

⁵⁰ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 36 Rn. 11.

⁵¹ *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, Rn. 884.

⁵² *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 274 Rn. 20; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 274 Rn. 8. Für die Urkundenvernichtung auch: BGH NJW 1955, 876. Anders: *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 40.

Koch: „Alles nur geklaut“

bewegliche Sachen weggenommen. Der Schlaf der W schadet nicht, da der Gewahrsamswille nicht ständig aktualisiert werden muss.⁵³

b) Objektive Merkmale der Qualifikation gem. § 244 StGB

aa) § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB

F könnte mit dem Küchenmesser ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben. Unabhängig davon, ob man i.R.d. § 244 StGB für die Werkzeugeigenschaft mit den subjektiven Ansichten einen konkreten Verwendungsvorsatz⁵⁴ oder einen allgemeinen Verwendungsvorbehalt verlangt⁵⁵ oder aber mit den objektiven Ansätzen auf die objektive Beschaffenheit des Werkzeugs⁵⁶, seine objektive Zweckbestimmung⁵⁷ oder kumulativ auf beides⁵⁸ abstellt, unterfällt das Messer dem Werkzeugbegriff.⁵⁹ Es ist objektiv nach seiner Beschaffenheit gefährlich und subjektiv von F zur Gegenwehr im konkreten Einzelfall bestimmt worden.

Anmerkung 7: Da nach allen Ansichten ein gefährliches Werkzeug vorliegt, sind lange Darstellungen oder ein Streitentscheid nicht angezeigt.

bb) § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Indem F durch das Küchenfenster, einen dafür nicht bestimmten Weg, in die Villa der W geklettert ist, um zu stehlen, ist er zur Ausführung der Tat in eine Wohnung eingestiegen⁶⁰.

Anmerkung 8: § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist nicht einschlägig. Selbst wenn man für eine Bande zwei Personen ausreichen lässt⁶¹, haben sich F und K nicht zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden.

cc) § 244 Abs. 4 StGB

W bewohnt die Villa dauerhaft. Somit bezieht sich die Tat gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB auf eine Räumlichkeit i.S.d. § 244 Abs. 4 StGB.

⁵³ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 30; BGH NJW 1953, 1400 für Bewusstlose.

⁵⁴ *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 789 ff.; in diese Richtung auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 287 ff., aufgrund eines weiten Verständnisses eines Verwendungsvorbehaltes.

⁵⁵ OLG Braunschweig NJW 2002, 1735 (1737); OLG Frankfurt StraFo 2006, 467 (468); *Hilgendorf*, ZStW 112 (2000), 811 (832); *Maatsch*, GA 2001, 75 (83); *Schramm*, JuS 2008, 773 (778).

⁵⁶ *Dencker*, JR 1999, 33 (35); *Mitsch*, ZStW 111 (1999), 65 (79).

⁵⁷ *Joecks/Jäger*, StGB, Studienkommentar, 13. Aufl. 2021, § 244 Rn. 13; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 5a m.w.N.

⁵⁸ *Arzt u.a.*, Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 14 Rn. 58; *Kindhäuser/Hilgendorf*, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 244 Rn. 11 ff.

⁵⁹ Übereinstimmend auch BGH NStZ-RR 2003, 186.

⁶⁰ Zur Definition *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 12.

⁶¹ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 24; BGH NJW 1970, 1279 (1280); BGH NStZ 1991, 535 (536).

Koch: „Alles nur geklaut“

c) Subjektiver Tatbestand

F kannte die Tatumstände, wollte die Schmuckstücke der W aus der Villa entwenden und handelte mit Zueignungsabsicht. Dass die Zueignung mangels fälligen, einredefreien Anspruchs auf Übereignung rechtswidrig war, wusste F.

Insbesondere handelte F auch bewusst und willentlich, als er in die dauerhaft genutzte Privatwohnung der W einstieg, um Habseligkeiten zu entwenden sowie bezüglich des Beisichführens des Messers.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

F hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 3 StGB

Durch dieselbe Handlung hat sich F zugleich gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 3 StGB strafbar gemacht. Die Strafbarkeit tritt hinter derjenigen zu I. zurück.⁶²

Anmerkung 9: § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB ist nicht einschlägig. Der „gesunde“ Schlaf unterfällt nach h.M. nicht § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB⁶³; ebenso wenig allein hohes Alter⁶⁴.

III. § 249 Abs. 1 StGB

Durch Einstecken der Schmuckstücke und die Messerdrohung könnte sich F gem. § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

F hat die Schmuckstücke, fremde bewegliche Sachen, weggenommen (s.o.).

⁶² Berücksichtigung der Gewerbmäßigkeit bei Strafzumessung möglich: *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 85; *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 244 Rn. 29, 35; BGH NStZ-RR 2017, 340 (341); BeckRS 2017, 116525.

⁶³ BGH ablehnend, wenn Schlaf nicht auf Krankheit beruht: BGH NJW 1990, 2569; differenzierend jüngst auch BGH, Beschl. v. 6.7.2021 – 5 StR 177/21 = BeckRS 2021, 20185; zust. *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 39; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 51; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 36.

⁶⁴ BGH NStZ 2001, 532 (533); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 39; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 243 Rn. 21; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 36.

Koch: „Alles nur geklaut“

b) Nötigungsmittel

Durch Ankündigung des Messereinsatzes hat F mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht.

c) Finalzusammenhang

Die Anwendung des Nötigungsmittels muss nach der Tätervorstellung dazu dienen, die Wegnahme zu ermöglichen.⁶⁵ Als W erwachte und F ihr drohte, war die Wegnahme bereits vollendet. Die Drohung diente damit weder objektiv noch subjektiv der Gewahrsamerlangung.

2. Ergebnis

F hat sich nicht gem. § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

Durch die Messerdrohung könnte sich F gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Grundtatbestand, § 252 StGB

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täter bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen

F müsste bei einem vollendeten, nicht beendeten Diebstahl⁶⁶ auf frischer Tat betroffen, also am Tatort oder in unmittelbarer Nähe nach der Tatausführung wahrgenommen oder bemerkt worden sein. Als W erwachte und F nahe dem Nachttisch bemerkte, war der Diebstahl des Schmucks vollendet, aber trotz seines Messers in der Hand mangels Beutesicherung nicht beendet. F befand sich mithin, als W erwachte, in der Situation des § 252 StGB.

bb) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

Durch Ankündigung des Messereinsatzes hat F mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht (s.o.).

b) Subjektiver Tatbestand

F kannte alle Tatumstände und handelte willentlich, als er W den Messereinsatz androhte, um mit der Beute entkommen zu können. Hatte die Drohung folglich zum Ziel, den Besitz der gestohlenen Güter zu erhalten,⁶⁷ handelte F mit Besitzerhaltungsabsicht.

2. Qualifikation, §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

Die Tat könnte durch Verwendung des Messers gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB qualifiziert

⁶⁵ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 364.

⁶⁶ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 252 Rn. 3 f.

⁶⁷ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 252 Rn. 7.

Koch: „Alles nur geklaut“

sein. Anders als i.R.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB und § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB bestimmt der BGH das gefährliche Werkzeug i.R.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB mitunter doch unter Berücksichtigung der konkreten Verwendung.⁶⁸ Bei Gebrauch des Gegenstands als Drohmittel kommt es darauf an, dass die objektiv mögliche Realisierung des angedrohten Verhaltens zu erheblichen Körperverletzungen führen könnte.⁶⁹ Die angekündigte Gegenwehr mit dem Messer hätte erhebliche Körperverletzungen der W befürchten lassen. Das Messer ist mithin ein gefährliches Werkzeug.

P₄: Verwendung zur Drohung i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ohne sinnliche Wahrnehmung durch das Opfer

Grundsätzlich muss nach der Rspr. das Opfer das Nötigungsmittel und die Androhung seines Einsatzes wahrnehmen, da sich nur so die maßgebliche Zwangslage erzielen lasse.⁷⁰ Der BGH bejaht hier jedoch die Verwendung des Messers ohne visuelle Wahrnehmung durch W:⁷¹ Es genüge, dass W die Drohung mit dem Einsatz des Messers akustisch vernahm, das optische Vorzeigen sei nur eine Option des Täters. Wie und durch welchen Körpersinn die Bewaffnung vermittelt werde, sei belanglos. Verwenden verlange eine Mittel-Zweck-Relation, aber keine konkrete Art und Weise der Benutzung des Nötigungsmittels. Wie die visuelle Wahrnehmung durch das Opfer in Fällen des taktilen Kontakts⁷² sowie der akustischen Wahrnehmung, wenn der Täter mit dem Werkzeug selbst ein (Warn-)Geräusch produziert, entbehrlich ist, genüge es auch, wenn der Täter verbal auf seine Bewaffnung verweist und das Opfer zutreffend von einer gegenwärtigen Leibes- oder Lebensgefahr ausgeht.

Diese Wertung kann man durchaus auch kritisch hinterfragen. Man könnte einwenden, dass die mündliche Behauptung des Besitzes und Einsatzes des Messers in seiner (Einschüchterungs-)Wirkung gerade nicht einem mit dem Werkzeug selbst produzierten Geräusch oder seiner visuellen oder taktilen Wahrnehmung, die das Vorhandensein des Gegenstandes gegenüber dem Opfer eindeutig beweisen, gleichkommt.

Auch kann man in Frage stellen, ob das bloße in den Händen halten des Gegenstands die Strafschärfung gegenüber § 250 Abs. 1 StGB rechtfertigt, was man hier aufgrund der räumlichen Begrenzung des Geschehens, bei dem schon kleine Bewegungen ausschlaggebend sein können, aber wohl annehmen muss.

Letztlich wird ausschlaggebend sein müssen, dass A tatsächlich ein Messer in der Hand hielt. W war tatsächlich erhöht gefährdet und glaubte dies auch. Den Unrechtsgehalt kann nicht schmälern, dass das Opfer das Werkzeug nicht visuell wahrnimmt, wenn doch der Täter offen darauf verweist. Auch können etwa Dunkelheit oder eine visuelle Beeinträchtigung des Opfers dem Täter nicht zugutekommen. Die glaubhafte Drohung muss somit ausreichen, weshalb ein *Verwenden* anzunehmen ist, worauf sich auch der Vorsatz des F bezog.

⁶⁸ BGH NStZ 2018, 278 (279); BGH, Beschl. v. 24.1.2017 – 1 StR 664/16 = BeckRS 2017, 104192; BGH NStZ-RR 2002, 265; tendenziell kritisch: *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 8 Rn. 19 ff; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 250 Rn. 28 f.

⁶⁹ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 8 Rn. 21; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 250 Rn. 19.

⁷⁰ BGH NStZ 2021, 229; BGH NStZ 2018, 278 (279); BGH NStZ 2017, 26; BGH NStZ 2012, 389; BGH NStZ 2011, 158; BGH NStZ 2008, 687. So auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 399.

⁷¹ Folgende Argumentation nach BGH NStZ 2021, 229 f.

⁷² Vgl. BGH NStZ 2011, 158; BGH NStZ 2018, 278.

Koch: „Alles nur geklaut“

Anmerkung 10: Bei entsprechender Argumentation für die gegenteilige Auffassung ist auf § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB abzustellen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

F hat sich gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB wird im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt.⁷³ §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 244 Abs. 4 StGB bleiben aus Klarstellungsgründen daneben bestehen.⁷⁴

V. § 240 Abs. 1 StGB

Durch die Messerdrohung, infolge derer W jegliche Gegenwehr unterließ und die Flucht des F duldet, hat F zugleich § 240 Abs. 1 StGB verwirklicht. Diese Strafbarkeit tritt im Wege der Spezialität zurück.⁷⁵

VI. § 241 Abs. 1 StGB

Ebenfalls durch die Messerdrohung hat F § 241 Abs. 1 StGB verwirklicht. Diese Strafbarkeit tritt zurück, da die Drohung das konkrete Zwangsmittel darstellt.⁷⁶

Anmerkung 11: § 241 Abs. 2 StGB kann, insbesondere auch angesichts der gegenüber Abs. 1 erhöhten Strafandrohung, mit der Begründung verneint werden, die Ankündigung des F, „das Messer notfalls einzusetzen“ sei keine hinreichend konkrete Androhung eines bestimmten Verbrechens (z.B. § 226 StGB oder einer Tötung). Stellt man unter Berufung auf den Gesamtkontext darauf ab, dass ein tödlicher Ausgang bei Realisierung des Messereinsatzes naheliegt und F auch tatsächlich Todesangst hatte, ist auch dies vertretbar.⁷⁷

VII. § 239 Abs. 1 StGB

Durch die Messerdrohung könnte sich F auch gem. § 239 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

⁷³ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 252 Rn. 19; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 244 Rn. 57 und § 252 Rn. 28; Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 74.

⁷⁴ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 10 Rn. 19 und § 7 Rn. 5; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 252 Rn. 19.

⁷⁵ Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 252 Rn. 19; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 252 Rn. 19.

⁷⁶ Sinn, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 241 Rn. 23; Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 241 Rn. 13.

⁷⁷ Zum Inhalt der Bedrohung siehe etwa Sinn, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 241 Rn. 11; Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 241 Rn. 3 ff. Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Drohung insbesondere BGH NStZ-RR 2003, 45; beispielhaft auch OLG Köln, Beschl. v. 14.1.1994 – Ss 567/93 – 262 = BeckRS 1994, 7390; BGH NJW 2006, 3015.

Koch: „Alles nur geklaut“

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

W, die die Fähigkeit hat, willkürlich ihren Aufenthalt zu verändern, ist taugliches Tatopfer.⁷⁸ Sie wurde nicht eingesperrt, in Betracht kommt jedoch eine Freiheitsberaubung auf andere Weise durch Androhung des Messereinsatzes. Drohungen sind tatbestandsmäßig, soweit sie den Grad einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben erreichen⁷⁹, was hier der Fall ist. Mit dem „Verbot“ der Gegenwehr bis zur Beendigung der Tat, der Beutesicherung durch F, wird die Schwelle der Erheblichkeit überschritten.

b) Subjektiver Tatbestand

F handelte vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

F hat sich gem. § 239 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, der ebenfalls zurücktritt⁸⁰.

VIII. § 239a Abs. 1 Alt. 1 StGB

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand: Sich eines anderen Menschen bemächtigen

F könnte sich der W bemächtigt haben. Das setzt voraus, dass F die W gegen ihren Willen physisch in seine Gewalt gebracht hat.⁸¹ Die Bedrohung der W durch F, ein sog. „in-Schach-halten“, kann hierfür ausreichen.⁸²

b) Subjektiver Tatbestand

Bezüglich des objektiven Tatbestandes handelte F vorsätzlich. F müsste jedoch auch die Absicht gehabt haben, den Zustand zu einer Erpressung auszunutzen.

Die Wegnahme war bereits vollendet. F beabsichtigte nur noch die Beutesicherung.⁸³ Im „Zwei-

⁷⁸ Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239 Rn. 2.

⁷⁹ BGH NSTZ 2015, 338 (339); BGH NJW 1993, 1807 für das Vorhalten einer Pistole; auch Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239 Rn. 2.

⁸⁰ Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 58; Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239 Rn. 14.

⁸¹ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 784; BGH NSTZ 96, 276.

⁸² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 239a Rn. 3; Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239a Rn. 7, jeweils m.w.N.

⁸³ Hierzu auch Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 253 Rn. 9; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 253 Rn. 14.4; vergleichbar: BGH NJW 1984, 501; BGH NSTZ 2012, 95.

Koch: „Alles nur geklaut“

Personen-Verhältnis“ ist zudem erforderlich, dass die Bemächtigungssituation gegenüber der weiteren, erstrebten Erpressungshandlung eigenständige Bedeutung hat,⁸⁴ eine sog. Stabilisierung der Beherrschungslage, die der Täter zur Erpressung ausnutzen will.⁸⁵ Hier wird die Bemächtigung jedoch durch eine Drohung bewirkt, die zugleich dazu dient, W zur Duldung der Flucht des F zu zwingen.

2. Ergebnis

F hat sich nicht gem. § 239a Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

IX. § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB

Aus demselben Grund (kein zweiaktiges Geschehen) muss eine Strafbarkeit gem. § 239b Abs. 1 Alt. 1 StGB ausscheiden.

Anmerkung 12: Eine gesonderte Prüfung von § 253 StGB bzw. §§ 253, 255 StGB ist aufgrund der bei Bedrohung der W durch F mit dem Messer bereits vollendeten Wegnahme nicht zu erwarten. Daher war sogleich §§ 252, 250 StGB zu prüfen. I.R.d. §§ 253, 255 StGB muss der Vermögensnachteil gerade das Ergebnis der Gewaltausübung oder Drohung durch den Täter sein.⁸⁶ Hier wird Diebesbeute mit Raubmitteln gem. § 252 StGB verteidigt. In diesen Fällen fügt der Täter dem bereits eingetretenen Schaden (Entzug der Sachherrschaft mit Enteignungswillen) keinen weiteren hinzu, sondern verhindert nur den Schadensausgleich (Wiedererlangung der Sachherrschaft).⁸⁷ Auch vertretbar kann man eine Konkurrenz der §§ 253, 255 StGB mit § 252 StGB mangels Vermögensverfügung von vornherein ausschließen.⁸⁸

X. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB

Durch die Fahrt mit dem Pkw hat F § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB verwirklicht. Mit der h.M.⁸⁹ (s.o.) bilden diese Fahrt und die Handlungen im 1. Tatkomplex unter B. II. eine Tat, da F schon beim Verfälschen/Herstellen die konkrete Absicht hatte, den präparierten Pkw für die Fahrt zum Tatort zu nutzen.

B. Strafbarkeit des K

I. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4, 27 StGB

K könnte sich durch sein Verhalten gegenüber F gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4, 27 StGB strafbar gemacht haben.

⁸⁴ Vgl. BGH StV 1999, 646; BGH NSTz 2002, 31.

⁸⁵ Vgl. BGH NSTz 2010, 516.

⁸⁶ BGH NSTz 2012, 95 (96).

⁸⁷ Ausdrücklich *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 252 Rn. 32; auch *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 255 Rn. 3; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 431.

⁸⁸ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 255 Rn. 3.

⁸⁹ Speziell zum Anbringen gestohlener amtlicher Kennzeichen: BGH BeckRS 2021, 35436; BGH BeckRS 2020, 28809.

Koch: „Alles nur geklaut“

1. Objektiver Tatbestand

a) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt mit der Tat des F gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Nr. 3, Abs. 4 StGB vor.

b) Hilfeleisten

K könnte F durch seine anfängliche Anwesenheit vor der Villa sowie dadurch, dass er ihn bis zuletzt in dem Glauben ließ, er sei dort anwesend, i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB Hilfe geleistet haben. Es genügt jeder physische oder psychische Tatbeitrag, der die Haupttat ermöglicht, erleichtert, absichert oder die Rechtsgutsverletzung verstärkt.⁹⁰ Nach h.M. im Schrifttum muss der Gehilfenbeitrag mitwirksam für den Erfolg werden oder zumindest die Chancen des Taterfolges erhöhen⁹¹. Teilweise wird gar Kausalität verlangt⁹². Nach der Rspr. reicht aus, dass der Beitrag des Gehilfen die Handlung des Täters objektiv gefördert hat.⁹³ Fraglich ist, ob und wie K die Haupttat gefördert hat.

P₅: Gehilfenbeitrag i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB

Anfänglich sicherte K die Haupttat durch „Schmiere-Stehen“. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass K den Tatort verließ.

Ist maßgeblich für eine aktive psychische Unterstützung, dass der Täter durch die Anwesenheit des Gehilfen in seinem Tatentschluss bestärkt und ihm ein Gefühl erhöhter Sicherheit vermittelt wird⁹⁴, so ist dies gegeben. K hat, indem er sich verabredungsgemäß zur Absicherung der Haupttat durch „Schmiere-Stehen“ positioniert hat, seine Anwesenheit „eingebracht“, um F in seinem Tatentschluss zu bestärken und ihm das Gefühl erhöhter Sicherheit zu geben.⁹⁵ Der Beitrag des K erschöpft sich somit nicht in der Duldung der Haupttat. Auch nach Verlassen des Tatortes wirkte sein Beitrag als psychische Beihilfe i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB bis zur Voll- und Beendigung der Haupttat des F fort, der bis zuletzt davon ausging, K stünde vor der Villa „Schmiere“.

2. Subjektiver Tatbestand

K muss bezüglich der Unterstützungshandlung als auch der ihrem wesentlichen Unrechtsgehalt und der Angriffsrichtung nach umrissenen Haupttat vorsätzlich gehandelt haben.⁹⁶ K wusste, dass F sich unbefugt Zugang zur Villa der W verschaffen wollte, um diese nach Wertsachen zu durchsuchen und diese zu entwenden, hatte mithin Vorsatz bzgl. der wesentlichen Umstände nach § 244 Abs. 1 Nr. 3,

⁹⁰ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 45 Rn. 82; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 900.

⁹¹ „Modifikationskausalität“: Schünemann/Greco, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 27 Rn. 3; Risikoerhöhung: Otto, *Grundkurs Strafrecht*, 7. Aufl. 2004, § 22 Rn. 52 f.; Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 158; Murmann, *JuS* 1999, 548 (549 ff.); Otto, *JuS* 1982, 563 f.; Ranft, *ZStW* 97 (1985), 268 (284 ff.); Schaffstein, in: FS Honig, 1970, S. 169 (175).

⁹² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 2; BGH StV 1982, 517.

⁹³ BGHSt 46, 107 (109); BGH NStZ-RR 2015, 343 (344); BGH NJW 2010, 248; BGH NJW 2007, 384 m.w.N.

⁹⁴ BGH NStZ 1996, 563 (564).

⁹⁵ Hierauf abstellend: BGH, *Beschl. v. 17.3.1995 – 2 StR 85/95 = BeckRS* 1995, 8064.

⁹⁶ Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 7.

Koch: „Alles nur geklaut“

Abs. 4 StGB. Zwar wusste K, dass F notfalls Gewalt und Drohung anwenden wollte, das Messer hatte F jedoch ohne sein Wissen mitgebracht. Bzgl. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB kann K daher kein Vorsatz unterstellt werden. K positionierte sich willentlich vor der Villa, um „Schmiere“ zu stehen. Über seine Entfernung vom Tatort benachrichtigte er F bewusst nicht. Es kam ihm gerade darauf an, F nicht zu verunsichern. Auch über seine physische Anwesenheit hinaus beabsichtigte K daher die psychische Stärkung des F hinsichtlich der Begehung der Haupttat.

3. Ergebnis

K hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 27 StGB strafbar gemacht.

Die zugleich verwirklichte Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 27 StGB ist subsidiär (s.o.).

II. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, 27 StGB

§§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, 27 StGB scheidet mangels Kenntnis des K vom Messer des F aus.

Anmerkung 13: Mangels Kenntnis des K vom Messer scheidet auch ein Vorsatz bzgl. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB aus.

Die gesonderte Prüfung der Teilnahme bzgl. der von F verwirklichten §§ 239 Abs. 1, 240 Abs. 1 und § 241 Abs. 1 StGB wurde aufgrund des Konkurrenzverhältnisses (s.o.) nicht erwartet, ist aber anzunehmen, wenn man darauf abstellt, dass K wusste, dass F Wertsachen aus der Villa notfalls mit Drohung oder mit Anwendung von Gewalt entwenden wollte. Bzgl. §§ 239 Abs. 1, 27 StGB und §§ 241, 27 StGB ist Gegenteiliges allenfalls vertretbar, wenn auf die Unkenntnis des K vom Messer abgestellt wird, mit dem die für W gerade unüberwindbare Hürde der Drohung mit Leibes- oder Lebensgefahr bewirkt wird.

III. §§ 252, 27 StGB

In Betracht kommt eine Strafbarkeit des K gem. §§ 252, 27 StGB.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist mit einer entsprechenden vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat des F und der Hilfeleistung des K (s.o.) erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

K wusste, dass F Wertsachen aus der Villa der W notfalls mit Drohung oder mit Anwendung von Gewalt entwenden wollte. Hierbei kann es keinen Unterschied machen, ob F die Nötigungsmittel vor Vollendung des Diebstahls oder im Zeitraum zwischen Voll- und Beendigung anwendet. Der Gehilfenvorsatz muss sich auf eine ihrem wesentlichen Unrechtsgehalt und der Angriffsrichtung nach umrissene, nicht aber notwendig schon in allen Einzelheiten konkretisierte Haupttat richten, wobei insbesondere die rechtliche Beurteilung nicht allein maßgeblich sein kann.⁹⁷ K hatte Vorsatz bzgl. des

⁹⁷ BGH NJW 1958, 69 (70). Insbesondere in Abgrenzung zum Anstiftervorsatz: BGH NJW 1996, 2517 (2518). Größt­ zügig auch: BGH NStZ 2012, 264.

Koch: „Alles nur geklaut“

Einsatzes eines qualifizierten Nötigungsmittels. Vorsatz bzgl. § 252 StGB lässt sich demnach begründen.

3. Ergebnis

K hat sich gem. §§ 252, 27 StGB strafbar gemacht.

3. Tatkomplex: Das Haus der R

A. Strafbarkeit des F

I. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB

Durch Versperren des Schlafzimmers und Durchsuchen des Hauses könnte sich F gem. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist mangels Wegnahme nicht vollendet. Der versuchte Raub ist als Verbrechen gem. §§ 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar, auch in Gestalt des untauglichen Versuchs (vgl. § 23 Abs. 3 StGB).

2. Tatentschluss

a) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Indem F Wertsachen der R entwenden wollte, hatte er den Vorsatz zur Wegnahme einer oder mehrerer fremder beweglicher Sachen.

b) Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels

In Betracht kommt ein Tatentschluss des F zur Anwendung von Personengewalt durch das vermeintliche Einsperren der R im Schlafzimmer. Gewalt i.S.d. § 249 Abs. 1 StGB ist körperlich wirkender Zwang durch unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf einen anderen, nicht allein gegen Sachen⁹⁸, der nach der Tätervorstellung geeignet und bestimmt ist, geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder auszuschließen.⁹⁹ Erfasst sind *vis absoluta* und *vis compulsiva*.¹⁰⁰ Das Verschließen der Tür als Sacheinwirkung wirkt sich, indem dem Opfer die Freiheit genommen wird, den Raum zu verlassen, mittelbar körperlich als *vis absoluta* auf dieses aus.¹⁰¹

*P*₆: Einsperren eines Schlafenden als Gewalt i.S.d. § 249 Abs. 1 StGB

⁹⁸ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 249 Rn. 4a.

⁹⁹ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 361.

¹⁰⁰ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 249 Rn. 4.

¹⁰¹ So etwa Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 363; BGH NJW 1965, 1235 (1236).

Koch: „Alles nur geklaut“

Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn das Opfer, wie nach der Vorstellung des F, das „Eingesperrt-sein“ verschläft und zu keiner Zeit körperlichen Zwang empfindet. Grundsätzlich soll es i.R.d. § 249 Abs. 1 StGB genügen, dass der Täter – ungeachtet ihrer Erforderlichkeit – Gewalt anwendet, weil er sie zur Ermöglichung der Wegnahme für geeignet hält.¹⁰² Dass ein nur erwarteter Widerstand ausgeschlossen werden soll, genügt.¹⁰³

Danach liegt Gewalt auch vor, wenn das Opfer die Zwangswirkung nicht empfindet, solange der Täter in der Vorstellung auf es einwirkt, entstehendem Widerstand zu begegnen oder solchen auszuschließen.¹⁰⁴ Hieran fehlt es jedoch. F wollte R einschließen, um von ihr nicht erkannt zu werden, jedoch nicht, um einem auch nur potentiellen Widerstand durch R zu begegnen oder solchen zu verhindern. Widerstand der R hatte F sicher ausgeschlossen.

Nicht nur ging er davon aus, sie werde seinen Beutezug vollständig verschlafen. Er war sich auch sicher, dass R seinem Vorhaben (der Wegnahme) ohnehin nichts entgegenzusetzen habe. Das vermeintliche Einsperren diene demnach nicht der Überwindung eines Widerstands im Zusammenhang mit der beabsichtigten Wegnahme, sondern lediglich der Verhinderung einer Identifizierung durch R. Die Vorstellung des F vermag daher keinen Tatentschluss nach § 249 Abs. 1 StGB zu begründen.

Anmerkung 14: Die fehlende Zielrichtung des F, erst durch das Einsperren der R die Wegnahme zu ermöglichen, kann auch im Rahmen des Finalzusammenhangs erörtert werden.

3. Ergebnis

F hat sich nicht gem. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB

Durch Betreten und Durchsuchen des Wohnhauses könnte sich F gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet. Die Versuchsstrafbarkeit der Qualifikation gem. § 244 Abs. 4 StGB als Verbrechen folgt aus §§ 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB, der Taten nach § 242 StGB und §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB aus § 242 Abs. 2 StGB bzw. § 244 Abs. 2 StGB (§§ 23 Abs. 1 Alt. 2, 12 Abs. 2 StGB).

¹⁰² BGH NJW 1953, 1400.

¹⁰³ BGH NJW 1953, 1400 sowie BGH NJW 1953, 350 und BGH NJW 1974, 282 (283) unter Verweis auf RGSt 183, 186 (187) unter Übertragung auf § 122 StGB bzw. § 237 StGB.

¹⁰⁴ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 363 f.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 7 Rn. 11; *Kindhäuser/Hilgendorf*, in: *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 23; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 498 f.

Koch: „Alles nur geklaut“

2. Tatentschluss

a) Grunddelikt, § 242 StGB

aa) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

F hatte Tatentschluss zur Wegnahme fremder beweglicher Sachen (s.o.).

bb) Absicht rechtswidriger Zueignung

Indem F die Beute unter dauerhaftem Ausschluss der Berechtigten R für eigene Zwecke nutzen bzw. für sein künftiges Leben unter Anmaßung eigentümerähnlicher Befugnisse verwerten wollte, handelte er mit Zueignungsabsicht. Von der Rechtswidrigkeit der Zueignung wusste F.

b) Qualifikation, § 244 StGB

aa) § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Durch Öffnung der Haustür mittels des Drahtes und Betreten der Wohnräume ist F vorsätzlich mittels eines anderen, nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeuges in diese eingedrungen. Fraglich ist, ob die ursprüngliche Wohnungseigenschaft mit Auszug des letzten Bewohners entfällt.

P₇: § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB bei verlassener Immobilie

Teilweise wird vertreten, leerstehenden Wohnungen fehle es an der schützenswerten Privatsphäre.¹⁰⁵ Die Schutzrichtung des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfordere, dass die Räume den Mittelpunkt privaten Lebens bilden, was bei leerstehenden Wohnungen, unabhängig von Grund und Dauer des Leerstandes, nicht der Fall sei.¹⁰⁶ R war für ihren Lebensabend ins Pflegeheim verzogen, eine Rückkehr also nicht vorgesehen. Die Räumlichkeiten wurden nicht von anderen unmittelbar weiter bewohnt.

Nach der Rspr. des BGH vermag an der Wohnungseigenschaft nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB die Tatsache, dass die ehemaligen Bewohner nicht (mehr) in den Räumlichkeiten leben, nichts zu ändern.¹⁰⁷ Der Zweck der Stätte sei maßgebend, nicht ihr tatsächlicher Gebrauch.¹⁰⁸ Das Haus der R war nicht gänzlich als Wohnstätte entwidmet.¹⁰⁹ Die Wohnräume waren, da noch möbliert, als solche voll funktionstüchtig. Bezieht man – so der BGH unter Berufung auf den Normzweck – neben den aktuellen Bewohnern auch weitere Personen mit Bezug zu den Räumlichkeiten in den tatbestandlichen Schutz ein,¹¹⁰ so kann die Tat auch das Wohlfühl etwaiger künftiger Bewohner beeinträchtigen, wenn sie von dem Einbruch erfahren.

¹⁰⁵ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 30; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 66.

¹⁰⁶ AG Saalfeld, Urt. v. 12.4.2005 – 635 Js 30684/04 2 Ds jug. = BeckRS 2005, 5819. Später auch *Epik*, NStZ 2020, 485 (486).

¹⁰⁷ BGH NJW 2020, 1750; BGH NJW 2020, 2816 (2817).

¹⁰⁸ BGH NJW 2020, 1750.

¹⁰⁹ Hierauf abstellend BGH NJW 2020, 1750 (1751); BGH NJW 2020, 2816 (2817).

¹¹⁰ BGH NJW 2020, 1750 (1751).

Koch: „Alles nur geklaut“

Anmerkung 15: Falls BearbeiterInnen sich im 1. Tatkomplex aktiv für eine generelle Wohnungseigenschaft des Wohnmobils, unabhängig davon, ob es zum Tatzeitpunkt tatsächlich als Unterkunft genutzt wird, ausgesprochen haben sollten, sollten sie sich hierzu nun nicht in Widerspruch setzen.

Einer Entscheidung bedarf es nicht, weil F bei Begehung der Tat davon ausging, R würde nach wie vor das Haus bewohnen. Nach der für den Tatentschluss maßgeblichen Vorstellung des F, handelte es sich demnach um eine Wohnung i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

Anmerkung 16: Der zum Tür-Öffnen genutzte Draht kommt nicht als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB in Betracht. Er wäre schon objektiv nicht zur Zufügung erheblicher Verletzungen geeignet. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB scheidet danach ebenfalls aus.

bb) § 244 Abs. 4 StGB

Auch nach Auffassung des BGH unterfällt ein unbewohntes Wohnhaus nicht § 244 Abs. 4 StGB.¹¹¹ I.R.d. § 244 Abs. 4 StGB ist – angesichts des Verbrechenscharakters sachgerecht – maßgeblich, dass die Wohnstätte zur Tatzeit bewohnt ist.¹¹² R war verzogen und die Immobilie zum Tatzeitpunkt unbewohnt. F ging jedoch bis zuletzt davon aus, R würde nach wie vor das Haus, in das er eindrang, bewohnen und im Schlafzimmer weilen. Nach der Vorstellung des F handelte es sich demnach zum Zeitpunkt der Tat um eine dauerhaft genutzte Privatwohnung i.S.d. § 244 Abs. 4 StGB.

3. Unmittelbares Ansetzen

Versucht ist eine Tat, wenn der Täter nach seiner Vorstellung unmittelbar hierzu ansetzt, § 22 StGB. Er muss dafür die Schwelle zum „jetzt geht’s los“ überschreiten, mithin eine Handlung vornehmen, die nach dem Tatplan ohne Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll.¹¹³ Bei Qualifikationen und Regelbeispielen kommt es auf den Versuchsbeginn bzgl. des Grunddelikts an.¹¹⁴ Bei Diebstahlsdelikten ist maßgeblich, ob aus Tätersicht bereits die konkrete Gefahr eines ungehinderten Zugriffs auf das Diebstahlsubjekt besteht.¹¹⁵ Ist dieses durch Schutzmechanismen gesichert, reicht der erste Angriff auf einen solchen regelmäßig aus, wenn sich der Täter bei dessen Überwindung ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung ungehinderten Zugriff auf die Beute vorstellt.¹¹⁶ Daher reicht der Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens i.S.v. §§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB regelmäßig aus.¹¹⁷ Teilweise wird dies kritisch gesehen, wenn der Täter hierbei noch keinen genauen Plan hat, was er wo stehlen möchte, wenn Gegenstände weiter gesichert sind oder im Haus noch eine aufwändige Suche nach Beutestücken erfolgen muss.¹¹⁸

F handelte beim Öffnen der Tür mittels des Drahtes in der Vorstellung, in unmittelbarem Anschluss hieran in die Wohnung der R einzudringen, aus der er Wertgegenstände entwenden wollte. Auch

¹¹¹ BGH NJW 2020, 2816 (2817).

¹¹² BGH NJW 2020, 2816 (2817).

¹¹³ BGH NJW 2020, 2570 m.w.N.

¹¹⁴ BGH NJW 2020, 2570 (2571) m.w.N.; BGH NStZ 2020, 353 (354) für § 244 Abs. 4 StGB.

¹¹⁵ BGH NJW 2020, 2570 (2571); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 3 Rn. 57, § 4 Rn. 88.

¹¹⁶ BGH NJW 2020, 2570 (2571).

¹¹⁷ BGH NJW 2020, 2570 (2571); BGH NStZ 2020, 353 (354) für § 244 Abs. 4 StGB.

¹¹⁸ Kudlich, NStZ 2020, 354 (355).

Koch: „Alles nur geklaut“

wenn das Versperren der Schlafzimmertür einen Zwischenschritt darstellt, hat F die Schwelle mit Durchstreifen der Wohnräume und Durchsuchen des Mobiliars überschritten. Spätestens damit war das geschützte Rechtsgut aus Tätersicht konkret gefährdet.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB

Indem F ohne Beute abzog, könnte er vom Versuch zurückgetreten sein, § 24 Abs. 1 StGB. Dies ist ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist, der Täter sich also vorstellt, dass die von ihm begangene Tat nicht zur Vollendung gelangen kann und er auch keine Möglichkeit mehr hat, die Vollendung herbeizuführen.¹¹⁹ F konnte keine Wertsachen finden, sodass ein Fehlschlag vorliegt.

6. Ergebnis

F hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 3 StGB

Durch dieselbe Handlung hat F zugleich §§ 242 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 3 StGB verwirklicht, die jedoch zurücktreten.

Anmerkung 17: Bzgl. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB fehlt es am Ausnutzen gerade zur Erleichterung der Wegnahme¹²⁰, da es F lediglich auf die Verhinderung seiner Identifizierung ankommt (s.o.).

IV. §§ 240 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Durch Versperren des Schlafzimmers könnte sich F gem. §§ 240 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Mangels Anwesenheit der R liegt keine Vollendung vor. Die Strafbarkeit des Versuchs folgt aus §§ 240 Abs. 3, 23 Abs. 1 Alt. 2, 12 Abs. 2 StGB.

2. Tatentschluss

F müsste Tatentschluss gehabt haben, R mit Gewalt oder einer Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen. Gewalt ist nach der ursprünglichen, nunmehr zunehmend relativierten Formel der Einsatz physischer Kraft zur Beseitigung eines wirklichen oder vermuteten Widerstandes, der als vis absoluta die Willensentschließung oder -betätigung

¹¹⁹ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 15; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 1010.

¹²⁰ Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 243 Rn. 39.

Koch: „Alles nur geklaut“

unmöglich machen oder als vis compulsiva auf Beugung des Willens gerichtet sein kann.¹²¹ F ging es beim Versperren der Tür nicht um die Überwindung eines Widerstands (s.o.). Auch hatte F nicht vor, R einen Nachteil in Aussicht zu stellen, um sie zu einem bestimmten Verhalten, etwa dem Nicht-Verlassen des Raumes zu veranlassen. Er wollte vielmehr jeden Kontakt vermeiden.

3. Ergebnis

F hat sich nicht gem. §§ 240 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung 18: Um Wiederholungen zu vermeiden, kann auf eine gesonderte Prüfung von §§ 240 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB bei einer guten Bearbeitung auch verzichtet werden.

V. §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Durch Versperren des Schlafzimmers könnte sich F gem. §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet. Der Versuch ist gem. §§ 239 Abs. 2, 23 Abs. 1 Alt. 2, 12 Abs. 2 StGB strafbar.

2. Tatentschluss

Durch Versperren der Schlafzimmertür von außen wollte F das Verlassen des Raumes durch R ohne ihr Einverständnis verhindern, sie einsperren.

P₈: § 239 StGB bei unbemerkter Freiheitsberaubung

Nach einer Ansicht schützt § 239 StGB nur die aktuelle Fortbewegungsfreiheit.¹²² Ist § 239 StGB nur einschlägig, wenn das Opfer tatsächlich den Willen zur Ortsveränderung hat, während es eingesperrt ist, schieße §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB hier aus.

Nach h.M. schützt § 239 Abs. 1 StGB die potentielle Fortbewegungsfreiheit¹²³ und somit auch denjenigen, der die Beeinträchtigung aktuell nicht bemerkt, solange er sich ohne die Beeinträchtigung fortbewegen könnte, wenn er es wollte. Wäre R im Schlafzimmer gewesen, hätte sie sich ohne die Versperrung der Tür im Falle einer entsprechenden Willensbildung hieraus bewegen können.

¹²¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 240 Rn. 5; Toepel, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 240 Rn. 35; mit einer zusammenfassenden Gewaltdefinition: Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 23 Rn. 23.

¹²² Sonnen, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 239 Rn. 8; Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 239 Rn. 7; Kretschmer, Jura 2009, 590 (591); Park/Schwarz, Jura 1995, 294 (295 f.); Bosch, Jura 2012, 604; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 239 Rn. 3 ff.

¹²³ BGHSt 14, 314 (316); BGHSt 32, 183 (188 f.); Wieck-Noodt, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 7; Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239 Rn. 2; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 239 Rn. 1; Mitsch, GA 2009, 329 (332); Kargl, JZ 1999, 72 (75).

Koch: „Alles nur geklaut“

F ging zwar davon aus, dass R das „Eingesperrt-sein“ verschlafen würde. Die abstrakte Möglichkeit des Aufwachens und Verlassenwollens des Schlafzimmers durch R hätte jedoch bestanden.¹²⁴ Davon, dass R grundsätzlich zur entsprechenden Willensbildung in der Lage (taugliches Tatopfer) ist, ging F auch aus. Hiernach käme §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB in Betracht.

Anmerkung 19: Etwas anderes ist nur unter letzterem Aspekt vertretbar, wenn stringent damit argumentiert wird, dass F in der konkreten Situation alternativlos davon ausging, dass R nicht wach werden würde. Dann ist ein Streitentscheid entbehrlich.

Für die erste Ansicht und gegen die h.M. spricht etwa, dass der Vollendungszeitpunkt stark vorverlagert würde, wenn die potentielle Fortbewegungsfreiheit geschützt würde, obwohl hierfür wegen § 239 Abs. 2 StGB kein Bedürfnis besteht. Für einen Rücktritt bliebe kaum Raum.

Für die h.M. spricht jedoch, dass über die Einbeziehung der potentiellen Fortbewegungsfreiheit ein umfassender Schutz erzielt wird,¹²⁵ der aufgrund des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG geboten ist.¹²⁶ Durch das 6. StrRG wurden die Worte „des Gebrauchs“ der Freiheit aus § 239 StGB gestrichen.¹²⁷ Zudem ist es praktisch schwer, den aktuellen Opferwillen festzustellen.¹²⁸ Hiernach hatte F Tatentschluss gem. § 239 Abs. 1 StGB.

3. Unmittelbares Ansetzen

Durch Versperren der Tür hat F unmittelbar angesetzt i.S.d. § 22 StGB.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt

Zwar liegt, da F die Abwesenheit der R nicht erkannte, kein Fehlschlag vor. Grundsätzlich kann auch der Täter des untauglichen Versuchs zurücktreten (§ 24 Abs. 1 S. 2 StGB). F hat die Tür jedoch erst entriegelt, als die Freiheitsberaubung entsprechend seiner Vorstellung bereits vollendet gewesen wäre und er die Aufrechterhaltung der Rechtsgutsverletzung nicht mehr benötigte. Mithin liegt kein Rücktritt vor.

6. Ergebnis

F hat sich gem. §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

¹²⁴ Siehe zu vermittelnder Position und zum gesamten Meinungsstand eingehend auch *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 46. Aufl. 2022, Rn. 345.

¹²⁵ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 22 Rn. 2.

¹²⁶ *Wieck-Noodt*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 7.

¹²⁷ *Wieck-Noodt*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 7.

¹²⁸ *Wieck-Noodt*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 7.

Koch: „Alles nur geklaut“

B. Ergebnis

Im dritten Tatkomplex hat sich F gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB sowie gem. §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

Im ersten Tatkomplex ist F gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1, Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB wegen Entwenden des Geldes sowie gem. § 242 Abs. 1 StGB und § 267 Abs. 1 StGB (§ 52 StGB) wegen des Kennzeichenwechsels und der Wegfahrt strafbar.

Im zweiten Tatkomplex ist F gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar, der in Idealkonkurrenz mit §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB steht, strafbar. Ebenso ist K gem. §§ 252, 27 StGB und §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 27 StGB (§ 52 StGB) strafbar.

Im dritten Tatkomplex ist F gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB sowie gem. §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB (§ 52 StGB) strafbar. § 239 StGB hat hier eigenständige Bedeutung, weil mit der strafbegründenden Handlung nicht nur eine Sicherung des Diebstahls bezweckt war.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21¹

Das Recht auf Abstammung: Der Auskunftsanspruch des Adoptivkindes gegen seine leibliche Mutter

1. Anspruchsgrundlage für das Auskunftsverlangen eines Kindes gegen seine leibliche, nicht rechtliche Mutter über die Person seines leiblichen Vaters ist – trotz des von § 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB angeordneten Erlöschens des rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses aufgrund Adoption – § 1618a BGB.
2. Bei einem auf § 1618a BGB gestützten Auskunftsbegehren über die Person des leiblichen Vaters handelt es sich um eine sonstige Familiensache und damit um eine Familienstreitsache.
3. Durch die Mitteilung der leiblichen Mutter, der mögliche Erzeuger oder dessen Name sei ihr nicht bekannt, wird der Auskunftsanspruch nicht erfüllt. Eine fehlende Kenntnis kann von der Mutter aber als eine den Anspruch ausschließende Unmöglichkeit geltend gemacht werden. Dazu gehört auch der Vortrag und erforderlichenfalls der Beweis, dass sie die ihr unter den Umständen des Einzelfalls zumutbaren Erkundigungen eingeholt hat (im Anschluss an Senat NJW 2014, 2571 = FamRZ 2014, 1440).
4. Ein auf Auskunft über die Identität des leiblichen Vaters gerichteter Titel ist vollstreckbar und die Vollstreckung ist nicht durch § 120 Abs. 3 FamFG analog ausgeschlossen.

(Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 242, 275, 362 Abs. 1, 1618a, 1755

FamFG §§ 111 Nr. 10, 112 Nr. 3, 120 Abs. 3, 266 Abs. 1 Nr. 4

Ref. iur. und Wiss. Hilfskraft Alexander Drakos, Köln*

Die folgende Besprechung soll einen ersten Einblick in das weite und intransparente Feld der Auskunftsansprüche im Familienrecht geben und anregen, sich intensiver mit diesem auseinanderzusetzen. Durch den Einfluss unterschiedlicher Rechtsgebiete ergeben sich Synergieeffekte und Schnittstellen zum Pflichtfachstoff des Verfassungs- und Zwangsvollstreckungsrechts. Darüber hinaus ist die Entscheidung für Studierende in Schwerpunkten mit familienrechtlichem Einschlag interessant.

* Der Autor ist Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und Europäische Privatrechtsentwicklung der Universität zu Köln (Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb) sowie Rechtsreferendar am LG Köln.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=XII%20ZB%20183/21&nr=127110>.

I. Einleitung

Immer dort, wo unterschiedliche Menschen und damit Interessen aufeinandertreffen, kommt es zu Konflikten. Diese Konflikte führen im Ernstfall zu der Notwendigkeit einer gerichtlichen Klärung. Dies kommt insbesondere in Familien vor, denn dort liegt der Zündstoff für empfindliche Themen z.B. den Unterhalt, das Sorgerecht oder die Abstammung betreffend. Mit dem hier besprochenen Beschluss hat der *XII. Zivilsenat* des BGH das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung gestärkt und weiter konkretisiert.² In anders gelagerten Fällen leitet derselbe *Senat* bereits einen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB ab, sofern eine Sonderverbindung zwischen den Privatrechtssubjekten besteht. Dabei ging es jedoch nicht um einen Anspruch des Kindes gegen die Eltern, sondern gegen den Reproduktionsmediziner oder des „Scheinvaters“ gegen die Mutter.³ Neu in der Rechtsprechung des BGH⁴ ist deshalb, dass § 1618a BGB als Anspruchsgrundlage im Eltern-Kind-Verhältnis herangezogen werden kann. Dabei ist vor allem diskussionswürdig, ob sich § 1618a BGB überhaupt als Anspruchsgrundlage eignet,⁵ und ob eine Adoption der Geltendmachung des Anspruchs im Wege steht. Außerdem stellt sich eine Vielzahl von weiteren Fragen, unter anderem wie zu verfahren ist, wenn die Anspruchsgegnerin sich nicht mehr an den Erzeuger des Kindes erinnert – mithin die Auskunftserteilung unmöglich ist – und wie der Auskunftsanspruch vollstreckt werden kann.

II. Sachverhalt

Die im Jahr 1984 geborene Antragstellerin und Tochter begehrt von ihrer biologischen Mutter und Antragsgegnerin Auskunft über die Person ihres leiblichen Vaters. Zum Zeitpunkt der Geburt war die Antragsgegnerin 16 Jahre alt. Die in problematischen Familienverhältnissen aufgewachsene Antragsgegnerin bemerkte ihre Schwangerschaft erst im siebten Monat und verließ daraufhin die Hauptschule ohne Schulabschluss. Nach der Geburt lebte sie mit ihrer Tochter in einem Mutter-Kind-Heim, bevor sie die Antragstellerin zur Adoption freigab. Diese wurde sodann von einem Ehepaar adoptiert. Ein 1985 durchgeführtes Vaterschaftsfeststellungsverfahren blieb ohne Erfolg. Ende 2003 trafen sich die Antragstellerin und die Antragsgegnerin unter Mitwirkung des Jugendamts. Im März 2018 forderte die Antragstellerin die Antragsgegnerin auf, ihr Auskunft über ihren leiblichen Vater zu erteilen. Dies blieb ohne Erfolg. Die Antragsgegnerin behauptet, sie wisse nicht, wer der Erzeuger der Antragstellerin ist. Daraufhin nahm die Antragstellerin die Antragsgegnerin gerichtlich auf Auskunft in Anspruch.

III. Entscheidung

Der BGH schließt sich in seinem Beschluss der Entscheidung der Vorinstanz⁶ im Ergebnis an.

² *Wellenhofer*, JuS 2022, 546 (548).

³ St. Rspr. vgl. BGH, Urt. v. 28.1.2015 – XII ZR 201/13; BGH, Beschl. v. 2.7.2014 – XII ZB 201/13; BGH, Urt. v. 9.11.2011 – XII ZR 136/09.

⁴ Vgl. zur Diskussion in der Literatur und zur instanzgerichtlichen Rechtsprechung: v. *Sachsen Gessaphe*, in: MüKo-BGB, Bd. 10, 8. Aufl. 2020, § 1618a Rn. 17 m.w.N.

⁵ Kritisch nur *Keuter*, FamRZ 2022, 633 (638).

⁶ OLG Stuttgart, Beschl. v. 30.3.2021 – 17 UF 52/20 (nicht veröffentlicht).

1. § 1618 a BGB als geeignete Anspruchsgrundlage

Zunächst prüfte der *XII. Zivilsenat*, ob sich § 1618a BGB als Anspruchsgrundlage eignet und bejahte dies.⁷

Gem. § 1618a BGB sind Eltern und Kinder einander Beistand und Rücksicht schuldig. Dabei erkennt der BGH selbst, dass die Anspruchsgrundlage grundsätzlich unvollkommen ist, weil an einen Verstoß gegen die Norm keine Rechtsfolge geknüpft ist.⁸ Sodann legt er die Norm aus und kommt zu dem Schluss, dass § 1618a BGB nach einer historischen Auslegung bei der Ausfüllung von Lücken im Familienrecht herangezogen werden⁹ und eine ähnliche Bedeutung erlangen soll wie § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB.¹⁰ Denn § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB begründet das Recht und die Pflicht auf Beistand innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft, aus dem sich letztlich auch Auskunftsansprüche ableiten lassen.¹¹

Darüber hinaus spreche der Wortlaut der Regelung („sind [...] schuldig“) dafür, dass Eltern und Kinder wechselseitige Ansprüche aus dieser ableiten können.¹²

Der BGH statuiert weiter, dass sich die Beistandspflicht der Eltern gegenüber ihrem Kind so weit konkretisieren kann, dass dieses Auskunft über den leiblichen Vater von der Mutter verlangen kann. Dies wiederum folge aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), welches einem jeden ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewährleiste.¹³ Zwar folge nicht unmittelbar aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Anspruch auf Verschaffung verfügbarer Abstammungsinformationen, allerdings sei es die Verpflichtung des Staates, den Einzelnen vor der Vorenthaltung der Abstammungsinformationen, insbesondere durch die Eltern, zu schützen. Letztlich müsse ein entsprechendes Verfahren bereitstehen, in dem die Abstammung geklärt werden kann, weshalb es unter den Privatrechtssubjekten (Eltern-Kind) einer zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage bedürfe.¹⁴

Nach diesen Ausführungen stellt sich die Frage, inwiefern das allgemeine Persönlichkeitsrecht der dann zur Auskunft verpflichteten Mutter gewürdigt wird. Auf dieses geht der *Senat* etwas knapper ein, indem er kurz feststellt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter die Qualifizierung als Anspruchsgrundlage nicht hindert. Vielmehr müsse im Einzelfall abgewogen werden, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter auf Achtung ihrer Privat- und Intimsphäre mit dem daraus abgeleiteten Recht, Aspekte ihres Sexuallebens nicht offenbaren zu müssen, überwiege.¹⁵

Die Besonderheit des Sachverhaltes lag darin, dass der Eltern-Kind-Beziehung eine Adoption „zwischengeschaltet“ ist, also keine rechtliche Elternschaft mehr zur Antragsgegnerin besteht. Denn gem. § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB erlischt mit der Annahme eines Minderjährigen, also der Adoption, das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen Verwandten und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten.

⁷ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 14.

⁸ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 15.

⁹ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 16; BT-Drs. 8/2788, S. 36.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 16.

¹¹ *Erbarth*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.6.2022, § 1353 Rn. 377 ff.; *Roth*, in: MüKo-BGB, Bd. 9, 9. Aufl. 2022, § 1353 Rn. 38; *Budzikiewicz*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 1353 Rn. 5; *Wellenhofer*, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 1353 Rn. 16 ff.

¹² Ebenda.

¹³ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 18 f.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 21.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 21.

Darin sah der BGH jedoch kein Hindernis. Er führt aus, dass gem. § 1755 Abs. 2 S. 2 BGB die Ansprüche des Kindes, die bis zur Annahme entstanden sind, durch die Annahme nicht berührt werden, die Adoption mithin nur Wirkung für die Zukunft entfaltet.¹⁶ Konsequenterweise ist für die Frage der bis zur Adoption entstandenen Ansprüche die Geburtsmutter sodann auch rechtliche Mutter (vgl. §§ 1591, 1747 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 BGB), sodass das für erforderliche Eltern-Kind-Verhältnis zur Bejahung des Anspruchs vorliegt, und die Tatbestandsmerkmale des § 1618a BGB erfüllt sind.¹⁷ Dies gilt selbstredend nur bis zur Annahme des Kindes durch die neuen (Adoptiv-)Eltern. Selbst wenn die Annahme des Kindes unmittelbar im Anschluss an die Geburt erfolgt, war die Frau, die das Kind geboren hat, gem. § 1591 BGB kurzzeitig auch rechtliche Mutter, der Anspruch aus § 1618a BGB ist also entstanden und, so der BGH in dieser Entscheidung erstmalig, auch nicht erloschen.¹⁸

2. Erlöschen des Anspruchs gem. § 362 Abs. 1 BGB

Sofern § 1618a BGB als Anspruchsgrundlage bejaht wird, stellt sich die Folgefrage, wann Erfüllung eintritt. Immerhin könnte man annehmen, der Anspruch sei immer dann erfüllt, wenn die Geburtsmutter irgendeine Auskunft erteilt, sei es auch nur die Mitteilung über die Unbekanntheit über die Person des leiblichen Vaters.

Dies lässt der BGH aber gerade nicht ausreichen. Der Anspruch sei erst erfüllt, wenn die biologische Mutter den Mann oder die Männer, die ihr in der Empfängniszeit beigewohnt haben, mit Namen und Adressen nennt.¹⁹ Gleichzeitig lässt der BGH eine sog. negative Auskunft, also eine Auskunft über die Unkenntnis des potentiellen Erzeugers, ausreichen, sofern der Auskunftsschuldner „erschöpfend Tatsachen erfährt, die für den Bestand seines Anspruchs von Bedeutung sind.“ Die bloße Angabe des Schuldners, ihm fehle die Kenntnis, komme einem einfachen Bestreiten des Auskunftsanspruchs gleich und genüge nicht.²⁰

3. Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB?

Die Frage der Beurteilung der Unmöglichkeit gewinnt im Verfahren nach dem FamFG eine besondere Brisanz, weil durch den Verweis auf die ZPO in § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG der Auskunftsschuldnerin mehr an Darlegungs- und Begründungspflichten auferlegt werden, als sie im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes nach dem FamFG trüge. Ein einfaches Bestreiten mit Nichtwissen reicht nicht aus, sondern sie muss dieses Nichtwissen mit einer Begründung und notfalls auch Beweisen untermauern.

a) Das FamFG – Ein verfahrensrechtlicher Exkurs

Grundsätzlich gilt im einschlägigen FamFG der Amtsermittlungsgrundsatz.²¹ Gem. § 26 FamFG hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Anders als im Zivilprozess, in dem der Beibringungsgrundsatz gilt, müssen die Parteien die entscheidungserheblichen Tatsachen gerade nicht selbst in den Prozess

¹⁶ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 29.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 31.

¹⁸ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 31.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 38.

²⁰ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 39.

²¹ Das FamFG gehört nicht zum Pflichtfachstoff im Staatsexamen, vgl. §§ 11, 52 JAG NRW.

einbringen.²² Nach dem Amtsermittlungsgrundsatz hätte das Gericht die unmöglichkeitsbegründenden Tatsachen von sich aus ermitteln und der Entscheidung zugrunde legen müssen.

Der BGH ordnet den auf § 1618a BGB gestützten Auskunftsbegehren allerdings den sonstigen Familiensachen i.S.d. §§ 111 Nr. 10, 266 Abs. 1 Nr. 4 FamFG und damit den Familienstreitsachen gem. § 112 Nr. 3 FamFG zu.²³ Das ist deshalb nicht trivial, weil gem. § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG die allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung und die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren vor den Landgerichten entsprechend gelten, mithin der Beibringungsgrundsatz zur Anwendung kommt. Dies ist dogmatisch konsequent, hat jedoch für die Antragsgegnerin erhebliche Folgen. Sie muss beweisen, dass sie alle ihr zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um den gegen sie gerichteten Anspruch auf Auskunft zu erfüllen. Dies ist der Antragsgegnerin im hier zu diskutierenden Beschluss nicht gelungen, zumal der BGH keine näheren, verwertbaren Ausführungen zu den Anforderungen an eine sog. „negative Auskunft“ gemacht hat.²⁴

4. Zwangsvollstreckungsverfahren

Bei der Auskunftserteilung handelt es sich um eine unvertretbare Handlung i.S.d. § 888 ZPO.²⁵ Unvertretbare Handlungen werden gem. § 888 Abs. 1 S. 1 ZPO durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft vollstreckt.

Eine in letzter Konsequenz angeordnete Zwangshaft erscheint zunächst unverhältnismäßig, sofern sich die Auskunftsschuldnerin tatsächlich nicht an den oder die potentiellen Erzeuger erinnert. Allerdings kann sich die Auskunftsschuldnerin im Zwangsvollstreckungsverfahren mithilfe der Vollstreckungsabwehrklage gegen die Vollstreckung wehren, §§ 120 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 767 Abs. 2 ZPO. Kann sie auch im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht beweisen, dass ihr die Auskunft unmöglich ist, so hat das Vollstreckungsgericht dennoch zu prüfen, ob im Einzelfall nicht doch ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundrechte der Mutter vorliegt. Dies biete der Zwangsvollstreckungsschuldnerin einen hinreichenden Schutz.²⁶

IV. Stellungnahme

Der vorliegende Beschluss ist begrüßenswert. Die Bejahung des § 1618a BGB als Anspruchsgrundlage im Eltern-Kind-Verhältnis schafft Rechtssicherheit. Bisweilen war unklar, ob es sich in § 1618a BGB bei „Eltern“ und „Kinder“ um Tatbestandsmerkmale und bei „einander Beistand und Rücksicht schuldig“ um die Rechtsfolge handelt, so dass § 1618a BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen werden kann. Wie auch schon vorher in der Instanzrechtsprechung und der Literatur befürwortet, lässt sich dies nach dem Beschluss des BGH nun gut begründen.

Trotz des Gewichts des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Geburtsmutter wird die Abwägung im Einzelfall wohl selten zugunsten der auskunftsverpflichteten Mutter ausgehen, wenn man bedenkt, dass die Kenntnis über die eigene Abstammung für die soziale Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes sowie für sein Selbstverständnis und die Möglichkeit, langfristige familiäre Beziehungen zu

²² Vgl. *Musielak*, in: *Musielak/Voit*, Kommentar zur ZPO, 19. Aufl. 2022, ZPO Einl. Rn. 37; *Burschel/Perleberg/Kölbel*, in: *BeckOK FamFG*, Stand: 2.4.2023, § 26 Rn. 5.

²³ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 33.

²⁴ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 39.

²⁵ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 43; *Gruber*, in: *MüKo-ZPO*, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 888 Rn. 3.

²⁶ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 43.

anderen einzugehen, von elementarer Bedeutung ist.²⁷ Kaum denkbar sind Fälle, in denen das Geheimhaltungsinteresse der Mutter die Kenntnis über die eigene Abstammung und damit ein wesentlicher Teil der Identität des Kindes überwiegt.

Welche konkreten Anforderungen an eine sog. negative Auskunft gestellt werden müssen, um den Auskunftsanspruch zu erfüllen, hat der *Senat* bislang offen gelassen.²⁸ Diesbezüglich wäre eine weitere Konkretisierung wünschenswert gewesen. Ab wann kann eine negative Auskunft als ausreichend angesehen werden? Wo verläuft die Grenze zwischen einfachem Bestreiten und Erfüllung durch negative Auskunft? Wohl nicht ausreichend ist es, wenn die biologische Mutter ihr Unwissen über die Person des Erzeugers äußert. Vielmehr wird es nötig sein, so ausführlich wie möglich zu begründen, welche Anstrengungen, sie zu welcher Zeit vorgenommen hat. Denkbar ist z.B. eine Auflistung von Namen, an die sich die Mutter erinnert und der nachweisliche Versuch einer Kontaktaufnahme in Form einer Melderegisterauskunft gem. § 44 BMG.

Hinsichtlich des Nachweises der Unmöglichkeit in Verbindung mit dem besonderen Verfahrensrecht des FamFG ist der Beschluss konsequent. Der Beibringungsgrundsatz verpflichtet die Auskunftsschuldnerin, alle ihr zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, um die Erteilung der begehrten Auskunft zu ermöglichen. Für das Zwangsvollstreckungsrecht kann sich nichts anderes ergeben, weil der Einwand der Unmöglichkeit ansonsten zu sich widersprechenden Ergebnissen im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren führen würde.

Gerade mit Blick auf eine drohende Zwangshaft (§ 888 Abs. 1 S. 1 ZPO) wäre ein Grundrechtseingriff zwar von nicht zu vernachlässigender Intensität. Dem wirkt der BGH jedoch richtigerweise entgegen, indem er den Vollstreckungsgerichten eine Prüfung der Unverhältnismäßigkeit im Einzelfall aufgibt, sofern der Einwand der Unmöglichkeit im Zwangsvollstreckungsverfahren ausgeschlossen ist.²⁹ Dies reicht aus, um die Rechte der Auskunfts- bzw. Zwangsvollstreckungsschuldnerin zu schützen.

V. Fazit

Der Beschluss eignet sich hervorragend für einen Blick über den Tellerrand. Nicht nur wird das oft intransparente Feld der Auskunftsansprüche im Familienrecht erörtert, sondern es werden auch Bezüge zum Zwangsvollstreckungsrecht, zum Verfassungsrecht oder zum Verfahrensrecht in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit näher beleuchtet.

²⁷ BVerfG FamRZ 2016, 877 (880 Rn. 32 ff.).

²⁸ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 43; BGH, Beschl. v. 2.7.2014 – XII ZB 201/13, Rn. 24.

²⁹ BGH, Beschl. v. 19.1.2022 – XII ZB 183/21, Rn. 43.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21¹

Schockschadensersatz aufgrund des Missbrauchs des eigenen Kindes

Bei sogenannten „Schockschäden“ stellt – wie im Falle einer unmittelbaren Beeinträchtigung – eine psychische Störung von Krankheitswert eine Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar, auch wenn sie beim Geschädigten mittelbar durch die Verletzung eines Rechtsgutes bei einem Dritten verursacht wurde. Ist die psychische Beeinträchtigung pathologisch fassbar, hat sie also Krankheitswert, ist für die Bejahung einer Gesundheitsverletzung nicht erforderlich, dass die Störung über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgeht, denen Betroffene bei der Verletzung eines Rechtsgutes eines nahen Angehörigen in der Regel ausgesetzt sind (insoweit Aufgabe Senatsurteil vom 21. Mai 2019 – VI ZR 299/17, BGHZ 222, 125 Rn. 7 m.w.N.).

(Amtlicher Leitsatz)

BGB § 823 Abs. 1

Wiss. Mitarbeiter Julius Nickoleit, Münster*

I. Einleitung

Die sog. „Schockschäden“ sind sicherlich jedem Studierenden bereits einmal begegnet. Der BGH hat in einer Reihe von Entscheidungen die deliktsrechtliche Ersatzfähigkeit dieser Schäden immer näher ausgeformt. Die Kenntnis der Leitlinien dieser Rechtsprechung darf zumindest ab der Ersten Juristischen Prüfung wohl zum Grundwissen im Zivilrecht gezählt werden. Einen zentralen Bestandteil seiner bisherigen Rechtsprechung hat der BGH aber in einer jungen Entscheidung gekippt.² Alleine darum lohnt sich die nähere Befassung mit dem Urteil. Mehr noch eignet sich die Entscheidung aber hervorragend, die im Sonstigen unverändert gebliebenen Grundsätze der „Schockschäden-Rechtsprechung“ zu wiederholen. Der Beitrag bereitet die Entscheidung des BGH auf und nutzt das Urteil, um einen Überblick über die interessante Konstellation zu geben. Nach der Lektüre sollte der Leser in der Examensklausur zumindest durch diesen Problemkreis nicht mehr zu schocken sein.

II. Schockschaden: Der Grundfall

Bevor es an das eigentliche Urteil geht, soll noch einmal in aller Kürze die Grundkonstellation der Schockschaden-Fälle erläutert werden. Diesen ist stets gemein, dass der Geschädigte eine Beeinträchtigung seiner psychischen Gesundheit erleidet (hier liegt der namensgebende „Schock“), die darauf beruht, dass er die Verletzung einer anderen Person, der er persönlich nahesteht, psychisch

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter bei einer Kanzlei in Düsseldorf.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=VI%20ZR%20168/21&nr=132234>.

² BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21.

verarbeiten muss.³ Ein eingängiges Beispiel wäre die Mutter, die mit ihrem Sohn in einen Unfall verwickelt wird und infolgedessen das Versterben oder die schwere Verletzung ihres Sohnes mit ansehen muss. Wichtig ist, dass es um einen originären Schaden bei der mittelbar geschädigten Person – hier also der Mutter – geht. Es handelt sich nicht um die Geltendmachung eines Schadens Dritter. Für die Zwecke dieses Beitrags ist mit „Geschädigtem“ also stets derjenige gemeint, der den „Schock“ erleidet. „Dritter“ ist hingegen diejenige Person, durch deren Verletzung der „Schock“ ausgelöst wird.

III. Sachverhalt

Eine solche – sehr tragische – Konstellation liegt auch diesem Fall zugrunde:⁴ Die Tochter des Klägers ist von dem Beklagten im Alter von fünf und sechs Jahren mehrfach sexuell missbraucht worden. Der Beklagte ist hierfür unter anderem wegen sexuellen Missbrauchs in zehn Fällen rechtskräftig verurteilt worden. Der Vater erlitt – nachdem er von den Vorwürfen erfahren hatte – eine „tiefgreifende reaktive depressive Verstimmung“, die er mit einer Hypnosetherapie behandeln ließ. In dieser Zeit war er arbeitsunfähig. Erst nach Abschluss des Strafverfahrens stellte sich langsam eine Besserung ein. Wegen des von ihm erlittenen Schocks verlangt der Vater nun vom Beklagten Schmerzensgeld. Das LG Lüneburg hatte den Beklagten u.a. zur Zahlung von Schmerzensgeld i.H.v. 4.000 € verurteilt.⁵ Die Berufung des Beklagten vor dem OLG Celle war erfolglos geblieben.⁶ Nun hatte der BGH über die Revision des Beklagten zu entscheiden.

IV. Aufbereitung des Urteils

Der BGH befasst sich ausschließlich mit einem Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB.

1. Rechtsgutverletzung

Dieser setzt zunächst eine Rechtsgutverletzung voraus.⁷ Ernsthaft in Betracht kommt nur eine Gesundheitsverletzung. Hierzu stellt der BGH zunächst fest, dass psychische Störungen von Krankheitswert grundsätzlich Gesundheitsschäden darstellen können.⁸ Nach seiner bisherigen Rechtsprechung waren im Fall eines Schockschadens aber Einschränkungen zu beachten. Demnach lag eine Gesundheitsverletzung nur dann vor, wenn erstens die psychische Beeinträchtigung pathologisch fassbar ist und zweitens diese Beeinträchtigung über diejenige hinausgeht, der Angehörige beim Tod oder einer schweren Verletzung eines nahen Angehörigen in der Regel ausgesetzt sind.⁹ Nur beim kumulativen Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen bejahte der BGH eine Gesundheitsverletzung. Fehlte es an letzterer Voraussetzung, konnte auch bei Vorliegen einer pathologischen Störung der psychi-

³ Instruktiv noch unter Berücksichtigung der alten Rechtsprechung: *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 151–153; *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 214 ff.

⁴ Nachzulesen bei: BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 1 ff.

⁵ LG Lüneburg, Urt. v. 28.7.2020 – 2 O 15/19.

⁶ OLG Celle, Urt. v. 12.5.2021 – 5 U 85/20.

⁷ Vergleiche zu den geschützten Rechtsgütern allgemein: *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 2–107.

⁸ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 13 m.w.N.; vgl. auch *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 209 ff.

⁹ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 13 m.w.N.

schen Gesundheit kein Schadensersatz geltend gemacht werden. Der Knackpunkt an der vorliegenden Entscheidung ist nun, dass der BGH von der zweiten Voraussetzung ausdrücklich abrückt.¹⁰ Fortan ist es nicht mehr erforderlich, dass die psychische Beeinträchtigung über das hinausgeht, was Angehörige gewöhnlicherweise ertragen müssen, wenn nahe Angehörige schwer verletzt werden oder sterben. Es genügt das Vorliegen einer pathologisch fassbaren psychischen Beeinträchtigung.¹¹

Der BGH schwenkt damit auf die Linie einer in der Literatur weit verbreiteten Kritik an der bisherigen Rechtsprechung ein.¹² Das Gericht erkennt nun an, dass physische und psychische Gesundheitsbeeinträchtigungen i.R.d. § 823 Abs. 1 BGB grundsätzlich gleichzustellen sind.¹³ Früher hatte der BGH das zweite einschränkende Merkmal unter anderem auf einen Vergleich zu den §§ 844, 845 BGB gestützt.¹⁴ Beide Paragraphen gewähren Ersatzansprüche für Beeinträchtigungen, die auf der Rechtsverletzung bei einer dritten Person beruhen.¹⁵ Die Situation – so früher der BGH – sei bei einem Schockschaden vergleichbar. Auch hier ist der Geschädigte nur mittelbar betroffen. Eigentlich Geschädigter ist der Dritte. Wenn aber der Gesetzgeber die Ersatzfähigkeit in solchen Fällen in den §§ 844, 845 BGB explizit anordnet, so sei davon auszugehen, dass es sich um Ausnahmefälle handelt. Dass dieses Argument nicht verfängt, zeigt schon die obige Darstellung des Grundfalls der Schockschäden. Denn im Fall des Schockschadens erfährt der Anspruchsteller eine eigene Rechtsverletzung, nämlich eine Beeinträchtigung seiner psychischen Gesundheit. Der Fall ist mit den §§ 844, 845 BGB also gar nicht vergleichbar.¹⁶ Das erkennt nun auch der BGH ausdrücklich an.¹⁷ Zudem gesteht der BGH die teils unbilligen Ergebnisse seiner bisherigen Rechtsprechung ein.¹⁸ Gerade im Fall besonders schwerer Straftaten war die Bejahung eines Anspruchs auf Schmerzensgeld erschwert, da in diesem Fall auch eine heftigere Reaktion der nahen Angehörigen üblich ist. Umgekehrt war sie bei weniger schweren Straftaten erleichtert, da hier eine weniger heftige Reaktion üblich ist. Damit wurde also gerade der Schädiger, der sich eine schwerere Straftat zu Schulden hat kommen lassen, privilegiert. Entsprechend wurde dem Geschädigten, der mit einer besonders schweren Straftat konfrontiert wurde, die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs erschwert. Der BGH erkennt hierin einen unbilligen Wertungswiderspruch.¹⁹ Das Gericht hält aber daran fest, dass die Haftung für nur mittelbar verursachte psychische Gesundheitsbeeinträchtigungen – gerade im Fall nur fahrlässiger Verursachung – nicht uferlos ausgeweitet werden darf.²⁰ Hierfür gebe es aber genügend andere rechtliche Stellschrauben.²¹ Zudem entfalte auch schon das Tatbestandsmerkmal der pathologisch fassbaren Gesundheitsschädigung beschränkende Wirkung. So könnten geringfügige Verletzungen ausgeschlossen sein, „wenn es sich nur um vorübergehende, im Alltagsleben typische und häufig auch aus anderen Gründen als einem besonderen Schadensfall entstehende Beeinträchtigungen des Körpers

¹⁰ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 14.

¹¹ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 14.

¹² *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 218; *Spickhoff*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 45; *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, § 823 Rn. B 33; *Bischoff*, MDR 2004, 557 (558).

¹³ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 15.

¹⁴ Vgl. etwa: BGH, Urt. v. 21.5.2019 – VI ZR 299/17, Rn. 7; BGH NJW 2015, 1451 (1451 f.).

¹⁵ Vgl. zum Zweck dieser Normen: *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 844 Rn. 1 und § 845 Rn. 1.

¹⁶ *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, § 823 Rn. B 34.

¹⁷ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 15.

¹⁸ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 16.

¹⁹ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 16.

²⁰ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 17.

²¹ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 17; so auch schon früher die Kritik in der Literatur, vgl. nur *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2017, § 823 Rn. B 34; auf diese Stellschrauben kommt der Beitrag im weiteren Verlauf noch zu sprechen.

oder des seelischen Wohlbefindens handelt [...]. Damit sind Beeinträchtigungen gemeint, die sowohl von der Intensität als auch der Art der Verletzung her nur ganz geringfügig sind und üblicherweise den Verletzten nicht nachhaltig beeindrucken, weil er schon aufgrund des Zusammenlebens mit anderen Menschen daran gewöhnt ist, vergleichbaren Störungen seiner Befindlichkeit ausgesetzt zu sein“.²² Zudem fügt der BGH hinzu, dass für die Bejahung des Vorliegens einer Gesundheitsschädigung das strenge Beweismaß des § 286 ZPO gilt, das die volle Überzeugung des Tatrichters erfordert.²³

Nach diesen neuen Maßstäben bejaht der BGH eine Gesundheitsverletzung. Eine Anpassungsstörung nach ICD-10 F43.2²⁴ sei rechtsfehlerfrei festgestellt worden. Ob diese Schädigung über das übliche Maß hinausgeht, war für den BGH nun nicht mehr relevant.

2. Kausalität

Als nächstes untersucht der BGH die Kausalität zwischen dem Missbrauch der Tochter durch den Beklagten und der psychischen Störung des Vaters. Die Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie liegt problemlos vor. Mit der Adäquanz beschäftigt sich der BGH in diesem Urteil nicht. Er erinnert aber an anderer Stelle an ein Urteil aus dem Jahr 2020, in dem er hervorgehoben hatte, dass über den „Filter der Adäquanz“ solche Kausalverläufe ausgegrenzt werden können, „die dem Verantwortlichen billigerweise rechtlich nicht mehr zugerechnet werden können. Adäquat ist eine Bedingung dann, wenn das Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen“.²⁵

Näher befasst sich der BGH mit dem Zurechnungszusammenhang. Demnach ist ein Schaden nur dann ersatzfähig, wenn er in den Schutzzweck der verletzten Norm fällt.²⁶ Das ist dann der Fall, „wenn die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen worden ist“.²⁷ Davon ist nicht auszugehen, wenn „sich eine Gefahr realisiert hat, die dem allgemeinen Lebensrisiko und damit dem Risikobereich des Geschädigten zuzurechnen ist“.²⁸ Der BGH fährt nun damit fort, verschiedene Fallgruppen aufzuführen, in denen der Zurechnungszusammenhang in Fällen der Schockschäden zu verneinen ist. Hier bezieht sich das Gericht umfassend auf seine bisherige Rechtsprechung, zu Modifikationen kommt es insoweit also nicht. Die bisherige Rechtsprechung soll hier kurz zusammengefasst werden:

Zuerst entfällt der Zurechnungszusammenhang dann, wenn „der Geschädigte das schadensauslösende Ereignis in neurotischem Streben nach Versorgung und Sicherheit lediglich zum Anlass nimmt, den Schwierigkeiten und Belastungen des Erwerbslebens auszuweichen“.²⁹ Zu verneinen ist der Zurechnungszusammenhang auch dann, „wenn das schädigende Ereignis ganz geringfügig ist (Bagatelle), nicht gerade speziell eine Schadensanlage des Verletzten trifft und die psychische Reak-

²² BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 18; so auch schon BGH NJW 2022, 3509 (3511).

²³ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 17.

²⁴ Die ICD-10 ist die 10. Aufl. einer medizinischen Klassifikationsliste der WHO; die Beschreibung der Nummer F43.2 kann hier nachgelesen werden: <https://www.icd-code.de/icd/code/F43.2.html> (20.5.2023).

²⁵ BGH NJW 2021, 925 (928).

²⁶ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 24; instruktiv zum Schutzzweck der Norm: *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 16 Rn. 143 ff.

²⁷ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 24.

²⁸ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 24.

²⁹ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 25; so auch schon BGH NJW 2022, 3509 (3511).

tion deshalb im konkreten Fall schlechterdings nicht mehr verständlich ist, weil sie in grobem Missverhältnis zum Anlass steht“.³⁰ Eine Verneinung ist auch in Betracht zu ziehen, „wenn der Geschädigte auf Ereignisse besonders empfindlich und „schockartig“ reagiert, die das objektiv nicht rechtfertigen und die im Allgemeinen ohne nachhaltige und tiefe seelische Erschütterungen toleriert zu werden pflegen“.³¹ Zudem fehlt es am Zurechnungszusammenhang, wenn der Geschädigte in keinem besonderen Näheverhältnis zu dem Dritten steht, auf dessen Verletzung der Schock beruht.³² Wiederum ist es aber nicht unbedingt erforderlich, dass der Dritte stirbt oder bei ihm selbst schwerwiegende Verletzungen auftreten.³³ Es ist auch nicht pauschal notwendig, dass der Geschädigte am „Unfallgeschehen“ beteiligt gewesen ist. Es genügt also ein „Fernwirkungsschaden“.³⁴ Zuletzt ist es für die Zurechnung unschädlich, dass der Verletzte in besonderem Maße veranlagt war, einen psychischen Schaden zu erleiden.³⁵

Nach diesen Grundsätzen gelangt der BGH zu einer Bejahung des Zurechnungszusammenhangs.³⁶ Für das Gericht unterfällt die Konfrontation eines Elternteils mit dem wiederholten sexuellen Missbrauch seines Kindes nicht dem allgemeinen Lebensrisiko des Elternteils. Das gelte aufgrund der engen personalen Verbundenheit der Eltern mit ihrem Kind, aufgrund derer ein Integritätsverlust des Kindes auch als eigener Integritätsverlust der Eltern wahrgenommen wird.³⁷ Zwar hatte ein Sachverständiger beim Geschädigten einen „dysfunktionalen Umgang mit Belastungen“ festgestellt.³⁸ Eine Schadensveranlagung ist aber nicht dazu geeignet, den Zurechnungszusammenhang zu unterbrechen. Unschädlich ist auch, dass der Vater den sexuellen Missbrauch nicht unmittelbar miterlebt hat. Zudem ist unbeachtlich, dass bei der Tochter keine physischen oder psychischen Beeinträchtigungen festgestellt worden sind.

Damit bejaht der BGH die Kausalität.

3. Restliche Prüfung

Mit sonstigen Fragen der Anspruchs begründung befasst sich der BGH nicht. In der Examensklausur wären freilich noch Rechtswidrigkeit und Verschulden zu prüfen. In dem bereits erwähnten Urteil aus dem Jahr 2020 hatte der BGH auch das Verschulden als „Filter“ für die Schockschaden-Fälle bezeichnet. Da sich das Verschulden auch auf die Kausalität beziehen muss, kann bei mangelnder Vorhersehbarkeit des haftungsbegründenden Kausalverlaufs das Verschulden fehlen.³⁹ Hier ist aber Vorsicht geboten: Es ist nämlich nicht erforderlich, dass sich der Schädiger „vorstellen vermag, wie sich der Schadenshergang im Einzelnen abspielt und in welcher Weise sich der Schaden verwirklicht“.⁴⁰ Es „genügt vielmehr, dass der Schädiger die Möglichkeit des Eintritts eines schädigenden Erfolgs im Allgemeinen hätte vorhersehen können“.⁴¹

³⁰ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 25; so auch schon BGH NJW 1996, 2425 (2426).

³¹ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 27; so auch schon BGH NJW 1985, 1390 (1391).

³² BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 25; vgl. hierzu auch BGH NJW 2012, 1730 (1731).

³³ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 26.

³⁴ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 29; vgl. auch BGH NJW 1985, 1390 (1391).

³⁵ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 25; vgl. auch BGH NJW 1997, 455 (456).

³⁶ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 20 ff.

³⁷ Vgl. zur Argumentation des BGH: BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 28.

³⁸ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 30.

³⁹ BGH NJW 2021, 925 (928).

⁴⁰ BGH NJW 2021, 925 (928).

⁴¹ BGH NJW 2021, 925 (928).

Nur zur Schadensbemessung äußert sich der BGH noch. Er rügt, dass das Berufungsgericht sich hierbei nicht mit der Schadensanfälligkeit des Beklagten beschäftigt habe.⁴² Diese stelle nämlich einen für die Bemessung des Schmerzensgelds berücksichtigungsfähigen Umstand dar.⁴³

V. Ergebnisse

Schockschäden-Fälle waren auch schon vor der aktuellen Entscheidung beliebter Prüfungsgegenstand für Klausuren, sowohl im Grundstudium als auch in den Examina. Mit diesem neuerlichen Urteil steigt die Wahrscheinlichkeit, dass ein vergleichbarer Fall in nächster Zeit wieder abgeprüft wird. Dann kommt es natürlich nicht nur darauf an, zu wissen, dass es neulich eine Rechtsprechungsänderung gab. Vielmehr sollte verinnerlicht werden, warum der BGH von seiner alten Rechtsprechung abgewichen ist. Wird die Frage als Problem aufgeworfen, können dann die oben genannten Argumente herangezogen werden. Zudem darf nicht vergessen werden, dass § 823 Abs. 1 BGB noch weitere Fallstricke bereithält, an denen die Ersatzfähigkeit scheitern kann. Hier ist vor allem an vier Punkte zu denken: Erstens sollte genau geprüft werden, ob eine pathologisch fassbare Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit auch wirklich vorliegt. „Normale“ Trauer genügt nach wie vor nicht. Zweitens kann die Adäquanz bei gänzlich unwahrscheinlichen Kausalverläufen die Zurechnung zum Schädiger entfallen lassen. Drittens ist der Zurechnungszusammenhang genau zu prüfen. Viertens ist noch auf das Verschulden einzugehen. Auf Rechtsfolgenseite sei zuletzt noch darauf hingewiesen, dass ggf. auf eine Zurechnung des Verschuldens des Dritten zum Geschädigten einzugehen ist.⁴⁴

⁴² BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 31 ff.

⁴³ BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 33; vgl. auch BGH NJW 1997, 455 (456).

⁴⁴ Hierzu: *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 220.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 14.2.2023 – VI ZR 295/20 (OLG Karlsruhe)¹

Schadensersatz wegen mangelnder Aufklärung über Schwangerschaftsrisiken

1. Der Behandelnde ist im Rahmen einer Schwangerschaftsuntersuchung verpflichtet, die Schwangere nach dem bei ihm vorauszusetzenden medizinischen Erfahrungs- und Wissensstand umfassend zu beraten und ihr diejenigen medizinischen Fakten zu vermitteln, die für eine von der Rechtsordnung gebilligte eigenständige Entscheidung über eine Fortsetzung der Schwangerschaft erforderlich sind.
2. Die Verpflichtung zum Schadensersatz setzt voraus, dass der Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig gewesen wäre, da es anderenfalls nach dem Schutzzweck der vertraglichen Beratungspflicht am haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang fehlt.
3. Für eine schwerwiegende Beeinträchtigung des seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren i.S.d. § 218a Abs. 2 StGB müssen Belastungen zu befürchten sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass dies von der Frau nicht erwartet werden kann. Der fortgeschrittene Zustand der Schwangerschaft kann dabei nicht ausgeblendet werden.

(Leitsätze des Verf.)

BGB §§ 630a, 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 831
StGB § 218a Abs. 2

Ref. iur. Richard Zimmer, Halle (Saale)*

I. Einleitung

Mit den Schlagwörtern „Kind als Schaden“ bzw. „wrongful birth“ wird die Frage nach der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für die aus Sicht der Eltern ungewollte Geburt eines Kindes skizziert.² Dem liegt in tatsächlicher Hinsicht häufig die Geburt eines schwerbehinderten Kindes zugrunde, der eine ungenügende Beratung der Eltern über die Risiken der Schwangerschaft im Hinblick auf eine Fehlbildung des Fötus vorausging.³ Die Besonderheit besteht hier darin, dass den Arzt kein Verschulden bezüglich der Verursachung der Schädigung des Kindes trifft, sondern lediglich hinsichtlich des Unterlassens einer vollständigen Aufklärung der Eltern, die diese möglicherweise in Kenntnis der Risiken zu einem Schwangerschaftsabbruch bewogen hätte. In rechtlicher Hinsicht stellt sich hier die Frage, inwieweit zum einen die Eltern des schwerbehinderten Kindes, zum anderen das Kind

* Der Verf. ist Rechtsreferendar am Landgericht Magdeburg.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&Seite=1&nr=133091&pos=50&anz=863> (24.4.2023) sowie veröffentlicht unter BeckRS 2023, 5595.

² Riedel, Kind als Schaden, 2003, S. 17; Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2015, § 49 Rn. 1087.

³ Riedel, Kind als Schaden, 2003, S. 58; Hager, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Buch 2, Neubearbeitung 2017, § 823 B 50.

selbst, den behandelnden Arzt auf Schadensersatz wegen Vertragsverletzung oder unerlaubter Handlung in Anspruch nehmen können.⁴ Die Rechtsprechung erkannte einen Schadensersatzanspruch zugunsten der Eltern bereits 1983 im sog. „Röteln-Urteil“ ausdrücklich an, stellte aber zugleich strenge Anforderungen an eine Haftung des beratenden Arztes.⁵ In einem aktuellen Urteil hatte der BGH zum wiederholten Mal die Gelegenheit, diese Kriterien zur Anwendung zu bringen, wobei neben interessanten Problemen des Schadensrechts ein Schwerpunkt auf einer – im Zivilrecht jenseits von § 823 Abs. 2 BGB ungewöhnlichen – strafrechtlichen Inzidentprüfung lag.

II. Sachverhalt

Die Kläger sind Eltern eines schwerbehinderten Kindes, das seit seiner Geburt an einer seltenen Fehlbildung erkrankt ist, die unter anderem zu einer schweren Fehlgestaltung der Augen und der mangelnden Fähigkeit zum Laufen, Krabbeln, Sprechen und Greifen sowie einer Epilepsieerkrankung geführt hat. Die Beklagten sind zum einen die Trägerin einer Frauen- und Kinderklinik, zum anderen ein dort angestellter Oberarzt, der die Klägerin schwangerschaftsbegleitend beraten und behandelt hat. Die schwere Erkrankung des Kindes wurde zwar erst nach der Geburt festgestellt, jedoch hatte sich bereits im Rahmen einer in der 32. Schwangerschaftswoche durchgeführten MRT-Untersuchung ergeben, dass der Fötus unter mehreren Fehlbildungen des Gehirns litt, die ausweislich eines Sachverständigengutachtens mit einer Wahrscheinlichkeit von 12 % zu schweren Behinderungen führen können. In einem in der darauffolgenden Woche durchgeführten Gespräch erörterten der behandelnde Oberarzt sowie ein weiterer Arzt den MRT-Befund mit beiden Elternteilen, ohne allerdings auf das Risiko der Behinderung näher hinzuweisen. Sie gaben gegenüber den Klägern lediglich an, das Kind könne an „motorisch-kognitiven Beeinträchtigungen“ leiden. Die Klägerin führte an, dass sie sich bei Kenntnis der Möglichkeit einer Behinderung in jedem Fall für einen Abbruch der Schwangerschaft entschieden hätte. Als Indiz hierfür führt sie an, bereits vor dem streitgegenständlichen Geschehen zwei Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt zu haben, in einem Fall wegen einer festgestellten, aber im Vergleich zu der streitgegenständlichen schweren Behinderung weniger erheblichen Erkrankung des Kindes. Sie leidet infolge der Geburt an einer depressiv-ängstlichen Entwicklung bzw. Anpassungsstörung, Schlafstörungen und vermindertem Antrieb und begehrt deswegen von den Beklagten Schmerzensgeld. Zudem verlangt sie Betreuungsunterhalt für die Pflege des Kindes. Der Kläger macht als Vater des Kindes lediglich Unterhaltsschaden geltend.

III. Entscheidung

Während das LG Mannheim die Klage auf Schadensersatz abgewiesen hat, wurde ihr auf eine Berufung hin durch das OLG Karlsruhe überwiegend stattgegeben.⁶ Vor dem BGH beehrten die Beklagten nunmehr im Wege der Revision die Aufhebung des Berufungsurteils. Der BGH gab der Revision statt und verwies die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an das OLG Karlsruhe zurück.⁷

⁴ Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 37.

⁵ BGH NJW 1983, 1371.

⁶ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 5595.

⁷ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 36.

1. Schadensersatzanspruch gegen Trägerin der Klinik

a) §§ 280 Abs. 1, 630a BGB

Gegen die Trägerin der Klinik kommt zunächst ein vertraglicher Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 630a BGB in Betracht.

aa) Schuldverhältnis

(1) Behandlungsvertrag

Ein vertragliches Schuldverhältnis im Rahmen des Schadensersatzanspruchs konnte im Hinblick auf die Trägerin der Klinik lediglich durch einen Behandlungsvertrag nach § 630a BGB begründet werden. Unzweifelhaft wurde ein solcher zwischen der Klägerin und der Trägerin der Klinik geschlossen.

(2) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Problematisch ist dagegen, ob auch der ebenfalls als Kläger auftretende Vater in das vorliegende Schuldverhältnis einbezogen wurde, da er zumindest nicht unmittelbar am Vertragsschluss beteiligt war. In Betracht kam eine Einbeziehung in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags im Wege eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Wengleich der BGH die Voraussetzungen (Leistungsnahe, Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten, die Erkennbarkeit für den Schuldner sowie Schutzbedürftigkeit des Dritten) im vorigen Fall recht knapp bejahte, sind diese im Rahmen der „wrongful birth“ nicht unproblematisch, weswegen eine eingehendere Betrachtung geboten ist.

(a) Leistungsnahe

Das Merkmal der Leistungsnahe setzt voraus, dass der Dritte mit der Leistung des Schuldners bestimmungsgemäß in Berührung kommt und daher den Gefahren einer Pflichtverletzung in gleicher Weise wie der Gläubiger ausgesetzt ist.⁸ Im Hinblick auf die Beteiligung von Vätern an Behandlungsverträgen zu Schwangerschaften werden hinsichtlich des Vorliegens dieser Voraussetzung unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Eine Ansicht stellt auf die Beteiligung des Vaters am Vertragsabschluss ab.⁹ Da der Behandlungsvertrag bei einer Schwangerschaft regelmäßig mehrere Behandlungs- und Beratungstermine beinhaltet und es sich damit um ein Dauerschuldverhältnis handelt, wäre insoweit lediglich auf das erstmalige Zustandekommen des Behandlungsvertrags abzustellen. Eine erst spätere Beteiligung des Vaters – wie sie im konkreten Fall durch die Teilnahme an der Erörterung der MRT-Ergebnisse vorlag – würde hiernach nicht für das Bejahen der Leistungsnahe ausreichen. Ähnlich hat der BGH im Jahr 2001 im Hinblick auf eine unterlassene Schwangerschaftsuntersuchung bei einer unerkannt schwangeren Minderjährigen angenommen, dass sich der vertragliche Schutz grundsätzlich nur auf die Schwangere als Partei des Behandlungsvertrags beziehe.¹⁰ Die Berührung von Interessen eines potenziellen Vaters sei danach nicht ausreichend, um diesen in den Schutzbereich des ärztlichen

⁸ Leeb, ZJS 2015, 552 (555 f.).

⁹ Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 36.

¹⁰ BGH NJW 2002, 1489 (1490).

Behandlungsvertrags einzubeziehen, wenn für den behandelnden Arzt mangels anfänglicher Kenntnis der Schwangerschaft zunächst keine Beteiligung des Vaters als Drittem erkennbar war.¹¹

Hingegen nimmt die Rechtsprechung nunmehr mit der h.M. unabhängig von der Beteiligung des Vaters am Vertragsschluss das Vorliegen von Leistungsnähe allein aufgrund der Unterhaltspflicht des Vaters aus § 1601 BGB an.¹² Danach diene die Arztleistung im Rahmen der Schwangerschaftsberatung und -planung auch der „wirtschaftlichen Familienplanung“, die in erster Linie den betreffe, der für den Unterhalt aufzukommen habe, damit grundsätzlich auch den Vater.¹³ Wenn dem Arzt also bei der Schwangerschaftsbehandlung oder -beratung eine Pflichtverletzung unterläuft, wird das Interesse des Vaters an der wirtschaftlichen Familienplanung berührt, da er der Gefahr einer Unterhaltspflicht in gleicher Weise wie die Mutter ausgesetzt ist.¹⁴ Nachdem die Unterhaltspflicht unabhängig von dem Bestehen einer ehelichen Beziehung zwischen den Eltern ist, ist die Leistungsnähe damit entgegen früherer Auffassungen nicht mehr auf eheliche Väter beschränkt, vielmehr besteht sie auch zugunsten von Vätern in nichtehelichen Lebensgemeinschaften.¹⁵

(b) Einbeziehungsinteresse

Als weitere Voraussetzung muss der Gläubiger der Leistung (Leistungsempfänger) ein Interesse daran haben, dass auch gegenüber dem Dritten sorgfältig geleistet wird.¹⁶ Soweit in den Fällen der Schwangerschaftsbehandlung und -beratung die Eltern verheiratet sind, ergibt sich das Interesse der Mutter an der Einbeziehung des Vaters in den Schutzbereich bereits aus der ehelichen Lebensgemeinschaft gem. § 1353 Abs. 1 BGB sowie der gegenseitigen Verpflichtung zum Familienunterhalt gem. § 1360 BGB.¹⁷ Da beide Normen das Bestehen der Ehe voraussetzen, lassen sich diese Vorschriften nicht im Fall einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft fruchtbar machen.¹⁸ Jedoch verbietet sich nach der überzeugenden Auffassung des OLG Karlsruhe nach den heutigen Maßstäben – insbesondere nach der Aufgabe der „Wohl-und-Wehe-Formel“ durch die Rechtsprechung – eine Ungleichbehandlung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften unter diesem Aspekt, sodass auch hier ein Einbeziehungsinteresse angenommen werden kann.¹⁹ Problematisch sind lediglich die Fälle, in denen eine in jeglicher Hinsicht ungefestigte oder im Zeitpunkt der Geburt bereits aufgelöste Partnerschaft vorliegt. Nach richtiger Auffassung muss jedoch auch hier das Vorliegen des Einbeziehungsinteresses bejaht werden, schließlich besteht gerade in einer nicht gefestigten Beziehung ein erhebliches beidseitiges Interesse an der Vermeidung der ungewollten Geburt eines Kindes.²⁰ Da im vorliegenden Urteil eine Ehe vorlag, musste diese Frage durch den BGH nicht näher erörtert werden.

¹¹ BGH NJW 2002, 1489 (1490).

¹² BGH NJW 2007, 989 (991 Rn. 24); Hager, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Buch 2, Neubearbeitung 2017, § 823 B 51; Spickhoff, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, Anh. I § 823 Rn. 183.

¹³ BGH NJW 2007, 989 (991 Rn. 24).

¹⁴ BGH NJW 1983, 1371 (1373); Fischer, NJW 1981, 1991 (1992); Spickhoff, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, Anh. I § 823 Rn. 183.

¹⁵ Spickhoff, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, Anh. I § 823 Rn. 183; Magnus, in: AnwaltKommentar zum BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, Vorb. §§ 249–255 Rn. 86.

¹⁶ Iden, ZJS 2012, 766 (767).

¹⁷ Heinemann/Ramsauer, JuS 2003, 992 (996); Spickhoff, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, Anh. I § 823 Rn. 183.

¹⁸ Gehrlein, MDR 2002, 637 (639).

¹⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2006, 1442.

²⁰ OLG Karlsruhe BeckRS 2006, 1442; Gehrlein, MDR 2002, 637 (639); Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 98 Rn. 5; a.A. Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 36.

(c) Erkennbarkeit

Ferner müssen die Tatsachen, welche die Leistungs- und Gläubigernähe begründen, bei Abschluss des Vertrages für den Schuldner erkennbar gewesen sein.²¹ Dies ist bei einem Vertrag zur Schwangerschaftsbehandlung und -beratung stets der Fall, da dieser den erkennbaren Zweck hat, ggf. die ungewollte Geburt eines Kindes zu verhindern.²²

(d) Schutzbedürftigkeit

Die Schutzbedürftigkeit ist stets zu bejahen, wenn der Vater des Kindes wie im vorliegenden Fall nicht selbst zur Partei des Behandlungsvertrags geworden ist.

(e) Zwischenergebnis

Damit wurde der Vater in den Schutzbereich des zwischen der Klägerin und der Trägerin der Klinik zustande gekommenen Behandlungsvertrags nach § 630a BGB einbezogen.

bb) Pflichtverletzung

Der Tatbestand des § 280 Abs. 1 BGB setzt ferner das Vorliegen einer Pflichtverletzung voraus. Im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmals zeigt der BGH zunächst ausführlich die gem. § 630c Abs. 2 BGB bestehenden Pflichten eines Arztes im Rahmen einer Schwangerschaftsberatung auf.²³ Danach sei „der Behandelnde in einer solchen Situation verpflichtet, die Schwangere nach dem bei ihm vorauszusetzenden medizinischen Erfahrungs- und Wissensstand umfassend zu beraten und ihr diejenigen medizinischen Fakten zu vermitteln, die für eine von der Rechtsordnung gebilligte eigenständige Entscheidung über eine Fortsetzung der Schwangerschaft erforderlich sind“.²⁴ Zu diesen Fakten gehört nach Auffassung des Gerichts auch die Wahrscheinlichkeit eines pathologischen Befundes beim Fötus, sowie dessen Konsequenzen für die Gesundheit des Kindes, die der Schwangeren in verständlicher Weise und mit der nötigen Deutlichkeit zu vermitteln sind.²⁵ Eine solche Pflicht ergebe sich selbst dann, wenn eine gesicherte Einschätzung noch nicht möglich sei.²⁶ Zudem macht der BGH deutlich, dass das Risiko einer Behinderung zwar nicht „überdramatisiert“ werden darf, andererseits eine unvollständige, unzutreffende oder irreführende Beratung unzulässig sei.²⁷

Das Berufungsgericht hat hinsichtlich der im vorliegenden Fall festgestellten pränatalen Fehlbildungen des Gehirns angenommen, dass aus diesen für die beratenden Ärzte eine Pflicht zur Aufklärung über die möglicherweise entstehenden Behinderungen, zumindest aber zur Verweisung an eine humangenetische Beratung folge, die sie durch ihr Unterlassen verletzten.²⁸ Es verwies dabei auch darauf, dass sich die Klägerin über das standardmäßige Vorgehen hinaus einer Schwangerschaftsdiagnostik bei der Beklagten unterzog, die allein den Zweck gehabt habe, mögliche gesundheitliche Auffälligkeiten des Kindes aufzudecken, und knüpfte insoweit wie bereits der BGH im

²¹ Lorenz, JuS 2021, 817 (819).

²² Spickhoff, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, Anh. I § 823 Rn. 183.

²³ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 14.

²⁴ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 14.

²⁵ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 14.

²⁶ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 14.

²⁷ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 14.

²⁸ OLG Karlsruhe BeckRS 2020, 1916 Rn. 14.

„Röteln-Urteil“ maßgeblich an den Zweck der medizinischen Untersuchung an.²⁹ Der pauschale Hinweis, das Kind könne unter „motorisch-kognitiven“ Beeinträchtigungen leiden, sei für die Eltern als medizinische Laien nicht eindeutig genug gewesen, um die Dimension der zu befürchtenden schweren Behinderung aufzudecken.³⁰ Zulasten der Ärzte führte es zudem an, dass die Klägerin explizit über ihre vergangenen Abtreibungen wegen weniger erheblichen Krankheitsbildern berichtet habe, sodass diese sich der Bedeutung der MRT-Befunde für die Entscheidung der Klägerin, das Kind auszutragen, hätten bewusst sein müssen.³¹ Der BGH schloss sich dieser Beurteilung an und stellte explizit fest, dass eine zwölfprozentige Wahrscheinlichkeit einer schweren Behinderung „nicht völlig untergeordnet“ sei, womit eine Aufklärungspflicht bestanden habe.³²

cc) Vertretenmüssen

Die Missachtung der nach fachlichem Standard (§ 630a Abs. 2 BGB) erforderlichen ärztlichen Aufklärung begründet einen Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, sodass die beratenden Ärzte im gegebenen Fall fahrlässig gem. § 276 Abs. 2 BGB handelten. Dieses Verschulden ihrer Erfüllungsgehilfen musste sich die Trägerin der Klinik nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zurechnen lassen.³³

dd) Schaden

(1) Ersatzfähiger Schaden

Bezüglich der Ersatzfähigkeit der vorliegend in Rede stehenden Schäden ist eine Differenzierung zwischen den geltend gemachten Kosten für den Unterhalt des Kindes und dem begehrten Schmerzensgeld infolge der psychischen Belastung der Klägerin geboten.

(a) Unterhaltskosten

Die Frage nach der Ersatzfähigkeit von Unterhaltskosten eines ungewollten, behinderten Kindes ist seit jeher umstritten, was aufgrund der ethischen Prägung dieser Thematik wenig verwundert.³⁴ Problematisch war dabei nie das Bestehen eines Vermögensschadens in rechnerischer Hinsicht, sondern vielmehr die Vereinbarkeit seines Ausgleichs mit höherrangigen Verfassungsgrundsätzen.³⁵ So vertraten Teile der Literatur die Ansicht, durch eine Ersatzfähigkeit der Unterhaltskosten würde das Kind gleichsam zum Schaden verklärt, was mit der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG oder den christlich-abendländischen Kulturvorstellungen unvereinbar sei.³⁶ Der BGH stellte sich dieser Auffassung entgegen und verwies explizit darauf, dass nicht das Kind als solches, sondern die durch seine planwidrige Geburt ausgelöste Unterhaltsbelastung der Eltern den Schadensposten darstelle.³⁷ Durch ein nicht bindendes obiter dictum im Rahmen des sog. „Fristenregelungs-Urteil“ vom 28.5.1993

²⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2020, 1916 Rn. 13; BGH NJW 1983, 1371 (1372).

³⁰ OLG Karlsruhe BeckRS 2020, 1916 Rn. 20.

³¹ OLG Karlsruhe BeckRS 2020, 1916 Rn. 13.

³² BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 15.

³³ Vgl. BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 35.

³⁴ Ausführlich zur Entwicklung der Rspr.: Müller, NJW 2003, 697 (698).

³⁵ Vgl. Oetker, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 30.

³⁶ Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers, 1967, S. 386; ebenfalls kritisch: Klimke, VersR 1969, 573; Löwe, VersR 1969, 573: „schlechter Scherz“; Bosch, FamRZ 1969, 90 (91): „Das Kind sollte ‚Damnum‘ (= lat. für Schaden) heißen, nicht aber den schönen christlichen Namen Thomas tragen“.

³⁷ BGH NJW 1980, 1450 (1451); so bereits: RGZ 108, 86 (87); LG Itzehoe FamRZ 1969, 90 (91); Mertens, FamRZ 1969, 251 (254); Tiedtke, FamRZ 1970, 232.

befand allerdings der *Zweite Senat* des BVerfG, dass es mit Art. 1 Abs. 1 GG und der „Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten“ unvereinbar sei, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.³⁸ Nachdem der BGH dieser Auffassung nicht folgte,³⁹ entschied schließlich der – an sich für Arzthaftungssachen zuständige – *Erste Senat* des BVerfG, dass die bisherige Rechtsprechung,⁴⁰ die eine Arzthaftung wegen der Unterhaltsschäden aus einer ungewollten Geburt billigte, zumindest im Hinblick auf rechtmäßige Behandlungsverträge mit Art. 1 Abs. 1 GG vereinbar sei und setzte sich somit explizit in Widerspruch zur Judikatur des *Zweiten Senats*.⁴¹ Er folgte dabei der Argumentation des BGH, indem er zwischen dem Kind und dem Unterhaltsschaden als möglichen Schadensposten differenzierte.⁴² Diese Auffassung entspricht nunmehr der ganz h.M.⁴³, sodass auch der BGH im vorliegenden Fall die Annahme eines ersatzfähigen Schadens durch das OLG Karlsruhe unbeanstandet ließ.

(b) Schmerzensgeld

Gem. § 253 Abs. 1 BGB kann Schmerzensgeld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. Hierzu zählt nach § 253 Abs. 2 BGB eine Verletzung von Körper und Gesundheit, wobei diese Rechtsgüter identisch zu der Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB auszulegen sind.⁴⁴ Eine Körperverletzung soll nach der Rechtsprechung und h.M. bereits bei einer ungewollten Schwangerschaft zulasten der Mutter vorliegen, etwa in Folge einer fehlgeschlagenen Sterilisation.⁴⁵ Im vorliegenden Fall entsprach die Schwangerschaft allerdings anfangs dem Willen der Mutter, machte sie doch erst nach der postnatalen Kenntnis der Schädigungen geltend, unter diesen Umständen eine Austragung des Kindes nicht gewollt zu haben. Damit lässt sich der immaterielle Schaden nicht bereits aus der Schwangerschaft als solcher herleiten. Vielmehr ist auf die psychischen Schäden der Mutter (depressiv-ängstliche Entwicklung bzw. Anpassungsstörung, Schlafstörungen und verminderter Antrieb) abzustellen, die dann einen ersatzfähigen Schaden begründen, wenn sie medizinisch fassbar sind und über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehen.⁴⁶ Dies konnte die Klägerin vorliegend hinreichend darlegen, sodass das Berufungsgericht ohne Beanstandung durch den BGH einen ersatzfähigen immateriellen Schaden annahm.⁴⁷ Hiervon zu unterscheiden ist jedoch die allgemeine, nicht-pathologische seelische Belastung durch das Haben eines schwer geschädigten Kindes, die als solche allein keinen Schmerzensgeldanspruch begründen kann.⁴⁸

³⁸ BVerfG NJW 1993, 1751 (1764); *Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 98 Rn. 2.

³⁹ BGH NJW 1994, 788 (790).

⁴⁰ Etwa BGH NJW 1983, 1371; BGH NJW 1994, 788 (790).

⁴¹ BVerfG NJW 1998, 519 (520); *Spickhoff*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, Anh. I § 823 Rn. 180; aufgrund der fehlenden Bindungswirkung des *obiter dictum* konnte eine Plenarentscheidung nach § 16 Abs. 1 BVerfGG unterbleiben, siehe dazu *Hillgruber*, NVwZ 1999, 153 (154).

⁴² BVerfG NJW 1998, 519 (521).

⁴³ Siehe nur *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, 82. Aufl. 2023, § 249 Rn. 72; *Oetker*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 33; *Magnus*, in: *AnwaltKommentar zum BGB*, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, Vorb. §§ 249–255 Rn. 86; *Ebert*, in: *Erman*, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 16. Aufl. 2020, § 249 Rn. 60.

⁴⁴ *Luckey*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, 17. Aufl. 2022, § 253 Rn. 9.

⁴⁵ BGH NJW 1980, 1452; *Katzenmeier*, in: *AnwaltKommentar zum BGB*, Bd. 2/3, 4. Aufl. 2021, § 823 Rn. 16; *Schaub*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, 17. Aufl. 2022, § 823 Rn. 27.

⁴⁶ BGH NJW 1997, 1660 (1641); BGH NVZ 1989, 391; *Schaub*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, 17. Aufl. 2022, § 823 Rn. 29.

⁴⁷ OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 5595 Rn. 45.

⁴⁸ *Riedel*, *Kind als Schaden*, 2003, S. 60.

(2) Kausalität

In zivilprozessualer Hinsicht liegt ein Schwerpunkt der „Kind-als-Schaden“-Klagen in der Feststellung der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden, also der Frage, ob sich die Klägerin bei ordnungsgemäßer Beratung tatsächlich entschieden hätte, die Schwangerschaft abubrechen.⁴⁹ In praktischer Hinsicht stand die Klägerin vor der schwierigen Aufgabe, diesen Ursachenzusammenhang – als eine für sie günstige Tatsache – zur Überzeugung des Gerichts (§ 286 ZPO) zu beweisen.⁵⁰ Der BGH wog an dieser Stelle sorgfältig die vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen (§ 559 Abs. 2 ZPO) des Sachverhalts gegeneinander ab und kam insbesondere aufgrund des fortgeschrittenen Stadiums der Schwangerschaft zu dem Ergebnis, dass eine hypothetische Tötung des Kindes durch die Mutter bei Kenntnis der möglichen Behinderung nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden konnte.⁵¹ Ebenso erachtete der BGH die in der Vergangenheit durchgeführte Abtreibung nicht als ausreichend, um auf einen hypothetischen Schwangerschaftsabbruch zu schließen.⁵² In dem Fall der vergangenen Abtreibung stand die Erkrankung schließlich schon pränatal fest, im vorliegenden Fall bestand lediglich die Möglichkeit einer Behinderung, sodass die beiden Sachverhalte nur bedingt vergleichbar seien.⁵³ Letztlich gab der BGH dem Berufungsgericht eine weitere Sachverhaltsklärung zu dieser Tatsache auf.⁵⁴

(3) Schutzzweck des Vertrages

(a) Rechtmäßigkeitserfordernis

Problematisiert hat der BGH weiterhin die Voraussetzung des Schutzzweckzusammenhangs. Diese erfordert grundsätzlich, dass die Folgen, für die Ersatz begehrt wird, aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen wurde.⁵⁵ Der BGH befasst sich unter diesem Prüfungspunkt mit der Frage der Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs.⁵⁶ Wenngleich es der ständigen Rechtsprechung des BGH⁵⁷ entspricht, die Zubilligung eines Schadensersatzanspruchs wegen unzureichender Schwangerschaftsberatung an die Rechtmäßigkeit eines hypothetischen Schwangerschaftsabbruchs zu knüpfen, bestehen unterschiedliche Auffassungen zur dogmatischen Verortung dieser Voraussetzung. So sprach der BGH die Frage zuvor im Rahmen der Prüfung einer Nichtigkeit des Behandlungsvertrags nach § 134 BGB an,⁵⁸ vertretbar erscheint allerdings auch eine Verankerung in der Kausalität⁵⁹ oder gar als eigenständiges Tatbestandsmerkmal.⁶⁰

⁴⁹ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 16.

⁵⁰ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 20.

⁵¹ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 16 ff.

⁵² BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 20.

⁵³ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 20.

⁵⁴ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 20.

⁵⁵ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 22; BGH NJW 2022, 3789 (3791 Rn. 12); BGH BeckRS 2022, 29708 Rn. 12; BGH NJW 2019, 1741 (1744 Rn. 30); BGH NJW 2014, 2190 (2191 Rn. 10); BGH NJW 1958, 1041; *Vieweg/Lorz*, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7. Aufl. 2020, I 124; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, 82. Aufl. 2023, Vorb. § 249 Rn. 29.

⁵⁶ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 22.

⁵⁷ Siehe nur BGH NJW 2006, 1660 (1661 Rn. 10); BGH NJW 1995, 1609 ff.

⁵⁸ BGH NJW 1995, 1609 ff.; so auch: *Kern/Rehborn*, *Handbuch des Arztrechts*, 5. Aufl. 2019, § 98 Rn. 7.

⁵⁹ OLG Oldenburg NJW 2015, 1832 (1833); *Heinemann/Ramsauer*, *JuS* 2003, 992 (993).

⁶⁰ So etwa: *Oetker*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 34; *Magnus*, in: *AnwaltKommentar zum BGB*, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, Vorb. §§ 249–255 Rn. 88.

(b) Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB

Einheitlichkeit besteht hingegen darin, die Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs an eine medizinische Indikation nach der Vorschrift des § 218a Abs. 2, Abs. 3 StGB zu knüpfen.⁶¹ Die bloße Straffreiheit nach der sog. Beratungslösung des § 218a Abs. 1 BGB soll danach für das Bestehen des Schutzzweckzusammenhangs nicht ausreichen.⁶² Ferner obliegt es der Mutter, nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen die Voraussetzungen des rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruchs darzulegen und ggf. zu beweisen.⁶³ Im vorliegenden Fall argumentierte die Klägerin, dass der Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 2 StGB angezeigt gewesen sei, um die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres körperlichen und seelischen Gesundheitszustands abzuwenden, ohne dass die Gefahr auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden konnte.⁶⁴ Der BGH führt hierzu aus, dass i.R.d. § 218a Abs. 2 StGB Belastungen zu befürchten sein müssen, „die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass dies von der Frau nicht erwartet werden kann“.⁶⁵ Nach seiner Auffassung kommt es hierbei letztlich auf eine Güterabwägung an, die mögliche seelische Belastungen der Mutter dem Lebensrecht des ungeborenen Kindes gegenüberstellt.⁶⁶ In jedem Fall müssen die Belastungen den Rahmen der Normalsituation einer Schwangeren übersteigen, allgemeine Angst oder Erschöpfung reichen insoweit nicht aus. Der BGH weist ferner darauf hin, dass die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer seelischen Schädigung der Mutter mit zunehmendem Ausmaß der drohenden Schädigung des Kindes sinken.⁶⁷ Soweit das Kind überlebt, ist nach seiner Auffassung mit einem geringeren Maß an seelischer Beeinträchtigung der Mutter zu rechnen, sodass der Eintritt einer Behinderung umso wahrscheinlicher sein muss.⁶⁸

(c) Beurteilung im konkreten Fall

Entgegen dem Berufungsgericht lehnte der BGH das Vorliegen der Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 StGB ab und stützte dies maßgeblich auf das mit 33 Schwangerschaftswochen im Zeitpunkt des Beratungsgesprächs fortgeschrittene Stadium der Schwangerschaft.⁶⁹ Danach seien bei der Abwägung zur Bestimmung der Voraussetzungen der medizinischen Indikation auch die Dauer der Schwangerschaft und die daraus resultierende besondere Situation für Mutter und Kind in den Blick zu nehmen.⁷⁰ Je fortgeschrittener das Stadium der Schwangerschaft sei, desto wahrscheinlicher ist es, dass das Kind letztlich auch lebensfähig auf die Welt kommt, sodass die Wahrscheinlichkeitsanforderungen an den Eintritt einer schweren Behinderung gleichsam steigen.⁷¹ Aufgrund des fortgeschrittenen Stadiums der Schwangerschaft war es aus ex-ante-Perspektive nahezu gesichert, dass das Kind lebensfähig auf die Welt kommen wird, sodass die Wahrscheinlichkeit für eine seelische Schädigung der Mutter gesunken war.⁷² Dies konnte – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht allein

⁶¹ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 22; BGH NJW 1995, 1609; BGH NJW 1983, 1371 (1372); *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 34.

⁶² *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 34.

⁶³ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 24; *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 34.

⁶⁴ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 4.

⁶⁵ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 23.

⁶⁶ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 23; BGH NJW 2006, 1660 (1661 Rn. 11).

⁶⁷ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 27; *Gropp/Wörner*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 218a Rn. 46.

⁶⁸ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 27.

⁶⁹ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 25, 28.

⁷⁰ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 28.

⁷¹ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 28.

⁷² BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 28.

durch die vorangegangenen Schwangerschaftsabbrüche der Klägerin kompensiert werden, die nach Auffassung des BGH nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Gefahr einer postnatalen seelischen Schädigung begründen konnten.⁷³ Auch unter diesem Aspekt verwies der BGH die Sache zur erneuten Tatsachenermittlung an das Berufungsgericht zurück und nahm insoweit auf Grundlage der bisherigen Feststellungen eine Rechtswidrigkeit des hypothetischen Schwangerschaftsabbruchs bei fehlerfreier Beratung an.⁷⁴ Damit ist der Schaden nach seiner Auffassung nicht vom Schutzzweck der verletzten Norm erfasst, sodass ein Schadensersatzanspruch auf Grundlage der bisherigen Tatsachenfeststellungen nicht in Betracht käme.

ee) Zwischenergebnis

Somit lehnte der BGH einen Schadensersatzanspruch der Kläger gegen die Trägerin der Klinik aus §§ 280 Abs. 1, 634a BGB vorerst mangels hinreichender Tatsachengrundlage ab und verwies die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils an das OLG Karlsruhe zurück.

b) §§ 831 S. 1 BGB

In Betracht kam weiter eine Schadensersatzhaftung der Trägerin der Klinik aus der deliktischen Anspruchsgrundlage des § 831 BGB.

aa) Verrichtungsgehilfe

Die Vorschrift setzt voraus, dass es sich bei den behandelnden Ärzten um sog. Verrichtungsgehilfen der Trägerin der Klinik handelt.⁷⁵ Dies ist jede Person, der eine Tätigkeit von einem anderem übertragen worden ist, unter dessen Einfluss sie allgemein und im konkreten Fall handelt und zu dem sie in einer gewissen Abhängigkeit steht.⁷⁶ Entscheidend ist insofern die Weisungsgebundenheit.⁷⁷ Der BGH nimmt an, dass es sich zumindest bei angestellten Ärzten um Verrichtungsgehilfen des Krankenhausträgers handelt, sodass das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals bejaht werden konnte.⁷⁸

bb) Unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen

Als weitere Voraussetzung muss der Verrichtungsgehilfe einem Dritten widerrechtlich Schaden zugefügt haben. Damit ist die rechtswidrige Verwirklichung eines objektiven Tatbestandes der §§ 823 ff. BGB gemeint.⁷⁹ Der BGH thematisierte hier eine Verwirklichung des § 823 Abs. 1 BGB und differenzierte an dieser Stelle zwischen den Schadensposten „Unterhalt“ und „Schmerzensgeld“.

(1) Unterhaltskosten

Die Unterhaltskosten sind nach Auffassung des BGH bereits deswegen nicht ersatzfähig, weil sich die deliktische Haftung des § 823 Abs. 1 BGB nicht auf reine Vermögensschäden erstrecke.⁸⁰ Das

⁷³ Vgl. BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 26; OLG Karlsruhe BeckRS 2023, 5595 Rn. 27.

⁷⁴ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 25.

⁷⁵ Grüneberg, in: Grüneberg, 82. Aufl. 2023, § 831 Rn. 5.

⁷⁶ Grüneberg, in: Grüneberg, 82. Aufl. 2023, § 831 Rn. 5.

⁷⁷ Schaub, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 17. Aufl. 2022, § 831 Rn. 9; Medicus/Lorenz, Schuldrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 80 Rn. 10.

⁷⁸ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 30; BGH NJW 1988, 2298 (2300).

⁷⁹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 80 Rn. 11.

⁸⁰ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 30.

Gericht ging hierbei nicht auf die sog. Freiheit der Familienplanung ein, welche nach Auffassung von Teilen der Literatur als Untergruppe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zum Ersatz von Unterhaltskosten bei falscher Beratung über die Indikation eines Schwangerschaftsabbruchs herangezogen werden kann.⁸¹ Auch eine Verletzung des Rechtsguts des Körpers der Mutter war im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Dies kommt nur in Betracht, wenn die Schwangerschaft von Anfang an ungewollt war, etwa bei einer fehlgeschlagenen Sterilisation.⁸² Ein solcher Fall war vorliegend nicht gegeben, schließlich wollte die Mutter ein Kind, nur eben kein behindertes Kind.

(2) Schmerzensgeld

Auch bezüglich des Schmerzensgeldanspruchs lehnte der BGH eine deliktische Haftung der Trägerin der Klinik nach § 831 BGB mangels unerlaubter Handlung des Verrichtungsgehilfen ab und führte insoweit an, dass der Schutzzweckzusammenhang i.R.d. § 823 Abs. 1 BGB fehle, wenn der Schwangerschaftsabbruch – wie vorliegend – im Fall einer fehlerfrei durchgeführten Beratung rechtswidrig gewesen wäre.⁸³

2. Schadensersatz gegen den Oberarzt

Im Hinblick auf den neben der Trägerin der Klinik beklagten Oberarzt lehnte der BGH eine Haftung sowohl auf vertraglicher als auch deliktischer Grundlage ab.⁸⁴ Der Behandlungsvertrag käme insoweit nicht in Betracht, da Partei dieses Vertrags neben den Klägern lediglich die Trägerin der Klinik, nicht aber der Arzt als ihr Angestellter sei.⁸⁵ Der BGH weist hier explizit daraufhin, dass der Beklagte zwar Erfüllungsgehilfe sei, für einen Vertragsschluss mit diesem jedoch explizite Anhaltspunkte vorliegen müssen, die im vorliegenden Fall nicht ersichtlich waren.⁸⁶ Eine deliktische Haftung des Oberarztes nach § 823 Abs. 1 BGB scheidet wiederum mangels Schutzes vor bloßen Vermögensschäden bzw. dem Vorliegen des Schutzzweckzusammenhangs aus.⁸⁷

3. Eigener Anspruch des Kindes

Ein Anspruch des Kindes wegen dessen – aus eigener Sicht – ungewollter Geburt (sog. „wrongful life“) kommt nach Rechtsprechung⁸⁸ und h.M.⁸⁹ nicht in Betracht und wurde demnach auch nicht durch die Kläger geltend gemacht. Der BGH hat insoweit bereits im „Röteln-Urteil“ ausgeführt, dass Verletzungen des nasciturus zwar grundsätzlich zu einer Schadensersatzpflicht führen können, jedoch die

⁸¹ Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, 1993, S. 276 f.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 80 II 6 c; auch Wilhelmi, in: Erman, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 16. Aufl. 2020, § 823 Rn. 18 geht von einer Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus, dies allerdings nur in den Fällen der gänzlich ungewollten Schwangerschaft.

⁸² BGH NJW 1980, 1452 (1453); Schaub, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 17. Aufl. 2022, § 823 Rn. 27.

⁸³ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 30.

⁸⁴ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 35.

⁸⁵ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 35.

⁸⁶ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 35.

⁸⁷ BGH BeckRS 2023, 5595 Rn. 35.

⁸⁸ BGH NJW 1983, 1371.

⁸⁹ Winter, JZ 2002, 330 (336); Medicus/Lorenz, Schuldrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 73 Rn. 8; Magnus, in: AnwaltKommentar zum BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, Vorb. §§ 249–255 Rn. 89; Ebert, in: Erman, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 16. Aufl. 2020, § 249 Rn. 61; a.A. Hager, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, T 219.

Entscheidung über den Abbruch der Schwangerschaft allein von der Schwangeren abhängen. Die Alternative zwischen „Existenz und Nicht-Existenz“ lasse sich insofern nicht mit juristischen Schadenskategorien erfassen, sodass ein Schadensersatzanspruch ausscheide oder wie *Medicus/Lorenz* formulieren: „Leben als solches kann aber keinen Schadensersatz begründen“.⁹⁰ Auf die Einzelheiten, dieser – in einer Vielzahl von Rechtsordnungen kontrovers diskutierten Frage⁹¹ – kann an dieser Stelle aus Platzgründen nicht eingegangen werden.

IV. Fazit

Das vorliegende Urteil des BGH bringt in der langjährigen Diskussion zum „Kind als Schaden“ wenig Innovatives, fügt es sich doch weitestgehend in die umfangreiche Judikatur zu diesem Thema ein. Eine Lektüre lohnt jedoch insoweit, als sich der BGH mit einigen Standardproblemen dieser Problematik näher befassen musste und dabei teilweise lehrbuchartig die Maßstäbe für eine schadensrechtliche Verantwortlichkeit bei einer fehlerhaften Schwangerschaftsberatung aufgezeigt hat. Die „Kind als Schaden“-Fälle gehören im Übrigen trotz ihrer Komplexität zweifellos zu den Klassikern des Schadensrechts, was bereits durch ihre Behandlung in einer Vielzahl von Lehrbüchern zum Ausdruck kommt.⁹² Dennoch ist eine ausführliche strafrechtliche Inzidentprüfung, wie sie der BGH im vorliegenden Fall durchzuführen hatte, in Klausuren eher nicht zu erwarten, zumal die Erörterung der zivilrechtlichen Fragen bereits einen erheblichen Zeitaufwand erfordern dürfte. Die besondere Schwierigkeit der Thematik liegt aus studentischer Perspektive darin, dass sich die relevanten Problemfelder nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut ergeben, sondern vielmehr einer jahrzehntelangen Diskussion in Literatur und Rechtsprechung entspringen, sodass ein erhöhter Lernaufwand an dieser Stelle unvermeidbar ist.

⁹⁰ BGH NJW 1983, 1371; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 73 Rn. 8.

⁹¹ Siehe zum französischen Recht: *Winter*, JZ 2002, 330; zum englischen Recht: *Hauberichs*, Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht, 1998, S. 1 ff.; zum US-amerikanischen Recht: *Robben*, Pränatale Schädigungen mit postnatalen Folgen, 2014, S. 1 ff.

⁹² Exemplarisch: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, § 73 Rn. 8; *Hager*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, T 219; *Looschelders*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2015, § 49 Rn. 1087 ff.; *Emmerich*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 15. Aufl. 2018, § 9 Rn. 49.

Entscheidungsbesprechung

BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22¹

Nichtablieferung eingekommener Verwarnungsgelder durch einen Polizeivollzugsbeamten

1. Ist ein Polizeivollzugsbeamter damit betraut, Verkehrsverstöße mittels Erteilung gebührenpflichtiger Verwarnungen zu ahnden, kann die Nichtablieferung und Verwendung eingekommener Verwarnungsgelder zu eigenen Zwecken den Tatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB erfüllen.
2. Die Pflicht, über eingekommene Verwarnungsgelder abzurechnen und diese abzuliefern, begründet eine besonders qualifizierte Pflichtenstellung gegenüber dem Dienstherrn. Diese gehört zum Kernbereich der dem Beamten obliegenden Dienstpflichten.
3. Die Verwirklichung des Treubruch[tatbestandes des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB erfordert darüber hinaus, dass dem Täter Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen und eine gewisse Selbständigkeit verbleibt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Einhaltung bestehender dienstlicher Weisungen betreffend Aufbewahrung und Abführung der eingekommenen Verwarnungsgelder nicht kontrolliert wird, denn dies verschafft dem Polizeibeamten die faktische Möglichkeit, auf die ihm anvertrauten Fremdgelder zuzugreifen.

(Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 266, 246, 263

Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn*

I. Zur Prüfungsrelevanz der Entscheidung

Die zu besprechende Entscheidung befasst sich im Kern mit Fragen des Untreuetatbestandes (§ 266 StGB). Dieser gehört in allen Bundesländern zum Pflichtfachstoff im staatlichen Teil der Ersten Juristischen Prüfung (und freilich auch der Zweiten Juristischen Staatsprüfung). Gleichwohl spielt der Tatbestand erfahrungsgemäß in der Pflichtfachausbildung meist eine lediglich untergeordnete Rolle und wird typischerweise eher dem Besonderen Teil des Wirtschaftsstrafrechts und somit strafrechtlich geprägten Schwerpunktbereichen zugeordnet. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass Untreueverfahren oftmals rechtlich und tatsächlich sehr komplexe Sachverhalte zugrunde liegen, die bspw. umfangreiche Kenntnisse des Gesellschafts-, Bank- und/oder Kapitalmarktrechts voraussetzen.

Der Sachverhalt, der der zu besprechenden Entscheidung zugrunde lag, ist jedoch weitaus weniger komplex. Die Entscheidung eignet sich daher hervorragend, um auch im staatlichen Pflichtfach-

* Der Verf. ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Für wertvolle Hinweise dankt er Jeannine Ann Boatright, Maximilian Hartwig, Ellen Hofmann, Dennis Klein, Irina Isabel Pommerenke, Sophia Schulte, Jannika Thomas und Lissy zum Winkel.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2022-N-26627?hl=true> sowie veröffentlicht in BeckRS 2022, 26627 und NJW 2022, 3522 m. Anm. Brand.

teil die Grundzüge des § 266 StGB abzuprüfen. Außerdem bietet der Anlass dazu, sich vertieft mit anderen – in der Ausbildung deutlich relevanteren – Eigentums- und Vermögensdelikten sowie den Konkurrenzen zu beschäftigen.

II. Entscheidungserheblicher Sachverhalt

Hintergrund: Der vermutlich weitaus größere Teil der Verstöße gegen straßenverkehrsrechtliche Vorschriften erreicht nicht den Schweregrad der (kriminal-)strafrechtlichen Straßenverkehrsdelikte gem. §§ 315b ff., 316 StGB. Zahlreiche dieser leichteren Verstöße sind aber durch Ordnungswidrigkeitentatbestände mit einem Bußgeld bewehrt (beachte insb. § 49 StVO i.V.m. § 24 StVG). Bei solchen Verstößen ergeht jedoch nicht immer direkt ein förmlicher Bußgeldbescheid (§§ 65 f. OWiG). Vielmehr sieht das Gesetz in § 56 Abs. 1 OWiG vor, dass bei „geringfügigen Ordnungswidrigkeiten“ anstelle eines Bußgeldbescheids auch eine Verwarnung ausgesprochen werden und mit einem „Verwarnungsgeld“ von fünf bis 55 Euro verknüpft werden kann (vgl. dazu auch §§ 1 Abs. 1 S. 2, 2 BKatV²). Ist der³ Betroffene mit der Verwarnung und der Erhebung des Verwarnungsgeldes einverstanden und bezahlt dieses sofort oder zumindest fristgerecht (§ 56 Abs. 2 OWiG), erwächst daraus ein beschränktes Verfolgungshindernis. Die Tat kann gem. § 56 Abs. 4 OWiG nicht mehr – als Ordnungswidrigkeit – verfolgt werden und ein dennoch erlassener Bußgeldbescheid wäre aufzuheben.⁴

Nach den vom BayObLG mitgeteilten⁵ Feststellungen des LG München I⁶ war der Angeklagte als Verkehrspolizist tätig, wobei seine Aufgabe u.a. in der Ahndung von Verkehrsverstößen bestand. Aufgrund einer Ermächtigung gem. §§ 57 Abs. 2, 58 OWiG war er insoweit auch zur Verwarnung und zur Erhebung von Verwarnungsgeldern berechtigt. Zu diesem Zwecke wurden ihm sogenannte „Barverwarnungsblöcke“ zur Verfügung gestellt. Bezahlt ein Betroffener ein entsprechendes Verwarnungsgeld an einen Verkehrspolizisten, stellt dieser ihm dafür eine Quittung („Bescheinigung“ gem. § 56 Abs. 3 S. 1 OWiG) aus. Zu diesem Zweck enthielten die genannten Blöcke jeweils 25 Quittungen. Ein Abschnitt der jeweiligen Quittung sollte dem Betroffenen ausgehändigt werden, der andere hatte im Block zu verbleiben. Darüber hinaus sollte in eine Übersichtsliste eingetragen werden, welche Verwarnungsgelder empfangen worden waren. Sobald eine Gesamtsumme von 250 € erreicht wurde, spätestens aber am Ende des Monats oder bei Ausgabe eines neuen Blocks, sollte der Angeklagte den Block sowie das vereinnahmte Bargeld an den dafür zuständigen Kassenwart der Verkehrspolizeiinspektion herausgeben.

Diese intern vorgeschriebenen Abrechnungsverpflichtungen wurden nach den Feststellungen der Berufungskammer behördenintern scheinbar nicht kontrolliert. Diesen Umstand machte der Angeklagte sich zunutze. Zwischen dem 18.5.2015 und dem 11.1.2018 vereinnahmte er unter Verwendung 26 verschiedener Barverwarnungsblöcke in 587 Einzelfällen Verwarnungsgelder in Höhe von insgesamt 13.065 Euro. Diese Gelder lieferte er nicht ab, sondern behielt sie für sich selbst.

² Verordnung über die Erteilung einer Verwarnung, Regelsätze für Geldbußen und die Anordnung eines Fahrverbotes wegen Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr (Bußgeldkatalog-Verordnung – BKatV) v. 14.3.2013 (BGBl. I 2013, S. 498), die zuletzt durch Art. 1 der Verordnung v. 13.10.2021 (BGBl. I 2021, S. 4688) geändert worden ist (https://www.gesetze-im-internet.de/bkatv_2013).

³ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden das generische Maskulinum verwendet; gemeint sind selbstverständlich alle Geschlechter.

⁴ Dazu etwa Lutz, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 56 Rn. 36 ff.

⁵ BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 9 f.

⁶ LG München I, Urt. v. 14.2.2022 – 18 Ns 124 Js 113673/18.

Ob, in welcher Höhe und wofür der Angeklagte das Geld verbraucht hat, hat das Gericht offenbar nicht festgestellt.

III. Gerichtliche Entscheidungen

Das AG München verurteilte den Angeklagten wegen Untreue (§ 266 StGB) in 26 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten, die es zur Bewährung aussetzte. Zudem ordnete es Wertersatz einziehung (§ 73a StGB) in Höhe von 13.175,00 Euro an. Dagegen legten der Angeklagte – unbeschränkt – sowie die Staatsanwaltschaft – beschränkt auf den Rechtsfolgenausspruch – Berufung (§ 312 StPO) ein. Das LG München I als Berufungsgericht hob die Verurteilung auf und verurteilte den Angeklagten wegen veruntreuender Unterschlagung (§ 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB) in 26 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von elf Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung aussetzte, und zog Wertersatz in Höhe von 13.065,00 € ein. Gegen diese Verurteilung legte wiederum die Staatsanwaltschaft Revision zum Bayerischen Obersten Landesgericht ein.

Inkurs: Das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG) wird als Oberlandesgericht in seiner Funktion als Revisionsgericht tätig. Anders als das Kammergericht in Berlin, bei dem es sich um ein „reguläres“ Oberlandesgericht handelt, das lediglich aus historischen Gründen den Namen „Kammergericht“ trägt (vgl. § 1 Justizgesetz Berlin⁷), besteht das BayObLG *zusätzlich* zu den drei bayerischen Oberlandesgerichten München, Bamberg und Nürnberg (vgl. Art. 1 und 2 GerOrgG⁸). Diese Möglichkeit eröffnen die §§ 8 ff. EGGVG. Von der Möglichkeit der Zuständigkeitskonzentration in Strafsachen gem. § 9 EGGVG hat der bayerische Gesetzgeber mit Art. 12 AGGVG⁹ Gebrauch gemacht. Danach ist das BayObLG für alle strafprozessualen Revisionen i.S.d. § 121 Abs. 1 Nr. 1 GVG zuständig.

Das BayObLG hob das Urteil des Landgerichts samt Feststellungen auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des LG München I zurück (§§ 349 Abs. 5, 353, 354 Abs. 2 S. 1 StPO). Entgegen der Auffassung der Berufungskammer habe dem Angeklagten eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB obliegen, weshalb er wegen Untreue zu bestrafen sei. Die ebenfalls verwirklichte (veruntreuende) Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB, auf die das Landgericht abgestellt hatte, trete dahinter zurück. Aus den Tatsachenfeststellungen ergebe sich außerdem die Anzahl der Taten nicht eindeutig, weshalb dem BayObLG die Möglichkeit einer bloßen Schuldspruchberichtigung (§ 354 Abs. 1 StPO) versperrt sei.

⁷ Gesetz über die Justiz im Land Berlin (Justizgesetz Berlin – JustG Bln) v. 22.1.2021 = GVBl. 2021, S. 75 (BRV 300-5), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 9.2.2023 (GVBl. S. 38) – abrufbar unter <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-JustizGBEV2IVZ>.

⁸ Gesetz über die Organisation der ordentlichen Gerichte im Freistaat Bayern (Gerichtsorganisationsgesetz – GerOrgG) v. 25.4.1973 in der in der Bayerischen Rechtssammlung (BayRS 300-2-2-J) veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch § 1 des Gesetzes v. 12.7.2018 (GVBl. S. 545) geändert worden ist (<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayGerOrgG>).

⁹ Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes (Gerichtsverfassungsausführungsgesetz – AGGVG) v. 23.6.1981 in der in der Bayerischen Rechtssammlung (BayRS 300-1-1-J) veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch § 1 des Gesetzes v. 23.12.2022 (GVBl. 2022, S. 714) geändert worden ist (<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayAGGVG>).

IV. Kritische Würdigung

Der Entscheidung ist im Ergebnis und in der Begründung zu widersprechen.¹⁰ Will man sich der rechtlichen Beurteilung des festgestellten Sachverhalts nähern, so ist es sinnvoll, einzelne Geschehensabschnitte gedanklich zu unterscheiden:

1. Vereinnahmung der Verwarngelder

Die Urteilsgründe teilen nicht mit, zu welchem Zeitpunkt der Angeklagte jeweils den Tatplan fasste. Es wäre jedoch lebensfremd davon auszugehen, dass er jeweils erst nach der Vereinnahmung auf die Idee kam, die Gelder zu behalten und für sich zu verwenden. Vielmehr kann unterstellt werden, dass er das System für eine gewisse Zeit beobachtete und feststellte, dass es nicht auffallen würde, wenn er die Verwarnungsgelder nicht abliefere. Auf dieser Grundlage dürfte er dann bereits bei der Vereinnahmung der Gelder die Absicht gehabt haben, die Gelder nicht beim Kassenwart einzuzahlen.

Vor diesem Hintergrund lohnt die Überlegung, ob der Angeklagte sich bereits durch die Vereinnahmung der Gelder strafbar gemacht haben könnte. Zu denken wäre insoweit an einen Betrug gegenüber dem jeweiligen Betroffenen, wenn – aufgrund der anderweitigen Pläne des Angeklagten – die Übergabe des Bargelds an den Angeklagten nicht als Zahlung an die Behörde i.S.d. §§ 56, 57 OWiG anzusehen wäre (mit der Folge, dass die Sperrwirkung des § 56 Abs. 4 OWiG nicht eintritt und die Behörde nach wie vor einen Bußgeldbescheid erlassen dürfte). In diesem Fall könnte umgekehrt im Ausstellen der Quittung eine Untreue gegenüber der Landeskasse zu sehen sein, weil dem Betroffenen damit ein Beweismittel an die Hand gegeben wird, mit dem er sich gegen einen eventuellen Bußgeldbescheid wehren könnte.

Entscheidend ist folglich, in wessen Eigentum das Geld bei der Übergabe überging. Insoweit gelten die sachenrechtlichen Vorschriften, hier maßgeblich § 929 S. 1 BGB. Die dort vorgesehene Einigung ist ein dingliches Rechtsgeschäft, auf das die allgemeinen Regeln zur Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) Anwendung finden. Legt man diese zugrunde, so wird deutlich, dass die Übereignung in der Tat nicht an den Angeklagten als Privatperson, sondern an die Landeskasse erfolgte: Der Angeklagte war zur stellvertretenden Vereinnahmung der Gelder gerade ermächtigt und trat nach außen – bereits durch die Dienstbekleidung (vgl. insoweit auch § 57 Abs. 2 OWiG) – auch als Funktionsträger der Landespolizei auf. Dass er die Gelder später für sich selbst behalten wollte, stellt lediglich einen geheimen Vorbehalt (§ 116 BGB) dar, der für die Wirkung der Stellvertretung unwirksam ist.¹¹ Auch der erforderliche Übergang des Besitzes am Bargeld wurde vollzogen. Insoweit war der Angeklagte Besitzdiener (§ 855 BGB) für die Landeskasse.¹² Ungeachtet der umstrittenen Frage, ob ein Besitzdienerwille erforderlich ist, hindert jedenfalls der innere Vorbehalt die Eigenschaft als Besitzdiener und damit den Besitzübergang, der die Eigentumsübertragung abschließt, nicht.¹³

Eine Strafbarkeit durch die Entgegennahme der Verwarnungsgelder scheidet in jedem Fall bereits deswegen aus, weil damit – ungeachtet des anderweitigen Plans des Angeklagten – die von den übrigen Beteiligten beabsichtigten Rechtswirkungen eintreten und für niemanden ein Vermögensschaden entsteht.

¹⁰ Zutreffend kritisch bereits *Brand*, NJW 2022, 3524 f.

¹¹ Klarstellend *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 116 Rn. 4 m.w.N.

¹² Dazu allgemein bspw. *Berger*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 855 Rn. 1.

¹³ Zum Ganzen näher *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 855 Rn. 12 f. m.w.N.

2. Nicht-Abliefern der Verwargelder

In Betracht kommt aber eine Strafbarkeit des Angeklagten aufgrund des Nicht-Abliefers der Gelder bei der Landeskasse zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt.

a) Untreue, § 266 Abs. 1 StGB

Die Verletzung der insoweit gegenüber der Landeskasse bestehenden Pflicht des Angeklagten könnte eine Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB darstellen.

Der Untreuetatbestand ist sperrig formuliert. Danach macht sich strafbar, „[w]er die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Umstritten ist bereits, ob es sich hierbei um einen einheitlichen Tatbestand handelt (sog. monistischer Ansatz) oder ob es zwei völlig unabhängige Untreuetatbestände gibt (sog. dualistischer Ansatz); der letztere sieht zwei verschiedene Tatbestände, nämlich:

„[w]er die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht“ (Var. 1)
und

„[wer] die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt“ (Var. 2)

Nach dieser Lesart ist nur in der zweiten Variante eine „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ (sog. Vermögensbetreuungspflicht) erforderlich. Für die erste Variante reiche das Bestehen einer Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis aus.¹⁴

Allerdings sind sich auch die Vertreter dieser Auffassung darüber einig, dass das Erfolgserfordernis („und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt“) sich auf beide Tatbestände bezieht.¹⁵ Dieser Passus legt jedoch nahe, dass eine Vermögensbetreuungspflicht in allen Tatbestandsvarianten vorausgesetzt wird.¹⁶ Die ganz überwiegende Auffassung (darunter auch die Rechtsprechung¹⁷) geht daher inzwischen zutreffenderweise davon aus, dass jede Form der Untreue die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht voraussetzt.¹⁸

Prüfungsaufbau: Untreue ist ein Erfolgsdelikt, weil in jedem Fall die Schädigung fremden Vermögens vorausgesetzt wird. Fehlt es an einer solchen, kommt eine Strafbarkeit wegen Untreue nicht in Betracht (was bei § 266 StGB besonders wichtig ist, weil es sich dabei um ein Vergehen i.S.d. § 12

¹⁴ Bspw. Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 2; Schünemann, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 13 ff.

¹⁵ Etwa Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 2.

¹⁶ So etwa Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 31.

¹⁷ Grundlegend BGH, Urt. v. 26.7.1972 – 2 StR 62/72 = BGHSt 24, 386 (387 f.).

¹⁸ Wie hier bspw. Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 31; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 266 Rn. 4; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 266 Rn. 26; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 6; jeweils m.w.N.

Abs. 2 StGB handelt und der Versuch nicht i.S.d. § 23 Abs. 1 Var. 2 StGB mit Strafe bedroht ist). Aus darstellungsökonomischen Gründen wäre es daher – wie bei anderen (Erfolgs-)Delikten¹⁹ – angezeigt, den Eintritt eines Vermögensnachteils als erstes zu prüfen. Allerdings lässt sich – wie auch der Vermögensschaden beim Betrug²⁰ – der Vermögensnachteil bei der Untreue nicht losgelöst von der Feststellung einer Pflichtverletzung subsumieren. Daher ist auch der Untreuetatbestand ausnahmsweise „chronologisch“ zu prüfen:

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Vermögensbetreuungspflicht (h.A., s.o.)

bb) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht²¹

Var. 1: Missbrauchstatbestand, § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB

(1) Im Außenverhältnis wirksame Verpflichtung oder Verfügung

(2) Überschreiten des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis

Var. 2: Treubruchtatbestand, § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB:

Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht auf beliebige Art und Weise

cc) Eintritt eines (Vermögens-)Nachteils

dd) Kausalität und objektive Zurechnung

b) Subjektiver Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit

3. Schuld

4. Ggfs. besonders schwerer Fall, § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. § 263 Abs. 3 StGB

5. Ggfs. Strafantragserfordernis, § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. §§ 247, 248a StGB

Ist damit die (Verletzung der) Vermögensbetreuungspflicht das eigentliche Wesen der Untreue, so ist die zentrale Frage, wann eine solche Vermögensbetreuungspflicht vorliegt. Die Kriterien dafür sind

¹⁹ Vgl. bspw. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, 1. Teil Kap. 2 Rn. 6, 27 ff. Dagegen etwa *Bünzel/Freund*, Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022, § 2 Rn. 5. Daran ist zwar zutreffend, dass ein strafrechtlicher Vorwurf immer nur an ein menschliches Verhalten geknüpft werden kann (so auch *Rotsch*, a.a.O., 1. Teil Kap. 2 Rn. 14). Nur in Ausnahmefällen erfüllt aber der Lebenssachverhalt, der als Anknüpfungspunkt für die Prüfung der Strafbarkeit im Obersatz genannt wird, nicht die Anforderungen an ein willensgetragenes menschliches Verhalten (z.B. unbewusste Bewegungen im Schlaf), weshalb dieses Erfordernis nur dann thematisiert werden sollte, wenn es wirklich problematisch ist – anderenfalls wird man sich regelmäßig dem (berechtigten) Vorwurf des Korrektors aussetzen, dass man das Gespür für die eigentlichen Probleme des Falles vermissen lässt. *Bünzel/Freund* (a.a.O.) raten umgekehrt dazu „gar nicht erst in die Prüfung einer Vollendungstat ‚ein[zu]steigen“, wenn kein Erfolg eingetreten ist, sondern ggfs. direkt eine Versuchsstrafbarkeit zu prüfen. Dem ist zwar insoweit zuzustimmen, als völlig fernliegende Prüfungen vermieden werden sollten (plastisch: Wenn keine der im Sachverhalt aufgeführten Personen gestorben ist, ist keine Prüfung eines vollendeten Tötungsdelikts angezeigt). Allerdings ist die Feststellung des Eintritts oder Nichteintritts eines tatbestandsmäßigen Erfolges regelmäßig nicht so einfach, sondern bedarf einer gründlichen Subsumtion (z.B. die Frage, ob bestimmte im Sachverhalt genannte Tatfolgen als Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 Abs. 1 Var. 2 StGB einzuordnen sind). Außerdem scheidet eine Strafbarkeit wegen eines vollendeten Delikts auch dann aus, wenn der Erfolg zwar eingetreten, aber nicht zurechenbar ist (vgl. etwa *Rotsch*, a.a.O., 1. Teil Kap. 2 Rn. 77). All diese Fragen inzident im Rahmen der häufig sog. „Vorprüfung“ (dazu krit. *Rotsch*, a.a.O., 2. Teil Fall 1 Rn. 11) beim Versuch zu prüfen, wäre extrem sperrig und darstellerisch wenig elegant, weshalb es in solchen Fällen am praktikabelsten ist, das vollendete Delikt zu prüfen, abzulehnen und erst dann in die Versuchsprüfung einzusteigen.

²⁰ *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, 1. Teil Kap. 2 Rn. 27 ff.

²¹ Umstritten ist, ob bzw. inwiefern die Pflichtverletzung „gravierend“ sein muss, vgl. dazu *M. Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 ff.

in Rechtsprechung und Wissenschaft inzwischen weitestgehend konsentiert. Erforderlich ist:²²

- eine rechtliche Pflicht,
- die sich auf fremdes Vermögen bezieht und dessen Schutz dient,
- die einen Hauptbestandteil des gesamten zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses ausmacht
- und der betreffenden Person insoweit eine gewisse Selbständigkeit zugesteht.

Die Pflicht zur Einziehung, Dokumentation und Ablieferung der Verwarnungsgelder ergibt sich aus dem Gesetz (s.o.) bzw. aus dienstlichen Weisungen und dient eindeutig dem Landeshaushalt. Unabhängig von der umstrittenen Frage, welcher Gehalt dem „Hauptpflicht“-Kriterium zukommt,²³ macht das Einkassieren von Verwarnungsgeldern jedenfalls einen sehr wesentlichen Teil der Aufgaben eines Verkehrspolizisten aus, sodass diese Kriterien erfüllt sind.

Entscheidend ist daher, ob der Angeklagte *selbständig* über diese Teilmenge des Landeshaushalts verfügen konnte. Die Frage, wie (weit) dieses Kriterium zu verstehen ist, ist generell ein zentraler Aspekt des Untreuetatbestandes²⁴ und auch der Grund, weshalb die verschiedenen Instanzen im Ergebnis unterschiedlich geurteilt haben. Zu beachten ist insoweit die grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB.²⁵ Der Untreuetatbestand kann nur bei einer restriktiven und präzisierenden Auslegung als verfassungskonform angesehen werden. Eine derartige Konkretisierung des Tatbestandes durch die Rechtsprechung sei das Selbständigkeitserfordernis.²⁶

Zwar verhält das Bundesverfassungsgericht sich nicht näher dazu, wie das Selbständigkeitskriterium zu verstehen ist. Das ist freilich seiner Aufgabe geschuldet, (nur) spezifische Verfassungsverstöße festzustellen und gerade nicht als „Superrevisionsinstanz“ zu fungieren²⁷. Dass es dieses Kriterium dennoch erwähnt, macht deutlich, dass es sich dabei um einen bedeutsamen Faktor handeln muss, dessen Zweck es ist, (gem. § 266 Abs. 1 StGB) strafbares Verhalten von straflosem oder anderweitig strafbarem Verhalten zu unterscheiden. Diese Funktion kann das Selbständigkeitserfordernis bei einer ausufernden Auslegung nicht erfüllen.

Leider ist eine eben solche „Aushöhlung“ des Selbständigkeitskriteriums durch die Rechtsprechung seit langem zu beobachten.²⁸ In der Vergangenheit hatten andere Oberlandesgerichte entschieden, dass auch Verkehrspolizisten vermögensbetreuungspflichtig seien.²⁹ Die Selbständigkeit des Umgangs mit fremden Geldern soll sich danach daraus ergeben, dass die Polizisten eigenständig Wechselgeld herausgeben, Quittungen ausstellen und die Verwarnungsgelder in der Liste dokumentieren müssen. So weit will das BayObLG – erstaunlicherweise – offenbar nicht gehen und lässt offen, ob

²² Vgl. etwa den Überblick bei *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 10 m.w.N.

²³ Insoweit krit. *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 24; *Schünemann*, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 90.

²⁴ Klarstellend bspw. *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 54 ff. m.w.N.

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = BVerfGE 126, 170.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 108 = NJW 2010, 3209 (3214 f.) = BVerfGE 126, 170 (209 f.).

²⁷ Vgl. nur etwa BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51 = BVerfGE 7, 198 (207); näher dazu *Schlaich/Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 283 ff. m.w.N.

²⁸ Vgl. nur etwa *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 58: „Die Rechtsprechung hat das Merkmal der Selbständigkeit [...] praktisch aufgegeben.“

²⁹ OLG Köln, Urt. v. 12.2.1963 – Ss 335/62 = NJW 1963, 1992; OLG Koblenz, Urt. v. 3.10.1974 – 1 Ss 206/74 = GA 1975, 122.

bereits diese Umstände zur Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht führen.³⁰ Im entscheidungserheblichen Sachverhalt ergebe die Selbständigkeit des Angeklagten und damit die Vermögensbetreuungspflicht sich vielmehr aus dem Umstand, dass die Verwaltungsgelder offenbar so gut wie gar nicht kontrolliert wurden; es ließ sich noch nicht einmal feststellen, ob der „alte“ Abrechnungsblock bei Herausgabe eines neuen eingezogen, kontrolliert und das zugehörige Bargeld eingefordert wurde.³¹ In den Worten des *Senats*: „Es fehlte in einem solchen Maße an dienstlichen Kontrollen bezüglich der Höhe und des Verbleibs der Verwarnungsgelder, dass er im Ergebnis das ihm anvertraute Fremdvermögen faktisch selbständig verwaltete und darauf nach seinem Belieben zuzugreifen konnte.“³²

Diese Art der Argumentation findet sich vereinzelt auch in der Literatur,³³ prominent etwa bei *Schünemann*: „Die Abgrenzung ha[be] [...] nicht danach zu erfolgen, was der Täter *d[ürfe]*, sondern danach, was er *k[önne]*. Eine qualifizierte Herrschaft in diesem Sinne h[ieße]: Abwesenheit von Kontrolle, wobei unter Kontrolle nicht die Frage einer nachträglichen Nachprüfung, sondern die gleichzeitige Steuerung und Überwachung zu verstehen [sei]. Tauglicher Täter des Treubruchtatbestandes [sei] dementsprechend, wer sich bei seiner fremdnützigen Tätigkeit gewissermaßen selbst zu kontrollieren ha[be] [...].“³⁴

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen: Bei der Untreue geht es darum, dass der Treugeber dem Treunehmer Handlungsspielräume im Vertrauen darauf überlässt, dass der Treunehmer diese im Interesse des Treugebers nutzen wird.³⁵ Dass die Abrechnung der Verwarnungsgelder nicht kontrolliert wurde, ist aber nicht als Zeichen des Vertrauens anzusehen, dass die Beamten „schon alles richtig machen werden“, und erst recht nicht als Einräumung eines Ermessens, so viel des vereinnahmten Bargelds bei der Kasse abzuliefern, wie es die Beamten gerade für richtig erachten. Vielmehr kommen hier lediglich eigene (Überwachungs-)Fehler der jeweiligen Vorgesetzten zum Ausdruck.³⁶ Im bloßen (seinerseits vorwerfbaren) Schaffen/Nichtbeseitigen von Missbrauchsgelegenheiten liegt keine konkludente „Beförderung“ in eine Position, die von höherer Eigenverantwortung geprägt ist.

Ließe man das Bestehen faktischer Missbrauchsgelegenheiten für das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht ausreichen, würde der Untreuetatbestand völlig entgrenzt. So besteht beispielsweise dahingehend Einigkeit, dass es insoweit nicht ausreicht, wenn Arbeitnehmer mit dem Eigentum des Arbeitgebers umgehen.³⁷ Daran ändert sich freilich auch nichts, wenn Arbeitnehmer die Gelegenheit haben, unauffällig Druckerpapier zu stehlen, weil keine blattgenaue Inventur stattfindet. Für den Verkehrspolizisten kann nichts anderes gelten: Er verfügt über keinen (rechtlichen) Spielraum bei der Vereinnahmung der Verwarnungsgelder, sondern hat exakt die übergebene Summe zu dokumentieren und im vorgegebenen Turnus abzuliefern. Eine Vermögensbetreuungs-

³⁰ BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 18.

³¹ BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 19.

³² BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 19.

³³ Vgl. auch etwa *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 10 f. m.w.N.

³⁴ *Schünemann*, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 86 (Hervorhebungen und Fußnoten aus der Originalquelle entfernt; vorhandene *Hervorhebungen* nur hier).

³⁵ Vgl. *M. Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (355 f.); vgl. auch *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 3.

³⁶ So auch *Brand*, NJW 2022, 3524 (3525).

³⁷ Explizit etwa BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., Rn. 110 = NJW 2010, 3209 (3215) = BVerfGE 126, 170 (209 f.).

pflicht diesbezüglich ist daher richtigerweise abzulehnen.³⁸

b) Betrug, § 263 Abs. 1 StGB

Denkbar ist weiterhin eine Strafbarkeit wegen Betruges gegenüber der Dienststelle und zulasten der Landeskasse.³⁹ Eine Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB setzt zunächst eine Täuschung über Tatsachen voraus.

Hinweis: Beachte zum Merkmal der sog. „Täuschung“ beim Betrug die Ausführungen bei *Böhringer/M. Wagner*, ZJS 2014, 557 (558 f.). Zur Prüfungsreihenfolge s.o. den Hinweis zum Prüfungsaufbau.

Die Vereinnahmung der Verwarnungsgelder ist ein in der Vergangenheit liegender Vorgang, der abstrakt dem Beweis zugänglich und damit eine Tatsache⁴⁰ ist. Hierüber kann der Angeklagte getäuscht haben, als er nicht offengelegt hat, welche Summe er tatsächlich vereinnahmt hat.

Ob auf eine konkludente Täuschung oder auf eine Täuschung durch Unterlassen abzustellen ist, hängt vom – insoweit nicht im Einzelnen festgestellten – Verfahren bei der Aushändigung des Abrechnungsblocks ab:⁴¹

Sollte es so gewesen sein, dass der Angeklagte Abrechnungsböcke und auch einen Teil der vereinnahmten Gelder abgeliefert hat, um den Schein zu wahren, so wird diesem Akt konkludent der Aussagegehalt zu entnehmen sein, dass seit dem letzten Blockwechsel nicht mehr Verwarnungsgelder vereinnahmt worden sind. Folglich liegt in der (unvollständigen) Ablieferung bereits eine aktive Täuschung, weshalb es auf Elemente eines Unterlassungsdelikts gem. § 13 StGB insoweit nicht ankommt.

Aber auch, falls/soweit der Angeklagte im Einzelfall seiner turnusmäßigen Ablieferungspflicht gänzlich nicht nachgekommen sein sollte, wird eine Täuschung (dann durch Unterlassen) anzunehmen sein: Da die Ablieferungspflicht unmittelbar zu seinem Aufgabenbereich als Amtsträger gehörte, stellt sie sich als Garantspflicht i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB dar,⁴² deren Verletzung als Täuschung durch Unterlassen (in der Formulierung des § 263 Abs. 1 Var. 3 StGB: „Unterdrückung wahrer Tatsachen“) zu werten ist.

Vertiefung: Zusätzlich zur Garantienpflichtverletzung ist für eine Unterlassungsstrafbarkeit gem. § 13 Abs. 1 StGB erforderlich, dass „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“. Der Inhalt dieser Klausel ist bislang völlig ungeklärt.⁴³ Nach vorherrschender Auffassung soll sie nur bei den sog. verhaltensgebundenen (Erfolgs-)Delikten Anwendung finden, zu denen auch der Betrugstatbestand gehört.⁴⁴ Für die Beantwortung der Frage, wann eine Täuschung durch Unterlassen einem aktiv begangenen Betrug entspricht, fehlen aber konsentierete Leit-

³⁸ So im Ergebnis auch etwa *Brand*, NJW 2022, 3524 (3525); *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 14; *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 65; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 266 Rn. 52.

³⁹ Zutreffend *Brand*, NJW 2022, 3524 (3525); krit. *Schünemann*, in: LK-StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 86.

⁴⁰ Zur Definition vgl. bspw. *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 4 m.w.N.

⁴¹ Dazu *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 14 ff. m.w.N.

⁴² So etwa *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 62 m.w.N.

⁴³ Dazu eingehend *M. Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB (erscheint demnächst).

⁴⁴ Statt (fast) aller bspw. *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4.

linien.⁴⁵ Es ist jedoch davon auszugehen, dass selbst sehr enge Auffassungen in Konstellationen wie dem Entscheidungssachverhalt zur Annahme der Entsprechung kommen würden.⁴⁶ Von Studierenden kann nicht erwartet werden, dass sie sich einer Klausur oder Hausarbeit Gedanken zu einem solchen gänzlich ungeklärten Problem machen. Daher empfiehlt es sich, floskelhaft klarzustellen, dass die Voraussetzungen der Entsprechungsklausel vorliegen, ohne näher darauf einzugehen. Damit zeigt man zumindest, dass man weiß, dass § 13 Abs. 1 StGB dieses Tatbestandsmerkmal voraussetzt und es nach h.A. beim Betrug relevant wird.

Aus der Täuschung folgt beim zuständigen Kassenbeamten eine Fehlvorstellung in Form des sog. „sachgedanklichen Mitbewusstseins“, es werde „schon alles in Ordnung sein“.⁴⁷ Im Nicht-Herausfordern der fehlenden Gelder liegt eine auf dem Irrtum beruhende Verfügung⁴⁸ über das Vermögen des Landes durch die dazu befugten⁴⁹ Beamten. Daher weist der Landeshaushalt letztlich einen niedrigeren Saldo auf, als er sollte; ein Vermögensschaden⁵⁰ liegt vor.

Hinweis: Zur umgekehrten Situation, dass der Angeklagte das Geld ausgibt, bevor er darüber Rechenschaft ablegen müsste, siehe noch unten 4. a).

Der Angeklagte handelte insoweit auch vorsätzlich und in der Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern. Da der Schaden gerade im Fehlen derjenigen Gelder besteht, die der Angeklagte für sich behalten wollte, ist die beabsichtigte Bereicherung auch stoffgleich⁵¹. Daher ist eine Strafbarkeit wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB anzunehmen. Weil der Angeklagte seine Stellung als Amtsträger missbraucht hat, liegt ein besonders schwerer Fall gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB vor. Überdies wird wohl Gewerbsmäßigkeit i.S.d. § 263 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB gegeben sein. Zu beachten ist allerdings § 263 Abs. 4 StGB i.V.m. § 243 Abs. 2 StGB, wenn – im Einzelfall – der Schaden nur geringwertig ist, was überwiegend unterhalb von 50 €⁵² angenommen wird.

c) Veruntreuende Unterschlagung [ggfs. durch Unterlassen], §[§] 246 Abs. 1, Abs. 2[, 13] StGB

In Betracht kommt außerdem die Verwirklichung einer veruntreuenden Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB. Eine solche wäre gegenüber dem Betrug (s.o. b)) formell subsidiär („wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“), weshalb sie im Ergebnis jedenfalls keine Rolle im Rahmen der Verurteilung spielt. In der Klausurbearbeitung ist es zwar verführerisch,

⁴⁵ Überblick zur Diskussion bei M. Wagner, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB (erscheint demnächst).

⁴⁶ Vgl. bspw. Klawitter (Die Grenzen des Betruges durch Unterlassen, 1993, S. 84, 89), der – anschließend an Herzberg (Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 70 ff., 81) – als eine von zwei denkbaren Konstellationen anerkennt, dass der Untätigkeit des Garanten unabhängig von dessen körperlichem Auftreten normativ ein bestimmter Erklärungsgehalt beigemessen wird, was hier angesichts des Konzepts, das einen regelmäßigen Ablieferungsturnus vorsieht, der Fall sein dürfte.

⁴⁷ Dazu bspw. Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 338 ff. m.w.N.

⁴⁸ Auch durch Unterlassen kann über das Vermögen verfügt werden; klarstellend bspw. Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 43 m.w.N.

⁴⁹ Zur Darstellung des Dreiecksbetrugs in der Fallbearbeitung beachte Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, 2. Teil Fall 16 Rn. 68.

⁵⁰ Zum Schadensbegriff bspw. Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 566 ff.

⁵¹ Dazu bspw. Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 82 ff. m.w.N.

⁵² Vgl. etwa OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 28.10.2016 – 1 Ss 80/16 = NStZ-RR 2017, 12; Nachweise zum Diskussionsstand etwa bei Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 243 Rn. 28.

aber auch „gefährlich“, insoweit direkt zu den Konkurrenzen zu „springen“⁵³, denn subsidiär kann nur ein Tatbestand sein, der auch tatsächlich verwirklicht wurde.

Hinweis: Vgl. dazu noch unten 4. a) zu den Konkurrenzen.

Durch die Übergabe an den Angeklagten ist das Bargeld – Sachen i.S.d. § 90 BGB – in das Eigentum des Landes übergegangen (s.o. 1.), weshalb es für den Angeklagten fremd⁵⁴ ist. Entscheidend ist jedoch, ob er es sich durch die Nicht-Herausgabe i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB „zu[ge]eignet“ hat. Die wohl überwiegende Auffassung in Rechtsprechung⁵⁵ und Literatur⁵⁶ nimmt eine Zueignung dann an, wenn der Täter seinen Zueignungswillen nach außen manifestiert.⁵⁷ Es kann unterstellt werden, dass bereits im Zeitpunkt des Abholens eines neuen bzw. der Abgabe des alten, unvollständigen Abrechnungsblocks der Zueignungswille vorhanden war (s.o.). Zweifelhaft ist aber, ob im bloßen Nicht-Herausgeben dieser Wille nach außen manifestiert wird. Ganz im Gegenteil: Der Angeklagte wollte mit seinem Verhalten gerade nicht zum Ausdruck bringen, dass er die Gelder für sich behalten wollte, sondern wollte gerade den Eindruck erwecken, dass es überhaupt keine weiteren Gelder gab, die er herausgeben müsste. Selbst für den objektiven Beobachter, der (nur) um die Existenz der Gelder, nicht aber um die Gedankenwelt des Angeklagten weiß, ist die bloße unterlassene Ablieferung kein zwingender Ausdruck des Zueignungswillens, sondern könnte z.B. auch lediglich Nachlässigkeit widerspiegeln.⁵⁸

Hinweis: In der konkreten Fallgestaltung mag diese Deutung des Verhaltens des Angeklagten geradezu naiv anmuten. Allerdings kommt es darauf an, welches Wissen man dem fiktiven Beobachter unterstellt: Geht man von einer Person aus, die nur das einzelne konkrete Nicht-Abliefern beobachtet, so muss sie nicht zwingend den Eindruck erhalten, dass der Angeklagte sich die Gelder zueignet; weiß hingegen der gedachte Beobachter um die wiederholte „Masche“, so stellt sich ihm hingegen dasselbe Verhalten sicherlich als Zueignung dar. Das grundlegende Problem, wie fiktive Maßstabfiguren zu konturieren sind, kann allerdings in diesem Rahmen nicht näher erörtert werden.

Eine Zueignung und damit eine Unterschlagung durch das Nicht-Abliefern scheidet daher bereits auf Tatbestandsebene aus, weshalb es auf die formelle Subsidiarität nicht mehr ankommt.

Aus denselben Gründen scheitert auch eine Unterschlagung durch Unterlassen, sofern man eine solche grundsätzlich überhaupt für möglich hält⁵⁹.

⁵³ Vgl. zum „Springen“ im Gutachten *Hardtung*, JuS 1996, 610 ff., 706 ff. und 807 ff.; *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Fall 1 Rn. 93, Fall 6 Rn. 63, Fall 8 Rn. 30, Fall 13 Rn. 110, Fall 15 Rn. 83.

⁵⁴ Zur Definition vgl. *Heghmanns*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2009, Rn. 870 ff.

⁵⁵ Bspw. BGH, Beschl. v. 7.12.1959 – GSSt 1/59 = BGHSt 14, 38; BGH, Urt. v. 17.3.1987 – 1 StR 693/86 = NJW 1987, 2242 (2243); BGH, Urt. v. 6.9.2006 – 5 StR 156/06 = NStZ-RR 2006, 377.

⁵⁶ Bspw. *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 10; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 5 ff.; *Wittig*, in: BeckOK StGB, 56. Ed., Stand: 1.2.2023, § 246 Rn. 3 ff.; jeweils m.w.N.

⁵⁷ Weiter hingegen *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 17 ff.; *Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 191 ff.; *Samson*, Strafrecht II, 5. Aufl. 1985, S. 91 f., die zu einer tatbestandsmäßigen Zueignung kommen dürften.

⁵⁸ Insoweit zutreffend *J. Kretschmer*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner, AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 246 Rn. 9.

⁵⁹ Dazu etwa OLG Koblenz, Beschl. v. 23.12.1983 – 2 Ss 490/83 = StV 1984, 287; LG Potsdam, Beschl. v. 1.10.2007 – 24 Qs 28/07 = NStZ-RR 2008, 143; *Schmid*, MDR 1981, 806 (Replik *Schürmann*, MDR 1982, 374; Duplik *Schmid*,

3. Verausgabung der Verwarngelder

Des Weiteren kann eine Strafbarkeit aus dem Ausgeben der vereinnahmten Gelder resultieren. Auch insoweit scheidet Untreue in Ermangelung einer Vermögensbetreuungspflicht aus (s.o.).

Denkbar wäre etwa ein Betrug gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner, weil der Angeklagte nicht mit eigenem Geld bezahlt hat. Dennoch erleidet der Vertragspartner keinen Vermögensschaden, wenn er gleichwohl das Eigentum an dem Bargeld erwirbt. Dies wird typischerweise nach den Grundsätzen des gutgläubigen Erwerbs gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB der Fall sein. Ungeachtet der Anforderungen an das Abhandenkommen steht § 935 BGB einem solchen schon allein deswegen nicht entgegen, weil die Vorschrift gem. Abs. 2 auf Geld keine Anwendung findet. Auch dürfte den Vertragspartner insoweit keinerlei Prozessrisiko⁶⁰ treffen, weshalb eine Strafbarkeit wegen Betruges ausscheidet.

Möglich ist aber eine Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB, weil der Angeklagte durch das Bezahlen mit den Verwarnungsgeldern nach außen den Anschein erweckt, diese stünden in seinem Eigentum, und damit seinen Willen zum Ausdruck bringt, sich das betreffende Bargeld zuzueignen. Da ihm das Bargeld in seiner dienstlichen Eigenschaft anvertraut⁶¹ war, ist auch der Qualifikationstatbestand des § 246 Abs. 2 StGB einschlägig. Da weder der Vereinnahmung noch der Nicht-Ablieferung Zueignungscharakter zukommt, stellt sich die Frage, ob „wiederholte“ Zueignungen tatbestandsmäßig sind oder nicht,⁶² hier nicht.

4. Konkurrenzen

a) Materiell-rechtliche Aspekte

Problematisch sind auch die Konkurrenzen, mit denen das BayObLG sich ausführlich beschäftigt.⁶³ Da es davon ausgeht, dass ein Untreuevorwurf sich nicht auf das Nicht-Herausgeben, sondern auf die Verausgabung der Gelder stützt, liegt es nahe, dass es sich nicht um die vom Landgericht angenommenen 26 Fälle (dort: der veruntreuenden Unterschlagung) handelt, sondern um eine unbestimmte Zahl an Taten. Plastisch: Möglicherweise hat der Angeklagte die Tatbeute eines einzelnen Abrechnungsblocks in mehreren Einzelzahlungen ausgegeben (mit dem Ergebnis, dass eine Vielzahl von Fällen vorliegt); vielleicht hat er die Gelder auch gespart und auf einmal verausgabt (dann insoweit nur eine Tat). Insoweit fehlt es an Feststellungen durch die Tatsacheninstanzen.

Diese Erwägungen gelten ebenso für die hier angenommene veruntreuende Unterschlagung: Sieht man eine solche erst im Ausgeben des Geldes, so liegt in jeder einzelnen Ausgabe ein neuer Willensentschluss und damit eine neue Tat, weshalb so viele Taten wie Ausgaben vorliegen, die zueinander im Verhältnis der Handlungsmehrheit stehen.

Für den Betrug hingegen ist entscheidend, wie viele Situationen es gab, in denen die konkludente Täuschung erklärt wurde. Das dürfte bei jedem Abliefern eines Abrechnungsblocks bzw. bei jedem

MDR 1982, 374).

⁶⁰ Vgl. dazu BGH, Urt. v. 8.5.1990 – 1 StR 52/90 = JR 1990, 517; dazu eingehend *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 939 ff. m.w.N.

⁶¹ „Anvertraut sind Sachen, deren Besitz oder Gewahrsam dem Täter in dem Vertrauen eingeräumt worden ist, er werde die Gewalt über sie nur im Sinne des Einräumenden ausüben. Hierfür genügt es, daß er Besitz oder Gewahrsam kraft eines Rechtsgeschäfts mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zurückzugeben oder zu einem bestimmten Zweck zu verwenden [...]“ (BGH, Urt. v. 17.10.1961 – 1 StR 382/61 = BGHSt 16, 280 [282] m.w.N.).

⁶² Dazu bspw. *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 6 Rn. 39 f. m.w.N.

⁶³ BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 20 ff.

Abholen eines neuen Blocks, bei dem der alte Block hätte abgeliefert werden müssen, der Fall sein. Insoweit müssten nach den bisherigen Feststellungen also 26 Betrugstaten vorliegen.

Die zentrale Frage ist, wie sich die Betrugs- und die Unterschlagungstaten zueinander verhalten:

Zunächst ist die Subsidiaritätsklausel in § 246 Abs. 1 StGB a.E. zu betrachten. Auch wenn sie sich (nur) in Abs. 1 findet, gilt sie gleichermaßen für Fälle der veruntreuenden Unterschlagung gem. § 246 Abs. 2 StGB.⁶⁴ Allerdings muss sich insoweit schon die Frage stellen lassen, ob die Klausel überhaupt dem Grunde nach anwendbar ist. Denn die Subsidiarität tritt nur dann ein, „wenn die Tat [...] in anderen Vorschriften mit *schwererer* Strafe bedroht ist“. Der Qualifikationstatbestand gem. § 246 Abs. 2 StGB weist aber *denselben* Strafraumen auf wie der Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahre oder Geldstrafe). Daher kommt Subsidiarität allenfalls insoweit in Betracht, als dass beim Betrug ein besonders schwerer Fall vorliegt (der nicht gem. §§ 263 Abs. 3, 243 Abs. 2 StGB ausgeschlossen ist, s.o.).⁶⁵ Viel entscheidender ist aber: Die Subsidiaritätsklausel greift nur ein, wenn es sich bei den beiden strafbaren Verhaltensweisen um dieselbe „Tat“ handelt. Ob darunter das tatbestandsmäßige Verhalten⁶⁶ (vgl. auch § 8 S. 1 StGB) oder die (auch normative) Handlungseinheit i.S.d. § 52 StGB zu verstehen ist,⁶⁷ kann im hiesigen Sachverhalt dahinstehen, weil es sich bei beiden Taten (Nicht-Abliefern gegenüber der Landeskasse einerseits, Verausgabung andererseits) um völlig unterschiedliche Sachverhalte handelt. Die (veruntreuende) Unterschlagung ist damit jedenfalls nicht gem. § 246 Abs. 1 StGB a.E. formell subsidiär. Das bedeutet aber nicht automatisch, dass aufgrund der Handlungsmehrheit auch Tatmehrheit gem. § 53 StGB zwischen Betrugs- und Unterlassungstaten besteht. Möglich ist auch eine Gesetzeskonkurrenz in Form der mitbestraften Vor- oder Nachtat.⁶⁸

In Fällen, in denen – wie hier – der Täuschungshandlung selbst keine Zueignung innewohnt, hat das Reichsgericht Tatmehrheit in Betracht gezogen.⁶⁹ Dagegen stellt der BGH darauf ab, ob bereits im Zeitpunkt der Täuschungshandlung Zueignungswille besteht.⁷⁰ Richtigerweise wird man – objektiv – darauf abstellen müssen, ob die Unterschlagung eine Verwertungshandlung darstellt.⁷¹ Durch die nachfolgende Verausgabung der Gelder wird der (Gefährdungs-)Schaden des Betrugers lediglich vollständig realisiert, da das Bargeld nunmehr völlig der Zugriffsmöglichkeit der Landeskasse entzogen ist. Die Annahme von Tatmehrheit würde folglich dazu führen, dass dem Angeklagten der in der Sache selbe Umstand mehrfach angelastet würde, was den Grundprinzipien des Konkurrenzrechts widerspricht.⁷² Folglich sind die veruntreuenden Unterschlagungen als mitbestrafte Nachtaten des Betrugers anzusehen und treten daher im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter diesem zurück.

Praktisch denkbar ist aber auch die Fallkonstellation, dass der Angeklagte Gelder verausgabt hat, noch bevor der Zeitpunkt gekommen war, zu dem er den Umfang der vereinnahmten Verwarnungsgelder hätte offenlegen müssen. In einem solchen Fall ist bereits fraglich, ob überhaupt ein (sog.

⁶⁴ BGH, Beschl. v. 26.6.2012 – 2 StR 137/12 = NStZ 2012, 628; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 64 m.w.N.

⁶⁵ *Vogel*, in: LK-StGB, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 246 Rn. 74.

⁶⁶ *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 45.

⁶⁷ So *Vogel*, in: LK-StGB, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 246 Rn. 72.

⁶⁸ Einführend bspw. *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 1274 ff.

⁶⁹ RG, Urt. v. 22.11.1926 – II 937/26 = RGSt 61, 37 (39); *Perron*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 33.

⁷⁰ BGH, Urt. v. 17.10.1961 – 1 StR 382/61 = BGHSt 16, 280 (281); *Perron*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 33.

⁷¹ So zutreffend *Vogel*, in: LK-StGB, Bd. 8, 12. Aufl. 2020, § 246 Rn. 76.

⁷² Dazu etwa v. *Heintschel-Heinegg*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorbem. zu § 52 Rn. 15 ff. m.w.N.

Sicherungs-)Betrug vorliegt, weil der Schaden bereits vor der Täuschungshandlung eingetreten ist und als deren Folge nicht mehr vertieft werden kann. Jedenfalls aber stellt der Betrug eine mitbestrafte Nachtat dar, die im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter der vorherigen veruntreuenden Unterschlagung zurücktritt.⁷³

Auch wenn es zunächst einleuchten mag, dass in beiden Fallkonstellationen schlichtweg nur die erste Tat bestraft wird, die sich auf die Gelder bezieht, so darf doch nicht übersehen werden, dass der – sicherlich oftmals sehr zufällige – Umstand, ob das Geld vor oder nach dem Stichtag zur Ablieferung verausgabt wird, im Ergebnis eine erhebliche Rolle spielt. Zum einen ist die Zahl der Taten unterschiedlich zu bemessen, je nachdem, ob auf den Betrug oder auf die veruntreuende Unterschlagung abgestellt wird (s.o.); zum anderen kann nur beim Betrug der besonders schwere Fall vorliegen, der einen deutlich schärferen Strafraumen aufweist.

Es wird sich zeigen, inwiefern das neue Tatgericht noch aufklären kann, auf welche Art und Weise der Angeklagte die Gelder verausgabt hat. Soweit dies nicht der Fall ist, hat es in dubio pro reo zu unterstellen, dass der Angeklagte immer dann, wenn eigentlich die Summe oder der Zeitpunkt erreicht war, dass er den Abrechnungsblock und das Geld hätte abliefern müssen, die bis dahin vereinnahmten Gelder auf einmal ausgegeben und sich anschließend kommentarlos einen neuen Block abgeholt hat. Auf diese Art und Weise wird zu seinen Gunsten die geringste Anzahl an Taten mit dem niedrigsten in Betracht kommenden Strafraumen zugrunde gelegt. Diese Zahl wird aber dennoch größer sein als 26: Denn der Angeklagte hätte auch schon vor Ablauf der Monatsfrist die Gelder abliefern müssen, sobald die Summe von 250 € erreicht war. Der tatsächliche Gesamtschaden war aber deutlich größer als 26 mal 250 €.

b) Prozessuale Aspekte

Das BayObLG thematisiert die Frage, ob die (andere) Strafkammer des Landgerichts nach erneuter Verhandlung prozessual überhaupt zum Ergebnis kommen darf, dass mehr Taten vorliegen als dies die Berufungskammer angenommen hatte.⁷⁴ Das scheint zunächst verwunderlich, denn gegen das Urteil des Berufungsgerichts hatte nur die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt (und zwar nicht – ausschließlich [§ 301 StPO] – zugunsten des Angeklagten [beachte § 296 Abs. 2 StPO]), weshalb das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 S. 1 StPO nicht eingreift. Zu beachten ist aber, dass gegen das Urteil des Amtsgerichts nur der Angeklagte unbeschränkt Berufung eingelegt hatte, die Staatsanwaltschaft hingegen nur beschränkt auf den Strafausspruch. Das bedeutet, ohne die Berufung des Angeklagten hätte in der Berufungsinstanz der eigentliche Tatvorwurf überhaupt nicht überprüft werden können. Daher gilt – (nur) insoweit – das Verbot der reformatio in peius gem. § 331 Abs. 1 StPO, das auch in der Revisionsinstanz und für die neue Tatsacheninstanz nach Zurückverweisung fortwirkt, weil der Angeklagte anderenfalls benachteiligt würde, was das Verschlechterungsverbot gerade vermeiden will.⁷⁵ Allerdings gilt es ausweislich des Wortlauts des § 331 StPO gerade nur für den Rechtsfolgenausspruch („Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat“) und nicht für den Schuldspruch, wozu auch die Zahl der Taten gehört. Daher kommt das BayObLG zum zutreffenden Ergebnis, dass es dem erkennenden Gericht nicht verwehrt ist, das Vorliegen einer größeren Anzahl von Taten festzustellen und abzuurteilen.

⁷³ Hierzu bspw. *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 338 ff. m.w.N.

⁷⁴ BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 32 f.

⁷⁵ BayObLG, Urt. v. 10.5.1961 – RevReg. 1 St 133/61 = BayObLGSt 1961, 124 (127 f.); *Paul*, in: *KK-StPO*, 9. Aufl. 2023, § 331 Rn. 9; *Gössel*, in: *Löwe/Rosenberg*, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, Bd. 7/2, 12. Aufl. 2013, § 331 Rn. 16 f.; *Frisch*, in: *SK-StPO*, Bd. 6, 6. Aufl. 2022, § 331 Rn. 30 m.w.N.

V. Strafzumessung und Rechtsfolgen

Aber auch dann, wenn das Gericht zum Ergebnis kommt, dass der Angeklagte mehr als 26 Taten begangen hat, ist das Verbot der *reformatio in peius* zu beachten: Hätte nur die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt und wäre daher der Schuldspruch in Teilrechtskraft erwachsen, so wäre eine Verschlechterung des Urteils für den Angeklagten in Bezug auf die verhängte Strafe nur innerhalb des sich aus dem Schuldspruch ergebenden gesetzlichen Strafrahmens möglich gewesen. Nach § 331 StPO soll der Angeklagte dadurch, dass er unbeschränkt Berufung eingelegt hat, nicht schlechter gestellt werden, als wenn nur die Staatsanwaltschaft (beschränkt auf den Rechtsfolgenausspruch) Berufung eingelegt hätte. Daher führt das BayObLG zutreffend aus, dass die Annahme einer höheren Zahl von Taten (und die damit normalerweise verbundene Asperation gem. § 54 StGB) sich jedenfalls „für sich gesehen“ nicht straf erhöhend auswirken dürfe.⁷⁶ Das ändert aber nichts daran, dass das neue Tatgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung und Strafzumessung den Strafrahmen ausschöpfen darf, der aufgrund des amtsgerichtlichen Schuldspruchs möglich gewesen wäre.⁷⁷

Nicht zu unterschätzen sind auch die beamtenrechtlichen Folgen einer Verurteilung für Amtsträger: Nach § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeamStG⁷⁸ endet das Beamtenverhältnis kraft Gesetzes, wenn der Beamte im ordentlichen Strafverfahren durch das Urteil eines deutschen Gerichts wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wird. „Tat“ meint dabei nicht die Einzeltat; vielmehr reicht auch eine den Schwellenwert überschreitende Gesamtstrafe aus, soweit sie aus Einzelstrafen gebildet wird, die für vorsätzliche Delikte festgesetzt wurden.⁷⁹ Diese weitreichenden (Sekundär-)Auswirkungen der Strafe auf das Leben des Angeklagten sind im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen (vgl. § 46 Abs. 1 S. 2 StGB), was sich in der Urteilsbegründung widerspiegeln muss (vgl. § 267 Abs. 3 S. 1 StPO).⁸⁰

Ergänzender Hinweis: Wenn eine strafgerichtliche Verurteilung *nicht* gem. § 24 Abs. 1 S. 1 BeamStG zum Verlust der Beamtenrechte führt, bedeutet das freilich nicht zwingend, dass der Beamte im Dienst bleibt. So ist beispielsweise auch eine disziplinarrechtliche Entfernung aus dem Beamtenverhältnis (§ 21 Nr. 3 BeamStG) möglich.⁸¹

⁷⁶ BayObLG, Urt. v. 28.9.2022 – 206 StRR 157/22, Rn. 37.

⁷⁷ Klarstellend BayObLG, Beschl. v. 29.6.2000 – 4 StRR 76/2000 = NStZ-RR 2000, 379.

⁷⁸ Beamtenstatusgesetz v. 17.6.2008 (BGBl. I 2008, S. 1010), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes v. 28.6.2021 (BGBl. I 2021, S. 2250) geändert worden ist (<https://www.gesetze-im-internet.de/beamstg/>).

⁷⁹ Dazu bspw. BVerwG, Urt. v. 15.5.1997 – 2 C 39/96 = BeckRS 1997, 22562; OVG Koblenz, Beschl. v. 22.2.2021 – 2 B 11489/20 = NVwZ-RR 2021, 723 (726 Rn. 33) m.w.N.

⁸⁰ Exemplarisch BGH, Beschl. v. 14.12.2017 – 3 StR 544/17 = BeckRS 2017, 140836; BGH, Beschl. v. 2.2.2022 – 5 StR 348/21 = BeckRS 2022, 3096.

⁸¹ Speziell für Fälle wie den hiesigen vgl. etwa VGH München, Urt. v. 28.9.2016 – 16a D 13.2112 = BeckRS 2016, 53467; OVG Bautzen, Urt. v. 17.8.2009 – 6 A 655/08 = BeckRS 2009, 39579.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 21.9.2022 – 6 StR 47/22¹;
 LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20²

Aussetzung mit Todesfolge, Obhuts- und Beistandspflicht, Gefährdungsvorsatz, Tötung durch Unterlassen (Weidener Flutkanal-Fall)

1. Zwar begründen weder bloße Kenntnis der Hilfsbedürftigkeit des Geschädigten noch zunächst geleisteter Beistand eine Pflicht zur Fortsetzung der Hilfeleistung. Wer aber eine hilflose Person aus einem sicheren Umfeld hinausbegleitet, so dass dabei neue Gefahren entstehen, übernimmt dadurch eine Obhuts- und Beistandspflicht i.S.d. § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB (Fortführung des Gastwirt-Falls, BGHSt 26, 35).
2. Wer die Lebensgefahr des Geschädigten erkennt und sich mit ihr abfindet (Gefährdungsvorsatz), weiß zwar um die Möglichkeit des Eintritts der Todesfolge; das kognitive Element des Tötungsvorsatzes liegt daher vor. Wenn er aber auf einen guten Ausgang hofft („es wird schon gutgehen“) und nicht mit tatsächlicher Realisierung der Todesfolge rechnet, nimmt er deren Eintreten nicht in Kauf; das voluntative Element des Tötungsvorsatzes fehlt dann.

(Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 221 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3, 212 Abs. 1, 13, 18, 323c Abs. 1
 StPO §§ 261, 267, 337

Dr. Siegbert Woring, Köln

I. Einführung

Der Weidener Flutkanal-Fall betrifft einen häufig vorkommenden Sachverhalt: Nach einem feuchtfröhlichen Abend verlässt eine Freundesgruppe die Gaststätte, wobei einer aus der Gruppe erkennbar hilflos betrunken ist. Die anderen begleiten ihn aus der Gaststätte nach draußen und nehmen ihn auf den gemeinsamen Heimweg mit. Bis dahin liegt ein übliches und allgemein gebilligtes Verhalten vor.

Für den hilflos Betrunkenen entstehen allerdings zusätzliche Unfallrisiken. Denn er ist draußen auf dem Heimweg nicht nur in seiner Körperkontrolle eingeschränkt, sondern es erhöht sich aufgrund seiner Rauschmittelintoxikation auch seine Bereitschaft, enthemmt und unkritisch Wagnisse einzugehen, die er nüchtern gemeistert oder gemieden hätte.

Für die Begleiter bedeutet das die Notwendigkeit, den hilflos Betrunkenen ständig zu überwachen und ihn notfalls festzuhalten. Hat er sich trotzdem in eine Gefahrensituation begeben, aus der

¹ Veröffentlicht in NJW 2022, 3656 m. Anm. Mitsch; HRRS 2022 Nr. 1072; BeckRS 2022, 28712; m. Anm. Eisele, JuS 2023, 182; Drees, NStZ 2023, 98 sowie kostenlos abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2023&nr=131505&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf>.

² Veröffentlicht in BeckRS 2021, 58184; OpenJur 2022, 21743 sowie kostenlos abrufbar unter <https://openjur.de/u/2458189.html>; es ist auch bei BAYERN/RECHT (mit von OpenJur abweichenden Rn.) nachzulesen.

er nicht mehr aus eigener Kraft herauskommt, entsteht für die Begleiter die strafrechtlich bedeutende Verpflichtung, den Hilflosen vor weiteren Schäden zu bewahren und ihm aus der Situation herauszuhelfen.

Die Besprechungsurteile betreffen einen Fall, in dem die Begleiter eines hilflos Betrunkenen diese Obhuts- und Beistandspflichten verletzt haben.

II. Sachverhalt³

Nach den Feststellungen des Landgerichts fuhren der 22-jährige Geschädigte und die etwa gleichaltrigen Angeklagten in eine Shisha-Bar nach Weiden in der Oberpfalz. Mit Ausnahme des als Fahrer fungierenden Angeklagten G. konsumierten alle erhebliche Mengen an Alkohol. Beim Verlassen der Bar mussten der Angeklagte Gr. und die Angeklagte Mo. dem volltrunkenen und außerdem mit einem synthetischen Cannabinoid intoxikierten Geschädigten beim Anziehen der Jacke und beim Laufen helfen. Der Angeklagte G. blieb insoweit untätig. Er wurde durch den Geschädigten auf dem Weg zum Parkhaus kurzzeitig verbal und körperlich angegriffen, woraufhin er Distanz zu diesem wahrte.

Am Parkhaus angekommen verließ der Geschädigte unbemerkt die Gruppe und stürzte eine Böschung am nahegelegenen Flutkanal hinab. Dort fanden ihn die Angeklagten wenig später bäuchlings am Ufer liegend, schluchzend und um Hilfe bittend. Während der Angeklagte G. oberhalb der Böschung blieb, stiegen Gr. und Mo. zum Ufer hinab. Obwohl allen Angeklagten bewusst war, dass sich ihr Freund und Bekannter in diesem Zustand nicht mehr selbständig würde helfen können, leisteten sie ihm keinen Beistand und riefen keine Hilfe; stattdessen filmte die Angeklagte Mo. einige Szenen mit dem Mobiltelefon. Daraufhin versuchte der Geschädigte über mehrere Sekunden hinweg, sich selbst aufzurichten, wobei er schließlich begleitet von dem Lachen der Angeklagten in den Flutkanal fiel. Mit unkoordinierten Bewegungen entfernte er sich aus deren Sichtfeld und ertrank innerhalb der nächsten Minuten.

Nach einigem Suchen traten die Angeklagten den Heimweg an. Sie schrieben noch in der Nacht und am Morgen des Folgetages Nachrichten an den Geschädigten und erkundigten sich nach dessen Verbleib und Wohlergehen.

III. Entscheidung

Das Verhalten des Angeklagten Gr. und der Angeklagten Mo. hat das LG als Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB) gewertet. Das LG vermochte sich nicht davon zu überzeugen, dass sie auch mit dem Eintritt des Todes rechneten und sich damit abfanden (§§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB). Bezüglich des Angeklagten G. hat das LG nur eine unterlassene Hilfeleistung (§ 323c Abs. 1 StGB) als erfüllt angesehen, weil er keine spezifischen Obhuts- und Beistandspflichten übernommen hatte. Dementsprechend ist er nicht wegen Aussetzung oder Tötung des Geschädigten verurteilt worden. Die Revisionen des Angeklagten Gr. und der Angeklagten Mo. sowie der Angehörigen des Geschädigten als Nebenkläger blieben erfolglos. G. hat keine Revision gegen seine Verurteilung eingelegt.⁴

³ Vgl. BGH, Pressemitteilung Nr. 137/22 vom 21.9.2022.

⁴ Der G. betreffende Teil des LG-Urteils und die im BGH-Urteil behandelten Verfahrensrügen werden hier nicht besprochen.

1. Aussetzung mit Todesfolge, §§ 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, 18 StGB

Nach § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB macht sich strafbar, wer einen Menschen in einer hilflosen Lage im Stich lässt, obwohl er ihn in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist, und ihn dadurch der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt (Grundtatbestand). Nach §§ 221 Abs. 3, 18 StGB macht sich strafbar, wer durch die Tat den Tod des Opfers verursacht (Erfolgsqualifikation), wenn den Täter hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt.

a) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts (§ 221 Abs. 1 StGB)

Der Geschädigte befand sich aufgrund seiner Intoxikation in einer hilflosen Lage, als er am Rande des Flutkanals gestürzt war und die Angeklagten sich entfernten, ohne ihn in irgendeiner Weise behilflich gewesen zu sein.

Die erforderliche *Garantenstellung* ergibt sich für seine Begleiter Gr. und Mo. hier nicht aus einem pflichtwidrigen gefährlichen Tun (Ingerenz), sondern aus der tatsächlichen, freiwilligen Übernahme der Beschützerfunktion.

Hier befindet sich der erste Schwerpunkt des Weidener Flutkanal-Falles: Zwar begründen weder bloße Kenntnis der Hilfsbedürftigkeit des Geschädigten noch zunächst geleisteter Beistand eine Pflicht zur Fortsetzung der Hilfeleistung. Wer aber eine hilflose Person aus einem sicheren Umfeld hinausbegleitet, so dass dabei neue Gefahren entstehen, übernimmt dadurch eine Obhuts- und Beistandspflicht i.S.d. § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Dafür sind die Grundsätze heranzuziehen, die für die Entstehung der Garantenstellung im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte gelten. Jedermann treffende Hilfspflichten wie diejenigen nach § 323c Abs. 1 StGB reichen hingegen nicht aus.⁵

Die beiden Angeklagten Gr. und Mo. haben durch ihr Verhalten die Rettungsmöglichkeiten für den Geschädigten verringert, indem sie ihn aus der Gaststätte begleiteten und damit aus einem gesicherten Umfeld herausführten. Durch ihre Hilfestellungen haben sie gegenüber den in der Gaststätte anwesenden Personen, aber auch gegenüber den ihnen später begegnenden Passanten konkludent erklärt, sie würden auf den Geschädigten wegen dessen Intoxikation weiterhin aufpassen. Damit haben die beiden Angeklagten die exklusive Übernahme der Beschützerfunktion „symbolisiert“.⁶ Dabei kommt es letztlich nicht darauf an, ob sicher feststeht, dass der Geschädigte der Gefahr schwerer Gesundheitsschäden oder des Todes nicht ausgesetzt worden wäre, wenn die Angeklagten sich nicht des Geschädigten als Begleiter angenommen hätten; Kausalität in dem Sinne, dass eine anderweitige Hilfe sicher eingegriffen hätte, ist nicht erforderlich. Es genügt, dass durch die Übernahme der Obhut eine wesentliche Veränderung der Situation des hilfsbedürftigen Geschädigten eingetre-

⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 21.9.2022 – 6 StR 47/22, Rn. 21 ff. sowie LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 unter IV. 1.1.1.1. jeweils m.w.N.; siehe BGH, Urt. v. 5.12.1974 – 4 StR 529/74 (Gastwirt-Fall) = BGHSt 26, 35 (39) = NJW 1975, 1175; BGH, Urt. v. 22.6.1993 – 1 StR 264/93 (Fall Michaela), Rn. 4 ff. = NJW 1993, 2618 = NSTZ 1994, 84, m. Anm. *Hoyer*, NSTZ 1994, 85; *Jung*, JuS 1994, 263; *Mitsch*, JuS 1994, 555; BGH, Urt. v. 4.12.2007 – 5 StR 324/07 (Einschleuser), Rn. 26 = NSTZ 2008, 276 = HRRS 2008 Nr. 123 m. Anm. *Kühl*, HRRS 2008, 350; BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 1 StR 563/18 (Joint mit Spice), Rn. 12 = StV 2020, 373 = HRRS 2021 Nr. 170 m. Anm. *Ruppert*, HRRS 2020, 250; BGH, Urt. v. 31.3.2021 – 2 StR 109/20 (Ketoazidose), Rn. 12 f. und Rn. 26 f. = StV 2022, 75 = HRRS 2021 Nr. 843; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 27 und *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 221 Rn. 10; kritisch OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.11.2007 – 2 Ws 297/07 (Bahnhofs-Fall), Rn. 6 ff., abrufbar unter <https://openjur.de/u/356174.html>; Leitsatz: Eine begonnene Hilfeleistung begründet nur dann eine Rechtspflicht im Sinne des § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB, dem Hilfsbedürftigen weiter beizustehen, wenn diese mit einer Risikoerhöhung für seine körperliche Unversehrtheit verbunden war.

⁶ So das LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 unter IV. (Rechtliche Würdigung), 1.1.1.1. (1).

ten ist und sich an diese Situationsänderung die objektiv begründete Erwartung eines bestimmten Folgeverhaltens der Angeklagten knüpft, welche die Situation des Geschädigten verändert haben. Das war der Fall, als ihn die Angeklagten aus der Gaststätte hinausbegleiteten. Hierdurch haben sie eine Vertrauenslage geschaffen und ihre Garantenpflicht begründet, nunmehr für das Wohlergehen des Geschädigten auf dem gemeinsamen Heimweg Sorge zu tragen.

Zwar können die Pflichten einer aus tatsächlicher Übernahme resultierenden Garantenstellung grundsätzlich aufgekündigt oder widerrufen werden. Die Beistandspflicht erlischt aber erst, wenn der auf den Schutz Angewiesene anderweitig eine Gefahrenvorsorge treffen kann, sich nicht mehr in hilfloser Lage befindet oder eine Hilfe erkennbar nicht mehr will⁷. Somit wurde hier die Garantenpflicht nicht dadurch unterbrochen oder beendet, dass sich der Geschädigte von seinen Begleitern unterwegs entfernte und diese ihn sich selbst überließen. Vielmehr liegt bereits darin eine Verletzung der übernommenen Obhutspflicht.⁸ Der Geschädigte befand sich in einer hilflosen Lage, als er unterhalb der Böschung am Rande des Kanals infolge seiner Intoxikation seine Körperbewegungen nicht mehr kontrollieren konnte.⁹ Indem die Angeklagte ihm nicht halfen, aus seiner Situation herauszukommen, *ließen sie den Geschädigten im Stich*. Sie hätten einzeln oder gemeinsam das spätere Hineinstürzen des Geschädigten in den Flutkanal verhindern können.¹⁰

Durch die Untätigkeit der beiden Angeklagten wurde für den Geschädigten die *konkrete Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung* geschaffen.¹¹ Indem beide den am Uferand liegenden und um Hilfe flehenden Geschädigten eine aussichtsreiche, ihnen mögliche und zumutbare Hilfeleistung versagten, setzten sie ihn nämlich dem Risiko aus, infolge eines Sturzes in den Flutkanal schwere Gesundheitsschäden oder den Tod zu erleiden. Gr. und Mo. hätten gemeinsam oder einzeln einen Notruf absetzen, den Geschädigten beruhigen oder ihn am Aufstehen hindern können, haben dies jedoch unterlassen. Es kommt nicht darauf an, ob den Angeklagten eine Rettung des Geschädigten aus dem Flutkanal möglich und zumutbar war, weil sich der Geschädigte bereits in einer sein Leben gefährdenden Lage befand, bevor er ins Wasser fiel. Beim Grundtatbestand des § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB geht es nur um die konkrete Gefahrenlage; die schwere Folge ist erst bei der Erfolgsqualifikation nach § 221 Abs. 3 StGB in den Blick zu nehmen.

Den beiden Angeklagten Gr. und Mo. ist diese Situation auch *objektiv zuzurechnen*. Dass der Geschädigte sich selbst in die Gefahrenlage gebracht hat, kann nicht als eigenverantwortliche Selbstgefährdung angesehen werden. Aufgrund seiner Intoxikation war der Geschädigte schon bei Verlassen der Gaststätte nicht mehr dazu befähigt, sich eigenverantwortlich zu verhalten. Daher können sich die beistandspflichtigen Begleiter nicht auf einem Abbruch der Kausalkette durch den Geschädigten berufen.¹²

b) Subjektiver Tatbestand des Grunddelikts (Gefährdungsvorsatz)

Der Angeklagte waren über alle tatsächlichen Umstände im Bilde und handelten nach Auffassung

⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 21.9.2022 – 6 StR 47/22, Rn. 23.

⁸ So das LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 unter IV. 1.1.1.1. (2).

⁹ So das LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 unter II.1 (Vortatgeschehen) und IV. (Rechtliche Würdigung) 1.1.1.1. (3). Der diabeteskranke Geschädigte hatte eine Blutalkoholkonzentration (BAK) von wenigstens 2,36 Promille und zudem das synthetische Cannabinoid FUB-AMB aufgenommen.

¹⁰ Zu den Einzelheiten siehe LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 unter II. (Tatgeschehen) und unter IV. (Rechtliche Würdigung) 1.1.1.1. (4).

¹¹ Vgl. LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 unter IV. 1.1.1.1. (5).

¹² Vgl. LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 unter IV. 1.1.1.1. (6).

BGH, Urt. v. 21.9.2022 – 6 StR 47/22, LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 (*Woring*)

des LG jeweils mit zumindest bedingtem Vorsatz.¹³ Bedingt vorsätzlich handelt, wer bei Begehung der Tat, d.h. zu dem Zeitpunkt, in dem der Täter des Unterlassungsdelikt hätte handeln müssen (§ 8 StGB), die Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandmerkmale für möglich hält, die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale zu verwirklichen (kognitives Vorsatzelement) und sich damit abfindet (voluntatives Vorsatzelement).¹⁴

Im Hinblick auf die bestehende Garantenstellung ergibt sich dies daraus, dass sie dem Geschädigten beim Verlassen der Gaststätte halfen und ihn hinausbegleiteten, wobei sie seinen offensichtlichen Vollrausch und seinen dadurch hilflosen Zustand erkannten. Beiden Angeklagten war bewusst, dass sie nunmehr ausschließlich dafür verantwortlich waren, den Geschädigten wohlbehalten bis in den Pkw des Angeklagten G. zu bringen. Dies wollten sie auch; andernfalls hätten sie ihn in Gaststätte zurücklassen und fremder Hilfe überlassen müssen.¹⁵

Sowohl die Hilflosigkeit des Geschädigten aufgrund seiner vollrauschbedingten motorischen Störungen als auch die ihm dadurch unmittelbar am Kanalrand konkret drohende Gefahr für Leib und Leben war den Angeklagten jeweils bewusst. Dass er in seinem Zustand ins Wasser fallen und dabei ertrinken oder sich schwere Gesundheitsschäden zuziehen konnte, war offensichtlich. Die Angeklagten haben diese Möglichkeit nicht nur erkannt, sondern auch billigend in Kauf genommen.

c) Erfolgsqualifikation, §§ 221 Abs. 3, 18 StGB

Die der Aussetzung eigentümliche Gefahr muss sich gerade in der schweren Folge verwirklichen. Dadurch, dass sie eine Hilfeleistung gegenüber dem hilflosen Geschädigten unterließen, verursachten der Angeklagte Gr. und die Angeklagte Mo., dass der Geschädigte ins Wasser fiel und ertrank. Die der Aussetzung eigentümliche Gefahr verwirklichte sich mithin in der schweren Folge.¹⁶

Bei der Herbeiführung dieser schweren Tatfolge handelten die Angeklagten nach Überzeugung der Strafkammer sogar *leichtfertig*, d.h. grob fahrlässig, weil es sich ihnen hätte aufdrängen müssen, dass der Geschädigte, der zu kontrollierten Körperbewegung nicht befähigt war, ins Wasser stürzen und ertrinken konnte.¹⁷

¹³ Zu Einzelheiten siehe LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 unter II.1 (Vortatgeschehen) und IV. 1.1.1.2 (Subjektiver Tatbestand).

¹⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 27.10.2022 (!) – 4 StR 200/21 = REWIS RS 2022, 6451; BMJ. Rechtsprechung-im-internet.de: Bei einem durch Unterlassen verwirklichten versuchten Tötungsdelikt setzt der Tatentschluss in Bezug auf die hypothetische Kausalität in kognitiver Hinsicht lediglich voraus, dass der Täter den Eintritt eines Rettungserfolgs für möglich hält (vgl. BGH, Anfragebeschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21 = HRRS 2022 Nr. 1036). Der 5. Senat des BGH hat mit Beschl. v. 27.9.2022 (5 ARs 34/22) mitgeteilt, dass er der Rechtsauffassung des anfragenden Senats beitrifft und an entgegenstehender eigener Rechtsprechung (vgl. BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 5 StR 20/16 = BGHSt 62, 223 [Göttinger Lebertransplantation]) nicht festhält. Zum bedingten Vorsatz bei gefährlichem Verhalten BGH, Urt. v. 31.3.2021 – 2 StR 109/20 (Ketoazidose), Rn. 12 f. = StV 2022, 75 = HRRS 2021 Nr. 843.

¹⁵ Der Irrtum über die Rechtspflicht, zur Erfolgsabwendung tätig zu werden, ist Verbotsirrtum (§ 17 StGB), BGH, Beschl. v. 29.5.1961 – GSSSt 1/61 = BGHSt 16, 155.

¹⁶ So das LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 unter IV. 1.1.1.3. (1).

¹⁷ So das LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 unter IV. 1.1.1.3. (2); zur Schuldfähigkeit der Angeklagten siehe unter IV 2.4.2: Eine akute Alkoholintoxikation bewirkt zwar eine organisch bedingte Beeinträchtigung, d.h. eine krankhafte seelische Störung (1. Eingangsmerkmal des § 20 StGB). Der Ausprägungsgrad einer solchen Störung und deren Auswirkung auf das Tatverhalten der Angeklagten war aber nach den Feststellungen der sachverständig beratenen Schwurgerichtskammer (u.a. aufgrund der Videoaufnahmen) zu gering, um zu einer Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit und des Einsichtsvermögens zu gelangen. Eine Strafraumverschiebung wegen eines minder schweren Falles hat das LG unter V. (Strafzumessung) 1.2. abgelehnt. Eine Strafraummilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB scheidet aus, weil diese Vorschrift nicht auf § 221 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB anwendbar ist, vgl. BGH, Beschl. v. 19.10.2011 – 1 StR 233/11, Rn. 16 = BGHSt 57, 28 (Balkonsturz); dazu im Ergebnis zustimmend *Theile*, ZJS 2012, 389 (392);

Somit haben sich der Angeklagten Gr. und die Angeklagte Mo. wegen Aussetzung mit Todesfolge gem. §§ 221 Abs. 1 und Abs. 3, 18 StGB strafbar gemacht.

2. Totschlag durch Unterlassen, §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

Aufgrund der insoweit zulässigen Revision der Nebenkläger war zu prüfen, ob die Angeklagten sich auch wegen eines Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht haben. Nach § 212 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein. Wer es unterlässt, diesen Erfolg abzuwenden, macht sich nach § 13 Abs. 1 StGB nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht¹⁸.

a) Objektiver Tatbestand

Der Taterfolg ist durch Unterlassen der gebotenen und erforderlichen Rettungshandlungen eingetreten. Die *Garantenpflicht* bestand aufgrund der tatsächlichen Übernahme der Obhut durch die Heimwegbegleitung. *Quasikausalität* ist zu bejahen, da der Taterfolg aufgrund einfacher Hilfestellungen hätte vermieden werden können. Das nicht als eigenverantwortlich zu bewertende Verhalten des Geschädigten ist unerheblich, so dass der Taterfolg den Angeklagten auch *objektiv zuzurechnen* ist. Der Tod des Geschädigten ist hier durch das Unterlassen der Hilfeleistung ebenso eingetreten wie durch ein Handeln¹⁹. Der objektive Tatbestand eines Totschlags durch Unterlassen liegt mithin vor.²⁰

b) Subjektiver Tatbestand

Der zweite Schwerpunkt des Falles betrifft den Tötungsvorsatz. Wer die Lebensgefahr des Geschädigten erkennt und sich mit ihr abfindet (Gefährdungsvorsatz), weiß zwar um die Möglichkeit des Eintritts der Todesfolge; das *kognitive Element des Tötungsvorsatzes* liegt daher vor. Wenn er aber auf einen guten Ausgang hofft („es wird schon gutgehen“) und nicht mit tatsächlicher Realisierung der Todesfolge rechnet, nimmt er deren Eintreten nicht in Kauf; das *voluntative Element des Tötungsvorsatzes* fehlt dann.²¹

kritisch *Epping/Lingens*, famos 4/2012; vgl. auch (zeitgleich) BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11 = BGHSt 57, 42 (Vorarbeiter); dazu *Wagner*, ZJS 2012, 704 (705 f.) m.w.N.

¹⁸ Im § 13 E 1962 heißt es noch „gleichwertig ist“, vgl. BT-Drs. IV/650, S. 13 (Text) und S. 124 f. (Begründung). Wegen der Strafmilderungsmöglichkeit in § 13 Abs. 2 StGB ist im 2. StrRG die neutrale Formulierung „entspricht“ gewählt worden, vgl. BT-Drs. V/4095, S.8. Der Unwert des Unterlassens der Erfolgsabwendung muss bei unechten (handlungsgleichen) Unterlassungsdelikten dem Unwert eines positiven Tuns entsprechen. Das Unrecht des Unterlassens muss sich dem des Begehens dergestalt nähern, dass es das typische Unrecht des Tatbestandes erfüllt, vgl. BGH, Beschl. v. 6.12.1979 – 1 StR 648/78 (Fahrtenschreiber), Rn. 18: „Erfolgsunwert“; *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2023, § 13 Rn. 92 (Modalitätenäquivalenz); *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 13 Rn. 16. Das zweite Tatbestandsmerkmal des § 13 Abs. 1 StGB darf nicht durch Verschleifung mit dem ersten Tatbestandsmerkmal (Einstandspflicht) untergehen oder weggelassen werden.

¹⁹ Zur Bedeutung der Entsprechungsklausel bei Erfolgsdelikten vgl. *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 5 sowie umfassend monographisch *Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB (erscheint demnächst).

²⁰ Die Besprechungsurteile befassen sich nicht mit dem objektiven Tatbestand des Totschlags durch Unterlassen, da der Tötungsvorsatz verneint wird.

²¹ So der zweite Leitsatz des *Verf.*; ausführlich zum Gegenstand des Vorsatzes beim Unterlassungsdelikt vgl. *Bock*, ZfStw 2022, 563 m.w.N.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH²² ist bedingter Tötungsvorsatz gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Verhaltens erkennt (Wissenselement) und dies billigend oder sich um des angestrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Bewusste Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten.²³ Diese Grundsätze gelten sowohl für Begehungsdelikte als auch für Unterlassungstaten. Gegenstand des Vorsatzes müssen bei Unterlassungen neben der Untätigkeit aber auch die physisch-reale Handlungsmöglichkeit, der Eintritt des Erfolges, die Quasi-Kausalität sowie die eine objektive Zurechnung begründenden Umstände sein.²⁴

Für die Beweiswürdigung zur Frage des Tötungsvorsatzes gilt, dass eine hohe Lebensgefährlichkeit des Verhaltens regelmäßig ein wichtiges auf (Eventual-)Vorsatz hinweisendes Beweisanzeichen darstellt. Zwar kann im Einzelfall der Vorsatz fehlen, wenn dem Täter, obwohl er alle Umstände kennt, die sein Verhalten zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, das Risiko des Todes nicht erfasst, oder wenn er trotz erkannter Gefährlichkeit der Tat ernsthaft und nicht nur vage auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges vertraut. Das Vertrauen auf einen glimpflichen Ausgang darf aber nicht auf bloßen Hoffnungen beruhen, sondern muss tatsachenbasiert sein. Den Motiven des Täters kommt – anders als bei direktem Vorsatz – bei der Abgrenzung bedingten Tötungsvorsatzes von bewusster Fahrlässigkeit nur unter bestimmten Umständen eine Bedeutung zu.²⁵

Das Tatgericht hat die für und gegen (bedingten) Tötungsvorsatz sprechenden Tatsachen und Beweisergebnisse in einer Gesamtschau zu würdigen. Einzelindizien dürfen nicht nur isoliert bewertet werden, sondern sie entfalten ihr wahres Beweisgewicht erst, wenn sie auch in der Relation zu den anderen Umständen des Einzelfalls gesehen werden.²⁶ Erst nachdem das Tatgericht eine Gesamtwürdigung vorgenommen hat und ihm danach unüberwindliche Zweifel verbleiben, hat es zugunsten des Angeklagten zu entscheiden.²⁷

Das LG geht im Hinblick auf die alkoholbedingte Enthemmung der Angeklagten davon aus, dass sie zwar die konkrete Gefahrenlage erkannten, nicht aber mit der sich daraus ergebenden Verwirklichung der Todesfolge rechneten. Dazu heißt es in der Revisionsentscheidung, es sei kein Widerspruch, einerseits die alkoholische Enthemmung als vorsatzkritisch zu bewerten, andererseits keine Einschränkung der Schuldfähigkeit anzunehmen.

Das LG verweist außerdem darauf, dass Gr. und Mo. kein Tötungsmotiv hatten.²⁸ Der BGH führt dazu ergänzend aus, die Art der Beweggründe könne für die Prüfung von Bedeutung sein, ob der Täter nach der Stärke des für ihn bestimmenden Handlungsimpulses bei der Tatausführung eine Tötung billigend in Kauf genommen habe. Hier fehle für den Angeklagten Gr. im Hinblick auf die enge Freundschaft zum Geschädigten und den Verlauf des Abends ein einsichtiger Grund dafür, dass die Angeklagten in der konkreten Situation den Tod des Geschädigten billigend in Kauf genommen hätten. Auch das Nachtatverhalten der Angeklagten und insbesondere die versendeten Chatnachrichten

²² Vgl. BGH, Urt. v. 31.3.2021 – 2 StR 109/20 (Ketoazidose), Rn. 12 ff.= StV 2022, 75 = HRRS 2021 Nr. 843.

²³ Vgl. BGH, Urt. v. 1.3.2018 – 4 StR 399/17 (Ku'Damm-Raser I), Rn. 18 m.w.N.= BGHSt 63, 88 (93).

²⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 19.8.2020 – 1 StR 474/19 (Palliativpatient), Rn. 16= NJW 2021, 326 (327) m. Anm. *Kinskovar*, HRRS 2021, 262 und *Heß*, HRRS 2021, 266.

²⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 12.12.2018 – 5 StR 517/18 (Hemmschwelle), Rn. 8 = NStZ 2019, 208 f.

²⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 2.9.2009 – 2 StR 229/09 (Kindstötung), Rn. 10 = NStZ 2010, 102 (103); zur erforderlichen Gesamtwürdigung vgl. auch BGH, Urt. v. 5.4.2018 – 1 StR 67/18 (Stampftritt), Rn. 12 f. zur Hemmschwelle Rn. 14 = StV 2018, 740 = NStZ-RR 2018, 371.

²⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 8.2.2018 – 1 StR 199/17 = NStZ-RR 2018, 256.

²⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 21.9.2022 – 6 StR 47/22, Rn. 39 ff.

ließen den vom LG gezogenen Schluss zu. Der gezogene Schluss – die Angeklagten hätten im Tatzeitpunkt auf ein gutes Ende vertraut – sei jedenfalls revisionsrechtlich hinzunehmen.

Damit wird die Aufgabenverteilung zwischen Tatgericht und Revisionsgericht angesprochen. Die Würdigung der Beweise obliegt dem Tatgericht. Es ist allein seine Aufgabe, Bedeutung und Gewicht einzelner Indizien in der Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses zu bewerten und sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden. Die tatsächlichen Schlüsse müssen nicht zwingend sein. Es genügt, dass sie möglich sind und das Tatgericht von ihrer Richtigkeit überzeugt ist (§ 261 StPO). Ein Rechtsfehler (§ 337 StPO) liegt nur vor, wenn die Beweiswürdigung lückenhaft, unklar oder widersprüchlich ist, mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht in Einklang steht, wenn sie sich auf nicht existierende Erfahrungssätze stützt oder sich so weit von einer Tatsachengrundlage entfernt, dass sich die gezogenen Schlussfolgerungen letztlich als reine Vermutung erweisen.²⁹

Das LG argumentiert, dass für die Annahme eines Tötungsvorsatzes eine viel höhere Hemmschwelle bestehe als für die Annahme eines Gefährdungs- oder Verletzungsvorsatzes. Das ist zumindest missverständlich formuliert, weil in Unterlassungsfällen generell keine psychologisch vergleichbaren Hemmschwellen vor einem Tötungsvorsatz bestehen.³⁰

Nach Auffassung des LG fehlt das voluntative Element des Tötungsvorsatzes. Die Angeklagten haben sich somit nicht nach §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Angesichts des insoweit beschränkten revisionsgerichtlichen Prüfungsmaßstabes wäre die tatgerichtliche Überzeugungsbildung selbst dann hinzunehmen, wenn eine andere Beurteilung näher gelegen hätte oder überzeugender gewesen wäre.³¹

Das LG verweist darauf, es fehle an einem entsprechenden Motiv für eine solche Tat. Dem hält die Revision mit Recht entgegen, dass ein Eventualvorsatz keiner Motivation bedarf.³² Außerdem begründet die Strafkammer, weshalb die Angeklagten darauf hofften, dass selbst das Hineinfallen des Geschädigten in den Flutkanal noch ein gutes Ende nehmen würde. Für eine solche Annahme sprächen insbesondere die späteren Chatnachrichten der Angeklagten an den (vermeintlich noch lebenden) Geschädigten. Dieser Umstand ist überzeugend, so dass dem gefundenen Ergebnis zuzustimmen ist.³³

IV. Bewertung

Der Weidener Flutkanal-Fall hat im Hinblick auf die vom BGH bestätigte Garantenpflicht der Heimweg-Begleiter des hilflosen Geschädigten Grundfallqualität. Insofern ergänzen die Urteile den Gastwirt-Fall. Der weitere Schwerpunkt liegt bei der Abgrenzung des Gefährdungsvorsatzes vom Tötungsvorsatz. Damit hat der Fall auch eine hohe Prüfungsrelevanz. In einer Klausur wäre es zweckmäßig, mit dem schwereren Delikt Totschlag durch Unterlassen zu beginnen und erst danach die Ausset-

²⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 16.3.2022 – 5 StR 394/21 (Altenpfleger), Rn. 9 = HRRS 2022 Nr. 391 zum Verhältnis zwischen Tatgericht (Beweiswürdigung nach § 261 StPO) und Revision (Rechtsfehlerkontrolle nach § 337 StPO); ausführlich zur tatrichterlichen Überzeugung und Entscheidungsverantwortung *Baur*, ZIS 2019, 119 (128 f.).

³⁰ So das LG Weiden in der Oberpfalz, Urt. v. 20.8.2021 – 1 Ks 21 Js 8059/20 unter IV. 1.1.2.; vgl. BGH, Urt. v. 7.11.1991 – 4 StR 451/91, Rn. 14 = NJW 1992, 583 (584); dazu *Puppe*, NStZ 1992, 576 (577): „Anfang vom Ende der Hemmschwellentheorie“; ausführlich dazu auch BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 39 ff. mit Hinweisen auf die – eine generell höhere „Hemmschwelle“ für Tötungsdelikte ablehnende – Literatur.

³¹ Vgl. BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 5 StR 20/16 = BGHSt 62, 223 (Göttinger Lebertransplantation), Rn. 64 m.w.N.; ebenso BGH, Urt. v. 5.4.2018 – 1 StR 67/18, Rn. 12.

³² Vgl. BGH, Urt. v. 21.9.2022 – 6 StR 47/22, Rn. 40 m.w.N.

³³ Vgl. BGH, Urt. v. 21.9.2022 – 6 StR 47/22, Rn. 41 f. m.w.N.; ob die Alkoholbeeinflussung der Angeklagten ebenfalls vorsatzkritisch zu sehen ist, bleibt hingegen fraglich, da es sich hier nicht um ein spontanes, unüberlegtes und in affektiver Erregung vorgenommenes Tatgeschehen handelt.

zung mit Todesfolge zu prüfen. Für Lernzwecke besonders geeignet ist einerseits der Fall Michaela³⁴, andererseits der Bahnhofs-Fall.³⁵

Im Michaela-Fall sah der Angeklagte, als er nachts nach Hause fuhr, die ihm bekannte Michaela in einem (durch Alkohol und Morphin) stark berauschem Zustand auf der Straße gehen. Er beschloss, sie mitzunehmen und sie in seiner Wohnung übernachten zu lassen. Dort angekommen, war Michaela tief eingeschlafen. Der Angeklagte ließ sie daraufhin in seinem Auto zurück, wo sie bei minus 11 Grad Außentemperatur nach sechs Stunden erfror. Der BGH nahm an, der Angeklagte habe durch die Mitnahme Michaelas eine „wesentliche“ Änderung der Situation vorgenommen. Ob eine anderweitige Rettungschance bestanden habe, sei nicht maßgeblich, auch nicht, dass die vom Täter ausgelöste Gefahr zu einem tödlichen Erfolg geführt habe, da § 221 StGB kein Erfolgsdelikt, sondern ein Gefährdungsdelikt sei.

Im Bahnhofs-Fall haben die Angeschuldigten einen (durch Alkohol und Methadon) stark berauschten Mann, der im Schnee zusammengebrochen war, aufgerichtet und in das Bahnhofsgebäude gebracht, wo er auf einer Bank einschlief. Erst als nach einiger Zeit die Atmung aussetzte und die Fingerspitzen sich blau verfärbten, haben die Angeschuldigten – zu spät – einen Notarzt verständigt. Das OLG hat die Anklage wegen Aussetzung mit Todesfolge nicht zur Hauptverhandlung zugelassen. Ob die Veränderung der Situation der hilflosen Person „wesentlich“ sei, könne nicht i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG und des § 1 StGB „bestimmt“ werden.

Beide Fälle zeigen, dass es schwierig sein kann, eine begonnene Hilfeleistung zu beenden, ohne sich strafbar zu machen. Bei Volltrunkenheit oder bei einer sonstigen akuten Rauschmittelintoxikation gibt es für eine hilflose Person nur eine richtige Beförderungsart: angeschnallt im Rettungstransportwagen zur stationär überwachten Entgiftung. Alles andere kann tödlich enden.

³⁴ BGH, Urt. v. 22.6.1993 – 1 StR 264/93.

³⁵ OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.11.2007 – 2 Ws 297/07 (Bahnhofs-Fall), Rn. 6 ff.

Buchrezension

Bühler, Jonas/Schmitt, Felix/Lang, Rudi/Weber, Christoph: ZPO II: Zwangsvollstreckungsverfahren – Klausurrelevantes Wissen für das Studium, Hase & Koehler Verlag, Weilerswist-Metternich, 2022, 123 S., 19,90 €.

*Dr. Sebastian Schwind, Mannheim, Florian Schwind, München**

Dem Zwangsvollstreckungsrecht kann nicht nur in universitären Schwerpunktbereichs-, Schein- oder Modulabschlussklausuren, sondern insbesondere in Examensklausuren der Ersten Juristischen Staatsprüfung¹ eine hohe Bedeutung zukommen. Denn die im achten Buch der ZPO geregelte und knapp 200 Paragraphen lange Zwangsvollstreckung zählt – mit Ausnahme von Bremen² – in allen Bundesländern zu dem zivilrechtlichen Pflichtfachstoff der Ersten Juristischen Staatsprüfung.³ Über einen zwangsvollstreckungsrechtlichen Einstieg kann das Prüfungsamt leicht materiell-rechtliche Fragestellungen des Schuld- oder Sachenrechts (ggf. kombiniert mit einem erb- oder familienrechtlichen Einschlag) in Examensklausuren einbauen. Gelingt den Bearbeiter:innen die zwangsvollstreckungsrechtliche Kür am Beginn der Examensklausur, können mit entsprechendem materiell-rechtlichen Wissen hohe Noten erzielt werden. Dennoch fragen sich Studierende in der Examensvorbereitung zu Recht, wie sie – bei der übrigen Stofffülle der Pflichtfächer – die Vorbereitung auf das Zwangsvollstreckungsrecht zeitlich effizient gestalten können.

Genau dort setzt das hier zu rezensierende Buch „ZPO II: Zwangsvollstreckungsverfahren – Klausurrelevantes Wissen für das Studium“ von *Bühler/Schmitt/Lang/Weber* an. Mit ihrem am 1.7.2022 in der Erstauflage im v. Hase & Koehler Verlag erschienenen Werk zum Preis von 19,90 € verfolgen die *Autoren* den im Vorwort postulierten Anspruch, den Leser:innen ihres Werkes „das Erlernen von [zwangsvollstreckungsrechtlichen] Grundkenntnissen mit einem zeitlich überschaubaren Aufwand [zu] ermöglichen“. Die Leser:innen sind – gleich wie die Rezensenten – gespannt, ob das *Autorenquartett* ihrem selbst gesetzten Anspruch auf knapp über 120 Seiten gerecht werden kann.

Ein Blick in das vorangestellte Inhaltsverzeichnis verrät, dass sich das 123 Seiten lange Werk in fünf Kapitel (A.–E.) gliedert. Das handliche DIN A5-Format des Buches und das Seitenlayout mit ausreichend vielen Absätzen sowie ein übersichtlicher, weil gerade nicht überladener, Fußnotenapparat lassen den Einstieg in die Lektüre des Buches spielend gelingen. Über das Gesamtwerk hinweg haben die *Autoren* hilfreiche Einschübe mit (Vertiefungs-)Hinweisen, Beispielen oder Exkursen (für das Referendariat oder für Sonderfälle) eingebaut. Vereinzelt finden sich nützliche grafische Übersichten oder Skizzen zur Visualisierung des Gelesenen. Ferner finden sich im Text oder in den Fußnoten

* Der Autor *Dr. Sebastian Schwind* ist Rechtsanwalt in Mannheim in den Bereichen Private Clients und Gesellschaftsrecht. Der Autor *Florian Schwind* ist Rechtsanwalt in München in den Bereichen IT- und Datenschutzrecht.

¹ In der Zweiten Juristischen Staatsprüfung steigt die Relevanz geradezu exponentiell. Kaum eine Klausurkampagne des Zweiten Juristischen Staatsexamens kommt ohne eine zwangsvollstreckungsrechtliche Klausur aus. Für die Leserschaft dieser Zeitschrift wird sich auf den universitären Teil der Juristenausbildung beschränkt.

² Siehe § 5 JAPG HB.

³ Siehe § 8 Abs. 2 Nr. 6 JaPro BW; § 18 Abs. 2 Nr. 7 lit. b JAPO BY; § 7 Nr. 2 lit. i JAG HE; V. Nr. 2 in der Anlage zu § 1 Abs. 1 JAPO RP; § 3 Abs. 4 Nr. 4 lit. a JAO BE; § 3 Abs. 4 Nr. 4 lit. a JAO BB; § 14 Abs. 2 Nr. 5 JAPO TH; § 11 Abs. 2 Nr. 5 lit. b JAG NRW; § 14 Abs. 3 Nr. 9 lit. a sublit. bb JAPO SN; § 14 Abs. 2 Nr. 7 JAPrVO ST; § 16 Abs. 1 Nr. 17 NJAVO NI; § 1 Abs. 1 Nr. 6 lit. b PrüfungsgegenständeVO HH; § 15 Abs. 3 Nr. 5 lit. b JAVO SH; § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. f JAPO MV; § 8 Abs. 2 Nr. 11 lit. a sublit. bb JAG SL.

niedergelegte, didaktisch sinnvolle Arbeitsanweisungen, wie die Aufforderung zur Gesetzeslektüre, zum Wiederholen von Übersichten oder zum Nachschlagen von einschlägigen Literaturquellen.

Einleitend wird unter A. das „Zwangsvollstreckungsverfahren“ dargestellt. Dabei wird zum einen der „Ablauf des Zwangsvollstreckungsverfahrens in der Praxis“ beschrieben. Schon in dieser kurzen zweiseitigen Einleitung liegt – nach Ansicht der *Rezensenten* – ein großer Mehrwert für die Leser:innen, der den Einstieg in das – möglicherweise erstmals – zu durchdringende Rechtsgebiet erleichtert. Das *Autorenquartett* zeigt auf, dass das formalisierte Zwangsvollstreckungsrecht gerade nicht dem für die Studierenden gewohnten Anspruchsdenken folgt, sondern sich vielmehr als (mögliche) Fortsetzung des im Erkenntnisverfahren geschaffenen Titels darstellt. Ausgehend davon wird den Leser:innen zum anderen ein kurzer „Überblick über die Normen des Zwangsvollstreckungsrechts“ gegeben. Dabei führen die *Autoren* aus, dass es entscheidend zum Verständnis des komplexen Rechtsgebietes ist, sich das zwangsvollstreckungsrechtliche Normengefüge und seine Systematik zu vergegenwärtigen. Ausschlaggebend sind dabei nicht mehr die dem Anspruchsschema folgenden Fragen „Wer kann Was von Wem Woraus verlangen?“, sondern „Weshalb und In Was zwangsvollstreckt wird“. Entscheidend ist also, „Weshalb“ vollstreckt wird, d.h. worauf der im Erkenntnisverfahren titulierte Anspruch gerichtet ist (z.B. Geld oder Herausgabe von Sachen) und – im Falle eines auf Geld gerichteten Titels – „In Was“, d.h. in welche Vermögensgegenstände (bewegliches bzw. unbewegliches Vermögen) vollstreckt wird.

Der im Anschluss folgende Hauptteil des Buches (B.–D.) orientiert sich an dem zwangsvollstreckungsrechtlichen Prüfungsstoff der Ersten Juristischen Staatsprüfung, der sich – mit Ausnahme von Berlin, Brandenburg, Thüringen und Niedersachsen⁴ – auf die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen, die Arten der Zwangsvollstreckung und (einzelne)⁵ zwangsvollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe beschränkt.

Ausgehend davon werden unter B. die „Allgemeine[n] Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung (§§ 704–802 ZPO)“ dargestellt. In der gebotenen examensrelevanten Kürze werden dabei die „Allgemeine[n] Verfahrensvoraussetzungen“ sowie die „Allgemeine[n] Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen“ in Form von Titel, Klausel, Zustellung, Antrag beim zuständigen Vollstreckungsorgan und Ausschlussgründen besprochen.

Im Anschluss werden unter C. die „Details zu den Arten der Zwangsvollstreckung (§§ 802a–898 ZPO)“ dargestellt, die knapp ein Drittel des Buches einnehmen. Dabei widmen die *Autoren* sinnvollerweise der „Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen (§§ 802a–882i ZPO)“ den größten Teil ihrer Darstellung. Im Rahmen der Darstellung zur „Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen (§§ 803–863 ZPO)“ sprechen die *Autoren* den dogmatischen Theorienstreit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts an und zeigen zugleich dessen (geringe) Klausurbedeutung im Ersten Juristischen Staatsexamen auf. Umfassend wird dagegen die klausurrelevante „Vollstreckung wegen Geldforderung in körperliche Sachen (§§ 808–827 ZPO)“ und „Vollstreckung wegen Geldforderung in Forderungen und andere Vermögensrechte (§§ 828–863 ZPO)“ besprochen. Um dem Anspruch auf Vollständigkeit gerecht zu werden, wird auch die für die Staatsprüfung weniger klausurrelevante „Vollstreckung wegen Geldforderung in das unbewegliche Vermögen (§§ 864–871 ZPO)“ in Kürze präsentiert. Das dritte Kapitel schließt mit der „Zwangsvollstreckung von Ansprüchen auf Herausgabe von Sachen und auf die Vornahme von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen (§§ 883–898 ZPO)“.

⁴ Siehe § 3 Abs. 4 Nr. 4 lit. a JAO BE; § 3 Abs. 4 Nr. 4 lit. a JAO BB; § 14 Abs. 2 Nr. 5 JAPO TH; § 16 Abs. 1 Nr. 17 NJAVO NI.

⁵ Siehe § 8 Abs. 2 Nr. 6 JaPro BW; § 14 Abs. 3 Nr. 9 lit. a sublit. bb JAPO SN; § 1 Abs. 1 Nr. 6 lit. b PrüfungsgegenständeVO HH; § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. f JAPO MV; § 8 Abs. 2 Nr. 11 lit. a sublit. bb JAG SL.

Das Filetstück des Lehrbuches finden die Leser:innen unter D. dargestellt, wo die klausurrelevanten „Rechtsbehelfe“ des Zwangsvollstreckungsrechts einzeln und dezidiert auf über 50 Seiten besprochen werden. Über wohl weniger klausurrelevante Rechtsbehelfe, wie der Klauselerteilungsklage gem. § 731 ZPO, der Klauselerinnerung gem. § 732 ZPO, der Klauselgegenklage gem. § 768 ZPO und der sofortigen Beschwerde gem. § 11 RPfLG bzw. gem. §§ 793, 567 ZPO, werden mit der Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO, der Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO, der Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO und der Klage auf vorzugsweise Befriedigung gem. § 805 ZPO selbstverständlich auch die wahren Klausurklassiker behandelt. Auch die gesetzlich nicht normierte, aber immer mehr an Klausurbedeutung gewinnende Titelgegenklage analog § 767 ZPO wird ebenso wie die auf eine Analogie zu § 371 BGB gestützte Titelherausgabeklage besprochen. Zu Beginn des Kapitels heben die *Autoren* richtigerweise hervor, dass in zwangsvollstreckungsrechtlichen Klausuren die Wahl des richtigen Rechtsbehelfs (oder auch mehrerer) und die Abgrenzung zu anderen nicht einschlägigen Rechtsbehelfen weichenstellende, weil notenkursbestimmende, Bedeutung zukommt. Um den Leser:innen die Abgrenzung aus dem Strauß an zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen zu erleichtern, stellen die *Autoren* vor die Klammer gezogen dar, wann die einzelnen zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe statthaft sind und bei welchen möglichen Fehlern im Titel selbst, bei Klauselerteilung oder bei Zustellung im Zwangsvollstreckungsverfahren diese einschlägig sind. Im Anschluss folgen die „Details zu den Rechtsbehelfen“. Auch wenn sich im Rahmen dieser Darstellung keine Prüfungsschemata finden, so folgt die Darstellung doch dem in der zwangsvollstreckungsrechtlichen (Examens-)Klausur regelmäßig erforderlichen Prüfungsaufbau. Denn im zwangsvollstreckungsrechtlichen Gutachten wird – mit Ausnahme der verlängerten Vollstreckungsgegenklage und der verlängerten Drittwiderspruchsklage – grundsätzlich nicht im Anspruchsaufbau geprüft. Vielmehr sind in der Regel die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs durch Prüfung seiner Zulässigkeit und Begründetheit zu begutachten. Ausgehend davon wird durch die *Autoren* für jeden Rechtsbehelf zunächst kurz dessen Zweck (besser: Zielrichtung) sowie die Abgrenzung zu anderen Rechtsbehelfen dargestellt. Im Anschluss folgt die Zulässigkeitsprüfung, die bei zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen regelmäßig aus Statthaftigkeit, Zuständigkeit und Rechtsschutzbedürfnis besteht. Letztlich wird noch die Begründetheit der Rechtsbehelfe dargestellt. Hilfreich ist dabei für die Leser:innen, dass diese stets mit einem klausurtauglichen Obersatz eingeleitet wird, der zugleich den Prüfungsumfang für die Begründetheitsprüfung vorgibt. Beispielhaft sei der wohl klausurrelevanteste Rechtsbehelf, nämlich die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO erwähnt. Den *Autoren* gelingt es auf nicht einmal zehn Seiten, die Drittwiderspruchsklage für die Zwecke der Klausurvorbereitung kompakt darzustellen. Im Rahmen der Statthaftigkeit wird aufgezeigt, welche Zielrichtung die Drittwiderspruchsklage verfolgt und wie sie insbesondere von der Erinnerung, Vorzugsklage oder der Vollstreckungsgegenklage abzugrenzen ist. Umfassend erfolgt die Darstellung möglicher Interventionsrechte. Klausurklassiker, wie die Streitfrage, ob Sicherungseigentum dem klagenden Sicherungsnehmer ein taugliches Interventionsrecht gibt, werden unter Würdigung aller maßgeblichen Argumente der im Examen zu folgenden herrschenden Ansicht und der abzulehnenden Mindermeinung dargestellt. Abgerundet wird die Darstellung der Zulässigkeit durch Ausführungen zur Gerichtszuständigkeit und zum klägerischen Rechtsschutzbedürfnis. Die Darstellung der Begründetheit wird – wie bereits erwähnt – mit einem klausurtauglichen Obersatz eingeleitet. Auch die möglichen Einwendungen des beklagten Vollstreckungsgläubigers werden kurz – aber vollständig – dargestellt. Selbst das ebenso klausurrelevante Problem der verlängerten Drittwiderspruchsklage wird noch aufgegriffen, wobei an dieser Stelle etwas intrinsische Eigeninitiative von den Leser:innen verlangt wird. Denn zwar wird die in der Regel einzige taugliche Anspruchsgrundlage des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB genannt. Für eine Darstellung der Tatbestandsmerkmale und weitere Anspruchs-

grundlagen werden die Leser:innen aber auf weitere Aufsatzliteratur und eine Übersicht im dritten Kapitel verwiesen.

Letztlich schließt das Buch unter E. mit einem „Schlusswort und allgemeine[n] Tipps zur Examensvorbereitung“.

Im Nachgang zur Lektüre des Buches „ZPO II: Zwangsvollstreckungsverfahren – Klausurrelevantes Wissen für das Studium“ kommen die *Rezensenten* zum Schluss, dass das Autorenquartett um *Bühler/Schmitt/Lang/Weber* ihrem selbst gesetzten Anspruch mehr als gerecht geworden ist. Den *Autoren* gelingt es aufgrund ihrer eigenen „Erstexamensnähe“ ein Kurzlehrbuch zu präsentieren, welches – nach Ansicht der *Rezensenten* – jedem Studierenden im Rahmen seiner/ihrer Vorbereitung auf die zwangsvollstreckungsrechtliche (Examens-)Klausur einen echten Mehrwert bietet. Dieser Mehrwert liegt darin begründet, dass das Werk einen für die Zwecke der Examensvorbereitung kondensierten, aber abschließenden Überblick über das doch komplexe Rechtsgebiet der Zwangsvollstreckung ermöglicht. Damit stellt das Buch ein erfrischendes Pendant zu den auf dem Markt erhältlichen teils umfangreichen und für die Zwecke einer effizienten, weil zeitkritischen, Examensvorbereitung eher als Nachschlagewerke geeigneten Lehrbüchern dar. Die Studierenden werden, von der doch teils zeitraubenden Tätigkeit entlastet, sich den für das Examen notwendigen begrenzten Pflichtfachstoff „zusammenzusuchen“. Weiter werden die Leser:innen davor bewahrt, nicht zu tief in dogmatisch zwar interessante, aber sich zu weit vom Pflichtfachstoff entfernende Rechtsprobleme einzutauchen. Dabei darf natürlich nicht verkannt werden, dass die *Autoren* auf 123 Seiten nicht jedes zwangsvollstreckungsrechtliche Spezialproblem vertieft diskutieren können. Aber dahin geht der Anspruch der *Autoren* auch gerade nicht. Dennoch sind – nach Ansicht der *Rezensenten* – die wichtigsten, weil examensrelevanten, Probleme im Buch besprochen oder werden angesprochen und die Leser:innen werden auf weiterführende Quellen verwiesen.

Schlussendlich kann jedem Studierenden uneingeschränkt empfohlen werden, sich das Lehrbuch für eine (zeit-)effiziente Vorbereitung auf die zwangsvollstreckungsrechtliche Klausur im Studium oder im Examen anzuschaffen.

Buchrezension

Wesel, Uwe: Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 5. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2022, 675 S., 49,00 €.

Wiss. Mitarbeiter Aron Johanson, München*

Bereits in den ersten Semestern sehen die meisten universitären Lehrpläne vor, dass Jurastudentinnen und Jurastudenten die Grundlagen des Rechts erlernen, zu denen neben Methodik und Rechtstheorien auch Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte gehören. Das ergibt zweifelsohne Sinn, denn nur so „kann man in der Gegenwart leben, von der Zukunft träumen und aus der Vergangenheit lernen“ (S. 641). Die Fähigkeit, aus der Rechtsgeschichte Schlussfolgerungen für die Zukunft zu ziehen, unterscheidet gerade die große Masse der „Subsumtionsautomaten“, die sich an die herrschende Meinung anpassen und zukünftig durch künstliche Intelligenzen wie ChatGPT ersetzt werden könnten, von den kritischen Juristinnen und Juristen, die einen „Motor für Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit und Widerstand gegen juristische Verwüstung“ (S. 641) bilden. Zur Vermittlung dieser Fähigkeit bildet Uwe Wesels „Geschichte des Rechts“ einen wesentlichen Baustein.

I. Aufbau

Die Geschichte des Rechts gliedert sich in fünf Teile mit insgesamt 21 Kapiteln.

Wesel beginnt seine Darstellungen – im Gegensatz zu den meisten anderen rechtsgeschichtlichen Lehrbüchern – nicht erst im antiken Griechenland oder gar im Römischen Reich, sondern setzt viel früher bei den Jägern und Sammlern sowie weiteren präantiken Gesellschaftsformen an. Dabei überrascht die Erkenntnis, dass sich die Entwicklung der modernen Konfliktbeilegungsmechanismen (z.B. Mediation) gar nicht so sehr von denen der steinzeitlichen Stammesgesellschaften unterscheidet (S. 637 f.).

Im zweiten Teil folgt die Rechtsgeschichte der Antike, wobei neben Griechenland und Rom auch Mesopotamien, Ägypten sowie das antike Hebräische und Byzantinische Recht beleuchtet wird. Stellenweise zeigt der *Autor* erkenntnisreich auf, wie sich diese Rechte gegenseitig beeinflusst haben und wo wesentliche Unterschiede liegen. Der dritte Teil widmet sich den Germanen und dem Mittelalter. Ab hier beschränkt sich die Darstellung im Wesentlichen auf den nationalen Bereich. Gefolgt wird dieser Teil vom vierten Teil über die Rechtsgeschichte der Neuzeit. Diese reicht von der Frühen Neuzeit über das lange 19. Jahrhundert, die Weimarer Republik, das „Dritte Reich“ und der Deutschen Demokratischen Republik bis zur gegenwärtigen Rechtslage der Bundesrepublik Deutschland. In der Darstellung zur Bundesrepublik Deutschland setzt sich der *Autor* insbesondere und sehr lesenswert kritisch mit der Aufarbeitung des NS-Unrechts (S. 559 ff.) sowie des Kampfes des Bundesverfassungsgerichts gegen einen Sicherheits- und Überwachungsstaat (S. 570 f. und 582 ff.) auseinander.

Die Geschichte des Rechts wird im fünften Teil mit einem Ausblick und einem kritischen Blick auf die Wissenschaft der Rechtsgeschichte abgerundet (vgl. dazu auch III.). Wesel zeigt in „der langen Rede kurzer Sinn“ auf, wie das aktuelle Recht die Staatlichkeit abbaut und ihren Weg wieder zurück

* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Anatol Dutta, M.Jur. (Oxford) an der LMU München.

in die Gesellschaft findet. Er fragt danach, welche Fortschritte dabei das Recht hervorgebracht hat und welche Rolle die Rechtsgeschichte bei dieser Entwicklung spielt.

Die einzelnen Kapitel sind stets ähnlich aufgebaut: Nach einer allgemeinen Skizzierung der Geschichte, der wirtschaftlichen Ausgangssituation der jeweiligen Epoche sowie der bestehenden Quellenlage untersucht *Wesel* die Verfassung bzw. den Staatsaufbau, das Prozessrecht bzw. die Rechtspflege, das (Privat-)Strafrecht, Eigentums- und Besitzrechte, das Erbrecht, das Recht der Personen inkl. Stellung der Frau, Sklaverei sowie das Vertragsrecht. Dazwischen bleibt stets Raum, in denen der *Autor* die wichtigsten rechtsphilosophischen Strömungen und Positionen vorstellt. Diese Aufteilung ermöglicht es – wenn gewünscht –, sich nur auf einzelne Aspekte oder auf die historische Entwicklung nur einzelner Teilrechtsgebiete zu konzentrieren und somit die „Geschichte des Rechts“ als Nachschlagwerk zu nutzen. In der Regel werden die Kapitel mit einem allgemeinen Blick auf den Rechtscharakter abgerundet, der wesentliche Erkenntnisse über das Warum der groben Entwicklungslinien ermöglicht und zusammenfasst.

II. Lebhaft und anschauliche Darstellung; Stil

Auch die „Geschichte des Rechts“ ist in dem für *Uwe Wesel* typischen Stil des Hauptsatzstaccatos – angereichert durch viele Ellipsen – verfasst. Unabhängig davon, wie man stilistisch zu dieser Schreibart steht,¹ sind diese klaren, schnörkellosen Satzkonstruktionen jedenfalls leicht zugänglich und verhindern, dass man beim Lesen in unverständlichen Bandwurmsätzen hängen bleibt.

Neben den kurzweilig zu lesenden Sätzen hauchen zahlreiche Beispiele und Originalquellen der Rechtsgeschichte Leben ein. *Wesel* zitiert nicht nur aus Originallehrbüchern, Urkunden und Gesetzen, sondern erzählt auch bekannte und weniger bekannte (Gerichts-)Prozesse nach, die er in die vorher dargestellten, theoretischen Rechtsgrundlagen einordnet; so z.B. den Prozess gegen Sokrates von 399 v. Chr. (S. 136 ff.) oder Jesus ca. 30 n. Chr. (S. 178 ff.). Vielfach zitiert er dabei sogar Originalurteile wie z.B. beim Prozess gegen den Nürnberger Holzschnitzer Veit Stoß von 1503 (S. 343 ff.) oder beim letzten deutschen Hexenprozess 1775 (S. 411 ff.).

Ferner helfen die 26 anschaulichen Abbildungen (meist Karten und Schemata) dabei, die theoretischen Ausführungen zu systematisieren und besser zu verstehen.

Das Buch ist zwar mehr dem Genre Sachbuch als Lehrbuch zuzuordnen, sodass man Fußnoten vergeblich suchen wird. Zu Beginn jedes Kapitels befinden sich jedoch allgemeine Literaturhinweise. Zusätzlich findet man nach jedem Kapitel sogar ausführliche Literaturlisten, die nach Randnummern sortiert sind, sodass schnell vertiefende Lektüre zu einem bestimmten Punkt gefunden werden kann.

III. Kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsgeschichte

Unbedingt hervorgehoben werden soll *Wesels* kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsgeschichte als Wissenschaft. Unter dem Stichwort „history is what historians do“ (S. 632 ff.) diskutiert der *Autor* im fünften Teil, welche Probleme die Rechtsgeschichte mit der Wahrheitsdarstellung/-findung hat. Aber auch in den darstellenden Kapiteln wird immer wieder offengelegt, aus welcher Quellenfülle oder aus welchem Quellenmangel die Erkenntnisse gewonnen wurden, welche Teile mangels Quellen gar nicht behandelt werden können und wo noch weiterer Forschungsbedarf besteht. Es wird stets darauf hingewiesen, wann es sich um bloße Annahmen/Rekonstruktionen und wann um gesicherte Kenntnisse handelt. Ferner erläutert *Wesel* neue rechtsgeschichtliche Erkenntnisse und wes-

¹ Kritisch z.B. *Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen, 3. Aufl. 2017, S. 136.

halb gewisse Dinge nun anders dargestellt werden müssen als noch in den Voraufgaben (z.B. der Zeitpunkt der Entstehung des Lehnswesens, S. 282). Dies alles lässt die Rechtsgeschichte zu einem lebendigen Wissenschaftsfach werden und weckt die Neugierde auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse.

IV. Gesamtresümee

Uwe Wesel ist mit der „Geschichte des Rechts“ ein umfassendes Werk gelungen, das nicht nur auf alle Zeitabschnitte der Menschheitsgeschichte (von der Ursteinzeit bis in die Zukunft) eingeht, sondern auch die Geschichte sämtlicher Rechtsgebiete – bis hin zu neuen Entwicklungen wie Datenschutzrecht (S. 582 ff.) – darstellt. Dabei werden die Beziehungen der einzelnen Zeitabschnitte zueinander und die Entwicklungen der einzelnen Teilrechtsgebiete sehr anschaulich und aufeinander abgestimmt dargestellt.

Der Preis von 49,00 € schont zwar nicht gerade den studentischen Geldbeutel. Das Geld ist aber gut investiert, wenn man bedankt, dass das Werk nicht nur umfassend rechtsgeschichtliche Kenntnisse vermittelt, sondern auch die wichtigsten Grundlagen der Rechtsphilosophie wiedergibt und über Jahre hinweg zum Reinschmökern einlädt.

Die Lektüre von *Uwe Wesels* „Geschichte des Rechts“ sei allen Studierenden – unabhängig des Ausbildungsstands – wärmstens empfohlen, die nach einem Nährboden für ihren kritischen Keim suchen, der sie zum Jurastudium angespornt hat. Auch allen anderen sei die Lektüre ans Herz gelegt; Sie werden viele Aha-Momente erleben und danach das heute geltende Recht kritischer betrachten und besser einordnen können. Jedenfalls schafft es das Werk, die bei Studierenden oftmals als spröde empfundene Rechtsgeschichte in ein wahres Lesevergnügen zu verwandeln!