

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

5/2023
16. Jahrgang

S. 939–1179

Inhalt

AUFSÄTZE

Öffentliches Recht

Die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG): Wiederentdeckung eines unterschätzten Grundrechts

PD Dr. David Kuch, Konstanz 939

„Auf Bundesautobahnen finden keine Versammlungen statt“?
Zur Verfassungswidrigkeit des § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW

Jonas von Zons, Münster 957

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Strafrecht

Raub und Räuberische Erpressung in der gutachterlichen Prüfung

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster 966

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Examensübungsklausur: „Dein oder mein?“

Dr. Marcus Rehtmeyer, LL.B., Potsdam 978

Examensübungsklausur: Langes Gesicht nach Pferdekauf

Dipl.-Jur. Tim Kniepkamp, Berlin, Wiss. Mitarbeiter Paul Suilmann,
Berlin/Potsdam 990

Examensübungsklausur Immobiliarsachenrecht: Eine Vormerkung kommt selten allein

Wiss. Mitarbeiter Philip Mayer, Stud. Hilfskraft Florian Juri Holste, Münster 1012

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

Öffentliches Recht

- Referendarexamensklausur: Der Umschlag von Kernbrennstoffen
Wiss. Mitarbeiter Raven Kirchner, Frankfurt am Main 1027
- Fortgeschrittenenklausur Verwaltungsrecht BT: Grundrechtseingriff durch staatliches Informationshandeln einer Polizeibehörde auf X
Wiss. Mitarbeiter Markus Meier, Wiss. Mitarbeiterin Lea Norta, Köln 1041

Strafrecht

- Fortgeschrittenenhausarbeit: Die Lügen des „Finder-Schwindlers“
Prof. Dr. Boris Burghardt, Marburg, Wiss. Mitarbeiterin Julia Biastoch,
Wiss. Hilfskraft Katharina Reisch, Göttingen 1052
- Anfängerklausur für ausländische Studierende: Eine unerfüllte Liebe
Ass. jur. Ruben Doneleit, München 1079
- Examensübungsklausur: Unter Strom
Wiss. Mitarbeiter Mathis Schwarze, M.Sc. (Oxford), Berlin 1088
- Fortgeschrittenenklausur: Bad Influence(r)
Ref. iur. Lucas Tomiak, Köln 1112

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

- BGH, Beschl. v. 16.5.2023 – 3 StR 137/23 (LG Oldenburg)
(Besonders schwerer räuberischer Diebstahl, versuchte gefährliche Körperverletzung,
Rücktritt, Fehlschlag des Versuchs, außertatbestandliche Zielerreichung)
(Akad. Rat a.Z. Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück) 1139

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

- Behrends, Okko: Römisches Recht, Von den Anfängen bis heute, 2022
(Vors. Richter am Landgericht Dr. Alexander Neumann, Berlin) 1151
- Koch, Jens: Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021
(Stud. iur. Can Degistirici, Düsseldorf) 1154

ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium

VARIA

Öffentliches Recht

Historia magistra iuris – Erfahrungsbericht zum 15. Frankfurt Investment Arbitration Moot Court

Stud. iur. Luise Behring, Stud. iur. Marie Hervol, Stud. iur. Max Hopp, B.A.,
Stud. iur. Bernhard Ingenlath, B.A., München 1157

Allgemeines

Ein paar Gedanken zur Planung des Rechtsreferendariats

Ass. iur. Vincent Weber, Düsseldorf 1165

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

Die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG): Wiederentdeckung eines unterschätzten Grundrechts

PD Dr. David Kuch, Konstanz*

I. „Urgrundrecht“ oder „Nischengrundrecht“?	939
II. Zur Kritik des momentanen Lehrbestands	940
1. Unklarheit mit Tradition	940
2. Konsens in der Methode: Eingriffsorientierte Auslegung	941
3. Dissens in der Sache: Zwei grundverschiedene Lesarten	942
a) Aktivische Lesart(en)	942
b) Passivische Lesart	943
c) Leerstelle: Mangelnde Eingriffsspezifikation	944
III. Ein Neuansatz: Die Freiheit der Person als Freiheit „vor“ der (Handlungs-)Freiheit	945
1. Ermöglichungsbedingung und Ausübungsvoraussetzung anderer Grundrechte	945
2. Probe aufs Exempel: Infektionsschutzrechtliche Ausgangsbeschränkungen	947
3. Zwischenbilanz	948
IV. Das Problem „freiheitspräventiver“ Freiheitsentziehung	948
1. Diversifikation freiheitsentziehender Maßnahmen im deutschen Recht	948
2. Freiheitsentziehung zum Schutz vor „gemeingefährlichen Mitmenschen“	949
a) Psychiatrieunterbringung und Sicherungsverwahrung nach §§ 63, 66 StGB	949
b) Freiheitsprävention kein legitimer Eingriffszweck	950
3. Polizeirechtliche „Gefährderhaft“ verfassungswidrig	954
V. Fazit und Ausblick	956

I. „Urgrundrecht“ oder „Nischengrundrecht“?

Kaum eine Verfassungsgarantie trifft in der Rechtswissenschaft auf derart gegensätzliche Einschätzungen wie das Gespann aus der Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und dem Verhaftungsschutz nach Art. 104 GG.¹ Nicht wenige assoziieren es mit Urbildern des Freiheitsschutzes. Seine glorreiche Geschichte sichere ihm eine Sonderstellung unter den klassischen Abwehrrechten:

* PD Dr. David Kuch ist derzeit Professurvertreter an der Universität Konstanz. Der nachfolgende Beitrag beruht auf der Monographie des Verf., *Freiheitsentziehung, Eine Reinterpretation der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG)* unter besonderer Berücksichtigung präventiver Haft- und Unterbringungsformen, 2023, und übernimmt daraus Formulierungen, ohne dies in jedem Fall einzeln nachzuweisen.

¹ Nach BVerfGE 10, 302 (322) u.a. ist die Verbindung dieser Garantien normativ „unlöslich“.

„Der Schutz vor willkürlicher Verhaftung und Strafverfolgung ist das Ugrundrecht, die Wurzel aller Freiheit.“²

Für andere wiederum kann dieser Glanz vergangener Zeiten nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Freiheit der Person in der jüngeren Forschung kaum eine Rolle spielt:

„Aus der fundamentalen Freiheitsverheißung, deren Anrufung im 19. Jahrhundert sich nach moralischem Hochtou und universalem Problemlösungsanspruch nur mit dem heute allgegenwärtigen Rekurs auf die Menschenwürde vergleichen läßt, ist ein polizeirechtsaffines Nischengrundrecht geworden.“³

Der uneindeutige erste Eindruck bietet beste Ausgangsbedingungen für die nachfolgende Untersuchung ausgewählter Themenkreise um dieses Grundrecht. Denn zum einen darf man sich der Virulenz der begegnenden Rechtsprobleme sicher sein. Davon zeugt jedenfalls die Beständigkeit des Schutzgedankens. Zum anderen ist der Bereich gewiss nicht ausgeforscht, sodass es nach wie vor einiges zu entdecken gibt. Tatsächlich dürfte es sich bei der Freiheit der Person um eines der wenigen Grundrechte des Grundgesetzes handeln, deren Aufarbeitung im Schrifttum noch immer viele Fragen offenlässt (II.). Weil die Bestände aber zumindest die *Fragerichtung* präzise vorzeichnen, weisen sie der eigenen Fortentwicklung den Weg (III.). Auf Basis eines geschärften Grundrechtsverständnisses treten überschießende Tendenzen im Präventionsrecht besonders markant hervor (IV.).

II. Zur Kritik des momentanen Lehrbestands

1. Unklarheit mit Tradition

„Die Freiheit der Person ist unverletzlich.“ Der reichlich opake Verfassungssatz über die Freiheit der Person verbindet zwei Begriffe von hoher Strahlkraft – *Freiheit* und *Person* – mit der kontrafaktischen Bewehrung als *unverletzliches* Recht. Im Lauf seiner hierzulande etwa 200jährigen Verfassungsgeschichte erfuhr er trotz langer Textkontinuität⁴ sehr unterschiedliche Deutungen. Der Strafrechtslehrer und Kriminologe Hermann Mannheim, der vor seiner Emigration nach London zu den renommiertesten Weimarer Juristen zählte, brachte es im Jahr 1929 auf den Punkt:

„Trotzdem Artikel 114 [...] zu dem althergebrachten Bestande der Grundrechte gehört, besteht über die Bedeutung des Begriffs der persönlichen Freiheit keine Klarheit.“⁵

Dem vorangegangen war eine wechselhafte Auslegungsgeschichte der Freiheitsgarantie, in der zwei grundverschiedene Überlieferungspfade aufeinandertrafen: Während sie von einigen Stimmen ausschließlich mit dem hochspezifischen Anliegen, vor willkürlicher Verhaftung geschützt zu sein, verbunden wurde,⁶ entnahmen ihr andere Autoren eine gänzlich unspezifische Wirkrichtung. Am wei-

² Kriele, in: FS Scupin, 1973, S. 187 (205).

³ Wittreck, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 7.

⁴ Wichtige Vorgängerbestimmungen bildeten § 138 Abs. 1 der Frankfurter Reichsverfassung (Paulskirchenverfassung) v. 28.3.1849 und Art. 114 S. 1 Weimarer Reichsverfassung v. 11.8.1919.

⁵ Mannheim, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, 1929, S. 316 (321).

⁶ Stier-Somlo, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 2. Aufl. 1920, S. 117; Bühler, Die Reichs-

testen ging dabei wohl der Staatsrechtslehrer *Gerhard Anschütz*, berühmter Weimarer Zeitgenosse Mannheims. Nach *Anschützens* maßgeblicher Grundrechtskommentierung gestattet die Freiheit der Person (Art. 114 WRV) dem Einzelnen „alles, was ihm kein Gesetz verbietet“⁷, und formuliert auf diese Weise ein gänzlich offenes, kontextloses Prinzip, wie es heute am ehesten die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) kennt. Im Hinblick auf Art. 114 WRV, den unmittelbaren Vorgänger des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, konkurrierte eine sehr konkrete, erfahrungsgesättigte Rechtstradition mit einer abstrakten, ja formalen Schutzidee. Mannheim hatte also Recht: Von „Klarheit“ über unseren Verfassungssatz konnte damals keine Rede sein.

2. Konsens in der Methode: Eingriffsorientierte Auslegung

Nun ist die Frage, was sich an diesem Gesamtbild seither geändert hat, nicht ganz leicht zu beantworten. Gewiss hat sich das Spektrum an Deutungsangeboten stark vergrößert und ausdifferenziert. Zugleich kann man sich bei der Lektüre repräsentativer Darstellungen des Eindrucks nicht erwehren, dass der sachliche Schutzbereich der Freiheit der Person eigentümlich schemenhaft bleibt. Die stets anzutreffende Umschreibung als „körperliche Bewegungsfreiheit“⁸ ist viel weniger aussagekräftig als die Lehrbestände zu anderen besonderen Freiheitsrechten, wie etwa dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), der Religions- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG), den Kommunikationsgrundrechten (Art. 5, 8, 9 GG) oder der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Während hier die Begriffsbildung und fallgruppenspezifische Theorieentwicklung weit gediehen sind, wird dort selten einmal ein einigermaßen abgrenzbarer Schutzgegenstand anschaulich. Das dürfte nicht zuletzt dem unscharfen Anwendungsbereich der Freiheit der Person geschuldet sein, der von einer lästigen Verkehrskontrolle⁹ über eine infektionsschutzrechtliche Ausgangsbeschränkung¹⁰ bis hin zur lebenslangen Freiheitsstrafe¹¹ reichen soll und sich im Übrigen als kontrovers entpuppt¹². Doch was verbindet diese disparaten Fälle über ihre offensichtlichen Unterschiede hinweg? Und worin liegt die (gemeinsame) Grundlage diesbezüglicher Meinungsverschiedenheiten?

Bei allen Unklarheiten in der Sache hat sich im Lauf der Zeit aber zumindest eine *Methode* herausgeschält, die der weiteren Suche die Richtung weist. Mag die opake Wendung von der Freiheit der Person von sich aus wenig preisgeben, ändert sich die Situation entscheidend, sobald die „Freiheit“ nicht mehr in beziehungsloser Allgemeinheit, sondern – wie es die Verbindung mit Art. 104 GG nahelegt – als spezifische Antithese der *Freiheitsentziehung* ins Auge gefasst wird. Kann der Blick nun zwi-

verfassung vom 11. August 1919, 2. Aufl. 1927, S. 108; *Kelsen*, in: Jestaedt, Allgemeine Staatslehre, Studienausgabe der Originalausgabe 1925, 2019, S. 154, 371.

⁷ *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 543; zur vorangegangenen Entwicklung *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 46 ff.

⁸ *Ipsen*, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2021, Rn. 265; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 567; *Funke*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 2 Abs. 2 Rn. 6, 9; *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 130; *Germelmann*, in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 4, 2. Aufl. 2022, § 114 Rn. 21; *Gusy*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 93 Rn. 5.

⁹ *Barczak*, NZV 2010, 598 ff.

¹⁰ Hierzu unten III. 2.

¹¹ BVerfGE 45, 187 (223 ff.); 117, 71 (95 ff.).

¹² Von einer „in dieser Form wohl einmaligen Unsicherheit in der grundrechtsdogmatischen Einordnung“ spricht etwa *Witreck*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 151 Rn. 3.

schen Norm und Realbereich hin- und herpendeln, bekommt der Interpret gleichsam festen Boden unter die Füße.¹³ Es trifft daher zu:

„Seine eigentliche Kontur als Grundrecht, auch in Abgrenzung zur Freizügigkeit, zur Niederlassungsfreiheit, zur Ausreisefreiheit, gewinnt die Freiheit der Person durch die Typologie einer ganz bestimmten Eingriffslage: der Haft.“¹⁴

Udo Di Fabio hat diesen mittlerweile ganz herrschenden Themenzugang mit dem treffenden Namen einer „eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung“¹⁵ versehen.

3. Dissens in der Sache: Zwei grundverschiedene Lesarten

Wie bereits angedeutet, brachte der Methodenkonsens dennoch keine Einigkeit in der Sache mit sich. Vielmehr haben sich – ähnlich wie zur Weimarer Zeit – zwei fundamental unterschiedliche Lesarten des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG herausgebildet, die sich als aktivische (a)) und als passivische (b)) Auslegung bezeichnen lassen. Im Negativen verbindet diese Positionen ein zu einschichtiges Verständnis jenes interpretativen Schlüsselbegriffs: der Freiheitsentziehung (c)). Als Anknüpfungspunkt für einen Neuansatz lässt sich diese Schwäche aber ins Positive wenden (siehe unten III.).

a) Aktivische Lesart(en)

Die meisten Interpretinnen und Interpreten beschreiben die Freiheit der Person als ein Recht, das sich aktiv, durch natürliche Fortbewegung, wahrnehmen lässt¹⁶. Diese aktivische Lesart wird in verschiedener Weise ausbuchstabiert. Dem wohl *engsten* Verständnis zufolge „[ist] das Grundrecht auf Freiheit der Person nur dann betroffen [...], wenn die körperliche Bewegungsfreiheit physisch, d.h. durch unmittelbaren Zwang, eingeschränkt wird“¹⁷. Hier wird das Grundrecht speziell auf die Physis menschlicher Aktivität bezogen, die nur durch körperliche Gewalt (vis) an ihrer Entfaltung gehindert werden könne. Nach dem *weitesten* Verständnis der aktivischen Lesart sind ihm hingegen auch zahlreiche Handlungs- und Unterlassungspflichten zuzuordnen, d.h. kommunikativ vermittelter, normativer Zwang (potestas). Konkreter werden Anwesenheits- und Erscheinspflichten als Eingriffe in die Freiheit der Person verbucht,¹⁸ mitunter auch Platzverweise¹⁹.

Im Schrifttum vorherrschend ist eine auf beiden Auffassungen aufbauende *Vereinigungstheorie*. Diese schließt einerseits (entgegen dem weiten Verständnis) bloße Ge- oder Verbote aus dem Tatbestand des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG aus; andererseits ist ihr zufolge (entgegen dem engsten Verständnis) von einem Eingriff bereits auszugehen, „wenn mit großer Wahrscheinlichkeit bei Nichtbefolgung

¹³ Vgl. allg. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 163, 200.

¹⁴ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 3; auch Lorenz, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Akt., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 683; Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 10. Aufl. 2023, § 21 Rn. 5.

¹⁵ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 26.

¹⁶ Vgl. bereits Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 1958, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 50; Brunner, Jura 2020, 1328 (1330 f.).

¹⁷ Grabitz, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 1. Aufl. 1989, § 130 Rn. 5; Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 104 Rn. 4; ähnlich Michael/Morlok, Grundrechte, 8. Aufl. 2022, Rn. 173 ff.

¹⁸ Vorausgesetzt, die Behörde gibt dem Betroffenen einseitig einen Termin vor, vgl. Correll, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein, Alternativkommentar zum Grundgesetz, 2001, Art. 2 Abs. 2 Rn. 154.

¹⁹ Etwa bei Graulich, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, E Rn. 437.

einer Anordnung sofortiger unmittelbarer Zwang [...] zu erwarten ist“²⁰. Verhaltenspflichten, wie etwa eine Vorladung, werden damit nicht komplett vom Anwendungsbereich des Habeas-Corpus-Grundrechts ausgeschlossen, doch bedarf es einer gewissen Durchsetzungsnahe.²¹ In diese Richtung tendiert auch die Verfassungsrechtsprechung. Nach einer bis in die Gegenwart reichenden Entscheidungslinie schützt die Freiheit der Person „vor Verhaftung, Festnahme und ähnlichen Eingriffen, also vor unmittelbarem Zwang“²².

b) Passivische Lesart

Ein zweiter Theorienstrang stellt ausdrücklich in Frage, ob sich das Grundrecht, wie es das Schlagwort von der „Bewegungsfreiheit“ will, wirklich durch ein *Verhalten*, also ein Tun oder Unterlassen, eine Aktivität der Grundrechtsträger, ausüben lässt. Von einem reinen „Schutzrecht“ sprechend, entnehmen Vertreter der *passivischen* Lesart dem Gewährleistungsgehalt des Grundrechts auf Freiheit der Person gerade *kein* Recht, aufgrund dessen der Staat ein „Verhalten des Bürgers dulden“ müsse.²³ Systematisch rückt die Freiheit der Person damit in die Nachbarschaft solcher Grundrechte, die man gemeinhin als Integritätsrechte bezeichnet, wie etwa jene aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, und entfernt sich zugleich von den sog. Aktivitätsrechten, wie etwa der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG.²⁴ Die Bewegungsfreiheit garantiere eher eine Art „Status“, wie ihn der „auf freiem Fuß“ Befindliche genieße.²⁵

Obgleich sie im Schrifttum nicht die Mehrheit findet, trifft diese Auffassung – vor dem Hintergrund der eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung – eine wichtige Intuition: Allem Anschein nach bedeutet eine Freiheitsentziehung für die Betroffenen mehr und anderes als die Summe einzelner, isolierbarer Belastungsmomente, wie etwa eine Einschränkung der Fortbewegung. Sie zeitigt eine *Gesamteinbuße* an Freiheit, die schon in dem Wort anklingt und von der passivischen Lesart als Statusverlust übersetzt wird. Insbesondere kann der Einzelne diesen Eingriff nicht wie gewöhnliche Einschränkungen in seinen Freiheitsradius eingliedern, sondern *wird er* – umgekehrt – durch diesen Eingriff in ein anstaltsmäßig organisiertes Rechtsregime eingegliedert. Nicht umsonst bildet das Gefangenverhältnis seit jeher ein Paradebeispiel für einen sog. Sonderstatus, der sich grundrechtlich als „Eingliederungsverhältnis“ äußert.²⁶ In ähnlicher Weise hat man die Freiheit der Person mit einem „Flaschenhals“²⁷ verglichen, durch den eine Freiheitsentziehung die Freiheitssphäre des Einzelnen sinnbildlich hindurchzwängt. Zwar lässt die statusbezogene Lesart eine genauere Auseinanderset-

²⁰ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 2 Rn. 104; Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, 2014, S. 35 f. mit Sammelfußnoten.

²¹ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 32.

²² BVerfGE 22, 21 (26); siehe auch BVerfGE 105, 239 (247); 149, 293 (318 Rn. 65) u.a.; Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 431.

²³ Merten, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 95 Rn. 5 f., der konsequenterweise die eingeführte Beschreibung der Freiheit der Person als „Bewegungsfreiheit“ fallen lässt; siehe bereits Merten, Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts, 1970, S. 52 ff.; dogmengeschichtlich nähert sich diese Lesart der frühen Kommentierung von Wernicke, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Erstbearb., Art. 2 sub II 2d, an und entfernt sich dadurch von Dürigs Auslegung (Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 1958, Art. 2 Abs. 2 Rn. 50).

²⁴ Zum Zusammenhang von Integritätsschutz und normtextlich als „unverletzlich“ gewährleisteten Rechten Ipsen, Der Staat 52 (2013), 266 (281 f.).

²⁵ Zitate aus Merten, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 95 Rn. 7.

²⁶ v. Kielmannsegg, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2022, § 70 Rn. 4.

²⁷ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 86.

zung mit dem Eingriffsparadigma des Art. 104 GG vermissen, doch gibt sie insofern einen nützlichen Fingerzeig.

c) Leerstelle: Mangelnde Eingriffsspezifikation

Das leitet bereits zu den Problemen der referierten Ansichten über. Beide Lager tragen der besagten Methode einer eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung offenbar nicht hinlänglich Rechnung. Anstatt den Begriff der Freiheitsentziehung eingehend zu untersuchen, wird er meist unter Zugrundelegung einer dürren Kurzbeschreibung als mehr oder minder geklärt vorausgesetzt. Bei der verwendeten „Definition“ handelt es sich typischerweise um eine vom Bundesverfassungsgericht geprägte Wendung, der zufolge eine Freiheitsentziehung vorliegt, „wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin aufgehoben wird“²⁸. Dass die Interpretation anhand dieser Formel zu abweichenden Ergebnissen gelangt, ist nicht verwunderlich. Denn die Formel schließt kaum etwas aus.

Mit der Formel ist denn auch wenig gewonnen.²⁹ Sie trifft vor allem auf solche Fälle zu, in denen von vornherein Einigkeit darüber herrscht, dass eine Freiheitsentziehung in Rede steht, etwa weil eine Person in einen polizeilichen Gewahrsamsraum verbracht und dort festgehalten wird.³⁰ Die eigentlich interessante Frage indes, was genau an diesem Vorgang begriffswesentlich für den Eingriff „gerade in die persönliche Freiheit“³¹ sein soll und was nicht, ist aber keineswegs mit seiner gleichsam äußerlichen, phänomenologischen Beschreibung beantwortet, in der sich jene Formel aber erschöpft. Vielmehr handelt es sich um ein Problem der verfassungsrechtlichen *Deutung* solcher Vorgänge. In sie muss insbesondere die Einsicht der passivischen Lesart, dass eine Freiheitsentziehung zu einer Globalschrumpfung der individuellen Freiheitssphäre führt, einfließen. Klassische Fälle einer Freiheitsentziehung – Freiheitsstrafe, Untersuchungshaft, Psychiatrieunterbringung – äußern sich darin, dass sie die Lebensumstände des Betroffenen *umfassend* transformieren:³² Freies Tun und Lassen nach dem eigenen Willen ist für den Inhaftierten nur noch in dem Maß geschützt, wie es die Erfordernisse des (verfassungsrechtlich gerechtfertigten) Freiheitsentzugs zulassen. Der Gefangene hat – ohne dass darin zusätzliche Einschränkungen liegen würden – nur ein begrenztes Recht, Verwandte zu kontaktieren (Art. 6 GG), seinen Aufenthalt frei zu wählen (Art. 11 GG) oder zum Demonstrieren auf die Straße (Art. 8 GG) zu gehen. Er darf nicht in seinen eigenen vier Wänden wohnen (Art. 13 GG) und verbringt seine Zeit nicht mit selbstgewählten Sozialkontakten (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. 1 Abs. 1 GG), sondern in einer Zwangsgemeinschaft.

Naturgemäß verfügt die strafvollzugsrechtliche Literatur über die detailliertesten Beschreibungen dieser unfreiwilligen Lebenssituation (von *Gustav Radbruch* einmal drastisch als „ein Stück Tod

²⁸ BVerfGE 94, 166 (198); 105, 239 (248); BVerfG NVwZ 2011, 743 (744 Rn. 20) u.a.; zu einzelnen Nuancen jüngst *Penßel*, JZ 2022, 535 (538 f.).

²⁹ Gute Definitionen zeichnen sich bekanntlich zuvörderst durch ihre Eliminationsleistung aus.

³⁰ Insofern beispielhaft die im Übrigen tautologische Formulierung des § 415 Abs. 2 FamFG: „Eine Freiheitsentziehung liegt vor, wenn einer Person gegen ihren Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit insbesondere in einer abgeschlossenen Einrichtung, wie einem Gewahrsamsraum oder einem abgeschlossenen Teil eines Krankenhauses, die Freiheit entzogen wird.“ Nur der Hinweis auf die „Einrichtungen“ ist gehaltvoll, im Übrigen fehlt dem Satz („Freiheitsentziehung“, wenn „Freiheit entzogen“) jeder Informationswert.

³¹ Vgl. *Gusy*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 93 Rn. 9.

³² Hier ergeben sich Schnittflächen zu dem durch den kanadischen Soziologen *Erving Goffman* geprägten Begriff der „totalen Institution“, zu denen er etwa Gefängnisse oder geschlossene Psychiatrien zählt (vgl. *Goffman*, *Asyle*, 21. Aufl. 2018, S. 15 f.); der Begriff ist transdisziplinär in Gebrauch, vgl. aus dem Verfassungsrecht insb. *Morlok*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, WRV Art. 141 Rn. 5; *Kuch*, *Freiheitsentziehung*, 2023, S. 147 ff.; aus dem Strafvollzugsrecht *Eisenhardt*, *Strafvollzug*, 1978, S. 67 ff.; kriminalhistorisch *Ramsbrock*, *Geschlossene Gesellschaft*, 2020, S. 251 ff.

mitten im Leben³³ umschrieben), in denen deutlich wird, dass dem Gefangenen mehr und anderes als die Freiheit zur Fortbewegung fehlt. In den Worten eines Kenners der Materie „führt der Freiheitsentzug zu einem Autonomieverlust, der sich nicht alleine auf die Bewegungsfreiheit beschränkt. So unterliegen im Gefängnis sämtliche Lebensbereiche einer strengen Reglementierung und Kontrolle. Dies kann auch einen Verlust jeglichen Verantwortungsgefühls mit sich bringen, da durch die umfassenden Vorschriften Eigeninitiative nahezu ausgeschlossen, zumindest jedoch nicht gefördert oder belohnt wird. Die angesprochene Kontrolle der Einhaltung der aufgestellten Regeln hat weiter einen Mangel an Privatsphäre zur Konsequenz [...] Einen weiteren Stressfaktor für den Inhaftierten stellt der Abbruch heterosexueller Kontakte dar [...] Daneben kommt es zu einer Trennung von Angehörigen, allgemein der weitestgehenden Unterbindung von sozialen Kontakten zur Außenwelt.“³⁴ Aus der Rechtsstellung des Gefangenen ist ein weites Spektrum von Handlungsmöglichkeiten, die ihm normalerweise freistünden, gewissermaßen ausgeklammert. Seine Grundrechte werden „in ihrem Stamm getroffen“³⁵ – kaum einer der geschützten Entfaltungsräume bleibt davon unberührt.

Ersetzt man jene unterkomplexe Formel aber durch einen vollständigeren Begriff der Freiheitsentziehung³⁶, ändert sich im selben Zug die Perspektive auf den Schutzbereich der Freiheit der Person. Wenn eine Freiheitsentziehung den Entfaltungsraum des Einzelnen umfassend einengt, dann muss die kehrseitige (antithetische) Freiheit gerade diese Spannweite an Möglichkeiten, zu deren Wahrnehmung die Grundrechte jedermann einladen, widerspiegeln³⁷. Der interpretationsleitende Begriff der Freiheitsentziehung stellt die gegenbildliche „Freiheit“ aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nicht horizontal neben jene durch den Eingriff berührten (weiteren) Grundrechte, sondern gleichsam vertikal *unter* diese. Denn der Verhaftungsschutz sichert den Genuss all dieser „Folgegrundrechte“³⁸, sozusagen den ungehinderten Zugang zu ihnen.

III. Ein Neuansatz: Die Freiheit der Person als Freiheit „vor“ der (Handlungs-)Freiheit

1. Ermöglichungsbedingung und Ausübungsvoraussetzung anderer Grundrechte

„[D]ie persönliche Freiheit ist die Bedingung zur Ausübung aller andern Rechte und Freiheiten, die ohne Werth sind, wenn ich für meine Person nicht vor willkürlichen Verhaftungen gesichert bin“³⁹ – so setzt der Abgeordnete der Paulskirchenversammlung, *Friedrich Gottfried Leue*, im Jahr 1848 den „Werth“ der später in § 138 PKV wortlautgleich mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gewährleisteten Freiheit der Person zur „Ausübung aller andern Rechte und Freiheiten“ in ein Bedingungsverhältnis. Dessen Fundament bildet der Verhaftungsschutz. Die oben skizzierte Grundidee hat also durchaus Tradition, und sie ist nach wie vor im Schrifttum präsent (obgleich nicht näher ausgearbeitet): Einer Vielzahl

³³ *Radbruch*, in: Kaufmann, Gesamtausgabe, Bd. 10 (Strafvollzug), 1994, S. 31 (43).

³⁴ *Jünemann*, Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland, 2012, S. 20 f.; etwa auch *Laubenthal*, in: FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, 2002, S. 169 (169).

³⁵ *Lerche*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 1. Aufl. 1992, § 122 Rn. 27.

³⁶ Im Einzelnen *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 109–169.

³⁷ Jene Formel von der Freiheitsentziehung als Aufhebung der Bewegungsfreiheit „nach jeder Richtung hin“ (BVerfG oben bei und in Fn. 28) ist also nicht in einem räumlichen, sondern in einem übertragenen, metaphorischen Sinn zu verstehen.

³⁸ So eine im Strafvollzugsrecht geläufige Bezeichnung der durch den Eingriff in die Freiheit der Person mit betroffenen Grundrechte: *Neubacher*, in: Laubenthal u.a., Strafvollzugsgesetze, Kommentar, 12. Aufl. 2015, B Rn. 97.

³⁹ Abg. *Leue*, in: Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der constituirenden Nationalversammlung, Bd. 2, 1848, S. 1354.

von Autorinnen und Autoren gilt die Freiheit der Person als „Voraussetzung“, „Grundvoraussetzung“ oder als „Basis“ der Ausübung anderer Freiheitsrechte.⁴⁰ Gleichsinnige Einschätzungen gehören in der Rechtsprechung⁴¹ ebenso zum Gemeingut wie in bereichsdogmatischen Untersuchungen.⁴² Nimmt man sie beim Wort, zählt die Singularfreiheit des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in der Tat nicht zum Kanon der übrigen Handlungsrechte (etwa Art. 8, 11, 12, 2 Abs. 1 GG), sondern gehört sie zu den *Vorzeichen* der Wahrnehmung dieser anderen, benannten und unbenannten Rechte.⁴³ Die Freiheit der Person ist eine Freiheit „vor“ der (Handlungs-)Freiheit.

Wendet man also den durch die Freiheitsentziehung bewirkten Freiheitsverlust ins Positive, dann schützt die kontrafaktische „Bewegungsfreiheit“ weniger die Möglichkeit zur Ortsveränderung als die Möglichkeit, überhaupt von seinen Freiheitsrechten – insbesondere solchen der Mobilität und sozialen Interaktion – wie üblich Gebrauch zu machen. Allgemein gesprochen, richtet sich die Freiheit der Person nicht auf Handlungs- oder Aktivitätsschutz, sondern auf Voraussetzungs- oder Modalitätsschutz, nicht auf Ausübungs-, sondern auf *Ausübbarkeitsschutz*. Die Freiheit der Person schützt den Zugang zu jenen Grundrechten, die durch eine Freiheitsentziehung (typischerweise) eine flächendeckende Minderung erfahren. Diese Grundrechtsinterpretation vermittelt zwischen den beiden bekannten Hauptströmungen (siehe oben II.). Einerseits folgt sie der passivischen Lesart darin, dass der Bezugsrahmen der Freiheit der Person allem Anschein nach weniger die einzelne Handlung als die Lebensführung des Betroffenen insgesamt ist; andererseits stimmt sie mit der aktivischen darin überein, dass Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG Zugangsschutz insbesondere zu solchen Grundrechten entfaltet, die Mobilität und soziale Interaktion garantieren, und weniger zu solchen des *forum internum*⁴⁴.

Auch über den juristischen Tellerrand hinaus hat dieses Verständnis gewichtige Referenzen für sich zu verbuchen. So finden sich bei der Philosophin *Hannah Arendt* an etwas entlegener Stelle einige anspielungsreiche Zeilen über „Bewegungsfreiheit“⁴⁵. Vielleicht sieht sie darin denselben Wert verkörpert, um dessen Behauptung gegenüber einem reaktionären „Polizeistaat“ schon in der Paulskirche gerungen wurde – nun allerdings im Bewusstsein einer noch viel verheerenderen Unrechts- erfahrung im politischen Totalitarismus, zu dessen Merkmalen bekanntlich entwürdigende Internierungspraktiken zählten⁴⁶. Auch *Arendt* skizziert jene Bewegungsfreiheit nicht als eine Handlungsfreiheit, sondern als ein vorgelagertes „Freisein“, ein „Können“ oder Potenzial, dessen Erhaltung „Bedingung“ aller spezifischeren Freiheiten sei – und scheint damit den Kern dessen zu treffen, was

⁴⁰ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 16: „Bewegungsfreiheit“ als „Voraussetzung“ für die „personale Existenz“ des Menschen und als „Basis für alle sonstigen frei gewählten Verhaltensweisen“; *Lorenz*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 171. Akt., Stand: Februar 2015, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 668: „Voraussetzung [von] grundrechtlichen Entfaltungsmöglichkeiten“, und Rn. 674: „grundrechtliche Basis des Freiheitsschutzes“; ebenso zugleich mit Blick auf die EMRK *Dörr*, in: Dörr/Grote/Maruhn, EMRK/GG, Konkordanzkommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2022, Kap. 13 Rn. 1.

⁴¹ BVerfGE 10, 302 (322): „erste Voraussetzung für jede freiheitliche Betätigung des Menschen überhaupt“; BVerfGE 19, 342 (349): „Basis der allgemeinen Rechtsstellung und Entfaltungsmöglichkeit des Bürgers“; ebenso BVerfGE 36, 264 (269); 53, 152 (158); 109, 133 (157): „Grundlage und Voraussetzung der Entfaltungsmöglichkeiten des Bürgers“; BVerfGE 130, 372 (388); u.a.; auch BGH NJW 2012, 1448 (1449 Rn. 18): „Grundlage und Voraussetzung der Entfaltungsmöglichkeiten des Einzelnen“.

⁴² Etwa *Hantel*, Der Begriff der Freiheitsentziehung in Art. 104 Abs. 2 GG, 1988, S. 138, 143, 200.

⁴³ Vgl. bereits *Kuch*, JÖR 66 (2018), 205.

⁴⁴ Hierzu *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 158 ff.; vgl. auch *Funke*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 11.

⁴⁵ *Arendts* Formulierung (*Arendt*, Von der Menschlichkeit in finsternen Zeiten, 1960, S. 14 f.) greift wohl ein Wort *Friedrich Hölderlins* auf („Aufzubrechen, wohin er will“).

⁴⁶ Vgl. *Bauman*, Die Neue Gesellschaft/Frankfurter Hefte 41 (1/1994), 28 ff.; zum Nationalsozialismus insbesondere *Wildt*, in: Die Ambivalenz des Volkes, 2. Aufl. 2019, S. 223 ff.

heute richtigerweise im Zentrum der eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung stehen sollte:

„Von allen spezifischen Freiheiten, die uns in den Sinn kommen mögen, wenn wir das Wort Freiheit hören, ist die Bewegungsfreiheit nicht nur die historisch älteste, sondern auch die elementarste; das Aufbrechen-Können, wohin man will, ist die ursprünglichste Gebärde des Freiseins, wie umgekehrt die Einschränkung der Bewegungsfreiheit seit eh und je die Vorbedingung der Versklavung war. Auch für das Handeln, in dem menschliche Freiheit in der Welt primär erfahren wird, ist Bewegungsfreiheit die unabläßliche Bedingung.“⁴⁷

2. Probe aufs Exempel: Infektionsschutzrechtliche Ausgangsbeschränkungen

Ein naheliegender Einwand gegen die vorgeschlagene Interpretation mag freilich in ihrer Unbestimmtheit zu suchen sein, die sie fast zwangsläufig kennzeichnet: Gerade als Gegenbild eines derart unspezifischen Globalverlusts von Betätigungs- und Entfaltungsmöglichkeiten, wie ihn ein Freiheitsentzug bewirkt, droht der gesuchten Freiheit, so scheint es, eine Ausdehnung ins Uferlose und Abstrakte. Der Schutzbereich bliebe schemenhaft. Darin läge jedoch ein Missverständnis des geschützten Werts einer Freiheit „vor“ der Freiheit. Im Sinne eingriffsorientierter Auslegung korreliert die Reichweite der Garantie aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG stets mit der Reichweite paradigmatischer Verletzungshandlungen. Und diese lassen sich, wie an der Haft gesehen, durchaus spezifizieren. Zur Verdeutlichung des Ansatzes soll an dieser Stelle das vergleichsweise unverbrauchte Beispiel der infektionsschutzrechtlichen Ausgangsbeschränkung dienen, die während der Corona-Pandemie auch die Gerichte beschäftigte und vom Bundesverfassungsgericht als Eingriff in die Freiheit der Person bewertet wurde⁴⁸. Warum dies im Ergebnis überzeugend erscheint,⁴⁹ lässt sich anhand der vorstehenden Überlegungen erklären:

Im Allgemeinen bezweckt das Infektionsschutzrecht die Abwendung einer Ansteckungsgefahr, die in Pandemiezeiten besonders bei der Interaktion von Personen im öffentlichen Raum besteht. Soll nun aber eine allgemeine Ausgangsbeschränkung (§ 28a Abs. 1 Nr. 3 IfSG) zur Gefahrenabwehr dienen, so handelt es sich bei ihr – anders als etwa bei der Anordnung eines Abstandsgebots (§ 28a Abs. 1 Nr. 1 IfSG) – nicht um eine Intervention, die erst das Sozialverhalten im öffentlichen Raum als die unmittelbare „Gefahrenquelle“ reglementiert. Vielmehr unterbindet die Ausgangsbeschränkung die bloße *Möglichkeit* gefahrenträchtigen Verhaltens (hier: sozialer Interaktion), indem sie nämlich nahezu jegliches Bestreben, den Privatbereich zu verlassen – und sei es für einen einsamen Spaziergang im Wald – pauschal unter Vorbehalt stellt: Die Eventualität oder Potenzialität, nicht die Aktualität gefährlichen Verhaltens bildet hier den Regelungsgegenstand. Nicht objektiv gefährliches Verhalten, sondern schon das entferntere *Risiko* eines solchen wird durch die Ausgangsbeschränkung vorbeugend verhütet.

Und genau darin liegt ein Eingriff in die Freiheit der Person. Denn aus der Grundrechtsperspektive geht es insoweit – anders als im Fall eines Abstandsgebots – eben nicht um Ausübungsschutz, son-

⁴⁷ Arendt, Von der Menschlichkeit in finsternen Zeiten, 1960, S. 14 f.

⁴⁸ BVerfGE 159, 223 (328 ff. Rn. 240 ff.) erkennt darin einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG; zuvor hatte etwa BayVerfGH COVuR 2021, 106 (107), bei der Kontrolle einer landesrechtlichen Ausgangsbeschränkung keinen Eingriff in die Freiheit der Person festgestellt.

⁴⁹ Die Begründung des BVerfG, wo das Gericht mit einer psychisch vermittelten Zwangswirkung argumentiert (BVerfGE 159, 223 [Ls. 3a, 331 ff. Rn. 246 ff.]), überzeugt hingegen nicht; zur Kritik nur Michael, ZJS 2022, 106 (114 ff.).

dem um Ausübbarkeitsschutz, nicht um Aktivitäts-, sondern um Modalitätsschutz. Es geht um die Abwehr (temporärer) rechtlicher Sonderbedingungen, die sich hier in der annähernden Umkehr der normalerweise im Verhältnis zwischen Grundrechtsträger und grundrechtsgebundener Hoheitsgewalt bestehenden Begründungslasten manifestieren: Strukturell einer klassischen Freiheitsentziehung nicht unähnlich, wird „die gesamte Vielfalt der Gestaltung des eigenen Lebens auch in seinen sozialen Bezügen“⁵⁰ beschränkt, weil die Adressaten einer Ausgangsbeschränkung sich geradezu „für die Ausübung ihrer Grundrechte rechtfertigen müssen“⁵¹. Statt auf die individuelle Verantwortlichkeit der Bürgerinnen und Bürger zu vertrauen, wird die Freiheit an der Wurzel gepackt und gleichsam als solche begrenzt. Man lässt sich erst gar nicht auf den Freiheitsgebrauch ein, sondern greift ihm vor – typischerweise zum Nachteil auch völlig ungefährlicher Verhaltensweisen. Auf Seiten der Grundrechtsträger spielt die Freiheit der Person als Freiheit „vor“ der Freiheit aber die Hauptrolle bei der Auflösung solcher Konflikte. Auch jenseits des Verhaftungsschutzes gewinnt sie ihr Profil kontrafaktisch zu der vorgreiflichen Freiheitsbeschränkung.

3. Zwischenbilanz

Die herkömmliche Lehre ist sich zwar nicht über den Gegenstand der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 104 GG), wohl aber über den Problemzugang einig: Die Wechselwirkung von Schutzbereich und Eingriff – von Freiheit und Freiheitsentzug – steht im Zentrum der Auslegung. Gleichwohl unternimmt es die Lehre nicht, den Begriff der Freiheitsentziehung genau zu analysieren. Der eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung fehlt es somit ausgerechnet an der Eingriffsspezifikation. Die Füllung dieser Lücke führt zu einem Verständnis der Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 104 GG, demzufolge die Freiheit der Person in dienender, akzessorietätssichernder Weise Ausübungsvoraussetzungen anderer Grundrechte, besonders solcher der individuellen Mobilität und sozialen Interaktion, garantiert.

IV. Das Problem „freiheitspräventiver“ Freiheitsentziehung

1. Diversifikation freiheitsentziehender Maßnahmen im deutschen Recht

Im deutschen Recht existieren zahlreiche Formen von Freiheitsentziehung. Die bekannteste davon dürfte die Freiheitsstrafe sein, die schon lange als „klassische Hauptstrafe schlechthin“⁵² figuriert. Im materiellen Strafrecht existiert (darum) kein Straftatbestand, der nicht zumindest auch Freiheitsstrafe androht.⁵³ Neben der repressiven Kriminalstrafe zählen ebenfalls zu den allgemein geläufigen Fällen des Freiheitsentzugs die präventiven Institute des Polizeigewahrsams und der Untersuchungshaft, für deren prinzipielle Anerkennung sich jeweils Anhaltspunkte in den Abs. 2 und 3 des Art. 104 GG finden. Normativ sind hier enge zeitliche Grenzen festgeschrieben, innerhalb deren eine vorläufig (typischerweise durch die Vollzugspolizei) festgenommene Person einem Richter vorzuführen ist.⁵⁴

⁵⁰ BVerfGE 159, 223 (350 Rn. 292).

⁵¹ Treffend *Kießling*, NJW 2021, 182 (183).

⁵² *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 156.

⁵³ Einige jüngere Einzeluntersuchungen rücken diese Strafform in ein kritisches Licht: Generell *Galli*, Weggesperrt, 2020; mit Blick auf die Ersatzfreiheitsstrafe *Steinke*, Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich, 2. Aufl. 2022; mit Blick auf Anspruch und Wirklichkeit des Strafvollzugs *Ramsbrock*, Geschlossene Gesellschaft, 2020.

⁵⁴ Art. 104 Abs. 2 S. 2, S. 3, Abs. 3 S. 1 GG; hierzu bündig *Brunner*, Jura 2020, 1328 (1336 f.). Der Richtervorbehalt des Art. 104 GG bildet ein Thema für sich, auf das an dieser Stelle nur hingewiesen sei. Auch unter dieser Hinsicht ist die Freiheit der Person alles andere als ausgeforscht, näher *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 283 ff.

Doch nicht nur das Grundgesetz trifft wesentliche Vorgaben in puncto Freiheitsentziehung. Darüber hinaus bildet die Europäische Menschenrechtskonvention ein wichtiges Regulativ.⁵⁵ So enthält Art. 5 Abs. 1 EMRK einen Katalog der konventionsrechtlich legitimen Gründe für freiheitsentziehende Maßnahmen, der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung als Numerus Clausus behandelt wird.⁵⁶ Die relativ allgemein gehaltenen Tatbestände aus dieser Liste lassen der nationalen Gesetzgebung freilich einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum.⁵⁷

Ohne eine umfassende Sichtung der einschlägigen Materien vornehmen zu können, treten vor dem Hintergrund des nachjustierten Grundrechtsverständnisses besonders im Präventionsrecht bestimmte Wertungsschwierigkeiten hervor. Ein ziemlich lösungsresistentes Problem ist in den strafrechtlichen Maßregeln der Besserung und Sicherung angelegt. Solche Institute werfen kritische Fragen auf (2.), die sich in Zukunft wohl vermehrt stellen dürften (3.). Worum geht es dabei?

2. Freiheitsentziehung zum Schutz vor „gemeingefährlichen Mitmenschen“?

a) Psychiatrieunterbringung und Sicherungsverwahrung nach §§ 63, 66 StGB

Schon das Beispiel der infektionsschutzrechtlichen Ausgangsbeschränkung (siehe oben III. 2.) ließ den vorbeugenden Eingriff in die Freiheit der Person als eigentümlich anmaßend erscheinen: Anstatt auf die Bereitschaft der Bürger zu vertrauen, Abstandsgebote im öffentlichen Raum zu beherzigen, verbietet man ihnen kurzerhand, sich überhaupt noch vor die Türe zu begeben – und sei es für einen einsamen Waldspaziergang, für Einzelsport oder zur Wahrnehmung erlaubter Sozialkontakte. Diese Logik geht das dem freiheitlichen Verfassungsstaat eigentlich immanente Risiko des Freiheitsgebrauchs⁵⁸ gar nicht erst ein, sondern geht gleich „auf Nummer sicher“. Mag eine solche Politik unter den speziellen Bedingungen eines dynamischen Infektionsgeschehens ausnahmsweise zu rechtfertigen sein, erscheint ihre Legitimation im Übrigen zweifelhaft.

Gleichwohl kennt die deutsche Rechtsordnung Materien, in denen sie regulär zum Tragen kommt. Angesprochen sind vor allem Rechtsinstitute, welche die „Gemeingefährlichkeit“ einer Person zum Anlass für eine Freiheitsentziehung nehmen, um auszuschließen, dass diese Person in Zukunft eine Straftat begeht. Solche Institute gehören nach Auffassung einzelner sogar „[z]u den besonders wichtigen Gründen, die einen Entzug der Freiheit der Person rechtfertigen“⁵⁹. Die beiden kontroversesten Fälle im deutschen Gesetzesrecht finden sich im dritten Abschnitt des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, der die „Rechtsfolgen der Tat“ niederlegt. Konkret geht es um die in § 61 Nrn. 1 und 3

⁵⁵ Zusammenstellung weiterer völkerrechtlicher Schutzinstrumente bei Kuch, in: Barczak, BKAG, Kommentar, 2023, § 57 Rn. 33 ff.

⁵⁶ EGMR, Ur. v. 8.6.1976 – 5100/71 (Engel u.a.), Rn. 57; EGMR, Ur. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. gegen Deutschland), Rn. 86; BVerfGE 128, 326 (394); st. Rspr.

⁵⁷ Nach Fallzahl hervorstechende Formen des Freiheitsentzugs bilden hierzulande im Licht des Art. 5 Abs. 1 EMRK: Mit über 200.000 Unterbringungen und freiheitsentziehenden Maßnahmen (Fixierungen) im Jahr 2015 das Erwachsenenschutzrecht nach § 1831 (§ 1906 a.F.) BGB bzw. nach Psychisch-Kranken-Recht der Länder (jeweils Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK); mit über 4.000 Fällen (2017) die Abschiebehaft nach AufenthG (Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK); Zahlen nach Marschner, in: Marschner/Lesting/Stahmann, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 6. Aufl. 2019, A Rn. 62 bzw. 65. Zum Vergleich: die Strafgefangenenpopulation (Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK) belief sich im Jahr 2018 auf ca. 47.000 Personen, vgl. Laubenthal, Strafvollzug, 8. Aufl. 2019, Rn. 77 mit Tabelle 2.4.

⁵⁸ Dreier, Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaats, 2014, S. 459, 469 ff.; auch Möllers, Freiheitsgrade, 2020, § 80.

⁵⁹ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 244.

StGB i.V.m. §§ 63 bzw. 66 StGB geregelte Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bzw. in der Sicherungsverwahrung. Diese Sanktionen unterscheiden sich fundamental von der Freiheitsstrafe (§§ 38, 39 StGB) als der klassischen Hauptstrafe. Anders als diese erklären die Maßregeln nicht die Schuld (§ 46 StGB), sondern die „Gefährlichkeit“ eines Straftäters zum tragenden Eingriffsgrund. Das Gesetz schreibt dem Gericht ihre Anordnung vor, falls eine „Gesamtwürdigung“ ergibt, dass der Täter in Anbetracht der von ihm zu erwartenden Verbrechen „für die Allgemeinheit gefährlich ist“ (§ 63 S. 1 StGB bzw. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 a.E. StGB). Zwar knüpfen die Maßregeln an begangene Straftaten als Anlassdelikte an;⁶⁰ doch als solche sollen diese Taten gerade den Sicherungszweck der Maßregeln dem Betroffenen gegenüber legitimieren. *Wolfgang Frisch* fasst die Grundidee zusammen:

„Zweck des Instituts [der freiheitsentziehenden Maßregeln] ist die Verhinderung von Straftaten, die von einer bestimmten Person – belegt unter anderem durch die begangene Tat – in Zukunft drohen; andere Ziele, wie z.B. die Einwirkung auf die Allgemeinheit, die Wiederherstellung des Rechtsfriedens oder der Ausgleich der Schuld, werden nicht verfolgt. Erreicht werden soll dieser Zweck dadurch, daß man dem Täter in Gestalt des Freiheitsentzugs [...] die Aktionsbasis für die Begehung von Straftaten nimmt“⁶¹.

Wohl am markantesten streicht *Klaus Ferdinand Gärditz* die Zielrichtung dieser zweiten, gefahrenabwehrrechtlichen Spur des deutschen Strafrechts heraus:

„Die Person des Täters als solche wird insoweit ausgeblendet, wird [...] zur ‚black box‘ und als reine *Gefahrenquelle* begriffen.“⁶²

In wesentlicher Hinsicht gleicht diese Konfliktstruktur jener bei der Ausgangsbeschränkung. Wie diese verhüten die Maßregeln nicht bereits konkretisierte Gefahren, sondern greifen schon der *Gefahr-entstehung* vor. Ohne Rücksicht auf ihre individuellen Ziele und Wünsche werden die Betroffenen als „reine Gefahrenquellen“ behandelt. Auch hier geht der Staat „auf Nummer sicher“⁶³, greift nämlich nicht erst präventiv, sondern gewissermaßen *prä*-präventiv ein. Wie bei der Ausgangsbeschränkung nimmt man der unterzubringenden Person dadurch allerdings die ‚Aktionsbasis‘ nicht nur für die Begehung von Straftaten, sondern zugleich vielfältige Möglichkeiten unschädlichen oder sogar erwünschten Sozialverhaltens. Um die charakteristische Indifferenz (auch) der Maßregeln gegenüber den wechselnden Prioritäten der Betroffenen abzubilden, erscheint es angebracht, hier statt von „Verbrechensprävention“ (umfassender) von „Freiheitsprävention“ zu sprechen.

b) Freiheitsprävention kein legitimer Eingriffszweck

In einem freiheitlichen Staatswesen muss dieses Modell auf gravierende Einwände treffen. Nicht zufällig sahen sich zwei große politische Ethiker des 20. Jahrhunderts aus dem näheren Umkreis von

⁶⁰ Hierin unterscheiden sie sich etwa vom Polizeigewahrsam oder der öffentlich-rechtlichen Unterbringung nach dem Psychisch-Kranken-Recht der Länder.

⁶¹ *Frisch*, ZStW 102 (1990), 343 (358).

⁶² *Gärditz*, Strafprozeß und Prävention, 2003, S. 128.

⁶³ *Appel*, in: Masing/Jouanjan, Weltanschauliche Neutralität, Meinungsfreiheit, Sicherungsverwahrung, 2013, S. 87 (115).

John Rawls⁶⁴ – namentlich Robert Nozick und Michael Walzer – dazu veranlasst, in ihre Freiheitstheorien einen Argumentationsstrang über vorbeugende Haft einzuflechten. Für beide kann sie in idealtypischen Gegensatz zu einer legitimen, dem Primat der Rechte folgenden Politik geraten. Ziele eine Vorbeugehaft nämlich auf die Neutralisierung einer Person, ohne abzuwarten, ob sie tatsächlich eine Straftat begehen will, sei die Haft „unberechtigt und nicht zulässig“⁶⁵ bzw. schlechterdings „ungerecht“⁶⁶. Denn unter diesen Umständen werde die Selbstbestimmung der Betroffenen nicht lediglich eingeschränkt, sondern ganz und gar hintangestellt und damit überhaupt nicht respektiert.

Zwar führten mehrere Gesetzesreformen, zuerst vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dann vom Bundesverfassungsgericht angemahnt,⁶⁷ in der jüngeren Vergangenheit zu einigen durchaus bemerkenswerten Abmilderungen des deutschen Maßregelrechts⁶⁸. Seine Grundausrichtung als zweite, sozialschützende Spur des Sanktionenrechts blieb davon jedoch unberührt. Und auch die problematische entferntere Vergangenheit der Materie⁶⁹ steht ihrer prinzipiellen Anerkennung heutzutage offenbar nicht im Weg. Viele Stimmen aus Rechtsprechung und Lehre verweisen hierbei auf ein gefahrenabwehrrechtliches „Prinzip des überwiegenden Allgemeininteresses“⁷⁰, welches zwar äußerst strenge, doch eben nicht unüberwindliche Anforderungen an den Freiheitseingriff stelle. Das „Sonderopfer“, das der Gefangene zugunsten der Allgemeinheit erbringe, sei, so das Bundesverfassungsgericht in mittlerweile gefestigter Judikatur, durch „einen freiheitsorientierten und therapiegerichteten Vollzug“ der Maßregeln (partiell) aufzuwiegen.⁷¹ Und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seiner letzten Grundsatzentscheidung zur deutschen Sicherungs-

⁶⁴ Zu dessen *Theory of Justice* von 1971 als Keimzelle der neueren politischen Philosophie nur Forrester, *In the Shadow of Justice*, 2019, hier insb. S. 104 ff.

⁶⁵ Nozick, *Anarchie, Staat, Utopie*, 2006, S. 209.

⁶⁶ Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit*, 2006, S. 387.

⁶⁷ Im Zentrum stand dabei die Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB): EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. gegen Deutschland); BVerfGE 128, 326. Der Psychiatrieunterbringung nach § 63 StGB wurde zu keinem Zeitpunkt die gleiche juristische Aufmerksamkeit zuteil, obwohl hiervon mehr als zehnmals so viele Personen betroffen sind, vgl. die Belegungszahlen bei Pollähne, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 63 Rn. 5 (2014: 6.540 Personen) bzw. § 66 (2010: 536 Personen bzw. 2021: knapp 600); unlängst aber Kammeier, *ZStW* 132 (2020), 133; allgemein zu Verdrängungstendenzen im Hinblick auf den psychiatrischen Bereich Kuch, *Freiheitsentziehung*, 2023, S. 210 ff.

⁶⁸ Vgl. die Darstellung bei Pollähne, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 63 Rn. 3 bzw. § 66 Rn. 7 f.; mit der sog. Verhältnismäßigkeitsnovelle von 2016 (BGBl. I 2016, S. 1610) möchte der Gesetzgeber übermäßig langen Unterbringungen im psychiatrischen Maßregelvollzug (§ 63 StGB) entgegenwirken; die Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) wurde infolge der Judikatur des EGMR und des BVerfG (EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 [M. gegen Deutschland]; BVerfGE 128, 326) im Jahr 2012 mit Wirkung zum 1.6.2013 grundlegend reformiert (BGBl. 2012 I, S. 2425).

⁶⁹ Die Maßregeln wurden hierzulande erstmals 1933/34 unter Hitler eingeführt (Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung v. 24.11.1933, RGBl. 1933 I, S. 995). Längerfristig reicht die Entstehungsgeschichte der Maßregeln vom kriminologisch-forensischen Diskurs des ausgehenden 19. Jahrhunderts bis zur ersten Legiferierung unter dem nationalsozialistischen Regime – der eine wie der andere Prägekcontext muss (rückblickend) problematisch erscheinen, vgl. Kuch, *Freiheitsentziehung*, 2023, S. 423 ff.; in der rechtshistorischen Forschung ist umstritten, ob das Jahr 1933 eine Zäsur innerhalb dieser Entwicklung bildet, sodass (partiell) Rechtskontinuität gerade zwischen dem NS-Recht und dem heutigen Maßregelrecht bestünde: dafür etwa Wagner-Kern, *Präventive Sicherheitsordnung*, 2. Aufl. 2019, S. 64 ff.; das Vorhandensein wesentlicher Strömungen und Konzepte (Sozialdarwinismus, „Volkshygiene“ u.a.) bereits um 1900 betonend aber Lengauer, *ZNR* 45 (2022), 99 (111 f.); im Überblick zur Kontinuitätsfrage Dessecker, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit*, 2004, S. 90 ff.

⁷⁰ So zur Sicherungsverwahrung Laubenthal, *ZStW* 116 (2004), 703 (709); allg. Müller, *Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung*, 1981, S. 31 f.: „Prinzip des überwiegenden Interesses“; Gierhake, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht*, 2013, S. 400 ff. („überwiegendes Gemeininteresse“); vgl. im Einzelnen Dessecker, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit*, 2004, S. 343 ff. (Psychiatrieunterbringung), 376 ff. (Sicherungsverwahrung).

⁷¹ Vgl. BVerfGE 128, 326 (374 f.); 130, 372 (393).

verwahrung aus dem Jahr 2018 festgestellt, dass die Haftbedingungen der therapeutischen Zwecksetzung tatsächlich auch genühten.⁷² Ist damit aber jenes tiefere Legitimationsproblem ausgeräumt? Drei Einwände lassen sich formulieren:

aa) Der erste richtet sich gegen die Vorstellung, eine Freiheitsentziehung lasse sich durch die Vollzugsgestaltung signifikant abmildern. In seinem kurzen Diskurs über Sicherungsverwahrung demonstriert der schon erwähnte *Nozick*, in welchen Dimensionen man wohl denken müsste, wollte man jenen Kompensationsgedanken wirklich mit Substanz füllen: „die Öffentlichkeit würde überhaupt kaum eine Entschädigung für die Benachteiligung durch eine Vorbeugehaft leisten können. Vielleicht wäre das nur in der Form möglich, daß für diese als besonders gefährlich angesehenen Personen ein schönes Gebiet bereitgestellt wird, das zwar eingezäunt und bewacht ist, aber Hotels, Erholungsmöglichkeiten usw. enthält“ – die Anstalt, so *Nozick*, müsste geradezu „ein angenehmer Aufenthaltsort sein“⁷³. Diese Überlegung erfährt eine Stütze durch die oben vorgeschlagene Lesart der Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG. Dort wurde deutlich, dass dem Gefangenen mehr und anderes als nur die Freiheit zur Fortbewegung fehlt – er vielmehr eine Globalschrumpfung seiner Freiheitssphäre zu vergegenwärtigen hat. Der Kompensationsgedanke bricht sich folglich an den schier unermesslichen Möglichkeiten der Lebensführung ‚auf freiem Fuße‘, auf deren Offenhaltung die Freiheit der Person gerade dringt.

bb) Der zweite Einwand schlägt in dieselbe Kerbe, ist jedoch begrifflicher Natur. Ihm zufolge kann die (freiheitsorientierte) Vollzugsgestaltung nicht nur aus faktischen, sondern schon aus logischen Gründen keinerlei Beitrag zur Legitimation der Maßregeln leisten. Wieder bietet *Nozicks* Schrift von 1974 einen Anhalt: Sie verweist auf den amerikanischen Verfassungsjuristen und Strafverteidiger *Alan Dershowitz*, der ein Jahr zuvor eine kritische Analyse präventiver Haft- und Unterbringungsformen vorgelegt hatte. Darin verwirft *Dershowitz* auch einen Ansatz, der den Sicherungsverwahrten quasi im Gegenzug für die Zwangsunterbringung ein Recht auf Therapie zuspricht („right to treatment‘ approach“⁷⁴). Der Einwand liegt im Grunde auf der Hand: Offenbar will dieser Ansatz den Freiheitsentzug durch seine Realisierung rechtfertigen – was einen Zirkelschluss darstellt⁷⁵. So wichtig es ist, durch geeignete Behandlungsangebote die Resozialisierung der Betroffenen zu ermöglichen, so wenig verringert sich dadurch die anfängliche Begründungslast für den Freiheitsentzug.

cc) Lässt man die Vollzugsgestaltung mit Blick auf die primäre Rechtfertigung der Maßregeln dementsprechend beiseite, wird die Tragweite des Legitimationsproblems erst richtig deutlich. Sollen die Maßregeln wirklich „allein präventiv“⁷⁶ – durch die in der Täterpersönlichkeit⁷⁷ wurzelnde Gemeingefährlichkeit – gerechtfertigt werden, raten die Stellungnahmen aus der politischen Ethik zu äußerster Vorsicht. Denn eine solche Rechtfertigung blendet die Perspektive des Betroffenen aus:⁷⁸ Man entzieht ihm die Freiheit ja nicht mit Blick darauf, was er *tut* oder im Begriff ist, zu tun, sondern mit Blick darauf, was er *ist*.⁷⁹ Die Rechtfertigung erfolgt gleichsam über die Handlungsperspektive

⁷² EGMR (GK), Urt. v. 4.12.2018 – 10211/12, 27505/14 (Ilmseher), Rn 167; bemerkenswert an dieser Entscheidung allerdings auch die abweichende Meinung des Richters *Pinto de Albuquerque*, der das Mehrheitsvotum einer ausführlichen Fundamentalkritik unterzieht.

⁷³ *Nozick*, *Anarchie, Staat, Utopie*, 2006, S. 210.

⁷⁴ *Dershowitz*, *Texas Law Review* 51 (1973), 1277 (1319).

⁷⁵ *Dershowitz*, *Texas Law Review* 51 (1973), 1277 (1319): „The argument [...] begs the central question.“

⁷⁶ BVerfGE 128, 326 (375) mit der Wendung vom „allein präventiven Charakter“ der Sicherungsverwahrung; ähnlich zur Psychiatrieunterbringung nach § 63 StGB BVerfGE 130, 372 (389 f.).

⁷⁷ *Radtke*, in: LK-StGB, Bd. 5, 13. Aufl. 2022, Vor §§ 61 ff. Rn. 26, 64 sowie 131 ff. zur empirischen Seite.

⁷⁸ Vgl. *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 66a: die herkömmliche Legitimation der Maßregeln taue nur dazu, „die Maßregeln aus der *Perspektive der Gesellschaft* zu legitimieren“ (*Hervorhebung im Original*).

⁷⁹ Dieser Aspekt verweist auf die geschichtlichen Wurzeln der Maßregeln (vgl. Fn. 69), in die auch problematische (sozial-)deterministische Prämissen einfließen, vgl. die abgewogene Darstellung bei *Wetzell*, *Inventing the*

hinweg, ohne sie einzubeziehen. Weil menschliche Freiheit aber primär im Handeln erfahren wird,⁸⁰ fließt die Freiheit des Täters in eine solche Rechtfertigung (gar) nicht ein.

Diese Problemstruktur, die für die Ablehnung der Vorbeugehaft bei *Nozick* und *Walzer* ausschlaggebend sein dürfte, lässt sich auch verfassungsrechtlich abbilden. Die genaueste Entsprechung stellt wohl ein von *Bernhard Schlink* der Verhältnismäßigkeitsprüfung zugeordnetes Teilprinzip dar, welches die erste Prüfungsstufe („legitimer Zweck“) betrifft und im Strafrecht bereits als „Verbot ‚eingriffsnaher Zwecke‘“ aufgegriffen wurde⁸¹. Dieses Verbot statuiert eine Einschränkung der im Übrigen bekanntlich weitgezogenen gesetzgeberischen Befugnis zur Setzung legitimer „Gemeinwohlzwecke“⁸². Trotz des weiten Spielraums, so Schlink, „scheiden [...] eingriffsnaher Zwecke, die den Eingriff einschließen, paraphrasieren oder variieren, für die Rechtfertigung aus“⁸³. Das erscheint plausibel, weil der Staat sonst bei der Eingriffsrechtfertigung gleichsam einen Begründungsvorsprung inne hätte, den die Verfassung aber doch der Seite der Grundrechtssubjekte zuordnet.⁸⁴ Richtigerweise trifft denn auch das Bundesverfassungsgericht dieselbe Einschränkung, indem es „eine Aufhebung des in dem jeweiligen Grundrecht enthaltenen Freiheitsprinzips als solchen“ vom Kreis legitimer Zwecke ausschließt.⁸⁵ Mag es sich hierbei auch um eine ganz basale Einschränkung handeln, führt sie dennoch ins Zentrum der vorliegenden Problematik. Denn verfolgen die Maßregeln der §§ 63, 66 StGB nicht gerade eine solche Zielsetzung? Allem Anschein nach besteht ihr Zweck – Verhütung der von einer Person ausgehenden Gemeingefahr – eben darin, zu verhindern, dass sich diese Person weiter ‚auf freiem Fuße‘ befindet. Ist „die Frage nach der wirksamen Sicherung“, wie es in einer exemplarischen Einzeluntersuchung heißt, „identisch mit der Frage nach ausbruchsicheren Haftanstalten“⁸⁶, dann fallen Sicherungszweck und Eingriff ineins. Das wiederum bedeutet: Der Zweck hat kein Gewicht, weil er nur den Eingriff paraphrasiert. Tritt man gleichwohl in eine „Abwägung“ mit der Freiheit des Betroffenen ein, gelangt man mangels Kollisionswerts unmöglich zu einer *Begrenzung* der Maßregel. Dieser Umstand dürfte sich praktisch in der „Tendenz zur unbestimmten Dauer“ der Maßregeln niederschlagen.⁸⁷ Stellt man aber den Vorrang des individuellen Freiheitsprinzips vor den Gemeinwohlbelangen (wieder) her, so umfasst der Schutzbereich der Freiheit der Person den Eingriffszweck der Maßregeln: Eine Person wegen ihrer „Gemeingefährlichkeit“ zu inhaftieren ist nichts anderes, als ihr wegen ihres *Freiseins* – freiheitspräventiv – die Freiheit zu entziehen. Als Frei-

Criminal, 2000, hier etwa S. 39 ff. (vor 1914), 120 ff. (Weimarer Zeit); zum Sozialdarwinismus im ausgehenden 19. Jahrhundert nur *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 3, 1995, S. 1081 ff.

⁸⁰ Vgl. oben bei und in Fn. 47.

⁸¹ Namentlich durch *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 140.

⁸² Siehe nur *Sodan*, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 3, 2. Aufl. 2022, § 87 Rn. 10, auch zur oben beschriebenen Einschränkung.

⁸³ *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 445 (450).

⁸⁴ So will es das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip, vgl. *Hofmann*, Der Staat 34 (1995), 1 (14 f.).

⁸⁵ BVerfGE 124, 300 (331).

⁸⁶ *Bae*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, 1985, S. 118.

⁸⁷ Allg. *Radtke*, in: LK-StGB, Bd. 5, 13. Aufl. 2022, Vor §§ 61 ff. Rn. 35; die einzige definitive gesetzliche Grenze (Schranken-Schranke) der Maßregeln nach §§ 63, 66 StGB bildet die Erreichung des Vollzugsziels (Minderung der Gefährlichkeit des Täters), vgl. § 67d Abs. 3, Abs. 6 S. 2, S. 3 StGB. Diese Begrenzung kann aus den dargelegten Gründen (Fn. 73 ff.) indes nicht genügen. Es bedürfte folglich einer anderweitigen Schranken-Schranke. Doch kann der herkömmliche Ansatz unmöglich zu einer solchen gelangen, weil der Freiheitsentzug danach (nicht nur das Mittel, sondern) geradezu den *Zweck* der Maßregeln bildet: Freiheitsentzug ist *gleichbedeutend* mit Sozialschutz (vgl. Fn. 86). Unter dieser Prämisse kann das Grundrecht auf Freiheit der Person in der Angemessenheitsprüfung dem Eingriffszweck nicht relativierend gegenübertreten. Denn die Realisierung des Freiheitsanspruchs schliesse die Zweckerreichung aus, was die Konstruktion aber nicht zulässt (weil der Zweck auf früherer Stufe als legitim „gesetzt“ ist). Wertungsmäßig verhält es sich nach diesem Ansatz in etwa so, als stünde das Grundrecht im Falle der „Gemeingefährlichkeit“ seines Trägers unter einer Schutzbereichsausnahme.

heit „vor“ der Freiheit ist dem in Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 104 GG garantierten Grundrecht notwendig ein je individuelles, wenn man so will: einzigartiges Missbrauchsrisiko inhärent, aus dem nur das im freiheitlichen Verfassungsstaat reziprok geteilte Lebensrisiko erwächst. Die Gemeingefährlichkeit einer Person ist lediglich ein Merkmal auch *ihrer* Zugehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft, die nicht zur Debatte steht. Als Eingriffszweck trägt sie darum keinen Deut zur Legitimation der Maßregeln bei. Deren verfassungsrechtliche Rechtfertigung scheidet somit (mangels anderweitigen Eingriffszwecks⁸⁸) bereits auf der ersten Prüfungsstufe⁸⁹. Hier schließt sich der Kreis um die Überlegungen *Nozicks* und *Walzers*, die eine rein vorbeugende Haft – zurecht – für unzulässig erachten.

3. Polizeirechtliche „Gefährderhaft“ verfassungswidrig

Trotz des Legitimationsproblems befinden sich die Befürworter vorbeugender Haftinstitute eher auf dem Vormarsch.⁹⁰ Das liegt weniger an Landgewinnen der strafrechtlichen Maßregeln, die seit jeher hochumstritten sind, als an einem anderen Politikfeld, in dem der ‚Schutz vor gemeingefährlichen Mitmenschen‘ Konjunktur hat. Die Rede ist von der präventivpolizeilichen Terrorismusbekämpfung in Gestalt eines Umbaus der Sicherheitsarchitektur⁹¹, der eine Verlagerung polizeilicher Befugnisse in das Gefahrenvorfeld und somit – freiheitstheoretisch gesprochen – in den Normbereich der Freiheit „vor“ der Freiheit mit sich bringt. Symptomatisch für diese Entwicklung sind denn auch Forderungen nach einer Ausweitung des polizeilichen Präventivgewahrsams.⁹² So skizziert etwa *Michael Kubiciel* eine Vorbeugehaft für Fälle, in denen „Äußerungen oder Verhaltensweisen einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit dafür begründen, dass diese Person in naher Zukunft eine staatsgefährdende Gewalttat“ begehen wird.⁹³ Ähnlich argumentiert *Michael Kniesel*, der mit Verweis auf „eine terroristische Bedrohungslage als Dauerzustand“ meint, eine „Präventivhaft für anschlagbereite Topgefährder“ solle „nicht apodiktisch ausgeschlossen werden.“⁹⁴ Andererseits sah man im Zuge der jüngeren Polizeirechtsnovellen aus dem Zeitkontext des Anschlags am Berliner Breitscheidplatz im Dezember 2016 trotz mancher Ansätze in den Entwurfsstadien am Ende davon ab, eine spezielle, im Gefahrenvorfeld anwendbare Präventivhaft ins Leben zu rufen.⁹⁵ Am weitesten in diese Richtung hat sich freilich Bayern bewegt, dessen Polizeiaufgabengesetz bundesweit eine der schärfsten Bestimmungen zur Präventivhaft enthält.⁹⁶ Doch wäre eine Vorbeugehaft für als gefährlich eingestufte Per-

⁸⁸ Die naheliegende Lösung des beschriebenen Legitimationsproblems bestünde darin, von der ‚rein präventiven‘ Rechtfertigung der Maßregeln wenigstens insoweit abzurücken, dass die Höchstdauer des Maßregelvollzugs durch das Strafmaß der Anlasstat begrenzt werden kann, vgl. für die psychiatrische Maßregel nach § 63 StGB *Pollähne*, in: NK-StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 63 Rn. 33 m.w.N.

⁸⁹ Anders die wohl herrschende Meinung, die – allerdings ohne Diskussion des obigen Einwands – auf ein Prinzip des überwiegenden Allgemeininteresses rekurrieren möchte (Fn. 70, 87).

⁹⁰ Vgl. in internationaler Perspektive etwa Keyzer, *Preventive Detention*, 2013.

⁹¹ Monographisch etwa Huster/Rudolph, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, 2008; ferner *Schoch*, *Der Staat* 43 (2004), 347 (350 ff.); *Baldus*, *Die Verwaltung* 47 (2014), 1 (5 f.); *Kugelman*, *Die Verwaltung* 47 (2014), 25 ff.

⁹² Vgl. bereits *Kuch*, DVBl. 2018, 343 ff.; frühzeitig *Walther*, ZIS 2007, 464 ff.

⁹³ *Kubiciel*, ZRP 2017, 57 (59).

⁹⁴ *Kniesel*, GSZ 2021, 111 (117 f.).

⁹⁵ Überblick bei *Welzel/Ellner*, DÖV 2019, 211 (212 f.); zu Bayern insb. *Müller*, BayVBl. 2018, 109 (115); siehe auch den Antrag der AfD-Bundestagsfraktion zur Schaffung von „Rechtsgrundlagen für einen Präventivgewahrsam auf Bundesebene für Gefährder“, BT-Drs. 19/23951.

⁹⁶ Aktuell sieht das BayPAG die bundesweit längste Gewahrsamshöchstdauer von bis zu zweimal einem Monat vor (Art. 20 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BayPAG). Am nächsten daran kommen Niedersachsen mit bis zu zweimal 14 Tagen zuzüglich einer weiteren siebentätigen Verlängerungsmöglichkeit (§ 21 S. 2 Hs. 2 Nr. 1, S. 3 NdsPOG), Nordrhein-Westfalen mit bis zu zweimal 14 Tagen (§ 38 Abs. 2 Nr. 1 PolG NRW) und Sachsen mit 14 Tagen (§ 26 Nr. 3 SächsPDVG). Sonderfälle bilden freilich Bremen (§ 18 BremPolG) und Schleswig-Holstein (§§ 204, 205 LVwG), deren Polizeigesetze keine zeitliche Grenze regeln. Die des Bundes liegen mit (in bestimmten Fällen)

sonen mit dem Grundrecht auf Freiheit der Person zu vereinbaren?

Die Aussichten hierfür sind äußerst gering. Denn einer Person kann zwar in Reaktion darauf was sie tut oder im Begriff ist zu tun, die Freiheit entzogen werden, nicht jedoch in Reaktion darauf, was sie ist – und sei es „gefährlich“. Andernfalls wollte ihr der Staat unter Verstoß gegen Art. 1 Abs. 3, 2 Abs. 2 S. 2 und 104 GG die Freiheit freiheitspräventiv entziehen. Im Unterschied zum Maßregelrecht sind diese Grundsätze für das Polizeirecht vergleichsweise gefestigt. Das betrifft auch und gerade die menschenrechtliche Problemdimension, insbesondere die Maßstäbe des Art. 5 Abs. 1 EMRK, die nach dem Bundesverfassungsgericht in Deutschland berücksichtigungspflichtig sind⁹⁷. Insoweit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der den Polizeigewahrsam auf Art. 5 Abs. 1 lit. c Var. 2 der Konvention stützt⁹⁸, konstant das Erfordernis einer nach Zeit, Ort und Angriffsobjekt konkretisierten Straftat als Mindestbedingung des Polizeigewahrsams herausgestellt⁹⁹. Dementsprechend kommt ein Polizeigewahrsam nur in Betracht, wenn und solange in derart greifbarer Weise eine relevante Gefahrenlage besteht und andauert. Verfassung und Konvention zwingen letztlich zu einem streng reaktiven Einsatz dieser Standardbefugnis. Die geltenden Polizeigesetze tragen dem Rechnung, indem sie qualifizierte Anforderungen an den Gefahrengrad und die Schadenseintrittsnähe stellen.¹⁰⁰ Eine in das Gefahrenvorfeld vorverlegte Präventivhaft wäre danach unzulässig.

Obwohl diese Grundsätze weitgehend geklärt sein dürften und ihre Anwendung nach der im Schrifttum klar vorherrschenden Auffassung eine polizeirechtliche Vorbeugehaft ausschließt,¹⁰¹ besteht gegenwärtig Anlass, sich ihrer erneut zu vergewissern. Das liegt nicht nur an den genannten (vereinzelt) Vorschlägen zur Einführung dieses Instruments, sondern vor allem auch an gewissen Tendenzen innerhalb der Gerichtsbarkeit, jene Maßstäbe aufzuweichen. Einen hochproblematischen Präzedenzfall schuf erst vor Kurzem die bayerische Justiz, als sie im November 2022 gegen dreizehn Personen, die im Rahmen von Klimaprotesten an einer Klebeaktion teilgenommen hatten, Polizeigewahrsam von bis zu einem Monat verhängte.¹⁰² Das Beispiel verdeutlicht, wohin es führt, wenn man in der Hitze des Gefechts die verfassungs- und konventionsrechtlichen Grenzen der Präventivhaft aus den Augen verliert. Es droht der Eintritt in eine Präventionsspirale. Solange nicht auszuschließen ist, dass die inhaftierte Person *keine* Gefahr mehr verursachen wird, scheint die Devise zu sein: Je länger sie in Haft bleibt, desto besser!¹⁰³ Spätestens an diesem Punkt gibt sich das Konzept

bis zu vier Tagen deutlich unter den o.a. Werten, vgl. § 41 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 BPolG, § 57 Abs. 2 BKAG, § 61 Abs. 2 ZFdG.

⁹⁷ Siehe etwa *Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018, S. 42 m.w.N.

⁹⁸ EGMR (GK), Urt. v. 22.10.2018 – 35553/12 (S., V. und A. gegen Dänemark), Rn. 98 ff.; zur älteren Rspr., die lit. c für unanwendbar hielt *Kuch*, in: Barczak, BKAG, Kommentar, 2023, § 57 Rn. 30.

⁹⁹ Zusammenfassend *Pöschl*, in: FS Kopetzki, 2019, S. 499 (504, 507); *Guckelberger*, Jura 2015, 926 (932); *Barczak*, Der nervöse Staat, 2. Aufl. 2021, S. 576 f. m.w.N.

¹⁰⁰ Übergreifend *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 2022, § 16 Rn. 17; exemplarisch Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG; § 30 Abs. 1 Nr. 2 Bln ASOG; § 33 Abs. 1 Nr. 1 BW PolG; § 39 Abs. 1 Nr. 3 BPolG.

¹⁰¹ *Bäcker*, in: Herdegen u.a., Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 28 Rn. 169; zusammenfassend *Müller*, Präventive Freiheitsentziehungen als Instrument der Terrorismusbekämpfung, 2011, S. 115; *Kuch*, Freiheitsentziehung, 2023, S. 403 ff., alle m.w.N.; interessant auch *Leese*, Critical Studies on Terrorism 10 (2017), 320, der *Nozicks* bekannte Einwände (Fn. 65, 73) auf die Gefährderhaft überträgt.

¹⁰² Kritisch *Prantl*, SZ v. 12./13.11.2022, S. 6, der zurecht darauf hinweist, dass die in den Fällen zur Anwendung gelangte Ausweitung des Gewahrsams in einen ganz anderen Kontext gehört: Sie geht auf das bayerische „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ v. 24.7.2017 (GVBl. S. 388) zurück, für das die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus den Anlass gab. Damit sind die Klebeaktionen in der Tat nicht vergleichbar (hierzu instruktiv *Mayer*, der Freitag v. 30.5.2023, abrufbar unter <https://www.freitag.de/autoren/der-freitag/letzte-generation-die-friedlichen-kriminellen> [30.8.2023]).

¹⁰³ Für den Polizeigewahrsam nach bayerischem Landesrecht gilt zwar de lege lata (seit 2021 wieder, vgl. GVBl. S. 418) eine Höchstdauer von zweimal einem Monat (Fn. 96). Die Münchener „Klebefälle“, in denen die Justiz zur Verhinderung geringfügiger Störungen (Verkehrsbelästigungen) offenbar zur Höchstdauer griff, zeigen

einer „Gefährderhaft“ als in ähnlicher Weise freiheitspräventiv wie die strafrechtlichen Maßregeln der §§ 63, 66 StGB zu erkennen und stößt darum auf dieselben verfassungsrechtlichen Einwände.¹⁰⁴ Mögen die Münchener Judikate auch „Ausreißer“ sein – und gewiss können sie nicht *pars pro toto* für den Umgang deutscher Gerichte mit der Freiheit der Person genommen werden – so bleiben sie gleichwohl für Ausbildungszwecke (als Negativbeispiele) relevant, waren an ihrer Abfassung doch aller Wahrscheinlichkeit nach hochqualifizierte Berufsjuristen beteiligt.

V. Fazit und Ausblick

Die Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 104 GG blickt zwar auf eine lange Geschichte zurück und ist rechtspraktisch von ungeminderter Bedeutung. Die Wissensgrundlage, auf der man sich dabei bewegt, ist jedoch erstaunlich schmal. Das lässt Raum für weitergehende Untersuchungen, die beispielsweise der hiesigen Marschroute folgen und bei der „eingriffsspezifischen Schutzbereichsformulierung“ anknüpfen können. Die eigentliche Tragweite des geschützten Werts – sich „auf freiem Fuße“ zu befinden – erschließt sich gegenbildlich zum klassischen Eingriffsparadigma: der Haft. Unter dieser Hinsicht wird die Freiheit der Person zur Wegbereiterin für den Genuss anderer Freiheitsrechte, besonders solchen der individuellen Mobilität und sozialen Interaktion. Als Freiheit „vor“ der Freiheit garantiert sie ein Freisein, ein Können, das sich vielleicht (mit *Hannah Arendt*) als „die ursprünglichste Gebärde“ menschlicher Freiheit offenbart. Der darin verkörperte Potentialitätsschutz widersetzt sich in spezifischer Weise vorbeugenden Haft- und Unterbringungsformen. Die aktuelle Sicherheitspolitik fordert die Freiheit der Person deshalb zwar heraus – bietet zugleich aber die Chance, das Grundrecht aus seinem Nischendasein (wieder) zu befreien. Denn schon immer schöpften die Grundrechte Kraft aus den Forderungen *bedrohter* Individualität.¹⁰⁵

aber, dass die zum Tragen kommende Präventionslogik sich jeder vernünftigen Relativierung widersetzt, vgl. *Steinke*, SZ v. 10.11.2022, S. 9: „Die Präventivhaft ist zwar ein geeignetes Mittel, um diese Aktivisten für bis zu 60 Tage von den Straßen fernzuhalten. Aber wenn man einmal anfängt, in diese Richtung zu denken, in der Tat, dann braucht es eigentlich viel, viel mehr: Haft ohne Ende.“

¹⁰⁴ Siehe zuvor IV. 2. b). Die Forderung von *Kniesel*, GSZ 2021, 111 (118), die Gefährderhaft müsse „kompatibel zu anderen Formen des Gewahrsams sein, der Sicherungsverwahrung und Therapieunterbringung, der der Unterbringung psychisch Kranker [u.a.]“, führt insofern nicht weiter. Denn das Problem liegt gerade in dieser Kompatibilität der Gefährderhaft zu jenen anderen Formen der Vorbeugehaft.

¹⁰⁵ *Jellinek*, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1895, S. 65: „Der Druck, den die herrschenden Gewalten auf die freie Bewegung des Individuums üben, erzeugt die Vorstellung, daß den Richtungen des Druckes ein besonderes Recht der Menschen entspreche.“

„Auf Bundesautobahnen finden keine Versammlungen statt“? Zur Verfassungswidrigkeit des § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW

Jonas von Zons, Münster*

Nordrhein-Westfalen hat sich einigen anderen Ländern¹ angeschlossen und seit Anfang 2022 unter Rückgriff auf die im Rahmen der Föderalismusreform I (2006) zugewiesenen Gesetzgebungskompetenz sein eigenes Versammlungsgesetz, das bereits im Vorfeld kontrovers diskutiert wurde. Noch immer finden sich einige Vorschriften im Gesetz, die sich teils heftiger Kritik aus dem Schrifttum ausgesetzt sehen. Bemerkenswert ist die kurz vor Verabschiedung des Gesetzesentwurfs durch einen Änderungsantrag inkorporierte Vorschrift des § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW, die in einer eher unüblichen apodiktischen Formulierung ein generelles Versammlungsverbot auf Bundesautobahnen ausspricht. Im Vergleich zur Versammlungsgesetzgebung der anderen Länder handelt es sich hierbei durchaus um eine „Novität im deutschen Versammlungsrecht“². Besondere Aufmerksamkeit hat sie zusätzlich im Zuge der teils aufsehenerregenden Aktionen der „Letzten Generation“ erhalten. Bei näherem Hinsehen hält das der Norm zu entnehmende pauschale Versammlungsverbot auf Autobahnen indes den Anforderungen des Art. 8 GG nicht stand und ist damit verfassungswidrig.

I. Regelungsgehalt der Vorschrift	957
II. Prüfungsmaßstab und Schutzbereich der Versammlungsfreiheit	958
1. Bundesautobahnen als „öffentliches Forum“	958
2. Schutzbereichsbegrenzung durch Widmung?.....	959
3. Berücksichtigung der EMRK	960
III. Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung	960
1. Eingriff und Schranke	960
2. Unverhältnismäßigkeit einer pauschalen Verbotsnorm	961
3. Zulässigkeit von Versammlungen auf Bundesautobahnen	962
IV. Unmöglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung	964
V. Fazit und Ausblick	965

I. Regelungsgehalt der Vorschrift

Der Prüfung der Verfassungskonformität des § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW geht trotz seines *prima facie* deutlichen Inhalts zunächst die Ermittlung des Regelungsgehalts der Norm im Wege der Auslegung

* Der Autor hat vor kurzem seine Erste Juristische Staatsprüfung an der Universität Münster abgeschlossen.

¹ Gegenwärtig haben neben Nordrhein-Westfalen auch Bayern, Berlin, Hessen, Niedersachsen, Sachsen und Schleswig-Holstein ihr eigenes Versammlungsgesetz.

² Dübbers, SVR 2022, 474 (476).

voraus. Der Wortlaut spricht davon, dass Versammlungen auf Bundesautobahnen „nicht stattfinden“. Zwar ist eine solche indikativische Formulierung in der Gesetzessprache eher untypisch, gibt aber unmissverständlich zu erkennen, dass Versammlungen auf Autobahnen generell und ohne behördliche Entscheidungsspielräume verboten sein sollen. Gestützt wird der Charakter der Norm als generelles Verbot durch den systematischen Vergleich mit dem allgemeinen Verbotstatbestand des § 13 Abs. 2 S. 1 VersG NRW, der seinem Wortlaut nach als Ermessensnorm ausgestaltet ist und der Versammlungsbehörde entsprechend einen solchen Entscheidungsspielraum eröffnet. Ähnlich verhält es sich mit den Verbotsmöglichkeiten des § 19 VersG NRW, die ebenfalls eine Einzelfallentscheidung der Behörde erfordern. Diese Annahme wird ferner mit dem Blick auf den Verbotsstatbestand des § 20 Abs. 2 VersG NRW gestützt, der im Bannkreis um das Landtagsgebäude in Düsseldorf Ausnahmen vom grundsätzlichen Versammlungsverbot zulässt und somit als *repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt* ausgestaltet ist. In teleologischer Hinsicht soll das Verbot der hohen Unfallgefahr begegnen sowie die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sicherstellen. Hierauf beruft sich auch der Landesgesetzgeber, der in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von einem generellen Verbot ohne Wertungsmöglichkeiten ausgeht.³ Ihre Auslegung bestätigt damit das durch ihren äußeren Eindruck vermittelte Verständnis der Vorschrift als generelles und selbstexekutierendes *Totalverbot*.⁴

II. Prüfungsmaßstab und Schutzbereich der Versammlungsfreiheit

1. Bundesautobahnen als „öffentliches Forum“

Die Versammlungsfreiheit schützt nicht nur das Versammeln an sich, sondern hat einen deutlich weiteren Schutzbereich. Hiervon umfasst ist auch ein Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt,⁵ kurzum: allgemein über die Modalitäten der Versammlung.

Im Anschluss an diese Erkenntnis stellt sich die Frage danach, wie weit das grundsätzliche Ortsbestimmungsrecht im Einzelnen reicht. Bundesautobahnen werden teilweise generell zu *versammlungsfreien Räumen* erklärt,⁶ so etwa auch vom Landesgesetzgeber.⁷ Allein aus der *Fraport*-Entscheidung des BVerfG, nach der das Versammlungsgrundrecht „kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten“⁸ verschafft, herleiten zu wollen, dass bereits der Schutzbereich des Art. 8 GG generell nicht eröffnet ist,⁹ greift indes zu kurz. Daneben lässt sich der Gedanke des *public forum*¹⁰ durchaus für Bundesautobahnen fruchtbar machen. Kommunikativer Verkehr muss an einem potentiellen Versammlungsort nicht generell möglich sein, sondern kann auch nur punktuell eröffnet sein.¹¹ Denkbar ist dies für

³ LT-Drs. 17/15821, S. 8 f.

⁴ Übereinstimmend *Dübbers*, SVR 2022, 245 (246); *Boguslawski/Leißing*, NVwZ 2022, 852 (855).

⁵ BVerfGE 69, 315 (343); darauf zurückgreifend auch BVerfGE 87, 399 (407) und BVerfGE 128, 226 (251); zum Ort ferner explizit BVerfGE 73, 206 (249).

⁶ OVG Nds NZV 1995, 332 (333).

⁷ LT-Drs. 17/15821, S. 8 f.; bereits vor dem Änderungsantrag zur Ergänzung des Gesetzesentwurfs um § 13 Abs. 1 S. 3 VersG vgl. LT-Drs. 17/12423, S. 68.

⁸ BVerfGE 128, 226 (251 ff.); das Gericht argumentiert hier maßgeblich rechtsvergleichend, indem es die Entscheidungen *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, 1 S. C. R. 139 (1991) des kanadischen obersten Gerichtshofes sowie *International Society for Krishna Consciousness (ISKCON), Inc. v. Lee*, 505 U. S. 672 (1992) desjenigen der Vereinigten Staaten referenziert.

⁹ Dies wohl andeutend *Schönenbroicher*, KK-VersG NRW, 2022, S. 99.

¹⁰ BVerfGE 128, 226 (253).

¹¹ *Hong*, in: Peters/Janz, Handbuch Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2021, Die Versammlungsfreiheit Rn. 37; *Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 19;

eine Bundesautobahn etwa in Form singulärer Veranstaltungen auf dem Fahrbahngelände. Die verwaltungsgerichtliche und obergerichtliche Judikatur nimmt mittlerweile zu Recht an, dass Versammlungen auf Autobahnen nicht von vornherein unzulässig sind.¹² Übereinstimmend hiermit ordnete auch das BVerfG eine Abseilaktion auf einer Autobahnbrücke ohne nähere Erörterung jedenfalls prinzipiell dem Schutzbereich von Art. 8 GG zu.¹³ Für eine grundsätzliche Möglichkeit von Versammlungen auf Autobahnen streitet ferner der Grundsatz der Grundrechtseffektivität¹⁴ sowie die vor dem Hintergrund der demokratiekonstitutiven Bedeutung der Versammlungsfreiheit¹⁵ naheliegende weite Schutzbereichsinterpretation.

2. Schutzbereichsbegrenzung durch Widmung?

Der Widmungszeck der Bundesautobahnen wird zwar in der Tat durch § 1 Abs. 3 S. 1 FStrG festgelegt („Schnellverkehr mit Kraftfahrzeugen“). Das bedeutet indes lediglich, dass die Durchführung etwaiger Versammlungen kein Gemeingebrauch (§ 7 Abs. 1 S. 1 FStrG) sein kann, sondern eine Sondernutzung (§ 8 Abs. 1 S. 1 FStrG) darstellt.¹⁶ Abgesehen von der bereits sachlich unzutreffenden Annahme, der Widmungsakt definiere die absolute Nutzungsgrenze einer öffentlichen Sache, würde eine Bestimmung des Schutzbereiches von Art. 8 GG unter Rekurs auf den Widmungszweck in Widerspruch zum Vorrang der Verfassung sowie zur grundrechtsdogmatischen Struktur der Versammlungsfreiheit letztlich zur Disposition des einfachen Gesetzgebers gestellt. Zudem ignoriert sie, dass es auch Versammlungsformen gibt, die mit dem Widmungszweck zu vereinbaren sind – man denke beispielsweise an Autokorsos. Fest steht damit nur, dass jedenfalls Spontanversammlungen auf Bundesautobahnen ausgeschlossen sind. Ein bestimmter Widmungszweck kann daher für sich genom-

diesen Gedanken wohl aufgreifend BVerfG NJW 2014, 2706 (2707 Rn. 19), indem die Kammer davon ausging, dass ein Friedhofsgelände im konkreten Sachverhalt durch einen Gedenkzug zur Erinnerung an die Opfer des Zweiten Weltkrieges, zu dem zuvor öffentlich aufgerufen worden war, punktuell zu einem solchen Ort allgemeiner Kommunikation und der Auseinandersetzung mit gesellschaftlich bedeutsamen Themen geworden ist.

¹² VG Berlin, Beschl. v. 4.6.2009 – 1 L 316/09 = BeckRS 2009, 36788; VG Berlin NJW 2023, 272 (272); VG Gießen JA 2014, 317; VG Kassel, Beschl. v. 4.6.2021 – 6 L 1067/21.KS = BeckRS 2021, 13022 Rn. 8; VG Köln, Beschl. v. 24.8.2021 – 20 L 1505/21 = BeckRS 2021, 35152 Rn. 11; VG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.1.2022 – 5 L 148/22.F = BeckRS 2022, 445 Rn. 11; VG Augsburg, Beschl. v. 2.3.2023 – Au 8 S 23.309 = BeckRS 2023, 10840 Rn. 29; offenklassend VG Karlsruhe, Beschl. v. 22.6.2017 – 7 K 8662/17 = BeckRS 2017, 114251 Rn. 7; OVG ST, Beschl. v. 27.7.1993 – 2 M 24/93 = BeckRS 2008, 32331 Rn. 8; HessVGH NJW 2009, 312 (313); HessVGH, Beschl. v. 14.6.2013 – 2 B 1359/13 = BeckRS 2014, 49063; HessVGH, Beschl. v. 9.8.2013 – 2 B 1740/13 = BeckRS 2014, 54190 Rn. 5; HessVGH, Beschl. v. 30.10.2020 – 2 B 2655/20 = BeckRS 2020, 29735 Rn. 5; HessVGH, Beschl. v. 4.6.2021 – 2 B 1193/21 = BeckRS 2021, 12983 Rn. 4; OVG NRW, Beschl. v. 3.11.2017 – 15 B 1370/17 = BeckRS 2017, 130272 Rn. 10; OVG NRW, Beschl. v. 3.9.2021 – 15 B 1445/21 = BeckRS 2021, 26160 Rn. 10; SächsOVG, Beschl. v. 8.10.2021 – 6 B 376/21 = BeckRS 2021, 30144 Rn. 4; BayVGH, Beschl. v. 4.6.2021 – 10 CS 21.1590 = BeckRS 2021, 16529 Rn. 21; BayVGH, Beschl. v. 7.9.2021 – 10 CS 21.2282 = BeckRS 2021, 26071 Rn. 33; BayVGH, Beschl. v. 12.5.2023 – 10 CS 23.847 = BeckRS 2023, 12047 Rn. 12; OVG HH, Beschl. v. 11.12.2020 – 4 Bs 229/20 = BeckRS 2020, 48778 Rn. 9; sowie OVG Nds NVwZ-RR 2021, 752 (753) unter Aufgabe seiner früheren Rspr. (Fn. 3); dies nunmehr bestätigend OVG Nds, Beschl. v. 18.4.2023 – 10 ME 52/23 = BeckRS 2023, 7543 Rn. 9; VGH BW, Beschl. v. 16.7.2022 – 9 S 1561/22 = BeckRS 2022, 17817 Rn. 8; unlängst im Eilrechtsschutz offengelassen von OVG NRW, Beschl. v. 29.7.2022 – 15 B 897/22 = BeckRS 2022, 19657 Rn. 10; sowie im Hauptverfahren von VG München, Beschl. v. 23.3.2023 – M 10 S 23.1388, M 10 K 23.1391 = BeckRS 2023, 6175 Rn. 29.

¹³ BVerfG NVwZ 2021, 143 (144).

¹⁴ In der Diktion des BVerfG: „juristische Wirkungskraft einer Grundrechtsnorm“, vgl. BVerfGE 6, 55 (72); 32, 54 (71); 39, 1 (38); jüngst BVerfG NJW 2021, 223 (228).

¹⁵ Grundlegend BVerfGE 69, 315 (347 f.).

¹⁶ Übereinstimmend *Boguslawski/Leißing*, NVwZ 2022, 852 (853); *Schneider*, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 8 Rn. 52.1.

men die Reichweite der Versammlungsfreiheit nicht definieren.¹⁷ Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit ist folglich eröffnet.¹⁸

3. Berücksichtigung der EMRK

Gestützt wird dieses Ergebnis überdies durch die Rechtsprechung des *EGMR*, die den Schutz des Art. 11 EMRK prinzipiell auch auf Versammlungen auf Autobahnen ausdehnt.¹⁹ Zwar entfaltet die Entscheidung mangels Verfahrensbeteiligung (vgl. Art. 46 Abs. 1 EMRK) keine unmittelbare Bindungswirkung für den nordrhein-westfälischen Landesgesetzgeber. Gleichwohl sind zum einen die Gewährleistungen der EMRK und die Rechtsprechung des Gerichtshofes nach der Rechtsprechung des BVerfG im Rahmen einer *völkerrechtsfreundlichen Auslegung* auch bei der Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen.²⁰ Zum anderen gilt die Konvention als völkerrechtlicher Vertrag gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG normhierarchisch auf der Ebene des einfachen Bundesrechts²¹ und damit oberhalb des Landesrechts, sodass § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW vor dem Hintergrund des Art. 31 GG über den Gegenstand dieses Beitrages hinaus unabhängig vom sog. *margin of appreciation* sogar unmittelbar am Maßstab des Art. 11 EMRK zu messen ist.

III. Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Eingriff und Schranke

Das generelle Versammlungsverbot stellt zweifelsohne einen Eingriff in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit dar. § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW genügt als gesetzliche Einschränkung auch dem für Versammlungen unter freiem Himmel geltenden einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG. Von der formellen Verfassungsmäßigkeit ist insbesondere im Angesicht der im Rahmen der

¹⁷ BVerfG NJW 2014, 2706 (2707 Rn. 19); auch bereits *Bairl-Vaslin*, Das Verhältnis der Versammlungsfreiheit zum Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht, 1985, S. 214 f.; weiterhin ausdrücklich *Dietlein/Hellermann*, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 299; *Burgi*, DÖV 1993, 633 (638); *Zeitler*, Versammlungsrecht, 1994, Rn. 314; *Hettich*, Versammlungsrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2018, Rn. 135; sowie kritisch zumindest *Richter*, in: FS Steinberger, 2002, S. 899 (932 f.); a.A. noch OVG Nds NZV 1995, 332 (332); ferner *Frowein*, NJW 1969, 1081 (1084); *Schwäble*, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, 1975, S. 172; *Herber*, NZV 2021, 335; *Hartmann*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 191. Akt. 2018, Art. 8 Rn. 195 f.; wohl auch der Landesgesetzgeber, vgl. LT-Drs. 17/15821, S. 8 f.

¹⁸ Zur Rspr. siehe Fn. 11, 12; aus dem Schrifttum *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. 4/1, 2006, S. 1227; *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 72; *Höfling*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 41; *Edenharter*, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 15.7.2023, VersG § 13 Rn. 56; *Ullrich*, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, Kommentar, 2022, § 13 Rn. 64; *Ullrich*, Das Demonstrationsrecht, 2015, S. 238; *Michael/Sauer*, ZJS 2010, 86 (92); *Schoch*, Jura 2013, 911 (917); v. *Alemann/Scheffczyk*, JA 2013, 407 (408); *Muckel*, JA 2014, 317; *Scheidler*, NZV 2015, 166 (170); *Waldhoff*, JuS 2022, 287 (288); *Sinder*, JuS 2023, 316 (319); *Dübbers*, SVR 2022, 245 (247); *Boguslawski/Leißing*, NVwZ 2022, 852 (853); *Grosche/Schröder*, JuS 2023, 433 (437); wohl auch *Botta*, Jura 2023, 622 (624); *Groscurth*, in: Peters/Janz, Handbuch Versammlungsrecht, 2. Aufl. 2021, Eingriffsbefugnisse Rn. 58; zweifelnd jedenfalls *Scherff*, GSZ 2023, 30 (31); in eine solche Richtung wohl auch *Eibenstein*, JA 2023, 764 (767); sowie v. *Coelln*, in: Gröpl/Windthorst/v. Coelln, Grundgesetz, Studienkommentar, 5. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 16, indem er den Schutz der Versammlungsfreiheit gegenständlich auch auf eine Landebahn ausdehnt; vgl. auch v. *Coelln*, in: Ullrich/v. Coelln/Heusch, Handbuch Versammlungsrecht, 2021, Rn. 74; a.A. *Kniesel*, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetze, Kommentar, 18. Aufl. 2019, Grundlagen Rn. 146; *Blanke*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 8 Rn. 44; *Schönenbroicher*, KK-VersG NRW, 2022, § 13 Rn. 9 f.; *ders.*, AL 2022, 337 (340); *Trumit*, Jura 2014, 486 (489); *Gusy*, NdsVbl. 2017, 257 (263); *Herber*, NZV 2021, 335 (335); *Hebeler*, JA 2022, 526 (528).

¹⁹ EGMR NVwZ 2010, 1139 (1140).

²⁰ BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (324); 128, 326 (367 f.); 131, 268 (295); 148, 296 (350).

²¹ BVerfGE 111, 307 (331); 141, 1 (19).

Föderalismusreform I im Jahr 2006 erfolgten Kompetenzzuweisung für das Versammlungsrecht an die Länder auszugehen.²²

2. Unverhältnismäßigkeit einer pauschalen Verbotsnorm

Die Vorschrift müsste jedoch auch materiell verfassungskonform sein und insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Sie verfolgt das legitime Ziel, schwerwiegende Gefahren für Leib und Leben zu verhüten sowie die Fortbewegungsfreiheit der Autobahnnutzer zu gewährleisten. Das Versammlungsverbot ist zur Zielerreichung auch geeignet, indem es zu dessen Erreichung jedenfalls förderlich ist. Zwar ist als milderer Mittel ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt denkbar, hinsichtlich der Effektivität steht dem Gesetzgeber indes eine Einschätzungsprärogative zu, sodass die verfassungsgerichtliche Kontrolldicke entsprechend zu reduzieren ist. Die Norm ist also auch erforderlich.

Im Rahmen der Angemessenheit stehen sich die durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG respektive Art. 2 Abs. 1 GG auch grundrechtlich fundierten Belange des Schutzes von Leib und Leben angesichts der Unfallgefahr und der Fortbewegungsfreiheit der Autofahrer²³ sowie die Funktion der Bundesautobahnen für den Wirtschaftsverkehr und die Versammlungsfreiheit potentieller Demonstranten gegenüber. Die potentiellen Schäden sind ohne jeden Zweifel gravierend. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Gefahr durch eine Unzulässigkeit sog. *Spontanversammlungen* auf Autobahnflächen im Wege einer Ermessensreduktion auf null wohl erheblich gemindert werden kann, denn der Versammlungsbehörde wird so die Möglichkeit vorbereitender Maßnahmen gegeben. Ein ausnahmsloses, als *self-executing* ausgestaltetes Versammlungsverbot versperrt jedoch die Möglichkeit einer Abwägung im Einzelfall, die an sich verfassungsrechtlich geboten wäre.²⁴ Ferner wird die pauschale Behauptung, „schützenswerte Aspekte versammlungsrechtlicher Art, die es nahelegen könnten, in einer Art Abwägung Einzelfallentscheidungen zur ausdrücklichen Zulässigkeit von Versammlungen auf Autobahnen vorzusehen“ seien „nicht ersichtlich“²⁵, dem Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters sowie allgemein der demokratiekonstitutiven Bedeutung von Art. 8 GG nicht gerecht. Zugleich äußert sich die Problematik der Norm auf Ebene der Gewaltenteilung und aus Perspektive des prozeduralen Grundrechtsschutzes. Die „Hochzonzung“ der Entscheidung über die Zulässigkeit von Versammlungen auf Autobahnen auf die Ebene der abstrakt-generellen Rechtserzeugung nimmt der Behörde die Möglichkeit, die Eigenheiten eines spezifischen Sachverhaltes in eine konkret-individuelle Entscheidung zu verarbeiten. Daneben bleibt es ihr versperrt, die konfligierenden Verfassungsgüter in praktische Konkordanz zu bringen und dabei eine ermessenslenkende Wirkung der Versammlungsfreiheit in Rechnung zu stellen.

²² Anders nur *Gmeiner*, NWVBl. 2023 (im Erscheinen), der die Gesetzgebungskompetenz des Landes anzweifelt, indem er die Vorschrift allerdings nicht als Totalverbot, sondern lediglich als Widmungsnorm interpretiert und dem logisch folgend auf die Zuständigkeit des Bundes aus Art. 90 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GG rekurriert.

²³ Zwar legte das BVerfG Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG unlängst vergleichsweise weit aus (BVerfGE 159, 223 [329]), gleichwohl unterfällt das Fortbewegungsinteresse der Autofahrer als allgemeine Mobilitätsgarantie dabei nicht der Fortbewegungsfreiheit, sondern der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Begründet wird dies mit der historischen Wurzel der Fortbewegungsfreiheit im Habeas Corpus-Grundsatz sowie dem daraus folgenden, im Grundgesetz etablierten systematischen Zusammenhang mit Art. 104 GG. Dazu *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 2 Abs. 2 S. 2 Rn. 22; *Wittreck*, in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 2013, § 151 Rn. 4, 8 jeweils m.w.N.; zur Genese ferner Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Bd. 5/1, S. 78 ff. sowie Bd. 14/2, S. 1340 ff.

²⁴ *Scheidler*, NZV 2015, 166 (170).

²⁵ LT-Drs. 17/15821, S. 9.

Auch ein erneuter systematischer Vergleich mit anderen Verbotstatbeständen des Landesversammlungsgesetzes offenbart, dass ein Totalverbot keineswegs alternativlos ist. § 20 Abs. 2 VersG NRW statuiert für die Bannkreis um den Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt,²⁶ sodass in diesem Bereich im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Ausnahmefällen Versammlungen möglich sind. Die Funktionsfähigkeit einer Volksvertretung ist nicht nur als Rechtswert von Verfassungsrang anerkannt,²⁷ sondern für einen demokratischen Verfassungsstaat auch von elementarer Bedeutung. Dennoch entfaltet die Versammlungsfreiheit auch hier ihre Wirkung und erzwingt so die rein prinzipielle Möglichkeit von Demonstrationen. Noch weiter erlaubt § 19 VersG NRW ein Versammlungsverbot an sog. *geschützten Orten* (Nr. 1) bzw. *geschützten Tagen* (Nr. 2)²⁸ sowie bei bestehender Gefahr der Begehung von Straftaten nach § 130 StGB. Die Norm ähnelt damit § 15 Abs. 2 VersG (Bund). Hier tritt die Versammlungsfreiheit in Widerstreit mit dem menschenwürderelevanten Schutz des Andenkens der Opfer der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen²⁹ bzw. dem Grundsatz der wehrhaften Demokratie³⁰ und der Natur des Grundgesetzes als Reaktion auf die Erfahrungen der Zeit des Nationalsozialismus.³¹ Hierbei handelt es sich ebenfalls um hochrangige Rechtsgüter, die ihre Legitimation sogar aus dem Wesenskern der Verfassung speisen. Nichtsdestotrotz indiziert auch der Charakter des § 19 VersG NRW als Ermessensnorm die Notwendigkeit behördlicher Entscheidungen aus der Perspektive des Grundrechtsschutzes und der Qualität von Art. 8 GG. Beide Gegenbeispiele aus dem versammlungsgesetzlichen Normensemble demonstrieren, dass trotz entgegenstehender gewichtiger Schutzgüter im Angesicht potentieller Konfliktlagen kein prinzipielles Vorrangverhältnis zulasten der Versammlungsfreiheit besteht. Ein pauschales Verbot verdreht das Regel-Ausnahme-Verhältnis einer grundsätzlichen Möglichkeit von Versammlungen und Einschränkungsmöglichkeiten lediglich für bestimmte Orte in Widerspruch zu Art. 8 GG in sein Gegenteil.³²

3. Zulässigkeit von Versammlungen auf Bundesautobahnen

Gewiss ist eine Bundesautobahn kein regulärer Versammlungsort. Der Widmungszweck vermag einer Versammlung zwar nicht den Grundrechtsschutz zu entziehen, wohl aber auf der Ebene administrativer Normanwendung berücksichtigt zu werden, indem er jedenfalls Indizwirkung für eine Interessenabwägung entfaltet.³³ An ein Versammlungsverbot sind damit geringere Hürden zu stellen.³⁴ Eine ganz andere Frage ist es deshalb, unter welchen Voraussetzungen Versammlungen auf Bundesautobahnen verboten werden dürfen. Dies ist nach Abwägung mit den widerstreitenden Interessen, also insbesondere der Fortbewegungsfreiheit der Autofahrer, der (auch volkswirtschaftlichen) Bedeutung der Bundesautobahnen als wichtige Verkehrsadern sowie des Schutzes von Leib und Leben im

²⁶ Anders gerade § 20 Abs. 2 S. 1 E-AK, der lediglich eine Anmeldepflicht formuliert, vgl. *Enders u.a.*, Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, 2011, S. 57 ff.

²⁷ *Thiel*, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 15.7.2023, VersG § 20 Rn. 3 f.; LT-Drs. 17/12423, S. 78.

²⁸ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit versammlungsrechtlicher Beschränkungen dieser Grundlage BVerfG NJW 2001, 1409 und BVerfG NVwZ 2005, 1055 (1056).

²⁹ *Braun/Roitzheim*, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, Kommentar, 2022, § 19 Rn. 1. So auch der § 19 E-AK, vgl. *Enders u.a.*, Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, 2011, S. 55 ff.; zu § 15 Abs. 2 VersG (Bund) ferner *Kniesel*, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetze, Kommentar, 18. Aufl. 2019, § 15 Rn. 149.

³⁰ *Schönenbroicher*, KK-VersG NRW, 2022, § 19 Rn. 2.

³¹ Vgl. LT-Drs. 17/12423, S. 78; grundlegend ferner BVerfGE 124, 300 (330).

³² So explizit *Hoffmann-Riem*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 4, 2011, § 106 Rn. 115.

³³ So unlängst BayVGh, Beschl. v. 12.5.2023 – 10 CS 23.847 = BeckRS 2023, 12047 Rn. 12.

³⁴ v. *Coelln*, in: Gröpl/Windthorst/v. Coelln, Grundgesetz, Studienkommentar, 5. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 16.

Angesicht der durch die hohe Geschwindigkeit der Kraftfahrzeuge (vgl. auch §§ 3 Abs. 2, 18 Abs. 1 S. 1 StVO, § 1 Nr. 1 BABRiGeschwVO) bedingten Unfallgefahr, möglichen Einschränkungen für Rettungsfahrzeuge und des konkreten Verkehrsaufkommens zum Zeitpunkt der geplanten Versammlung auf Grundlage einer tragfähigen Gefahrenprognose, zu entscheiden.³⁵ Zu berücksichtigen ist dennoch, dass das Thema einer geplanten Demonstration unter Umständen einen konkreten Bezug zur Bundesautobahn aufweist. Der „Beachtungserfolg“³⁶ kann also von der Wahl des Versammlungsortes abhängen, sodass auch die Nähe zu einem symbolhaften Ort vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst ist.³⁷ Unter grundrechtsfunktionalen Gesichtspunkten lässt sich dies auf die demokratiekonstitutive Bedeutung der Versammlungsfreiheit und ihren Charakter als „Meinungsäußerung in Gruppenform“³⁸ stützen. An eine solche zweckfunktionale Zulässigkeit sind mit Blick auf das verschärfte Gefahrenpotenzial und die Vielzahl mit der Versammlungsfreiheit kollidierender Belange (siehe oben) gleichwohl erhöhte Anforderungen zu stellen, sodass lediglich pauschal-abstrahierte Zielvorstellungen (z.B.: „Klimaschutz“) nicht genügen. Je größer allerdings ein solcher thematischer Bezug beispielsweise zu einem bestimmten Autobahnabschnitt ist, desto eher kann sich die Versammlungsfreiheit gegen die konfligierenden Belange durchsetzen.³⁹ Andererseits sind die Anforderungen an die Gefahrenprognose mit Blick auf die Effektivität der Gefahrenabwehr nicht zu überspannen; pauschale Erwägungen etwa zur erhöhten Unfallgefahr können ein Versammlungsverbot oder die Beschränkung⁴⁰ einer Versammlung indes nicht rechtfertigen.⁴¹ Die Darlegungs- und Beweislast trägt jedenfalls die Versammlungsbehörde.⁴² Ebenfalls eröffnet eine Einzelfallbetrachtung die Möglichkeit, diesen Schwierigkeiten mit mildereren Mitteln zu begegnen, so statt eines Versammlungsverbotes mit Beschränkungen gem. § 13 Abs. 1 S. 1 VersG NRW, etwa in Form einer Ortsverlegung. Die besonderen Verhältnisse dürften Versammlungen auf Autobahnen zur absoluten Ausnahmeerscheinung erklären⁴³ – eine systematische Störung des Autobahnverkehrs in Nordrhein-Westfalen durch Aktivistengruppen ist daher nicht zu befürchten. Letzteres allein schon, weil reine *Verhinderungsblockaden* ohnehin und nach wie vor nicht gestattet sind, da diese nicht auf die Teilhabe an der öffentlichen Mei-

³⁵ Eine geradezu mustergültige und umfangreiche Abwägung findet sich etwa bei VG Köln, Beschl. v. 24.8.2021 – 20 L 1505/21 = BeckRS 2021, 35152 Rn. 12 ff.; mit Blick auf die möglichen Auswirkungen einer Sperrung im Zuge einer geplanten Fahrraddemonstration auf den Autobahnverkehr im Umfeld des Dreiecks Mönchengladbach-Wanlo. Diesen Gedankengang ausformulierend BVerfGE 128, 226 (261 f.), indem es das „besondere Gefahrenpotential von Versammlungen in einem Flughafen“ und dessen „besondere Störanfälligkeit“ als vielschichtige und damit empfindliche logistische Einrichtung in Rechnung stellt.

³⁶ BVerfG NVwZ-RR 2007, 641 (642).

³⁷ So etwa bereits BVerfGE 69, 315 (323, 365).

³⁸ So etwa VGH BW NVwZ-RR 1995, 271 (272) und BVerwG NVwZ 2007, 1434 (1435).

³⁹ OVG Nds, Beschl. v. 18.4.2023 – 10 ME 52/23 = BeckRS 2023, 7543 Rn. 9.

⁴⁰ § 13 Abs. 1 S. 1, 2 VersG NRW weicht terminologisch aufgrund der Verwechslungsgefahr mit Auflagen i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG vom Begriff der Auflage nach § 15 Abs. 1, Abs. 2 VersG (Bund) ab und hat diesen unter Angleichung an die Versammlungsgesetze anderer Länder (vgl. etwa Art. 12, 15 BayVersG und §§ 8, 14 Nds-VersG) durch denjenigen der Beschränkung ersetzt. Auflagen bzw. Beschränkung i.S.d. Versammlungsrechts sind mangels Hauptverwaltungsakt (Versammlungen sind nicht erlaubnispflichtig) keine Nebenbestimmungen nach § 36 VwVfG, sondern entfalten einen eigenen Regelungsgehalt und sind daher selbstständige Verwaltungsakte.

⁴¹ BayVGh, Beschl. v. 12.5.2023 – 10 CS 23.847 = BeckRS 2023, 12047 Rn. 13, konkret ging es um die Verlegung der Route einer Fahrraddemonstration von einem Teilstück der BAB 8 auf eine alternative Strecke.

⁴² BVerfG NVwZ-RR 2010, 625 (626) unter Verweis auf BVerfG NJW 2001, 2078 und BVerfG NJW 2010, 141.

⁴³ Übereinstimmend *Barczak*, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, Versammlungsrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2020, VersG (Bund) § 15 Rn. 145; *Scheidler*, NZV 2015, 166 (170 f.); *Hettich*, Versammlungsrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2018, Rn. 135; unlängst aus der Rspr. auch OVG Nds, Beschl. v. 18.4.2023 – 10 ME 52/23 = BeckRS 2023, 7543 Rn. 9.

nungsbildung gerichtet sind.⁴⁴ Zutreffend ist daher nach wie vor die Annahme, dass es „kein Recht zur absichtlichen Lahmlegung des Verkehrs“⁴⁵ gibt.

§ 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist in seiner Pauschalität grundsätzlich mit Art. 8 GG unvereinbar und damit verfassungswidrig.⁴⁶

IV. Unmöglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung

Angesichts der vorherigen Feststellung ist danach zu fragen, ob sich das Verdikt der Verfassungswidrigkeit womöglich über eine *verfassungskonforme Auslegung* der Norm vermeiden lässt.⁴⁷ Die Modifikation geschriebener Voraussetzungen des Gesetzes begegnet im Versammlungsrecht bereits an anderen Stellen – man denke etwa an die vom BVerfG vor mehreren Jahrzehnten aufgestellten Auslegungsmaßstäbe zu § 15 Abs. 1 VersG (Bund) im Zusammenhang mit Spontan- und Eilversammlungen oder an die Voraussetzungen an ein Versammlungsverbot gem. § 14 Abs. 3 VersG (Bund).⁴⁸ Demnach ist von mehreren möglichen Auslegungsmethoden diejenige zu wählen, die einen Verfassungsverstoß vermeidet. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen jedoch im Wortlaut der in Rede stehenden Norm sowie dem jeweiligen Willen des Gesetzgebers.⁴⁹ Der Wortlaut des § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist, wie zuvor festgestellt, vergleichsweise eindeutig und lässt sich nur als Totalverbot verstehen. Der Landesgesetzgeber hat zudem seine Intention deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er Bundesautobahnen für prinzipiell versammlungsfreie Orte hält und Versammlungen unter keinen Umständen zulässig sein sollen. Ebenso wird die regelungstechnische Möglichkeit einer behördlichen Einzelfallentscheidung explizit abgelehnt.⁵⁰ Eine anderweitige Auslegung der Norm, etwa als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder gar als bloße ermessenslenkende Vorschrift,⁵¹ mag sich zwar im ersten Moment als aus grundrechtlicher Perspektive geboten darstellen, ist aber im Ergebnis weder aus methodischer Sicht noch aus dem Blickwinkel der Gewaltenteilung haltbar. Die Normerhaltung gleicht vor diesem Hintergrund einer völligen Uminterpretation der Vorschrift und überschreitet die zuvor dargelegten Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung.⁵²

⁴⁴ Dübbers, SVR 2022, 245 (249); prägnant ferner BVerfGE 104, 92 (105): „Art. 8 GG schützt die Teilhabe an der Meinungsbildung, nicht aber die zwangsweise oder sonst wie selbsthilfeähnliche Durchsetzung eigener Forderungen [...]“.

⁴⁵ OVG Nds NZV 1995, 332 (332); Scheidler, NZV 2015, 166 (171).

⁴⁶ Ebenso Dübbers, SVR 2022, 245 (248); Edenharter, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 15.7.2023, VersG NRW § 13 Rn. 57; Ullrich/Roitzheim, in: Ullrich/Braun/Roitzheim, VersG NRW, Kommentar, 2022, § 13 Rn. 64; Brenneisen, Dt. Polizei 4/2022, 30 (31); Kaiser, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 8 Rn. 68 (Fn. 458); zweifelnd Schneider, in: BeckOK GG, Stand: 15.5.2023, Art. 8 Rn. 52.1; a.A. Schönenbroicher, KK-VersG NRW, 2022, § 13 Rn. 10; ders., AL 2022, 337 (340); wohl ebenfalls, allerdings ohne Problematisierung Reuter, Versammlungsgesetz NRW, 2022, S. 77 a.E.; offengelassen von OVG NRW, Beschl. v. 29.7.2022 – 15 B 897/22 = BeckRS 2022, 19657 Rn. 10.

⁴⁷ Erstmals BVerfGE 2, 266 (282).

⁴⁸ BVerfGE 69, 315 (350 ff.); 85, 69 (74 f.): Bei Spontanversammlungen muss demnach keine Anmeldung erfolgen, bei Eilversammlungen ist die Anmeldefrist des § 14 Abs. 1 VersG (Bund) entsprechend verkürzt und eine Versammlungsauflösung gem. § 15 Abs. 3 VersG (Bund) darf nicht allein auf Grundlage einer fehlenden Anmeldung erfolgen. Das Gericht vermied auf diese Weise die Feststellung der (nominell bestehenden) Verfassungswidrigkeit der Vorschriften.

⁴⁹ St. Rspr. seit BVerfGE 8, 28 (33 f.); zuletzt etwa BVerfG NVwZ 2022, 1129 (1130 f.).

⁵⁰ LT-Drs. 17/15821, S. 8 f.: Bundesautobahnen seien „unter keinem denkbaren juristischen Gesichtspunkt Orte kommunikativen Austauschs“, ferner falle die legislative Abwägung „zugunsten eines ausnahmslosen Verbots von Versammlungen auf Autobahnen aus“.

⁵¹ So etwa Boguslawski/Leißing, NVwZ 2022, 852 (855); zumindest die Andeutung der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung, freilich ohne darauf näher einzugehen, findet sich bei Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 299.

⁵² Zutreffend daher Dübbers, SVR 2022, 245 (248); Edenharter, in: BeckOK PolR NRW, Stand: 15.7.2023, VersG § 13

V. Fazit und Ausblick

Das Totalverbot des § 13 Abs. 1 S. 3 VersG NRW ist de lege lata verfassungswidrig und kann angesichts seines eindeutigen Wortlautes und des Willens des Landesgesetzgebers auch nicht verfassungskonform ausgelegt werden. De lege ferenda sei dem Landesgesetzgeber daher geraten, die Vorschrift auch dem Wortlaut nach in ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt umzustrukturieren, um der Bedeutung der Versammlungsfreiheit hinreichend Rechnung zu tragen. Ob sich andere Länder am nordrhein-westfälischen Vorbild orientieren werden, bleibt in Anbetracht der verfassungsrechtlichen Problematik ebenso fraglich. Die Forderung nach der Integration einer vergleichbaren Vorschrift in das hessische Versammlungsfreiheitsgesetz aus den Reihen der FDP-Landtagsfraktion blieb im November 2022⁵³ ebenso erfolglos wie ein – mittlerweile zurückgezogener – Antrag der CDU-Fraktion im Abgeordnetenhaus Berlin auf eine wortgleiche Ergänzung des § 14 Abs. 1 VersFG aus dem Januar 2023.⁵⁴ Mit Spannung bleibt es jedenfalls zu erwarten, wie der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen die seit kurzem anhängige Verfassungsbeschwerde unter anderem auch gegen die hier besprochene Norm⁵⁵ entscheiden wird.

Rn. 57; a.A. *Boguslawski/Leißing*, NVwZ 2022, 852 (855).

⁵³ Hessischer Landtag, Plenarprotokoll 20/118, 9520, abrufbar unter <https://hessischer-landtag.de/termine/118-plenarsitzung> (20.9.2023) und die zugehörige Mitteilung des Abgeordneten Stefan Müller unter <https://fdp-fraktion-hessen.de/meldung/mueller-autobahnen-duerfen-kein-ort-fuer-demonstrationen-sein/?cookie-consent-set=true> (20.9.2023).

⁵⁴ AbgH-Drs. 19/0782, abrufbar unter <https://www.parlament-berlin.de/dokumente/drucksachen?Wahlperiode=19> (20.9.2023).

⁵⁵ Pressemitteilung v. 4.1.2023, abrufbar unter https://www.vgh.nrw.de/aktuelles/pressemitteilungen/2023/01_230104/index.php (20.9.2023); die Beschwerdeschrift ist unter <https://freiheitsrechte.org/themen/demokratie/vb-versammlungsrecht-nrw> einsehbar (20.9.2023).

Raub und Räuberische Erpressung in der gutachterlichen Prüfung

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

I. Was will dieser Text vermitteln?	966
II. Zur Herangehensweise an Sachverhalte mit möglichen Raubstraftaten	967
III. Die Prüfung der räuberischen Erpressung und die Abgrenzungsfrage	969
1. Tatbestandsaufbau	970
2. Handlung, Duldung oder Unterlassung oder Vermögensverfügung?.....	970
3. Räuberische Erpressung trotz Wegnahme?.....	972
4. „Geld oder Leben“ als echte Alternative.....	972
5. Entscheiden Sie sich!.....	974
IV. Die Prüfung des Raubes	974
1. Wegnahme sowie Raubmittel... ..	974
2. ...und ihr „raubspezifischer Zusammenhang“	975
V. Schlussbemerkung	976
VI. Schaubild	977

I. Was will dieser Text vermitteln?

Raubstraftaten – der Begriff sei hier gewählt als gemeinsamer Oberbegriff für Raub (§ 249 StGB) und räuberische Erpressung (§ 255 StGB)¹ – werden im Verhältnis zu ihrer rechtstatsächlichen Bedeutung² überproportional oft zum Gegenstand von Prüfungsaufgaben gemacht. Zwei Gründe dürften hierfür eine Rolle spielen: Zum einen werden derartige Straftaten vorzugsweise zur Strafkammer angeklagt und dort vergleichsweise hohe Strafen verhängt.³ Das bedingt eine relativ häufige Einlegung von Rechtsmitteln, was zu einer entsprechend intensiven Spruchpraxis des BGH führt. Diese wiederum schlägt sich in Fachveröffentlichungen nieder, welche sodann das „Futter“ für die Klausursteller an Universitäten und Prüfungsämtern liefern. Zum anderen sind insb. das gefährliche Werkzeug (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB) und genauso die Abgrenzung zwischen Raub und räuberi-

¹ Das Gesetz zählt zwar auch den Räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB) zu den Raubdelikten. Er stellt allerdings strukturell eine Wegnahmeanschlusstat dar und setzt daher innerhalb eines Geschehens zu einem späteren Zeitpunkt an als die §§ 249, 255 StGB. Daher bleibt er für unsere Zwecke außerhalb der Betrachtung.

² Im Jahr 2021 gab es laut PKS 30.125 Raubdelikte bei 5.047.860 Straftaten insgesamt, d.h. 0,59 % der Gesamtkriminalität (im Hellfeld).

³ Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 2021, S. 168 f.: Von den 2021 erfolgten insgesamt 615.497 Verurteilungen zu Strafe betrafen 9.275 verhängte Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren, also 1,5 %. Auf die §§ 249 ff. StGB entfallen von diesen Strafhöhen immerhin 1.108 Fälle, was einem Anteil von rund 12 % entspricht. Die Raubverurteilungen machen jedoch nur 0,55 % aller Verurteilungen aus.

scher Erpressung Gegenstand ungelöster Streitfragen, die sich gut in Klausuraufgaben integrieren lassen.

Obschon gerade in der Abgrenzungsfrage in letzter Zeit kaum noch neue Argumente auftauchen und das Problem im Grunde übersichtlich erscheint, tun sich offensichtlich viele schwer, in einer Klausurbearbeitung adäquat mit entsprechenden Aufgabenstellungen umzugehen. Zumindest manches Mal ist der Grund nach meiner Erfahrung⁴ eine zu schematische Herangehensweise, die von der Erwartungshaltung geprägt ist, es müsse stets abgegrenzt werden, sobald einer der §§ 249, 255 StGB auch nur vage in Betracht kommt und angeprüft wird. Eine weitere, oft damit in Zusammenhang stehende Fehlerquelle bildet der Irrglaube, man müsse in einer Klausur unbedingt so viel Wissen als möglich unterbringen und dazu selbst Delikte erörtern, die auf Grund einer Gesetzeskonkurrenz am Ende doch wieder ausscheiden, nur um Problemkenntnis und -beherrschung zu zeigen. Strafrechtsklausuren im staatlichen Examen⁵ sind jedoch durchweg so konzipiert, dass man die fünf Stunden Bearbeitungszeit bis in die letzte Minute hinein benötigt, um auch nur das Notwendigste anständig zu begutachten; für Extratouren bleibt daher keine Zeit. Nimmt man sie sich dennoch, wird unweigerlich an anderer – viel drängenderer – Stelle etwas fehlen; der entstehende Schaden wiegt dann zumeist deutlich schwerer als aller Nutzen, den man aus einer glänzenden, jedoch gänzlich unnötigen Darlegung eines am Ende irrelevanten Deliktes oder einer ebenso irrelevanten rechtlichen Streitfrage ziehen könnte.

Dieser Text will deshalb helfen, Fehler bei der Prüfung von Raub und Räuberischer Erpressung durch ein klug geordnetes Vorgehen zu vermeiden; er will nicht von einem bestimmten Standpunkt in der Sache überzeugen. Thematisch wird es vorrangig um alles gehen, was mit der angesprochenen Abgrenzung sowie der tatbestandlichen Prüfung von Raub und Räuberischer Erpressung im Allgemeinen im Zusammenhang steht. Dazu wird zunächst der Aufbau innerhalb der Klausur dargestellt (II.). Sodann werden die Prüfungen der räuberischen Erpressung einschließlich der Abgrenzungsfrage (III.) sowie des Raubes (IV.) behandelt; bei letzterem unter Einschluss der ebenfalls häufig schematischen und oft nicht dem aktuellen Stand der Rspr. entsprechenden Behandlung des Verhältnisses zwischen Raubmitteln und Wegnahme. Andere Streitfragen – z.B. die erwähnte Auslegung des gefährlichen Werkzeugs in § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB⁶ – wie auch sonstige Qualifikationsstatbestände sollen hingegen nicht besprochen werden.

II. Zur Herangehensweise an Sachverhalte mit möglichen Raubstraftaten

Hat man ein potenziell räuberisches Geschehen vor sich, so entscheidet bereits die Herangehensweise, ob man den Sachverhalt am Ende zutreffend erfassen wird. Ein solches Geschehen weist zunächst Gewalt gegen eine Person oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (die sog. Raubmittel) auf.

Hinweis: Man sollte übrigens vermeiden, in diesem Kontext von „qualifizierten Nötigungsmitteln“ zu sprechen, wie leider häufig zu lesen ist. Denn zumindest ein Raub enthält keineswegs zwingend eine

⁴ Der Verf. prüft seit rund 35 Jahren Klausuren in den staatlichen Examensprüfungen.

⁵ Dasselbe gilt freilich in entsprechender Weise für die z.T. zeitlich kürzeren universitären Klausurprüfungen (und ebenso für Hausarbeiten, nur dass hier nicht die Zeit-, sondern die Zeichenbegrenzung zur Bedrängnis führt).

⁶ Näher dazu Heghmanns, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2. Aufl. 2021, Rn. 1675, 1232 ff., 1682.

Nötigung, man denke nur an den Raubmord, wo das Opfer tot ist und folglich nicht mehr genötigt werden kann. Der Begriff des „Raubmittels“ ist hier unverfänglicher (und kürzer).

Zugleich bedarf es eines Gegenstands- und/oder Vermögensverlusts beim Opfer. Geht es um keine Sache, sondern um (unkörperliches) Vermögen, kommt allein § 255 StGB in Betracht. Fehlt es an beidem, aber wurde dergleichen zumindest erstrebt, so gilt alles Folgende entsprechend für die dann anzustellende Versuchsprüfung der §§ 249, 255 StGB. Kommt nach erster Sichtung zugleich eine Strafbarkeit nach den §§ 239a, 239b, 316a StGB in Betracht (und ist diese nicht – wie häufig – im Bearbeitervermerk ausgeschlossen), so ist in Abweichung von der Chronologie nicht etwa mit diesen Delikten zu beginnen. Denn im Rahmen ihrer Prüfung müsste auch geklärt werden, unter welches der Raubdelikte das Kerngeschehen fällt, was zu einer Inzidentprüfung zwänge, die es tunlich zu vermeiden gilt. Dass ebenso wenig mit den §§ 239, 240, 241 StGB angefangen wird, ergibt sich aus der regelmäßigen Subsidiarität dieser Vorschriften gegenüber den Raubstraftaten. Körperverletzungen, die oft anlässlich der Raubgewalt ebenfalls verwirklicht werden, bleiben dagegen neben den Raubdelikten in Tateinheit bestehen.⁷ Auch wenn es vielleicht verlocken mag, mit ihnen zu beginnen, weil sie im Zweifel einfacher zu prüfen sind, so ist das gleichwohl nicht zu empfehlen, weil es gegen die Aufbauregel verstieße, bei einigermaßen zeitgleich begangenen Tatbeständen mit den schwereren zu beginnen. Anders sähe es aus, wenn zugleich Tötungen (oder deren Versuche) in Rede stehen; diese gehören dann tatsächlich an den Anfang. In jedem anderen Fall (wie im folgenden Beispiel) ist mit den §§ 249, 255 StGB zu beginnen.

Beispiel 1: A bedroht B mit einer Schusswaffe. Der eingeschüchterte B lässt es deshalb widerstandslos geschehen, dass A in seine Tasche greift und daraus ein Portemonnaie mit Bargeld herausnimmt.

In einem Fall wie diesem stellt sich die spielentscheidende, erst einmal trivial anmutende Frage, welches der beiden Raubverbrechen man an den Anfang stellt. Wählt man an dieser Stelle falsch, so macht man sich im besten Fall unnötige Arbeit; im schlimmsten Fall verheddert man sich in der Folge im Gestrüpp der Meinungen und verwickelt sich in Widersprüche; die Prüfung misslingt dann oft komplett. Dabei ist es im Grunde ganz einfach, wenn man eine schlichte Regel beherzigt und sich am äußeren Geschehen orientiert:

Regel 1: Stellt sich das Täterverhalten äußerlich als ein Nehmen einer Sache dar, beginnt man mit Raub, handelt es sich um ein Geben seitens des Opfers, steht räuberische Erpressung an erster Stelle.

Diese geradezu „goldene“ Regel hat ihren Hintergrund in Folgendem: Nimmt der Täter wie im *Beispiel 1* dem Opfer eine Sache weg, so gelangt jede der heute vertretenen Auffassungen an dieser Stelle unweigerlich zu einer tatbestandlichen Wegnahme, ohne dass es eines Eingehens auf mögliche Alternativen bedarf. Für das Schrifttum⁸ führt die Bejahung einer Wegnahme zudem zwingend zum Ausschluss einer Vermögensverfügung und damit des § 255 StGB. Die Rspr. könnte zwar neben einer Wegnahme zugleich ein Dulden oder Unterlassen i.S.v. § 255 StGB bejahen und dann möglicherweise diesen Tatbestand sogar noch bejahen. Allerdings sieht sie § 255 StGB als *lex generalis* und

⁷ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 249 Rn. 13; BGH NSTZ-RR 1999, 173.

⁸ Diese Pauschalisierung sei an dieser Stelle noch erlaubt; zu einer differenzierteren Sicht siehe unten bei III. 4.

§ 249 StGB als vorrangige *lex specialis* dazu an.⁹ § 255 StGB träte damit schlussendlich auf Konkurrenzebene zurück; seine Prüfung wäre folglich von Anfang an überflüssig (und deshalb, siehe oben, unbedingt zu vermeiden). Mit der Prüfung des Raubes gelangt man also ganz einfach zu einem soliden Ergebnis, ohne auf Abgrenzungsprobleme eingehen zu müssen – sofern der Raub nicht an anderer Stelle scheitert, z.B. wegen Fehlens der Zueignungsabsicht. In diesem Fall bliebe dann am Ende doch noch § 255 StGB zu prüfen. Man könnte diesen Tatbestand allerdings nur bejahen, sofern man sich in der (aber erst jetzt zu thematisierenden!) Abgrenzungsfrage sodann auf die Seite der Rspr. schlägt (dazu später *Beispiel 2*).

Hat das Opfer rein äußerlich dagegen die Beute dem Täter übergeben, so würde allenfalls ein Teil der Literatur¹⁰ jetzt zu einer Wegnahme kommen können, während die übrigen Auffassungen, d.h. die Rspr. und ein anderer Teil der Literatur, eine Wegnahme ablehnen.¹¹ Begänne man trotz des Gebens mit einem Raub, so hätte man die Abgrenzung am Merkmal der Wegnahme vorzunehmen, was äußerst unglücklich und vor allem fehlerträchtig wäre. Denn der eigentliche Streit rankt sich um § 255 StGB und die Auslegung von „Handlung, Duldung oder Unterlassung“; dies ließe sich nur sehr schlecht in eine Prüfung von § 249 StGB integrieren. Der etwas andere Begriff der Wegnahme, wie ihn besagte Auffassung eines Teils des Schrifttums präferiert, ist im Grunde nämlich nur ein Reflex zum Verständnis des § 255 StGB. Es wirkt daher eher befremdlich, den Streit um § 255 StGB innerhalb einer Prüfung von § 249 StGB auszutragen. Wenn man dagegen in Fällen äußerlichen Gebens gemäß obiger *Regel 1* mit einer räuberischen Erpressung beginnt, so stößt man sofort auf die Abgrenzungsfrage und das zudem am richtigen Ort. Man kann dann mit der Rspr. und einem Teil der Literatur § 255 StGB bejahen (die bei einem solchen Geschehen nie zum Raub kämen, weil sie ein Geben niemals als Wegnahme einordnen würden) und wäre so mit der Prüfung der Raubtaten am Ende. Man kann aber andererseits auch mit der anderen Literaturauffassung § 255 StGB sehr schnell verneinen und sich anschließend dem Raub zuwenden, der nach dieser Auffassung dann zumindest objektivatbestandlich problemlos zu bejahen wäre.¹²

Mit der dargestellten „goldenen Regel“ erzielt man also bei jeder Konstellation auf dem schnellstmöglichen Weg unter Meidung unnötiger Themen ein Ergebnis, und zwar völlig unabhängig davon, welcher Auffassung zur Abgrenzung man folgt.

Aus besagter *Regel 1* lässt sich eine zweite goldene Regel ableiten:

Regel 2: Die Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung findet, sofern überhaupt notwendig, ausschließlich bei der Prüfung der räuberischen Erpressung statt.

III. Die Prüfung der räuberischen Erpressung und die Abgrenzungsfrage

Dieser Text hat sich bislang zu den inhaltlichen Aspekten der Abgrenzung von § 249 zu § 255 StGB nicht weiter verhalten, um zunächst den davon unabhängigen Prüfungsaufbau zu erläutern. Es ist

⁹ RGSt 4, 429 (432); 55, 239 (240 f.); BGHSt 14, 386 (390 f.); 41, 123 (125); BGH NSTZ-RR 2018, 140 f.; zu der Rspr. folgenden Literaturstimmen siehe Fn. 16.

¹⁰ Küper, NJW 1978, 956; Schladitz, JA 2022, 89 (91); Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 769 ff.; Heinrich, in: Arzt u.a., Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 17 Rn. 15 ff.; Maurach u.a., Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 11. Aufl. 2019, § 42 Rn. 12 ff., 18.

¹¹ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, vor §§ 249–256 Rn. 56; Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 495 f.; BGHSt 7, 252 (254).

¹² Küper, NJW 1978, 956; Schladitz, JA 2022, 89 (91); Heinrich, in: Arzt u.a., Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 17 Rn. 17.

nun an der Zeit, im Rahmen der Prüfung von § 255 StGB (siehe *Regel 2*) dem Wesen der drei Hauptauffassungen, ihren jeweiligen Gründen und ihren Konsequenzen nachzugehen.

1. Tatbestandsaufbau

Der objektive Tatbestand der räuberischen Erpressung wird in § 255 StGB nur unvollständig wiedergegeben. Er bezieht sich vielmehr teilweise auf § 253 StGB, weshalb man die noch fehlenden Teile aus dieser Norm importieren muss. Richtig gelesen lautet der Tatbestand von § 255 StGB also:

„Wer einen Menschen mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, ist gleich einem Räuber zu bestrafen.“

Nur dieser Tatbestand ist der weiteren Prüfung zu Grunde zu legen.

Hinweis: Leider kommen in Klausuren angesichts der genannten Bezugnahme des § 255 StGB auf „die Erpressung“ viele stattdessen auf den Gedanken, bei der Prüfung mit dem vermeintlichen Grunddelikt nach § 253 StGB zu beginnen. Tatsächlich unterscheiden sich Erpressung und räuberische Erpressung aber in ihrem Unrechtsgehalt ebenso sehr wie die tatbestandlich vergleichbar aufeinander bezogenen Taten des Diebstahls und des Raubes. Das leuchtet sofort ein, wenn man nur einmal die jeweiligen Strafrahmen betrachtet. Ebenso wenig, wie man bei einem von Gewalt gegen Menschen oder entsprechenden Gewaltdrohungen geprägten Geschehen vor einem Raub noch einen Diebstahl erörtert, prüft man vor einer räuberischen Erpressung noch eine einfache Erpressung. Das dennoch zu tun, wäre nicht nur anfängerhaft, sondern zudem unnötig aufwendig. Denn angesichts der unterschiedlich beschriebenen Erpressungsmittel in den §§ 253, 255 StGB verdoppelt sich die Subsumtionsarbeit, ohne irgendeinen Ertrag zu liefern. Zusätzlich wäre bei der einfachen Erpressung noch § 253 Abs. 2 StGB (oft recht aufwendig) zu erörtern, der hingegen bei § 255 StGB gar nicht geprüft werden darf,¹³ weil die dort erforderlichen Gewaltmittel oder Drohungen per se die notwendige Verwerflichkeit begründen.

2. Handlung, Duldung oder Unterlassung oder Vermögensverfügung?

Innerhalb des (oben formulierten) Tatbestands von § 255 StGB beginnt man zweckmäßigerweise sogleich mit dem Merkmal der Handlung, Duldung oder Unterlassung. Es wäre hingegen wenig glücklich, vorab Gewalt oder Drohungen zu prüfen. Denn da Raubgeschehen regelmäßig recht komplex sind und oft eine Fülle von Gewalthandlungen und Drohungen beinhalten, aber nur diejenigen von ihnen für § 255 StGB eine Rolle spielen, die kausal und final im Zusammenhang mit der sich anschließenden Opfermitwirkung stehen, ist es hilfreich, zunächst dieses erzwungene Verhalten präzise zu identifizieren. Für die weitere Prüfung kann man sich dann auf diejenigen Gewalt- oder Drohakte konzentrieren, die besagte Opferhandlung ersichtlich motiviert haben; der ganze Rest bleibt jeden-

¹³ Sinn, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 255 Rn. 2, 8.

falls für die räuberische Erpressung irrelevant und wird daher hier¹⁴ richtigerweise nicht weiter beachtet.

Die Merkmale „Handlung, Duldung oder Unterlassung“ decken bei wörtlichem Verständnis das gesamte denkbare Spektrum eines Opferverhaltens ab, einschließlich des Nichtstuns. Folgerichtig könnte das Nichtwehren als „Dulden“ oder „Unterlassung“ gegen eine schädigende Täterhandlung in Gestalt eines Gewahrsamsbruchs mit der entsprechenden tatbestandlichen Wegnahme nach § 249 StGB zusammentreffen. Die Rspr.¹⁵ – unter dem Beifall einer zunehmenden Zahl von Stimmen im Schrifttum¹⁶ – sieht das als unproblematisch an. Sie wendet unter Hinweis auf Art. 103 Abs. 2 GG die Strafvorschrift des § 255 StGB daher strikt nach ihrem Wortlaut an, um ein etwaiges Nebeneinander der §§ 249, 255 StGB später auf Konkurrenzebene zu lösen.

Die im Schrifttum mehrheitlich vertretenen Gegenauffassungen fordern an dieser Stelle hingegen zur Begrenzung des Tatbestandes, die Handlung, Duldung oder Unterlassung müsse zugleich eine Vermögensverfügung darstellen.¹⁷ Zwar ist man sich im Weiteren uneins, wie diese Vermögensverfügung auszusehen hat. Es wird aber insoweit übereinstimmend zumindest eine vom Willen getragene Vermögensverschiebung seitens des Opfers verlangt. Als erste wichtige Konsequenz dieser Auffassung(en) stellt eine erzwungene Duldung der Wegnahme, wie sie der Rspr. mit dem Gesetzestext genügen würde, nach dieser Lehre keine Vermögensverfügung dar und fällt daher auch nicht unter § 255 StGB. Denn das Opfer will gar keine Wegnahme, es will sein Vermögen nicht dem Täter zuwenden, sondern es will nur nicht geschlagen, getreten usw. werden und unternimmt allein aus diesem Grunde nichts gegen die Handlung des Täters, welche die eigentliche Schädigung bewirkt. Wegnahme und Vermögensverfügung schließen sich demnach schon tatbestandlich aus.

Zur Begründung dieser Auffassung(en) wird zum einen auf die Parallele von Erpressung und Betrug hingewiesen, bei dem bekanntlich eine Vermögensverfügung verlangt wird. Während Betrug die Vermögensschädigung durch Täuschung erfasse, bilde die Erpressung das Gegenstück in Gestalt der Vermögensschädigung durch Nötigung. Das zweite wichtige Argument ist ebenfalls systematischer Natur und verweist auf die Konsequenzen, die aus der Ansicht der Rspr. folgen. Denn nahezu immer¹⁸ dann, wenn ein Raub tatbestandlich bejaht werden kann, läge nach der Rspr. zugleich eine räuberische Erpressung vor, weil die durch Gewalt durchgesetzte Wegnahme regelmäßig mit einem gewaltsam erzwungenen Dulden derselben durch das Opfer einhergeht. Die damit mögliche Tateinheit zwischen Raub und Räuberischer Erpressung (mit der Folge einer doppelten Sanktionierung desselben Unrechts) vermeidet die Rspr. zwar am Ende, indem sie in solchen Fällen den Raub als *lex specialis* ansieht, demgegenüber § 255 StGB zurücktritt.¹⁹ Der Raub wäre dann freilich im Kern nur eine – um die Zueignungsabsicht verfeinerte – *lex specialis* zu § 255 StGB. Das aber wäre angesichts der identi-

¹⁴ Allerdings sollte man sie nicht ganz vergessen, weil sie möglicherweise andere Delikte verwirklichen, z.B. Körperverletzungen oder Nötigungen, sofern sie das Opfer noch zu weiteren, nicht mit dem Bereicherungsziel in Verbindung stehenden Handlungen bringen wollten.

¹⁵ BGHSt 41, 123 (125); vgl. zuvor RGSt 4, 429 (431 f.); BGHSt 14, 386 (390).

¹⁶ Sinn, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 253 Rn. 16 f.; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, §§ 249–256 Rn. 37 ff., 56; Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 602 f.; Rönnau, JuS 2012, 888 (891).

¹⁷ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 253 Rn. 8; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 253 Rn. 3; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 11 Rn. 34 ff.; Maurach u.a., Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 11. Aufl. 2019, § 42 Rn. 18; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 769 ff.; Heinrich, in: Arzt u.a., Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 17 Rn. 15 ff.

¹⁸ Die einzigen seltenen Ausnahmen bildeten der Raubmord oder das Bewusstloschlagen des Opfers, weil dieses dann nicht mehr final handeln kann. Hier läge nach keiner heute vertretenen Auffassung eine räuberische Erpressung vor.

¹⁹ RGSt 4, 429 (432); 55, 239 (241); BGHSt 14, 386 (390); BGH NStZ-RR 2018, 140 f.

schen Strafraumen sinnlos; man könnte dann ebenso gut ganz auf § 249 StGB verzichten.²⁰ Das Schrifttum erreicht mit dem Kriterium der Vermögensverfügung demgegenüber eine Exklusivität von Raub und Erpressung, wodurch bereits auf Tatbestandsebene eine harmonischere²¹ Lösung hinsichtlich der Wegnahmefälle gelingt: Erpressung nur bei willentlicher Vermögensverschiebung durch das Opfer; Raub bei Wegnahme durch den Täter gegenüber einem zur Untätigkeit genötigten Opfer.

3. Räuberische Erpressung trotz Wegnahme?

Trotz dieser Abweichung zwischen Rspr. und Schrifttum sei aber nochmals an das oben Gesagte erinnert. Im Ergebnis gelangen alle Auffassungen, sofern eine Wegnahme einer fremden Sache in Zueignungsabsicht vorliegt, ausschließlich zum Raub; räuberische Erpressung ist daher nicht mehr zu prüfen und die aufgezeigten Differenzen sind in diesem Fall für die Falllösung komplett irrelevant.

Anders liegt es freilich dort, wo zwar eine Wegnahme erfolgt ist, der Raub aber an fehlender Zueignungsabsicht²² scheitert.

Beispiel 2: A zwingt B mit vorgehaltener Schusswaffe, aus seinem Pkw zu steigen, weil sie damit in den Nachbarort fahren will, was sie sodann auch tut. Sie hat vor, das Fahrzeug später gesichert abzustellen und B am Folgetag anzurufen, um ihm den Standort mitzuteilen.

In diesem Fall wird wegen des äußerlichen Nehmens wiederum zunächst Raub geprüft. Eine Wegnahme wird man im Wegfahren des Fahrzeugs erblicken können, jedoch fehlt es an einer Zueignungsabsicht, genauer am Enteignungsvorsatz. In solchen Fällen ist in einem zweiten Schritt § 255 StGB zu prüfen. Während hier das Schrifttum einhellig wegen der erfolgten Wegnahme (gegen den Herrschaftswillen von B) keine Vermögensverfügung erblicken könnte, bliebe für die Rspr. § 255 StGB möglich, weil B die Wegnahme erzwungenermaßen „geduldet“ hat. Einzig in einer solchen äußerlichen Wegnahmesituation muss man sich in der Folge zwischen ihrer Auffassung und derjenigen des Schrifttums entscheiden.

4. „Geld oder Leben“ als echte Alternative

Neben diesem Sonderfall fehlender Zueignungsabsicht gelangen die verschiedenen Auffassungen noch in einer weiteren Konstellation zu divergierenden Resultaten. Hierbei handelt es sich um Fälle, die bei äußerlicher Betrachtung ein Geben des Vermögenswertes durch das Opfer aufweisen; zudem verlaufen die Frontlinien der Meinungen im Ergebnis jetzt anders als im *Beispiel 2*.

²⁰ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 253 Rn. 8a; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 11 Rn. 31; Kleszczewski, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 9 Rn. 278. Freilich mag es Gründe geben, an sich sinnlose Tatbestände zu schaffen, z.B. wegen ihrer Symbolik, vgl. dazu Wagner, ZIS 2019, 12 (13 f., 15 f.); für den Raub liefert dies freilich entgegen *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 18 Rn. 8 ebenfalls kein Argument gegen die hier vertretene Auffassung, denn hätte man die heutige Räuberische Erpressung schlicht als Raub bezeichnet, wäre der tradierte, symbolträchtige Name des Raubes erhalten geblieben. Dessen Tatbild dürfte in den Augen der Normadressaten ohnehin diffus sein und Raub und Räuberische Erpressung gleichermaßen abdecken.

²¹ So der Titel des Aufsatzes von Rengier, Die „harmonische“ Abgrenzung des Raubes von der räuberischen Erpressung entsprechend dem Verhältnis von Diebstahl und Betrug, JuS 1981, 654.

²² Wohl nur in der Theorie könnte der Raub auch daran scheitern, dass der Täter eine fremde Sache irrig für die seine hält, also keinen Vorsatz der Wegnahme einer fremden Sache hat, sehr wohl aber meint, das Opfer habe ein Recht zum Besitz und erleide durch die Wegnahme einen Vermögensschaden. Die Lösung solcher Fälle entspricht aber derjenigen eines Falles ohne Zueignungsabsicht.

Beispiel 3: A bedroht den Kassierer B in einer Tankstelle mit einer Schusswaffe und verlangt den Kassensinhalt heraus. B übergibt A das Bargeld.

Nach der *Regel 1* steht hier die räuberische Erpressung als erste Straftat zur Prüfung an, weil B das Geld hingegeben hat. Die Rspr. käme in diesem Fall zwanglos zu § 255 StGB, weil B durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für sein Leben zu einer „Handlung“ mit der Folge eines Vermögensnachteils genötigt wurde. Innerhalb des Schrifttums würde dieser Fall jedoch zum Teil abweichend gesehen, weil dort unterschiedliche Vorstellungen darüber bestehen, ob jede willensgetragene Vermögensverschiebung genügt oder es zusätzlich irgendeiner Art von Freiwilligkeit der Vermögensverfügung bedarf.

Dass die im Schrifttum geforderte Vermögensverfügung bei keiner räuberischen Erpressung aus gänzlich freien Stücken erfolgt, ergibt sich zwingend aus der Verwendung von Nötigungsmitteln. Ein Teil des Schrifttums begnügt sich daher aus der Einsicht heraus, dass von einer wirklichen Freiwilligkeit ohnehin keine Rede sein kann, mit einer vom Willen getragenen Vermögensverfügung.²³ Diese Auffassung gelangt also in Fällen wie im *Beispiel 3* zur Annahme einer Vermögensverfügung²⁴ und damit zum selben Resultat wie die Rspr., nämlich § 255 StGB zu bejahen. Denn B entscheidet sich willentlich für die Herausgabe des Geldes, um Schlimmeres zu vermeiden.

Eine abweichende, immer noch verbreitete Literaturauffassung verlangt gleichwohl eine wenigstens rudimentäre Form von Freiwilligkeit der Vermögensverfügung. Das Opfer müsse in der Vorstellung handeln, seine Mitwirkung sei zur Herbeiführung des Schadens unerlässlich,²⁵ mit anderen Worten: Es muss annehmen, hinsichtlich des Vermögensverlustes eine Schlüsselstellung einzunehmen und einen Verlust – notfalls um den Preis seines Lebens – verhindern zu können. Im *Beispiel 3* übergibt B der A zwar das Geld, dürfte aber in der Vorstellung gehandelt haben, andernfalls würde A ihn erschießen und dann auch ohne seine Mitwirkung an den Kassensinhalt gelangen. Die genannte Literaturmeinung würde folglich eine Vermögensverfügung verneinen und § 255 StGB ablehnen. Stattdessen käme sie auf den Raub zurück: Eine in diesem Sinne „unfreiwillige“ Herausgabe sei nämlich als Wegnahme anzusehen, weil das Geben hier kein wirksames Einverständnis in den Gewahrsamswechsel darstelle und dieser daher als Gewahrsamsbruch anzusehen sei.²⁶

Gegen diese Auffassung mag man u.a. einwenden, sie verwende bei § 249 StGB trotz identischen Wortlautes einen anderen Wegnahmebegriff als in § 242 StGB, wodurch zudem die Wortlautgrenze überschritten sein könnte: Wie kann ein Geben ein Wegnehmen sein? Zudem entscheidet die – möglicherweise irrige – Opferbewertung der Situation über die vom Täter verwirklichten Delikte.²⁷ So ergäben sich für *Beispiel 3* unterschiedliche Ergebnisse, falls das Opfer glaubt, die echte Schusswaffe sei eine Spielzeugpistole oder umgekehrt. Das wirkt in der Tat nicht sonderlich glücklich, wo es doch um die Schuld des Täters gehen sollte. Letztlich kann es sogar zu Strafbarkeitsdefiziten kommen, wenn nämlich die erzwungene Übergabe einen Vermögensgegenstand betrifft, den der Täter nur

²³ Rengier, JuS 1981, 654 (657); Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 25. Aufl. 2023, § 11 Rn. 37; Kleczewski, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2016, § 8 Rn. 185; wohl auch Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 253 Rn. 8, 31.

²⁴ Vgl. die ähnlichen Fälle bei Rengier, JuS 1981, 654 (656 f.).

²⁵ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 253 Rn. 3; Heinrich, in: Arzt u.a., *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 17 Rn. 17; Joecks/Jäger, *Studienkommentar StGB*, 13. Aufl. 2021, § 249 Rn. 9; Küper, NJW 1978, 956; Schladitz, JA 2022, 89 (91).

²⁶ Heinrich, in: Arzt u.a., *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 17 Rn. 17; Küper, NJW 1978, 956; Schladitz, JA 2022, 89 (91).

²⁷ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, vor §§ 249–256 Rn. 58; Vogel/Burchard, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 249 Rn. 60 f.

vorübergehend besitzen und ihn später zurückgelangen lassen will. Mangels Zueignungsabsicht könnte dann nur noch § 240 StGB bejaht werden, während die Rspr. und die andere Literaturansicht mit § 255 StGB eine dem Unrechtsgehalt u.U. angemessenere Sanktionierung des Täters ermöglichen würden.

5. Entscheiden Sie sich!

Der geneigte Leser wird vermutlich erkannt haben, welcher Ansicht der *Verf.* anhängt.²⁸ Er will Sie aber gar nicht von der Richtigkeit einer bestimmten Auffassung überzeugen. Vielmehr sind die oben jeweils genannten Argumente je für sich durchaus schlagkräftig und geeignet, die Entscheidung für eine der Auffassungen in der Begutachtung tragfähig zu begründen. Viel wichtiger ist etwas anderes: Entscheiden Sie sich nicht erst im Gutachten für die nach Ihrer Ansicht vorzugswürdige Sichtweise, sondern tun Sie das schon in der Vorbereitung auf die jeweils anstehende Prüfung und halten Sie dann an diesem Standpunkt auch fest! Denn dann wissen Sie, was an Konsequenzen in der Falllösung auf Sie zukommt und was für Argumente Sie vorbringen können. Hingegen wäre es völlig verkehrt, erst in der Klausursituation nach (vermeintlichen) taktischen Erwägungen zu entscheiden, was Sie wollen. Sie werden im Zweifel mit ihren Argumenten durcheinandergeraten und im schlimmsten Fall sogar die Konsequenzen einer Lösung und etwaige Auffangtatbestände verkennen. Zudem ist der Prüfungsaufwand bei jeder der oben genannten drei Ansichten in etwa gleich, weshalb es taktisch ohnehin nichts zu gewinnen, aber dafür viel zu verlieren gibt. Ringen Sie sich also jetzt schon zu einer der genannten drei Auffassungen durch! Spielen Sie dann die oben genannten drei Beispielfälle einmal nach Ihrem gewählten Standpunkt durch! Schauen Sie dabei vor allem, wo Sie sich in der Prüfung mit den von Ihrer Meinung abweichenden Auffassungen auseinanderzusetzen haben (und vor allem: wo dies nicht nötig ist!). Merken Sie sich, welche Argumente Sie an diesen Stellen dann vorbringen können!

IV. Die Prüfung des Raubes

1. Wegnahme sowie Raubmittel...

Zur Prüfung von § 249 StGB gelangt man in Anwendung der *Regel 1* entweder gleich zu Beginn oder aber, falls man zunächst § 255 StGB zu prüfen hatte und sich dort in der Abgrenzungsfrage für das Erfordernis einer „freiwilligen“ Vermögensverfügung entschieden hat. Auch für die Prüfung des Raubes ist dringend zu empfehlen, zunächst die fremde bewegliche Sache und ihre Wegnahme zu prüfen und aus den oben bereits genannten Gründen nicht mit den Raubmitteln Gewalt oder Drohung zu beginnen. Es kommt hinzu, dass der Zeitpunkt der Vollendung einer Wegnahme nicht immer klar auf der Hand liegt, z.B. im Falle einer Ansichnahme eines Gegenstandes, den der Täter im Anschluss nach draußen trägt. Sollte schon das Ansichnehmen eine Wegnahme darstellen, wäre weiter ausgeübte Gewalt dann keine Raubgewalt mehr, sondern könnte stattdessen unter § 252 StGB fallen.

Für die Wegnahme verwendet man im Falle eines äußerlichen Nehmens der Sache durch den Täter den vom Diebstahl her bekannten Begriff. Nur wer die genannte Meinung zur „freiwilligen“ Vermögensverfügung favorisiert und § 255 StGB zuvor bereits verneint hatte, muss nun auch deren modifizierten Wegnahmebegriff zu Grunde legen, wonach ein Bruch des fremden Gewahrsams selbst dann noch zu bejahen ist, wenn das Opfer seinen Gewahrsam zwar auf- und die Sache dem Täter

²⁸ Eingehend Heghmanns, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2. Aufl. 2021, Rn. 1632 ff.

übergibt, dies aber in dem Glauben tut, selbst die Aufopferung des eigenen Lebens könne den Gewahrsamsverlust nicht mehr aufhalten.

2. ...und ihr „raubspezifischer Zusammenhang“

Nach der Bejahung eines Gewahrsamsbruchs und der folgenden Prüfung von Gewalt gegen eine Person oder deren Bedrohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben²⁹ folgt als letzter Prüfungspunkt des objektiven Tatbestandes die Verknüpfung von Raubmitteln und Wegnahme. An dieser Stelle ist durch die Rspr. des BGH in den letzten Jahren einige Bewegung in den überkommenen Streit zwischen dem Erfordernis einer Kausalität und dem eines bloß subjektiven (Final-)Zusammenhangs³⁰ gekommen, und zwar vor allem im Gefolge einer Entscheidung des 1. Strafsenats vom 20.1.2016.³¹ Raubmittel und Wegnahme müssen danach „im Hinblick auf den spezifischen Unrechtsgehalt des Raubes auch in einem bestimmten räumlichen und zeitlichen Verhältnis zueinander stehen.“³² Diesen räumlich-zeitlichen Zusammenhang zwischen den beiden Elementen beschreibt die genannte Entscheidung sodann als „nötigungsbedingte[n] Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Gewahrsamsinhabers über das Tatobjekt“.³³ Erforderlich ist danach eine objektive Wegnahmeerleichterung infolge des Raubmittels, wobei der räumlich-zeitliche Zusammenhang faktisch kaum Bedeutung erlangt und wohl nur dazu dienen soll, Fälle auszuschließen, in denen beispielsweise der Täter das Opfer tötet, sich aber erst Tage später die Sachen des Opfers (bzw. jetzt seiner Erben) verschafft. Für die beschriebene Beziehung zwischen Raubmitteln und Wegnahme, die man am treffendsten als „raubspezifischen Zusammenhang“³⁴ bezeichnen kann, genügt nach dieser Rspr. (der sich inzwischen weitere Senate angeschlossen haben³⁵) das, was schon früher im Schrifttum teilweise vertreten worden war, nämlich eine objektive Ursachenbeziehung zwischen Raubmitteln und Wegnahme in Gestalt einer schlichten Förderung der Wegnahme. Die Raubmittel brauchen also keine *conditio sine qua non* für das Tatgelingen zu sein.³⁶ Die oft auch heute noch schematisch in den Vordergrund geschobene Finalbeziehung stellt dann bloß noch deren subjektive Entsprechung dar und behält als solche ihre Bedeutung. An ihr werden allein solche Geschehen scheitern, bei welchen ein Gewalt- oder Drohakt zwar den Opfergewahrsam geschwächt hatte, jedoch vom Täter insofern ungeplant, weil der Entschluss zur Wegnahme erst nach der Durchführung von Gewalt oder Drohung gefasst wurde. Diese waren also im Moment ihrer Begehung noch gar nicht als Raubmittel gedacht gewesen, sondern aus anderen Motiven verübt worden.

In der Prüfung verliert damit die Finalbeziehung einen erheblichen Teil der ihr bislang zugemessenen Bedeutung. Sie ist zudem jetzt ordnungsgemäß im subjektiven Tatbestand als Teil des Vorsatzes zu prüfen und nicht, wie früher häufig empfohlen, bereits im objektiven Tatbestand. Insbeson-

²⁹ Zu deren Voraussetzungen vgl. *Heghmanns*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 1640 i.V.m. Rn. 1266 ff.

³⁰ Zu dessen Entstehung vgl. *Heghmanns*, in: *Liberalität und Verantwortung*, FS Joerden, 2023, S. 585 ff.

³¹ BGHSt 61, 141 = NJW 2016, 2129 = StV 2016, 640 mit Anmerkungen *Berster*, JZ 2016, 1017; *Habetha*, NJW 2016, 2131; Besprechungen *Kudlich*, JA 2016, 632; *Eisele*, JuS 2016, 754; *Heghmanns*, ZJS 2016, 519; ferner *Magnus*, NStZ 2018, 67.

³² BGHSt 61, 141 (147).

³³ BGHSt 61, 141 (144).

³⁴ Ähnlich bereits *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 249 Rn. 12; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 249 Rn. 7.

³⁵ BGHSt 61, 197; BGH StV 2020, 236; BGH NStZ 2020, 355.

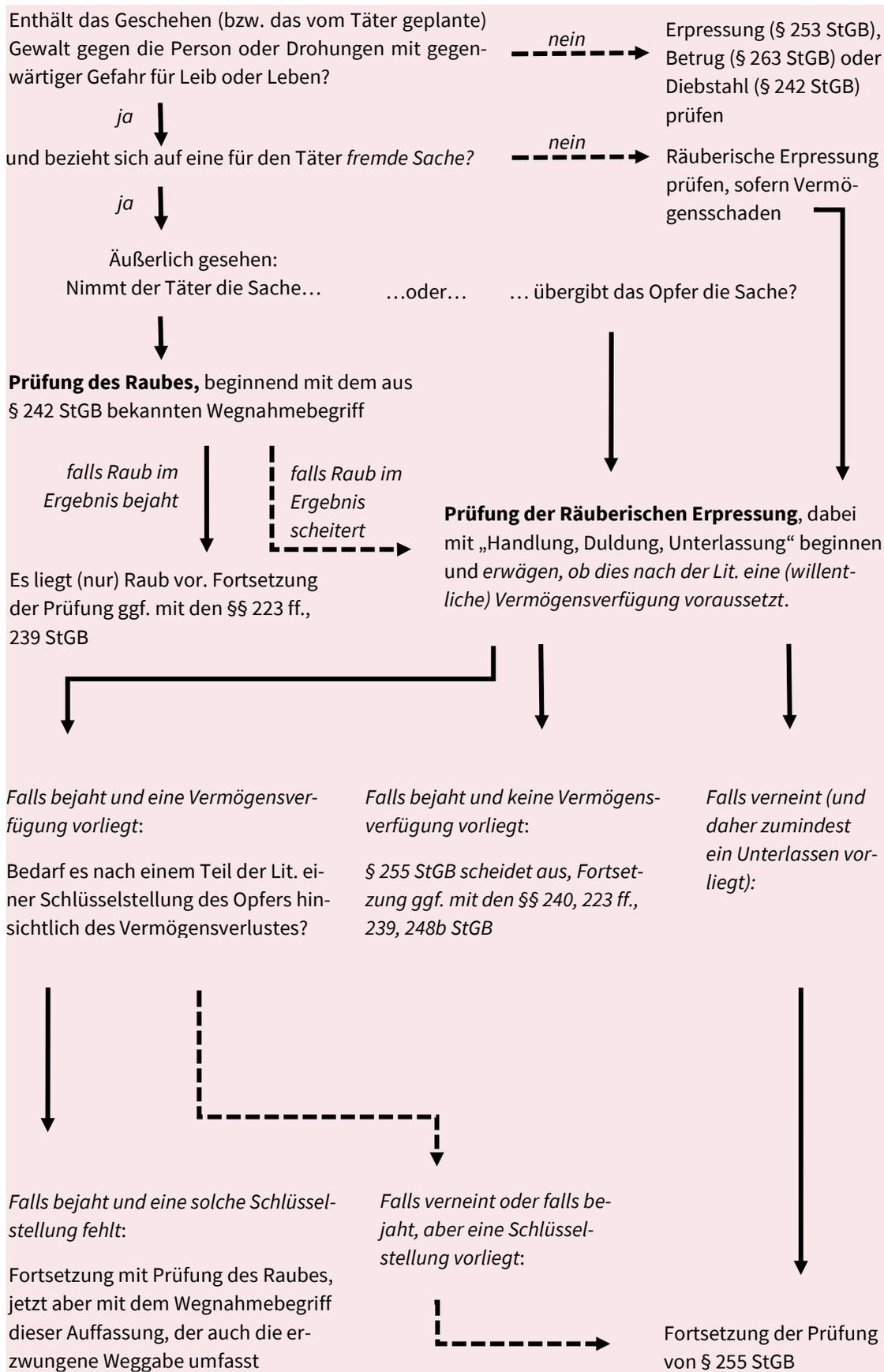
³⁶ So aber *Sinn*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 249 Rn. 28 f.; *Vogel/Burchard*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 249 Rn. 63; *Kluszczewski*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 2016, § 8 Rn. 188; *Hörnle*, in: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, FS Puppe, 2011, S. 1143.

dere sollte der Begriff nicht mehr verwendet werden, um die Beziehung zwischen Raubmitteln und Wegnahme im Ganzen zu charakterisieren; dies dürfte infolge der neueren Rspr. überholt sein und jedenfalls den Verdacht erregen, man kenne diese nicht.

V. Schlussbemerkung

Die gutachterliche Prüfung von potenziellen Raubgeschehen lässt sich also oft sehr einfach gestalten und es kann zudem häufig gelingen, sich die geschilderte Abgrenzungsthematik zu ersparen. Das nachfolgende, zunächst kompliziert anmutende Übersichtsschema scheint nun beim ersten Draufblicken den vorstehenden Satz Lügen zu strafen. Das liegt aber einzig daran, dass es alle Eventualitäten aufzeigt und daher drei verschiedene Sichtweisen bedienen muss, nämlich Rechtsprechung und zwei Literaturauffassungen (willentliche Vermögensverfügung, „freiwillige“ Vermögensverfügung). Haben Sie sich jedoch für eine dieser Auffassungen vorab entschieden (siehe oben bei III. 5.), so brauchen Sie sich nur noch den entsprechenden Lösungsweg aus dem Schema herauszusuchen und diesen dann in Klausur oder Hausarbeit konsequent anzuwenden. Dann verliert nicht nur das Schema seinen Schrecken, sondern das ganze Thema wird beherrschbar. Also haben Sie den Mut, sich daran zu machen! Zwar bezieht sich das Schema auf vollendete Delikte; es ist jedoch entsprechend auf Versuchsprüfungen anzuwenden, wobei alle Ausführungen zu den tatbestandlichen Voraussetzungen dann auf die spiegelbildlichen Voraussetzungen des Tatentschlusses (§ 22 StGB) zu übertragen wären.

VI. Schaubild



Examensübungsklausur: „Dein oder mein?“

Dr. Marcus Rehtmeyer, LL.B., Potsdam*

„Nebengebiete“ bilden selten einen Schwerpunkt in den Klausuren der staatlichen Pflichtfachprüfung, dienen aber regelmäßig als Einkleidung. Einige der vielfältigen Möglichkeiten ihrer Verzahnung mit dem übrigen bürgerlichen Recht können jedoch den Schwierigkeitsgrad einer Klausur steigern. Diese Klausurbearbeitung berücksichtigt das Familien-, Erb- und Zivilprozessrecht.

Ausgangsfall

A und B sind seit 2000 verheiratet. A erwarb im Frühjahr 2015 bei Händler H ein Mix- und Püriergerät „MiPü-3000“ zu 250 € von seinem Geld. B nutzte das Gerät selbst bei der Küchenarbeit. Mit der Zeit wurde B des Geräts überdrüssig und übergab es dem gemeinsamen Bekannten und Trauzeugen C Ende 2015 mit den Worten: „Nimm du ihn, er steht mir ohnehin nur im Weg und findet bei dir gewiss bessere Verwendung!“ C war überglücklich und verwandte das Gerät für einige Monate, geriet dann aber in finanzielle Schwierigkeiten. Er verkaufte den „MiPü-3000“ an D, der von A und B nichts wusste. D zahlte 300 € an C. Als A erfährt, wo das Gerät geblieben ist, verlangt er von D Herausgabe. D weist die Forderung zurück, woraufhin A von C Zahlung von 300 € begehrt.

Fallfrage

Hat A gegen C oder D die geltend gemachten Ansprüche?

Abwandlung

Angenommen, C war Eigentümer des „MiPü-3000“ geworden und D hieran nicht beteiligt. Er veräußerte das Gerät sodann zur Absicherung eines ihm von D gewährten Darlehens i.H.v. 250 €, dessen Valuta unmittelbar nach Vertragsschluss ausbezahlt worden waren. C und D vereinbarten, dass das Gerät zunächst bei C bleiben solle und er es nutzen dürfe. Als C eine Geldforderung des E nicht begleichen konnte, betrieb dieser gegen ihn mit Erfolg ein Mahnverfahren, aus dem Vollstreckungsbescheid die Zwangsvollstreckung.

Fallfrage Abwandlung

Kann sich D der Pfändung des Geräts durch den von E beauftragten Gerichtsvollzieher erwehren?

* Der Verf. ist Richter (auf Probe), z.Z. beim Landgericht Potsdam, und war akademischer Mitarbeiter unter anderem am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam. Dort wurde die nachstehende Klausur in abgewandelter Form im Examensklausurenkurs 2019/2020 gestellt. Die Misserfolgsquote betrug 39 %, die durchschnittliche Punktzahl lag bei 5,1 Punkten.

Fortsetzung Ausgangsfall

Im Januar 2016 zog A aus der gemeinsamen Wohnung aus und zu einem langjährigen Bekannten F. Seit Juli 2016 lebten sie in fester Partnerschaft. Im Januar 2019 wurden A und B durch Beschluss des zuständigen Familiengerichts geschieden. Kurz darauf verstarb B bei einem Verkehrsunfall. Die Ehe von A und B war kinderlos geblieben, sie hatten im gesetzlichen Güterstand gelebt. 2005 hatte A ein Schriftstück mit der Überschrift „Unser Letzter Wille“ angefertigt, in dem sie Folgendes niederschrieb: „Wir, die Eheleute A und B, bestimmen, dass, wenn einer von uns stirbt, der andere sein Erbe sein soll. Potsdam, den 8. Oktober 2005“. Dieses Schriftstück unterzeichnete auch B mit seinem Namen, verzichtete aber auf die Angabe von Ort und Datum. Unmittelbar nachdem A aus der Ehwohnung aus- und bei F eingezogen war, setzte B unter seine Unterschrift die Worte: „Nachtrag: Ich wünsche nicht, dass mein Noch-Ehepartner A mein Erbe ist. Potsdam, den 8. Januar 2016.“ Auch diesen Zusatz unterschrieb B. Nach dem Tod von B beansprucht A das Erbe. Dem entgegnet G als Großneffe, ein Enkel der Schwester der Großmutter mütterlicherseits, und einziger überlebender Verwandter des B, dass A nicht Erbe geworden sein könne: B habe bestimmt, dass A ihn nicht beerben solle; außerdem sei die Ehe von A und B geschieden worden.

Fallfrage

Wer ist Erbe nach B geworden?

Lösungsvorschlag

Lösung Ausgangsfall.....	980
I. Ansprüche des A gegen D auf Herausgabe	980
1. § 985 BGB	980
a) Besitz.....	980
b) Eigentum.....	980
2. Zwischenergebnis.....	983
3. Weitere Anspruchsgrundlagen.....	983
a) § 861 Abs. 1 BGB	983
b) § 1007 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB	984
c) Bereicherungsrecht	984
d) Deliktsrecht.....	984
II. Ergebnis.....	984
III. Ansprüche des A gegen C auf Zahlung.....	984
1. Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB	984
2. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.....	984
3. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB i.V.m. § 1368 BGB	985
4. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.....	985
5. § 816 Abs. 1 S. 2 BGB.....	986

6. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB.....	986
IV. Ergebnis.....	986
Lösung Abwandlung.....	986
I. Zulässigkeit	987
1. Statthaftigkeit.....	987
2. Zuständigkeit.....	988
3. Rechtsschutzbedürfnis.....	988
II. Begründetheit.....	988
III. Ergebnis.....	988
Lösung Fortsetzung des Ausgangsfalles.....	988
I. Erbenstellung des A.....	988
1. Gewillkürte Erbfolge.....	988
a) Gemeinschaftliches Testament	989
b) Widerruf?.....	989
c) Scheidung.....	989
2. Gesetzliche Erbfolge.....	989
II. Erbenstellung des G	989
III. Ergebnis.....	989

Lösung Ausgangsfall

I. Ansprüche des A gegen D auf Herausgabe

1. § 985 BGB

A könnte gegen D ein Anspruch auf Herausgabe des Geräts gem. § 985 BGB zustehen.

a) Besitz

D ist als Inhaber der unmittelbaren Sachherrschaft Besitzer des Geräts, § 854 Abs. 1 BGB.

b) Eigentum

A müsste Eigentümer des Geräts sein.

Nach der unwiderlegten Vermutung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB war ursprünglich H Eigentümer.

Hinweis: In sachenrechtlich gelagerten Fällen ist es empfehlenswert, chronologisch vorzugehen, wobei mit dem ersten Hinweis auf die Eigentumslage begonnen werden sollte. Abweichungen können im Einzelfall ratsam sein, so bei Fällen mit Sicherungs- oder Vorbehaltseigentum. Doch ist auch dort die Gefahr, einen Übergangstatbestand zu übersehen, groß.

Rehlmeyer: „Dein oder mein?“

Da die Voraussetzungen des § 929 S. 1 BGB erfüllt sind, hat A das Eigentum am Gerät im Frühjahr 2015 von H erworben.

Hinweis: Das kann hier im Urteilsstil festgestellt werden. Der Gutachtenstil verlangt zwar ein vierstuppiges Vorgehen (Obersatz – Auslegung und Definition – Subsumtion – Ergebnis). Er ist aber nur einzuhalten, wenn eine Tatbestandsvoraussetzung Probleme aufwirft. Falsch wäre die Feststellung, A habe den MiPü-3000 bei H gekauft und hierdurch das Eigentum erworben, denn damit würde gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip verstoßen.

Bereits an dieser Stelle könnte ein denkbarer Miteigentumserwerb des B nach Bruchteilen (§§ 1008 ff. BGB) geprüft werden. Jedoch kommt es hierauf noch nicht an, sodass sich eine Darstellung weiter unten anbietet.

A könnte das Eigentum am Gerät Ende 2015 infolge einer Übereignung durch B an C gem. § 929 S. 1 BGB verloren haben.

Hinweis: Auch wenn es letzten Endes um einen Anspruch des A gegen D geht, ist es wichtig, alle möglichen Eigentumsübergänge bis zu D getrennt voneinander zu prüfen, weil sie sich beeinflussen können.

In den Worten des B ist im Sinne eines Antrags (§ 145 BGB) ein Übereignungsangebot zu erkennen. Dieses Angebot hat C mit Entgegennahme des Geräts durch schlüssiges Verhalten angenommen (§ 147 BGB).

B hat das Gerät an C übergeben; zur Zeit der Übergabe waren sich B und C über den Eigentumsübergang einig. B müsste allerdings auch zur Verfügung über das Eigentum berechtigt gewesen sein.

Dies könnte er nach § 903 S. 1 BGB. B könnte Miteigentum an dem Gerät erworben haben. A erwarb Anfang 2015 das Gerät von H mit „seinem Geld“, was für einen Alleinerwerb spricht. Es ist nicht ersichtlich, dass A beim Erwerb auf B hingewiesen hat oder gemeinsam mit B Eigentümer werden wollte. § 1357 Abs. 1 BGB hat eine ausschließlich schuldrechtliche Wirkung, die Vorschrift bewirkt keinen gesetzlichen Miteigentumserwerb des Gatten.¹ Auch eine spätere (teilweise) Übertragung des Eigentums durch A an B ist nicht ersichtlich. B war nicht Miteigentümer des Geräts und nicht aus § 903 S. 1 BGB verfügungsberechtigt.

Hinweis: Selbst wenn B Miteigentum nach ideellen Bruchteilen erworben hätte, durfte er nur über seinen Miteigentumsanteil verfügen. Hinsichtlich des hälftigen Anteils des A wäre B Nichtberechtigter.

Zwar lebten A und B im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft i.S.d. § 1363 BGB. Daraus ergibt sich aber keine Verfügungsberechtigung des B. Er handelte folglich als Nichtberechtigter.

Hinweis: Eine etwaige spätere Genehmigung durch A ändert an diesem Ergebnis nichts, weil es für das Bestehen der Verfügungsbefugnis auf den Zeitpunkt der Verfügung ankommt. Durch die Genehmigung bewirkte A lediglich das Wirksamwerden der Übereignung des B, insbesondere gegen sich selbst.²

¹ Budzikiewicz, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 2021, § 1357 Rn. 8.

² Mansel, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 2021, § 185 Rn. 5, 7; anders: Westermann/

Rehlmeyer: „Dein oder mein?“

C könnte aber gutgläubig vom Nichtberechtigten erworben haben.

Hinweis: Die Erwerbstatbestände der §§ 929 ff. BGB sind wie ein „Steckkasten“ aufgebaut und sollten auch so geprüft werden: Unabdingbar ist die dingliche Einigung (§ 929 S. 1 BGB); hinzu treten die Übergabe oder ihre Surrogate (§§ 929 S. 2, 930, 931 BGB) sowie die Berechtigung des Veräußerers oder ihre Surrogate (§§ 932 Abs. 1 S. 1 oder S. 2, 933, 934 BGB). Der Prüfungspunkt „Einigsein bei Übergabe“ kann regelmäßig mit der dinglichen Einigung verbunden werden, an den Zeitpunkt der Übergabe kann der ihrer Ersetzung treten.³

Dazu müsste die Vorschrift des § 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB über den gutgläubigen Erwerb anwendbar sein. Dem könnte § 1369 Abs. 1 BGB entgegenstehen. Bei dem Gerät handelte es sich zwar um einen Haushaltsgegenstand⁴. Der „MiPü-3000“ „gehörte“ aber nicht dem B. Nach h.M. ist § 1369 Abs. 1 BGB in dieser Situation analog anzuwenden.⁵ B handelte ohne die erforderliche Einwilligung (vorherige Zustimmung, § 183 S. 1 BGB) des A und verstieß damit gegen § 1369 Abs. 1 BGB analog. Diese Norm begründet nach überwiegend vertretener Auffassung ein absolutes Verpflichtungs- und Verfügungsverbot,⁶ auf das § 134 BGB anzuwenden ist. Die §§ 135 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB sind unanwendbar.⁷ Es kommt hinzu, dass C Kenntnis von der Ehe zwischen A und B hatte und insoweit nicht gutgläubig war.

Hinweis: Der Sachverhalt enthielt ausreichende Informationen, um jedenfalls mangels Gutgläubigkeit des C den Eigentumserwerb im Verhältnis zwischen B und C scheitern zu lassen. Hierauf musste aber nur eingegangen, wer der h.M. zur Rechtsnatur des § 1369 Abs. 1 BGB analog nicht folgte oder diese Norm übersah.

C hat das Eigentum an dem Gerät nicht gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB von B erworben.

Es ist nicht ersichtlich, dass A die Verfügung von B i.S.d. §§ 1369 Abs. 1 analog, Abs. 3, 1366 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB dadurch schlüssig genehmigte, dass er von C Zahlung verlangte. Die Verfügung des B ist daher auch nicht gem. § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB wirksam geworden.

Hinweis: Dies konnte abweichend beurteilt werden. Es stand A frei, die Verfügung des B gegenüber C oder des C gegenüber D oder keine der beiden zu genehmigen. Zur Bedeutung der Genehmigung des A siehe sogleich.

A hat sein Eigentum an dem Gerät nicht Ende 2015 durch Verfügung des B gegenüber C verloren.

Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 37 Rn. 14.

³ Insg. zum Eigentumserwerb an beweglichen Sachen *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, §§ 51 f.

⁴ Mit Beispielen *Siede*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 1369 Rn. 4.

⁵ Unter anderem LG Berlin FamRZ 1982, 803 (804); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 34 III. Rn. 53 f., jeweils m.w.N.; a.A. unter anderem *Budzikiewicz*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 1369 Rn. 8 und *Budzikiewicz*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 2021, § 1369 Rn. 5, ebenfalls m.w.N.; die Darstellung dieses Streits konnte zumindest in der Tiefe kaum erwartet werden.

⁶ Auch diese Streitdarstellung konnte nicht erwartet werden bzw. hier mangels Gutgläubigkeit des C dahinstehen. Zu den verschiedenen Auffassungen siehe m.w.N. *Budzikiewicz*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 2021, Vor § 1365 Rn. 11, zur a.A. (v.a. Verfügungsbeschränkung *sui generis*) *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 34 I. Rn. 6.

⁷ *Budzikiewicz*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 2021, Vor § 1365 Rn. 11.

Rehlmeyer: „Dein oder mein?“

A könnte sein Eigentum an dem Gerät jedoch durch Verfügung des C gegenüber D Mitte 2016 verloren haben, §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB.

C und D einigten sich i.S.d. § 929 S. 1 BGB; C übergab D das Küchengerät, sie waren sich zu diesem Zeitpunkt auch über den Eigentumsübergang einig.

Allerdings war C weder als Eigentümer noch aus einem anderen Grund zur Verfügung berechtigt. Darüber könnte der Gutgläubenserwerb gem. § 932 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB hinweghelfen. Mit C und D waren wirtschaftlich verschiedene Personen am Geschäft beteiligt, es lag also ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts⁸ vor. Der Besitz am Küchengerät ließ den Rechtsschein des Eigentums bei C entstehen, § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB, auf den D vertrauen durfte (§ 932 Abs. 2 BGB). Einem gutgläubigen Erwerb durch D könnte aber § 935 Abs. 1 S. 1 BGB entgegenstehen. Dies setzt voraus, dass die Berechtigte A den unmittelbaren Besitz am Gerät ohne ihren Willen verlor.⁹ A und B waren Mitbesitzer (§ 866 BGB), Eigentümer war aber nur A. Die Weggabe durch den mitbesitzenden Nichteigentümer (hier B) genügt für ein Abhandenkommen der Sache bei A.¹⁰ Dieser besitzrechtliche „Makel“ haftet der Sache dauerhaft an.¹¹

Jedoch genehmigte A (§§ 185 Abs. 2 S. 1 Fall 1, 184 Abs. 1 BGB) die Verfügung des C gegenüber D, indem sie von C Erlösherausgabe verlangte.

Hinweis: In diesem Satz verbirgt sich eine der wichtigsten Weichenstellungen dieser Klausur: Taktisches Verständnis zwingt dazu, eine der Verfügungen als wirksam anzuerkennen, um die Ansprüche des A vollständig prüfen zu können. Ein Hilfsgutachten wäre verfehlt, da das (Nicht-)Vorliegen einer Erklärung, die als Genehmigung verstanden werden kann, eine Tatsachen- und keine Rechtsfrage ist. Wirtschaftlich betrachtet, ist es aus Sicht des A sinnvoller, Herausgabe des gesamten Verkaufserlöses durch C zu verlangen, denn immerhin wurde der „MiPü-3000“ von D fortwährend benutzt und gegebenenfalls verschlissen. Methodisch gelingt dies durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB – die Genehmigung ist eine Willenserklärung. A verlöre durch Genehmigung der Verfügung im Verhältnis zwischen B und C sein Eigentum, ohne Ansprüche zu erlangen. Genehmigte er die Verfügung im Verhältnis zwischen C und D, verlöre er zwar ebenfalls das Eigentum, hätte aber Aussicht auf Herausgabe des Veräußerungserlöses durch C. Es liegt in der Natur der Auslegung, dass auf diesem Weg einem wirtschaftlich attraktiven und damit allein objektiv vernunftgemäßen Verständnis der „Erklärung“ des A gefolgt wird.¹²

2. Zwischenergebnis

A hat sein Eigentum am Gerät Mitte 2016 an D verloren, ein Anspruch aus § 985 BGB besteht nicht.

3. Weitere Anspruchsgrundlagen

a) § 861 Abs. 1 BGB

Indem er C den „MiPü-3000“ übergab, übte B als Mitbesitzer i.S.d. § 866 BGB gegenüber A verbotene

⁸ Zum Begriff vgl. *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 45 Rn. 8.

⁹ Diese überkommene Definition des Abhandenkommens folgt *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 69 I. 1.

¹⁰ Vgl. *Berger*, in: *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 18. Aufl. 2021, § 935 Rn. 6.

¹¹ *Berger*, in: *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 18. Aufl. 2021, § 935 Rn. 10.

¹² Zur „normativen Auslegung“ *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl. 2022, § 6 Rn. 13 ff.

Rehlmeyer: „Dein oder mein?“

Eigenmacht, § 858 Abs. 1 BGB. D wusste aber bei Erlangung des Geräts von C nichts von dessen fehlerhaftem Besitz, § 858 Abs. 2 S. 2 Var. 2 BGB. Ein Anspruch des A gegen D aus § 861 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht.¹³

b) § 1007 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB

D war hinsichtlich A und B unwissend, mithin gutgläubig. Hieran scheidet ein Anspruch des A aus § 1007 Abs. 1 BGB. Zudem hat D von C das Eigentum am Gerät erlangt; wenigstens dieser Gesichtspunkt schließt einen Anspruch aus § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB¹⁴ aus.

c) Bereicherungsrecht

Für einen Anspruch des A gegen D aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB fehlt es an einer entsprechenden Leistung. Auch § 816 Abs. 1 S. 2 BGB oder § 822 BGB begründen keinen Anspruch, weil D von C entgeltlich erworben hat. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB ist angesichts der Leistungsbeziehung zwischen C und D im Verhältnis A und D nicht anwendbar.¹⁵

d) Deliktsrecht

Ansprüche aus dem Deliktsrecht kommen nicht in Betracht.

II. Ergebnis

A hat gegen D keinen Anspruch auf Herausgabe des Geräts.

III. Ansprüche des A gegen C auf Zahlung¹⁶

1. Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB

A begehrt weder Schadensersatz noch Nutzungsherausgabe; die §§ 812 ff. BGB sind daher trotz § 993 Abs. 1 HS. 1 BGB anwendbar.¹⁷

2. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

A könnte gegen C einen eigenen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB haben.

C müsste „Etwas“, einen vermögenswerten Vorteil,¹⁸ erlangt haben. Der von C erlangte Besitz an dem Gerät ist ungeachtet seiner lediglich faktischen Natur ein solcher Vorteil.¹⁹

¹³ Zum Besitzschutz und den jeweiligen Voraussetzungen *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 9 I.–III.

¹⁴ Dazu m.w.N. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 9 IV.

¹⁵ Zum Vorrang der Leistungs- vor der Nichtleistungsbeziehung *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 812 Rn. 7.

¹⁶ Vertragliche Ansprüche kommen nicht in Betracht. Gleiches gilt für Ansprüche des A aus GoA (§§ 677, 683 S. 1, 667 BGB bzw. §§ 687 Abs. 2 S. 1, 677, 683 S. 1, 667 BGB): Weil C glaubte, Eigentümer des Geräts geworden zu sein, handelte er allein für sich. Ebenso wenig sind deliktische Ansprüche ersichtlich.

¹⁷ M.w.N. zur Konkurrenz von Bereicherungsrecht und EBV *Berger*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 2021, Vor §§ 987–993 Rn. 13 f.

¹⁸ *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 812 Rn. 4.

¹⁹ *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 812 Rn. 99.

Rehlmeyer: „Dein oder mein?“

Diesen Vermögensvorteil müsste C durch Leistung von A erlangt haben. „Leistung“ meint die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.²⁰ A hat dem C nichts geleistet.

Daher hat A keinen eigenen Anspruch gegen C aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.

3. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB i.V.m. § 1368 BGB

Womöglich kann A aber über § 1368 BGB einen Bereicherungsanspruch des B gegen C aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB geltend machen.

Hinweis: Die wohl überwiegende Ansicht²¹ ordnet § 1368 BGB als einen Fall gesetzlicher Prozessstandhaftigkeit ein. Demnach könnte A zunächst nur Leistung an B als Verfügendem verlangen.²² Teile der Literatur versagen indes dem mitbesitzenden, von seinem Ehegatten übergebenen Alleineigentümer die Berufung auf § 1368 BGB und folglich die Geltendmachung fremder Ansprüche im eigenen Namen.²³ Dass § 1368 BGB – über seinen Wortlaut hinaus – auch Fälle erfasst, in denen ein Ehegatte sich zu einer Verfügung über einen ihm nicht gehörenden Haushaltsgegenstand verpflichtet oder zu verfügen versucht, ist aus Sicht der oben genannten Ansicht²⁴ konsequente Fortsetzung der analogen Anwendung des § 1369 Abs. 1 BGB und der Verweisung in § 1369 Abs. 3 BGB.

C hat „etwas erlangt“, § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB.

B hat C das Gerät mit dem Willen übergeben, seiner Hauptleistungspflicht aus einem mit C (vermeintlich) geschlossenen Vertrag nachzukommen. B hat folglich geleistet.

Leistung wie Vorteilserlangung müssten rechtsgrundlos erfolgt sein. Rechtsgrund könnte ein Anspruch von C aus dem zwischen B und C zustande gekommenen Schenkungsvertrag sein, § 516 Abs. 1 BGB. In seinen gegenüber C geäußerten Worten Ende 2015 liegt ein Antrag (§ 145 BGB) des B auf Abschluss eines Schenkungsvertrags. Den Antrag hat C durch die Mitnahme des Geräts konkludent angenommen (§ 147 BGB). Der Wirksamkeit des Vertrags steht aber das Verbot des § 1369 Abs. 1 BGB analog entgegen. A hat das Geschäft auch nicht genehmigt. Hinzu tritt der Mangel fehlender Schriftform, §§ 518 Abs. 1 S. 1, 125 S. 1 BGB. Der Formmangel wurde nicht durch Vollzug der Schenkung i.S.d. § 518 Abs. 2 BGB geheilt. Folglich fehlte ein rechtlicher Grund.

Weil C das Gerät nicht mehr herausgeben kann, hat er Wertersatz i.H.v. 250 € zu leisten, § 818 Abs. 2 BGB.

B steht gegen C ein Anspruch gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 818 Abs. 2 BGB auf Zahlung von 250 € zu. Diesen Anspruch kann A an Stelle von B geltend machen.

4. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

A könnte gegen C einen Anspruch gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

²⁰ *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 812 Rn. 14.

²¹ M.w.N. *Siede*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 1368 Rn. 3; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 34 VI. Rn. 90.

²² Siehe zu dieser § 986 Abs. 1 BGB ähnlichen Leistungsrichtung *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 34 VI Rn. 95–97.

²³ Etwa *Budzikiewicz*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 1368 Rn. 2, 4.

²⁴ Unter anderem LG Berlin FamRZ 1982, 803 (804); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 34 III. Rn. 53 f., jeweils m.w.N.; a.A. unter anderem *Budzikiewicz*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 1369 Rn. 8 und *Budzikiewicz*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 2021, § 1369 Rn. 5, ebenfalls m.w.N. Die Darstellung dieses Streits konnte zumindest in der Tiefe kaum erwartet werden.

Rehlmeyer: „Dein oder mein?“

C traf mit der Übereignung des Geräts eine Verfügung über einen der A gehörenden Gegenstand. Dem steht nicht entgegen, dass A mittels konkludenter Genehmigung (§§ 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1, 184 Abs. 1 BGB) den Erwerb durch D ermöglichte.²⁵

Die Verfügung erfolgte entgeltlich und ist gegenüber A wirksam.

Hinsichtlich des Umfangs des Anspruchs aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB herrscht Streit. So wird nach einer m.M. die Abschöpfungsfunktion des Bereicherungsrechts hervorgehoben, der Wertersatzanspruch auf den objektiven Wert der veräußerten Sache als Kehrseite des originären Herausgabeanspruchs (hier 250 €) begrenzt.²⁶ Die h.M. erkennt die Abschöpfungsfunktion an, erstreckt diese aber auf einen auch dem Nichtberechtigten nicht zustehenden Gewinn (hier 300 €).²⁷

Der letztgenannten Ansicht folgend hat A gegen C einen Anspruch auf Zahlung von 300 € gem. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB.

5. § 816 Abs. 1 S. 2 BGB

Mangels Genehmigung durch A fehlt es an einer ihm gegenüber wirksamen Verfügung des B. Daher hat A gegen C keinen Anspruch i.H.v. 250 € aus §§ 816 Abs. 1 S. 2 BGB.

Hinweis: Auf das Konkurrenzverhältnis zwischen § 816 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB²⁸ ist nicht einzugehen. Es handelt sich bei den unter den vorangehenden Gliederungspunkten geprüften Forderungen um verschiedene Kondiktionsgegenstände: Wertersatz für den Veräußerungserlös bzw. Wertersatz für die Sache selbst.

6. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

Die allgemeine Nichtleistungs- als Eingriffskondition des § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB tritt hinter der spezielleren Nichtleistungskondition des § 816 Abs. 1 S. 1 BGB zurück.

IV. Ergebnis

A hat gegen C einen eigenen Anspruch auf Zahlung von 300 € aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB. Alternativ kann er den Anspruch des B gegen C auf Zahlung von 250 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB gem. §§ 1369 Abs. 1 analog, Abs. 3, 1368 BGB geltend machen.

Lösung Abwandlung

D kann sich gegen die Pfändung des Geräts durch den von E beauftragten Gerichtsvollzieher wehren, wenn eine entsprechende Klage zulässig und begründet ist.

²⁵ Sprau, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 816 Rn. 7.

²⁶ M.w.N. Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021, Rn. 720 ff.

²⁷ Sprau, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 816 Rn. 10; Stadler, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 2021, § 816 Rn. 8, jeweils m.w.N.

²⁸ Sprau, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 816 Rn. 2.

Rehlmeyer: „Dein oder mein?“

I. Zulässigkeit

1. Statthaftigkeit

D müsste eine Klage erheben, die seinem Begehren entspricht. Im Hinblick auf die Vollstreckung wegen einer Geldforderung in eine schuldnerfremde, da sicherungshalber einem Dritten übereignete, Sache ist umstritten, ob eine Drittwiderspruchsklage (§ 771 Abs. 1 ZPO) oder die Klage auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 Abs. 1 ZPO) der richtige Behelf ist.

Wird das Sicherungseigentum systematisch in die Nähe der besitzlosen Pfandrechte gerückt, so steht dem Sicherungseigentümer nur die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gem. § 805 Abs. 1 ZPO zu.²⁹ D könnte demnach nicht gegen die Pfändung des Geräts bei C als solche vorgehen, sondern nur erstrangige Befriedigung aus dem Verwertungserlös suchen.

Dem wird entgegengehalten,³⁰ dass auch das Sicherungseigentum Eigentum i.S.d. § 903 S. 1 BGB sei – das materielle Recht kenne kein „Eigentum zweiter Klasse“. Insoweit komme es auf die Nähe des – wie auch immer ausgestalteten – Sicherungseigentums zu den besitzlosen Pfandrechten nicht an. Damit stünde D die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 Abs. 1 ZPO zu, sofern er sein Eigentum als Interventionsrecht behauptet. Mit ihr könnte er erreichen, dass die Vollstreckungsmaßnahme, also die Pfändung seines Geräts, für unzulässig und unwirksam erklärt würde.

Mit dem Argument, dass es keine materiell-rechtliche Abstufung des Eigentums gibt, wird dieser Ansicht gefolgt. Damit ist die Drittwiderspruchsklage i.S.d. § 771 Abs. 1 ZPO statthafte Klageart.

Hinweis: Die Erörterung dieser „klassischen“ Streitfrage kann erwartet werden, wiewohl die Mindermeinung selten vertreten wird. Die zweitgenannte Ansicht schützt das Sicherungseigentum stärker als die erstgenannte. Das Argument, das BGB kenne kein „Eigentum zweiter Klasse“ ist indes schwach, da das BGB überhaupt kein Sicherungseigentum kennt.³¹ Seiner Anerkennung auch nach³² Inkrafttreten des BGBs bedurfte es, um das rechtspraktisch unbrauchbare Faustpfandrecht der §§ 1204 ff. BGB durch ein geeigneteres (Kredit-)Sicherungsmittel zu ersetzen.³³ Daher bleibt das BGB eine Antwort auf die Rechtsnatur des Sicherungseigentums schuldig. Wegen der Entstehungsgeschichte des Sicherungseigentums ist dessen Verortung bei den besitzlosen Pfandrechten ebenso schlüssig wie die Beschränkung des Gläubigers auf die Vorzugsklage. Bei – freilich selten vorliegendem – hinreichendem Veräußerungserlös dürfte das Befriedigungsinteresse des Gläubigers so oder so erfüllt werden.

²⁹ In diesem Sinne *Schmidt/Brinkmann*, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 771 Rn. 30; aus materiell-rechtlichen Erwägungen *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 57 B IV Rn. 32; umfassender und m.w.N. bereits *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 180 IV 1.

³⁰ Etwa *Flockenhaus*, in: Musielak/Voit, ZPO, Kommentar, 20. Aufl. 2023, § 805 Rn. 6; *Herget*, in: Zöller, ZPO, Kommentar, 34. Aufl. 2022, § 771 Rn. 14.25.

³¹ Dem widerspricht *Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 163 f.: Weder die Kommission noch der Gesetzgeber sei einem Vorschlag, das Institut der Sicherungsübereignung positiv zu verbieten (§ 874a E-I), gefolgt, vgl. auch Prot. III, S. 197, 200 f. Hieraus folge gerade nicht die ausnahmsweise, sondern die grundsätzliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung.

³² Das RG hatte das Sicherungseigentum als Sicherungsmittel bereits vor Inkrafttreten des BGBs anerkannt, vgl. RGZ 2, 168 ff. (einschränkend der *III. Zivilsenat*, siehe RGZ 2, 173 ff.).

³³ Seit langem bildet die Sicherungsübereignung daher eine gewohnheitsrechtliche Fortbildung des Gesetzesrechts, siehe bereits *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 179 II 2 und § 180 sowie *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 4 Rn. 17. Kritisch *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, §§ 56 I.-IV., 57.

Rehlmeyer: „Dein oder mein?“

2. Zuständigkeit

Sachlich zuständig ist streitwertabhängig das Amtsgericht (§ 1 ZPO i.V.m. §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG). Örtlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung stattfindet, §§ 771 Abs. 1, 802 ZPO.

3. Rechtsschutzbedürfnis

Die Zwangsvollstreckung hat begonnen und ist noch nicht beendet; D ist rechtsschutzbedürftig.

Hinweis: Auf weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen sollte mangels hinreichender Angaben im Sachverhalt nicht eingegangen werden. Ausführungen dazu sind aber jedenfalls kurz zu halten.

II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn und soweit D ein Interventionsrecht zusteht und der Vollstreckungsgläubiger E dem keine Einwendungen entgegensetzen kann.

Laut dem Sachverhalt veräußerte C das Gerät zur Absicherung eines ihm von D gewährten Darlehens. Bezüglich des Darlehensrückzahlungsanspruchs im Verhältnis D zu C gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB sollte bei Eintritt des Sicherungsfalls also das Gerät verwertet werden. Dazu übereignete C den „MiPü-3000“ unter gleichzeitiger Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses an D (§§ 929 S. 1, 930, 868 BGB). Das Eigentum ist ein Interventionsrecht.³⁴ Einwendungen des E sind nicht ersichtlich.

III. Ergebnis

D kann sich gegen die Pfändung durch den von E beauftragten Gerichtsvollzieher mittels Drittwiderspruchsklage nach § 771 Abs. 1 ZPO wehren.

Hinweis: Die Abwandlung zielte mit ihren Abänderungen gegenüber dem Ausgangsfall erkennbar auf die prozessuale Ebene, hier speziell auf die Abgrenzung von Drittwiderspruchs- und Vorzugsklage. In materiell-rechtlicher Hinsicht enthielt sie wenig; die knappe Feststellung der Begründetheit genügte hier daher und belegt Problembewusstsein, zumal die Übereignungstatbestände bereits im Ausgangsfall darzustellen waren.

Lösung Fortsetzung des Ausgangsfallles

I. Erbenstellung des A

Der erbfähige (§ 1923 Abs. 1 BGB) A könnte Erbe nach B geworden sein.

1. Gewillkürte Erbfolge

A könnte B kraft letztwilliger Verfügung beerben.

³⁴ Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, Kommentar, 20. Aufl. 2023, § 771 Rn. 12, 15, 18 f.

Rehtmeyer: „Dein oder mein?“

B hat keine den A zum Erben einsetzende letztwillige Verfügung hinterlassen, §§ 2064, 2229 ff. BGB. A könnte daher nur kraft des gemeinschaftlichen Testaments Erbe geworden sein.

a) Gemeinschaftliches Testament

A und B haben im Jahr 2005 als Eheleute gemeinschaftlich testiert, §§ 2265, 2267 S. 1 BGB. Dass nicht auch B dabei Ort und Datum angab, ist unschädlich, § 2267 S. 2 BGB ist eine Sollvorschrift.

b) Widerruf?

Indem B am 8. Januar 2016 einen Nachtrag unter seine erste Unterschrift setzte und erneut unterzeichnete, könnte er die 2005 mit A getroffene letztwillige Verfügung wirksam widerrufen haben.

Der Erblasser kann ein Testament jederzeit widerrufen (§ 2253 BGB), regelmäßig durch Neutestierung (§ 2254 BGB). B hat A nur von der Erbenstellung ausgeschlossen, aber keinen neuen Erben bestimmt. Das ist unschädlich, weil insoweit ergänzend die gesetzliche Erbfolge nach §§ 1924 ff. BGB gilt.³⁵

Allerdings könnte dem Widerruf § 2271 Abs. 1 BGB entgegenstehen. Bei der gegenseitigen Einsetzung zu (Allein-)Erben handelt es sich um wechselbezügliche Verfügungen i.S.d. § 2270 Abs. 1, Abs. 2 BGB. Diese Verfügung konnte B zu Lebzeiten von A und seiner selbst nicht durch eine neue Verfügung von Todes wegen aufheben, § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Widerruf genügt nicht der Form der §§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 2 BGB, er ist daher nichtig, § 125 S. 1 BGB.

c) Scheidung

Jedoch wurden A und B im Januar 2019 durch Beschluss des Familiengerichts i.S.d. §§ 1564 ff. BGB geschieden. Mit der Scheidung wurde ihr gemeinschaftliches Testament unwirksam, §§ 2268 Abs. 1, 2077 Abs. 1 S. 1 BGB. Für eine Fortgeltung nach §§ 2268 Abs. 1, 2077 Abs. 3 BGB oder § 2268 Abs. 2 BGB ist nichts ersichtlich.

2. Gesetzliche Erbfolge

Die Scheidung zur Zeit des Erbfalls steht der gesetzlichen Erbenstellung des A nach § 1931 BGB entgegen.

II. Erbenstellung des G

G ist nicht kraft gewillkürter Erbfolge Erbe nach B geworden. Er ist aber als Großneffe von B (Enkel der Schwester der Großmutter mütterlicherseits) mit B in der Seitenlinie verwandt, § 1589 Abs. 1 S. 2 BGB. G ist – mit B von denselben Urgroßeltern abstammend – Erbe vierter Ordnung i.S.d. § 1928 Abs. 1 BGB. Gradnähere Verwandte neben G sind nicht vorhanden, § 1928 Abs. 3 BGB.

III. Ergebnis

G ist Erbe nach B geworden.

³⁵ Weidlich, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 2254 Rn. 1.

Examensübungsklausur: Langes Gesicht nach Pferdekauf

*Dipl.-Jur. Tim Kniepkamp, Berlin, Wiss. Mitarbeiter Paul Suilmann, Berlin/Potsdam**

Problemschwerpunkte: Versäumnisurteil, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Rücktritt vom Kaufvertrag, Verbrauchsgüterkauf, AGB-Kontrolle, Verjährung

Sachverhalt

K ist vom Reitsport begeistert. Deshalb betreibt sie ein großes Gestüt. Dort hält sie ein Dutzend Pferde, richtet regelmäßig Turniere aus und gibt Reitlehrgänge. Für die reibungslose Bewältigung des täglichen Arbeitsanfalls verfügt K über Stallpersonal (drei Stallburschen, zwei Reitlehrer, eine Bürokräft) und einen in der Schweiz ansässigen Vermögensverwalter. Jährlich erwirbt und veräußert sie drei bis vier Tiere für jeweils kleinere sechsstelligen Beträge. Hierfür schickt sie den fachkundigen Berater B, der auf ihrem Gestüt angestellt ist, zu Eliteauktionen für Reitpferde.

Am 4.10.2020 findet in Münster die Westfälische Eliteschau für Reitpferde- und Kaltblutstuten statt, die vom V e.V. – einem Pferdezuchtverband – organisiert wird. Die Veranstaltung ist öffentlich zugänglich und zieht in der Region viel Aufmerksamkeit auf sich. In den Auktionsbedingungen ist vorgesehen, dass beim Kauf eines Reitpferdes dazu ein Gutachten übergeben wird, dass die Mangelfreiheit des Reitpferdes bestätigt. Dementsprechend begutachtet die örtlich ansässige Tierärztin T die Tiere im Auftrag des Pferdezüchterverbands am Tag vor der Veranstaltung (sog. Ankaufuntersuchung). In ihrem Schlussbericht erklärt T die Mangelfreiheit aller Pferde – einschließlich der Stute, für die sich B interessiert. Da er aufgrund des Gutachtens der T von der Mangelfreiheit des Pferdes ausgeht, ersteigert er im Namen der K das zum damaligen Zeitpunkt dreijährige Tier von V zu einem Kaufpreis von 120.000 €. Das Dressurpferd ist bereits eingeritten und wird fortan von K für die amateurmäßig betriebene Sportreiterei eingesetzt.

Neben ausführlichen Darstellungen zu den einzelnen Reitpferden und der besagten Ankaufuntersuchung enthält der Auktionskatalog auch die Auktionsbedingungen, die der Zuchtverein für die Auktionen seit mehreren Jahren nutzt. Sie sind im Zeitpunkt der Versteigerung in den Auktionsräumlichkeiten ausgelegt und weisen auf die Unanwendbarkeit des Verbrauchsgüterkaufrechts hin. Es wird vom nicht öffentlich bestellten Versteigerer zu Beginn der Auktion auf sie hingewiesen. Darin sind unter anderem folgende Regelungen enthalten:

§ 5 Haftung

1. Das Pferd wird verkauft wie besichtigt unter vollständigem Ausschluss jeglicher Haftung/Gewährleistung. Der V e.V. übernimmt keinerlei Gewähr oder Garantie für bestimmte Eigenschaften oder Verwendungszwecke.

* Der Autor *Kniepkamp* ist Mitgründer und Geschäftsführer eines Legal Tech Unternehmens; der Autor *Suilmann* ist Doktorand an der Humboldt-Universität zu Berlin und Wiss. Mitarbeiter an der Universität Potsdam. Beide Autoren haben im März 2023 die Erste Juristische Prüfung vor dem Gemeinsamen Justizprüfungsamt Berlin Brandenburg abgeschlossen. Die Autoren danken Ass. iur. *Johannes Weigl* und Dr. *Panagiotis Papadopoulos* für ihre tiefgreifenden und stets konstruktiven Anmerkungen.

2. Der in § 5.1. aufgeführte Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die haftungsbegründenden Umstände auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Verkäufers zurückzuführen sind und/oder Personenschäden betroffen sind. Bei Personenschäden besteht Haftung auch bei einfacher Fahrlässigkeit. Vorstehender Haftungsausschluss gilt nicht, soweit ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB vorliegt. [...]

K lässt das Pferd aufgrund von Unstimmigkeiten im Gutachten der T Mitte Oktober 2020 von einer anderen Tierärztin untersuchen. Sie gelangt zu dem Ergebnis, das Pferd weise an den Vorderhufen eine Lahmheit mit einem Grad von $\frac{1}{10}$ auf, die bereits zum Verkaufszeitpunkt bestanden haben müsse. Das Tier sei dadurch nicht als Reitpferd einsetzbar. K ist außer sich. Sie hätte das Pferd niemals erworben, wenn sie von dessen Lahmheit gewusst hätte. Nachdem K dem V diesen Befund mitgeteilt hat, lässt dieser von T das Pferd erneut veterinärmedizinisch untersuchen. T kommt daraufhin zu demselben Ergebnis.

K erwägt auch in der Zukunft an Auktionen des V teilzunehmen und will es sich mit dem Zuchtverein nicht verscherzen. Jedenfalls glaubt sie, dass bei V aufgrund der „wasserdichten“ Auktionsbedingungen „nichts zu holen“ sei. Deshalb entschließt sie sich, T in Anspruch zu nehmen. Nachdem sie aufgrund diverser Reitlehrgänge zunächst anderweitig gebunden ist, verklagt sie T am 8.10.2022 wegen Falschbegutachtung auf Zahlung des Minderwertes des Pferdes i.H.v. 12.000 €.

T hält die Klage der K für aussichtslos. Sie wendet ein, K müsse sich zunächst an V halten. Immerhin könne K von V die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangen. Es sei für sie nicht ersichtlich, warum sie (T) für die Lahmheit des Pferdes einstehen solle. Außerdem habe sie die Vereinbarung über die Ankaufuntersuchung nur mit V abgeschlossen.

Als der Vorstandsvorsitzende von V von dem Gerichtsverfahren erfährt, teilt er K mit, das Pferd habe bis zur Auktion niemals Lahmheitserscheinungen gezeigt. Das belege auch eine Videoaufnahme vom Tag der Auktion. Folglich sei ein Rücktritt ausgeschlossen. Ein Sachmangel könne auch nicht zugunsten der K vermutet werden, da sie Unternehmerin sei und zudem das Pferd auf einer öffentlich zugänglichen Auktion ersteigert habe. Jedenfalls aber sei – was zutrifft – ihr Berater Unternehmer. Dies müsse sie sich zurechnen lassen. Überdies sei die Gewährleistung durch § 5.1. Auktionsbedingungen wirksam ausgeschlossen worden. Jedenfalls seien etwaige Ansprüche verjährt.

Aufgabe

In dem Termin vor dem Landgericht Münster, zu dem beide Parteien ordnungsgemäß geladen wurden, erscheint T ohne Rechtsanwalt. Die Rechtsanwältin der K beantragt den Erlass eines Versäumnisurteils.

Wird das Gericht ein Versäumnisurteil erlassen?

Zusatzaufgabe

Unterstellen Sie, dass K britische Staatsangehörige ist, sich das Gestüt in England befindet und das Landgericht Münster sowohl international als auch örtlich zuständig ist. Welches Sachrecht ist auf den Rechtsstreit anwendbar?

Bearbeitungshinweis

Das Kaufrecht ist in seiner aktuellen Fassung unter Ausschluss des UN-Kaufrechts zugrunde zu legen. Gewerberechtliche Aspekte sind nicht zu berücksichtigen.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1	994
A. Antrag, § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO	994
B. Säumnis	994
C. Keine Erlasshindernisse und Vertagungsgründe, §§ 335, 337 ZPO	994
D. Zulässigkeit der Klage	995
I. Zuständigkeit	995
1. Sachliche Zuständigkeit	995
2. Örtliche Zuständigkeit	995
II. Partei- und Prozessfähigkeit	995
III. Weitere Sachurteilsvoraussetzungen	995
E. Schlüssigkeit der Klage	995
I. Anspruch K gegen T auf Zahlung von 12.000 € gem. § 280 Abs. 1 BGB	995
II. Anspruch K gegen T auf Zahlung von 12.000 € gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 S. 2, 241 Abs. 2 BGB	995
III. Anspruch K gegen T aus §§ 643 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB aus dem Werkvertrag zwischen V und T als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	996
1. Schuldverhältnis	996
a) Leistungsnähe	996
b) Einbeziehungsinteresse	997
c) Erkennbarkeit	997
d) Schutzbedürftigkeit	998
aa) Rücktrittsgrund	998
(1) Kaufvertrag	998
(2) Sachmangel bei Gefahrübergang	998
(3) Kein Haftungsausschluss	999
(a) Unwirksamkeit gem. § 476 Abs. 1 S. 1 BGB	999
(aa) Verbrauchsgüterkauf	999
(bb) Keine Ausnahme	1000
(aaa) Gebrauchte Ware	1000
(bbb) Öffentlich zugängliche Versteigerung	1000
(ccc) Weitere Voraussetzungen, § 474 Abs. 2 S. 2 BGB	1001
(cc) Zwischenergebnis	1001
(b) AGB-Kontrolle	1001
(aa) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	1001

(bb)	Wirksame Einbeziehung	1002
(cc)	Auslegung und Inhaltskontrolle	1002
(aaa)	Auslegung der Klausel	1002
(bbb)	Inhaltskontrolle	1003
(ccc)	Zwischenergebnis	1003
(dd)	Zwischenergebnis	1004
(c)	Zwischenergebnis	1004
(d)	Weitere Voraussetzungen	1004
(e)	Zwischenergebnis	1004
bb)	Rücktrittserklärung	1004
cc)	Keine Unwirksamkeit des Rücktritts	1004
dd)	Auswirkungen auf die Schutzwürdigkeit	1004
ee)	Zwischenergebnis	1005
e)	Zwischenergebnis	1005
2.	Pflichtverletzung: Mangelhaftigkeit des Werkes bei Abnahme	1005
3.	Vertretenmüssen	1005
4.	Schaden	1006
5.	Zwischenergebnis	1006
IV.	Zwischenergebnis	1006
F.	Ergebnis	1006
Aufgabe 2	1006
I.	Anwendbares Kollisionsrecht	1006
1.	Auslandsbezug	1006
2.	Vorrang europäischer Rechtsakte	1007
a)	Sachlich	1007
b)	Räumlich	1008
c)	Intertemporal	1008
d)	Konkurrenzen	1008
e)	Zwischenergebnis	1008
II.	Qualifikation nach Rom II-VO	1009
1.	Rechtswahl	1009
2.	Sonderkollisionsrecht	1009
3.	Allgemeine objektive Anknüpfung	1009
a)	Gewöhnlicher Aufenthalt	1009
b)	Ort des Schadenseintritts	1009

c) Ausweichklausel	1010
4. Zwischenergebnis.....	1011
III. Ergebnis.....	1011

Allgemeine Hinweise: Insgesamt weist die Klausur einen mittleren bis erhöhten Schwierigkeitsgrad auf. Gute Bearbeitungen zeichnen sich insbesondere durch einen stringenten Aufbau aus. In das zivilprozessuale Versäumnisurteil ist die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter eingebettet. Diese wiederum ist mit klassischen Problemen des Kaufgewährleistungs-, AGB- und Verjährungsrechts verknüpft, denen Entscheidungen aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH NJW 2021, 2281) und des Brandenburgischen Oberlandesgerichts (vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2021, 14879) zugrunde liegen. Neben dem strukturellen Denken soll die Klausur das Verständnis des neuen Kaufrechts fördern, das schrittweise zum Gegenstand der staatlichen Pflichtfachprüfung werden dürfte. Für diejenigen Bundesländer, in denen das Internationale Privatrecht zum Pflichtfachstoff zählt, ist eine vermeintlich leicht zu bewältigende Zusatzfrage vorgesehen.

Aufgabe 1

Das Landgericht Münster wird ein Versäumnisurteil erlassen, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen und die Klage zulässig und schlüssig ist.¹

A. Antrag, § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO

Die Rechtsanwältin der K hat dessen Erlass gem. § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO beantragt.

B. Säumnis

T müsste im Termin zur mündlichen Verhandlung säumig gewesen sein (§ 331 Abs. 1 S. 1 ZPO). T war in der mündlichen Verhandlung anwesend. Gem. § 78 Abs. 1 ZPO müssen sich die Parteien aber vor den Landgerichten durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. T ist nicht anwaltlich vertreten und mithin nicht postulationsfähig.² Da sie keine Prozesshandlungen vornehmen und keine Anträge stellen kann, ist sie gem. § 333 ZPO säumig. Nicht die persönliche Anwesenheit der T, sondern das Nichterscheinen ihrer Anwältin ist insoweit maßgeblich.

C. Keine Erlasshindernisse und Vertagungsgründe, §§ 335, 337 ZPO

Ausschlussgründe gem. §§ 335, 337 ZPO sind nicht ersichtlich. Insbesondere wurde T ordnungsgemäß geladen (§ 335 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

¹ Hierzu *Schreiber*, Jura 2014, 196 ff.

² *Weth*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO, 20. Aufl. 2023, § 78 Rn. 4.

D. Zulässigkeit der Klage

I. Zuständigkeit

Das Landgericht Münster müsste sachlich und örtlich zuständig sein.

1. Sachliche Zuständigkeit

Das Landgericht ist gem. § 1 ZPO, §§ 23, 71 GVG zuständig, da der Streitwert einen Wert von 5.000 € übersteigt (§ 23 Nr. 1 GVG).

2. Örtliche Zuständigkeit³

Der allgemeine Gerichtsstand bestimmt sich gem. § 13 ZPO durch den Wohnsitz des Beklagten (§ 7 BGB). T ist in Münster ansässig, sodass das Landgericht Münster örtlich zuständig ist.

II. Partei- und Prozessfähigkeit

Als natürliche Personen sind die Parteien gem. § 50 ZPO i.V.m. § 1 BGB rechts- und damit parteifähig sowie gem. §§ 51 f. ZPO i.V.m. §§ 2, 104 ff. BGB prozessfähig.

III. Weitere Sachurteilsvoraussetzungen

Die Klage wurde durch die Anwältin der K ordnungsgemäß erhoben (§§ 78 Abs. 1, 253 ZPO). Hinsichtlich der weiteren Sachurteilsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken. Die Klage ist mithin zulässig.

E. Schlüssigkeit der Klage

Die Klage müsste schlüssig sein. Dies ist der Fall, soweit das als zugestanden anzunehmende tatsächliche Vorbringen des Klägers dessen gestellte Sachanträge rechtfertigt, § 331 Abs. 2 Hs. 1 ZPO.⁴ Das Gericht prüft also, ob die von K vorgetragene(n) Tatsachen einen Anspruch gegen T rechtfertigen. Nach dem Vortrag der K kommt hier ein Anspruch auf Schadensersatz gegen T in Betracht.

I. Anspruch K gegen T auf Zahlung von 12.000 € gem. § 280 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB scheidet aus, da T und K keinen Vertrag geschlossen haben.

II. Anspruch K gegen T auf Zahlung von 12.000 € gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 S. 2, 241 Abs. 2 BGB

In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 S. 2, 241 Abs. 2 BGB. Voraussetzung wäre zunächst, dass zwischen K und T ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 S. 2 BGB besteht. Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB kann gem. § 311 Abs. 3 S. 1 BGB auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Voraussetzung ist, dass „der Dritte in

³ Hierzu *Schreiber*, Jura 2012, 268 ff.

⁴ *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 44. Aufl. 2023, § 331 Rn. 5.

besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst“ (§ 311 Abs. 3 S. 2 BGB). Dabei muss das besondere Vertrauen über das normale Verhandlungstrauen hinausgehen.⁵ Es genügt nicht, wenn jemand auf eigene Sachkunde verweist oder der Wortführer ist.⁶ § 311 Abs. 3 S. 2 BGB umfasst insbesondere die Fälle, in denen der Experte ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Vertragsschluss hat.⁷ Gegen die Anwendung des § 311 Abs. 3 S. 2 BGB spricht, dass K und T zu keinem Zeitpunkt Kontakt hatten und somit ein Vertrauen aufgrund persönlicher Bindung nicht denkbar ist. Vielmehr hat T lediglich das Pferd begutachtet und V seinen Schlussbericht übergeben. T hat mithin gegenüber K kein persönliches Vertrauen erweckt, dass über das normale Verhandlungstrauen hinausgeht. Ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 S. 2 BGB besteht nicht. Somit scheidet ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 S. 2, 241 Abs. 2 BGB aus.

III. Anspruch K gegen T aus §§ 643 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB aus dem Werkvertrag zwischen V und T als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Ein Anspruch auf Schadensersatz könnte sich aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD)⁸ ergeben.

1. Schuldverhältnis

Zwischen K und T müsste ein Schuldverhältnis bestehen.

T hat mit V einen Vertrag über die Anfertigung eines Gutachtens über den Gesundheitszustand des Pferdes geschlossen (sog. tierärztliche Ankaufuntersuchung). Im Ausgangspunkt wirkt der Vertrag lediglich *inter partes* (sog. Relativität der Schuldverhältnisse). Insofern kommt grundsätzlich nur ein Anspruch des V gegen T in Betracht. Etwas anderes könnte indes gelten, wenn K nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den Werkvertrag zwischen V und T einbezogen worden ist. Dafür müssten dessen Voraussetzungen⁹ vorliegen.

a) Leistungsnähe

Erforderlich ist, dass der Dritte mit dem Risiko einer Schlechtleistung bestimmungsgemäß in der gleichen Weise in Berührung kommt, wie der Gläubiger selbst.¹⁰ Bei einem Gutachten über den Gesundheitszustand eines Pferdes ist dies der Fall, da sowohl der Gläubiger als auch der Dritte das Ergebnis der Ankaufuntersuchung zur Grundlage von Vermögensdispositionen machen.¹¹ Insofern ist K der Gefahr einer Schlechterfüllung genauso ausgesetzt wie V. Die Leistungsnähe der K ist mithin zu bejahen.

⁵ BGH NJW-RR 1991, 1241 (1242).

⁶ Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/6040, S. 163.

⁷ OLG Hamm NJW-RR 2013, 1522.

⁸ Hierzu allgemein BGH NJW 2014, 2577; Klumpp, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 328 Rn. 114 ff.; Pinger/Behme, JuS 2008, 675 (675 f.); Brockmann/Künnen, JA 2019, 729 (730 ff.).

⁹ Instrukтив Pinger/Behme, JuS 2008, 675 (675 f.).

¹⁰ Petersen, Examens-Repetitorium, Allgemeines Schuldrecht, 11. Aufl. 2023, Rn. 467; Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 328 Rn. 17.

¹¹ Pinger/Behme, JuS 2008, 675 (675).

b) Einbeziehungsinteresse

Ferner ist ein Einbeziehungsinteresse des Dritten erforderlich (sog. Gläubigernähe). Früher hat der BGH hierzu die „Wohl-und-Wehe-Formel“ vertreten,¹² wonach erforderlich war, dass der Gläubiger für das Wohl und die Wehe des Dritten eintreten muss. Heute soll es nach der Rechtsprechung ausreichend sein, dass die Leistung nach dem Vertragsinhalt auch dem Dritten zukommen soll bzw. dass der Gläubiger ein berechtigtes Interesse an der sorgfältigen Ausführung der Leistung zugunsten des Dritten hat.¹³

Vorliegend ist jedoch problematisch, dass die Interessen von Käufer und Verkäufer gegenläufig sind. Hier hat V ein Interesse an einem besonders positiven Gutachten, während K Interesse an einem realistischen Gutachten hat.¹⁴

Daher hält eine Ansicht in der Literatur den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für das falsche Rechtsinstitut und wendet auf diese Fälle die Grundsätze der *culpa in contrahendo* (§§ 311 Abs. 3 S. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) an.¹⁵ Ein Einbeziehungsinteresse ist nach dieser Ansicht abzulehnen.

Nach der Rechtsprechung hingegen sei auch in diesem Falle der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter das richtige Rechtsinstitut.¹⁶ Die Beweiskraft des Gutachtens sei nur dann gewährleistet, wenn eine Haftung des Dritten gegenüber dem Gutachter in Betracht kommt. Die Gläubigernähe wäre demnach zu bejahen. Auch in diesen Fällen sei der Käufer schutzwürdig. Nach dieser Ansicht ist ein Einbeziehungsinteresse gegeben.

Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter grundsätzlich keine Einbeziehung in Leistungspflichten, sondern nur in nicht leistungsbezogene Pflichten denkbar ist.¹⁷ Im vorliegenden Fall liegt indes eher eine Einbeziehung in Leistungspflichten vor, die nach der Konzeption des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter grundsätzlich nicht denkbar ist. Für die Rechtsprechung spricht indes, dass der Gutachter nicht „im Lager des Verkäufers“ steht, sondern kraft seines Amtes objektiv sein muss. Der Verkäufer möchte von dem Gutachten gegenüber dem Dritten Gebrauch machen. Er möchte also, dass dieses eine hinreichende Beweiskraft besitzt. Dies setzt wiederum voraus, dass das Gutachten der Wahrheit entspricht. Es liegt insofern im Interesse des Verkäufers, dass der Käufer keinen Fehlinformationen ausgesetzt ist, da Voraussetzung für den Vertragsschluss ist, dass sich der Käufer auf das Gutachten verlässt.¹⁸ Aus diesem Grund ist der Auffassung der Rechtsprechung zu folgen. Ein Einbeziehungsinteresse ist mithin zu bejahen.

c) Erkennbarkeit

Die Erkennbarkeit¹⁹ von Leistungsnähe und Gläubigernähe für T liegen vor, da für sie ersichtlich war, dass die Ankaufuntersuchung für beide Parteien des Kaufvertrags maßgeblich ist.

¹² BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269.

¹³ BGH NJW-RR 2017, 888; vgl. hierzu auch Petersen, Examens-Repetitorium, Allgemeines Schuldrecht, 11. Aufl. 2023, Rn. 468; Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 328 Rn. 17a.

¹⁴ Vgl. Mäsch, JuS 2013, 935 (936) zur Gutachterhaftung gegenüber Dritten.

¹⁵ Schwab, JuS 2002, 872 (876 f.); Petersen, Examens-Repetitorium, Allgemeines Schuldrecht, 11. Aufl. 2023, Rn. 467.

¹⁶ BGH NJW 2004, 3420 (3421); BGH NJW 2004, 3035 (3037); vgl. auch Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 328 Rn. 17.

¹⁷ Schwab, JuS 2002, 872 (876).

¹⁸ Pinger/Behme, JuS 2008, 675 (676).

¹⁹ Vgl. Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 328 Rn. 18.

d) Schutzbedürftigkeit

K müsste ferner schutzbedürftig sein.²⁰ Dies ist dann der Fall, wenn sie keine gleichwertigen vertraglichen Ansprüche hat.²¹ Hierbei spielt es keine Rolle, gegen wen sich die Ansprüche richten. Deliktsrechtliche Ansprüche sind nicht gleichwertig und bleiben außer Betracht.²² Dies liegt daran, dass deliktsrechtliche Ansprüche in Anbetracht weitreichender Exkulpation schwächer sind als vertragliche Ansprüche.²³ Die Schutzbedürftigkeit würde im vorliegenden Fall fehlen, wenn K gegen V einen Zahlungsanspruch hat. Ein solcher könnte sich aus einem Rücktritt gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 Abs. 1 Alt. 2, 346 Abs. 1 BGB und der damit verbundenen Rückabwicklung ergeben.

aa) Rücktrittsgrund

Es müsste zunächst eine Rücktrittsgrund bestehen. In Betracht kommt hier § 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB i.V.m. § 323 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

(1) Kaufvertrag

Dies setzt einen wirksamen Kaufvertrag zwischen K und V voraus. K und V haben bei der Auktion am 4.10.2020 durch Gebot und Zuschlag gem. § 156 S. 1 BGB einen wirksamen Kaufvertrag i.S.v. § 433 BGB über die Stute geschlossen.²⁴ Hierbei wurde K durch B gem. §§ 164 Abs. 1, 167 Abs. 1 BGB und der V e.V. gem. § 26 Abs. 1 S. 2 BGB durch den Vorstand vertreten. Sonstige Gründe für eine Unwirksamkeit sind nicht ersichtlich. Ein wirksamer Kaufvertrag liegt demnach vor.

(2) Sachmangel bei Gefahrübergang

Zunächst müsste ein Sachmangel i.S.v. § 434 BGB vorgelegen haben. Gem. § 434 Abs. 1 BGB ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen entspricht.²⁵

Eine Beschaffenheitsvereinbarung liegt nicht vor (§ 434 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Maßgeblich ist insofern, ob sich das Pferd gem. § 434 Abs. 2 Nr. 1 BGB für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Dabei ist auf die Eignung des Pferdes im Hinblick auf ihren vom Verkäufer erkennbaren Verwendungszweck (Nutzungsart) abzustellen.²⁶ Diese Eignung wird grundsätzlich nicht dadurch ausgeschlossen, dass aufgrund von Abweichungen von der biologischen oder physiologischen „Idealnorm“ die Möglichkeit besteht, dass das Pferd klinische Symptome entwickeln könnte.²⁷ Ein derartiges Risiko wohnt dem Verkauf von lebenden Tieren inne. Allerdings wies das Pferd hier eine Lahmheit mit einem Grad von 1/10 auf. Das Pferd kann mithin nicht als Reitpferd eingesetzt werden, sodass es sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung i.S.v. § 434 Abs. 2 Nr. 2 BGB eignet. Ein Sachmangel liegt mithin vor.

Der Mangel müsste bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Der Gefahrübergang ist nach § 446 S. 1 BGB grundsätzlich der Zeitpunkt der Übergabe; mithin die Übertragung des unmittelbaren Besitzes

²⁰ Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 328 Rn. 18.

²¹ Vgl. Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 328 Rn. 17.

²² BGHZ 133, 168 (173) = NJW 1996, 2927; Pinger/Behme, JuS 2008, 675 (677).

²³ Pinger/Behme, JuS 2008, 675 (677).

²⁴ Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 156 Rn. 4.

²⁵ Zur neuen, seit 1.1.2022 geltenden Fassung des § 434 BGB ausführlich Lorenz, NJW 2021, 2065 ff.

²⁶ Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 434 Rn. 13.

²⁷ BGH NJW 2021, 2281 (2286); Looschelders, JA 2021, 1032 (1034).

(§ 854 Abs. 1 BGB). K hat vorgetragen, dass die Lahmheit des Pferdes bereits bei Übergabe bestand. Ein Sachmangel lag bei Gefahrübergang vor.

(3) Kein Haftungsausschluss

Die Mängelhaftung könnte ausgeschlossen sein. In Betracht kommt ein Ausschluss wegen § 5.1. der Auktionsbedingungen des V. Fraglich ist, ob dieser Haftungsausschluss wirksam ist.

(a) Unwirksamkeit gem. § 476 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Haftungsausschluss könnte gem. § 476 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sein.

(aa) Verbrauchsgüterkauf

Voraussetzung für die Anwendung des § 476 BGB ist zunächst, dass ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt. Dann müsste V Unternehmer, K Verbraucherin und das Pferd eine Ware sein.

Unternehmer ist gem. § 14 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. V ist ein Pferdezuchtverband in der Rechtsform als eingetragener Verein und führt regelmäßig Auktionen durch. Hierbei handelt er in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit. Mithin ist der V e.V. Unternehmer gem. § 14 BGB.

K müsste als Verbraucherin anzusehen sein. Verbraucher ist nach § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden können. Problematisch ist vorliegend, dass K ein großes Gestüt betreibt und regelmäßig Turniere ausrichtet und Reitlehrgänge gibt. Insofern könnte K auch unternehmerisch tätig gewesen sein. Für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln ist grundsätzlich die objektiv zu bestimmende Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts entscheidend.²⁸ Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu beachten, insbesondere das Verhalten der Parteien beim Vertragsschluss.

Hier hat K das Pferd für den Einsatz als Dressurpferd allein für private Zwecke erworben, sodass sie als Verbraucherin anzusehen ist.²⁹

Fraglich ist, ob sich etwas anderes aus dem Umstand ergibt, dass B als Vertreter der K an der Auktion teilnahm und dieser möglicherweise als Unternehmer anzusehen wäre, hätte er das Pferd für sich selbst erworben. Eine Zuordnung als Unternehmerhandeln kommt auch dann in Betracht, wenn die dem Vertragspartner bei Vertragsschluss erkennbaren Umstände zweifelsfrei darauf hinweisen, dass K in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelte. Zu berücksichtigen ist indes, dass es bei der Abgrenzung von Verbraucher- und Unternehmerhandeln nicht auf die Person des Vertreters, sondern allein auf die Person des Vertretenen ankommt.³⁰ K handelte demnach als Verbraucherin.

Das Pferd ist eine Ware i.S.v. § 241a Abs. 1 BGB.

Ein Verbrauchsgüterkauf liegt mithin vor.

²⁸ BGH NJW 2021, 2281 (2288).

²⁹ BGH NJW 2021, 2281 (2289); *Looschelders*, JA 2021, 1032 (1034).

³⁰ BGHZ 203, 325 = NJW 2015, 3328 (3233); *Ellenberger*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 14 Rn. 5.

(bb) Keine Ausnahme

Der Kaufvertrag über die Stute könnte von der Bereichsausnahme gem. § 474 Abs. 2 S. 2 BGB erfasst sein. Obwohl in diesen Fällen ein Verbrauchsgüterkauf i.S.v. § 474 Abs. 1 BGB vorliegt, gelten die §§ 475 ff. BGB nicht. Hierfür müsste der Verkauf einer gebrauchten Ware im Wege einer öffentlich zugänglichen Versteigerung gegeben sein.

(aaa) Gebrauchte Ware

Fraglich ist, ob es sich bei der Stute um eine gebrauchte Ware handelt.

Eine Ware gilt als gebraucht, wenn sie infolge der Nutzung mit einem höheren Sachmängelrisiko behaftet ist; dies wird im Geschäftsverkehr regelmäßig durch einen Preisabschlag berücksichtigt.³¹ Bei Versteigerungen ist der Zeitpunkt des Zuschlags entscheidend.³² Fraglich ist jedoch, wie diese Definition auf lebendige Tiere übertragen werden kann.³³ In der Literatur wird mitunter vertreten, ein Tier gelte ab der ersten Unterbringung oder Fütterung als gebraucht.³⁴ Der BGH stellt hingegen das erhöhte Risiko für einen Sachmangel aufgrund von Nutzung und Lebensalter in den Mittelpunkt.³⁵ Konkret bei Pferden sei hinsichtlich der Nutzung relevant, ob das Tier bereits eingeritten worden sei, weil sich daraus eine Abnutzungsgefahr ergebe. Hinsichtlich des Lebensalters sei entscheidend, ob sich daraus ableiten ließe, dass eine höhere Gefahr für einen Sachmangel besteht. Folglich kann nach der Definition der Rechtsprechung ein Jungtier noch als neuwertige Ware betrachtet werden.

Die Stute im vorliegenden Fall ist indes drei Jahre und wurde bereits eingeritten. Sowohl ihr Alter als auch ihre bisherige Nutzung deuten auf ein erhöhtes Risiko für einen Sachmangel hin.

Somit handelt es sich bei der Stute nach beiden Ansichten um eine gebrauchte Ware.

(bbb) Öffentlich zugängliche Versteigerung

Zudem müsste es sich um eine öffentlich zugängliche Versteigerung handeln.

Der Begriff ist in § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB legaldefiniert.³⁶ Danach ist eine öffentlich zugängliche Versteigerung eine Vermarktungsform, bei der der Unternehmer Verbrauchern, die persönlich anwesend sind oder denen diese Möglichkeit gewährt wird, Waren oder Dienstleistungen anbietet, und zwar in einem vom Versteigerer durchgeführten, auf konkurrierenden Geboten basierenden transparenten Verfahren, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist.

Die Westfälische Eliteschau für Reitpferde- und Kaltblutstuten ist dazu bestimmt, die Pferde des Zuchtvereins V als Ware gegenüber Verbrauchern anzubieten, die persönlich anwesend sind. Der Verkauf erfolgt durch konkurrierende Gebote; der Zuschlag wird durch den Auktionator erteilt. Die breite Öffentlichkeit konnte sich an der Veranstaltung beteiligen und selbst Gebote abgeben.

Somit liegt eine öffentlich zugängliche Versteigerung i.S.v. § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB vor.

Anmerkung: Die Auslegung des Begriffs „öffentlich zugängliche Versteigerung“ war in der alten Fassung des § 474 Abs. 2 S. 2 BGB umstritten. Obwohl die Legaldefinition in § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB

³¹ Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 474 Rn. 17.

³² BGH NJW 2021, 2281 (2285 Rn. 49).

³³ Illustrativ BGHZ 223, 235 (248 f. Rn. 32 ff.).

³⁴ Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 474 Rn. 20.

³⁵ BGHZ 223, 235 (248 f. Rn. 32 ff.)

³⁶ Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 433 Rn. 14, 16.

bereits vorgesehen war, nahm ein Teil der Literatur an, es handele sich um eine öffentliche Versteigerung i.S.v. § 383 Abs. 3 S. 1 BGB.³⁷ Der BGH erteilte diesem Verständnis eine herbe Absage.³⁸ Nun zog auch der Gesetzgeber nach, um verbleibende Unklarheiten zu beseitigen, und verweist in der Neufassung explizit auf § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB.³⁹ Der Meinungsstreit gehört somit der Vergangenheit an und sollte nicht mehr breit dargestellt werden.

(ccc) Weitere Voraussetzungen, § 474 Abs. 2 S. 2 BGB

Wie aus dem Sachverhalt ersichtlich, liegen Informationen über die Unanwendbarkeit der §§ 475 ff. BGB in klarer und verständlicher Weise im Auktionskatalog vor. K war zwar nicht persönlich anwesend, muss sich aber gem. § 166 Abs. 1 BGB analog die Anwesenheit des B zurechnen lassen.

(cc) Zwischenergebnis

Somit sind die §§ 475 ff. BGB gem. § 474 Abs. 2 S. 2 BGB nicht anwendbar. In der Konsequenz ist der Haftungsausschluss nicht gem. § 476 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Auch ein Haftungsausschluss gem. § 444 BGB ist nicht ersichtlich.

(b) AGB-Kontrolle

Stattdessen könnte der Haftungsausschluss in § 5.1. Auktionsbedingungen gegen das AGB-Recht gem. §§ 305 ff. BGB verstoßen.

(aa) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

Die §§ 305 ff. BGB müssten sachlich anwendbar sein.

Der Begriff der AGB ist in § 305 Abs. 1 S. 1 BGB legaldefiniert. Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie vor Vertragsabschluss inhaltlich mit der Intention feststanden, zukünftig in Verträge einbezogen zu werden.⁴⁰ Sie gelten als gestellt, wenn die Bedingungen der Vertragsgestaltungsmacht einer Partei zuzurechnen sind.⁴¹ Anhand des Kriteriums fehlender Aushandlung sind Allgemeine Geschäftsbedingungen von der Individualabrede abzugrenzen.⁴²

Die Auktionsbedingungen der V werden seit mehreren Jahren genutzt und wurden mithin für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert. Im Fall der K standen sie somit vor Vertragsschluss inhaltlich fest und V intendierte, die Klauseln auch für den Vertrag mit K einzusetzen. Eine Verhandlung fand nicht statt; dies ist nicht zuletzt auf die Vertragsgestaltungsmacht von V zurückzuführen. Ergänzend greifen die Annahmen gem. § 310 Abs. 3 Nrn. 1, 2 BGB zugunsten von K.

Folglich stellen die Auktionsbedingungen der V AGB dar, sodass die §§ 305 ff. BGB sachlich anwendbar sind.

³⁷ Ball, in: juris PraxisKommentar BGB, 10. Aufl. 2023, Stand: 1.2.2023 § 474 Rn. 53; Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, §§ 474, 475 Rn. 6.

³⁸ BGH NJW 2021, 2281 (2284 Rn. 35 ff.); so auch Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 474 Rn. 14, 16; Faust, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 474 Rn. 33.

³⁹ BT-Drs. 146/21, S. 25.

⁴⁰ Becker, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 305 Rn. 17.

⁴¹ Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Kommentar zum AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 26.

⁴² Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 36 ff.

(bb) Wirksame Einbeziehung

Der Haftungsausschluss in § 5.1. der Auktionsbedingungen müsste wirksam in den Kaufvertrag einbezogen worden sein, § 305 Abs. 2 BGB.⁴³

AGB werden nur dann Bestandteile eines Vertrags, wenn auf sie ausdrücklich hingewiesen wird, § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Mit anderen Worten darf der Hinweis nicht nur an unauffälliger Stelle versteckt sein.⁴⁴ Es muss auch eine zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme bestehen, § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Auf dieser Grundlage muss der Vertragspartner vor oder bei Vertragsschluss sein Einverständnis mit den AGB erklären, § 305 Abs. 2 BGB a.E.

Die Auktionsbedingungen waren im Auktionskatalog enthalten, der in den Räumlichkeiten der Versteigerung auslag. Außerdem referenzierte der Auktionator zu Beginn der Versteigerung die Bedingungen. K gab konkludent durch ihr Gebot das Einverständnis mit den AGB.⁴⁵

Somit ist § 5.1. der Auktionsbedingungen wirksam in den Kaufvertrag einbezogen worden. Es handelt sich auch um keine überraschende Klausel i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB.

(cc) Auslegung und Inhaltskontrolle

Fraglich ist, wie der Haftungsausschluss in § 5 auszulegen ist und inwieweit die Klausel – besagte Auslegung zugrunde gelegt – der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB standhält. Im Mittelpunkt steht die Rückausnahme in § 5.2. S. 3, die das Gewährleistungsrecht für Verbrauchsgüterkäufe wieder aufleben lässt.

(aaa) Auslegung der Klausel

Zunächst ist § 5.2. S. 3 der Auktionsbedingungen auszulegen.

Die Auslegung von Vertragsbedingungen richtet sich in erster Linie nach §§ 133, 157 BGB. Sie sind so zu verstehen wie von einem verständigen und redlichen Vertragspartner unter Abwägung der beidseitigen Interessen. Hierzu wird von einem durchschnittlichen Vertragspartner ohne rechtliche Vorbildung ausgegangen. Wenn nach Erschöpfung der Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben, wird im AGB-Recht gem. § 305c Abs. 2 BGB die Auslegung zulasten des Klauselverwenders gewählt („contra proferentem“).⁴⁶

Einerseits könnte man § 5.2. S. 3 dahingehend verstehen, dass die Norm eng entlang der gesetzlichen Vorgaben arbeitet. Danach wäre ein Haftungsausschluss gem. § 476 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, wenn es sich um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, der *nicht ausnahmsweise* im Wege einer öffentlich zugänglichen Versteigerung erfolgte. Im Umkehrschluss würde § 5.2. S. 3 nach diesem Verständnis nur diejenigen Verbrauchsgüterkaufverträge erfassen, auf die §§ 475 ff. BGB anwendbar sind. Dies würde wohl den Interessen der V entsprechen und wird bei lebensnaher Betrachtung der beabsichtigte Inhalt der Klauselverwender sein, wenn man § 5.2. S. 1 und § 5.2. S. 2 zu Rate zieht.

Andererseits könnte man sich den Standpunkt stellen, § 5.2. S. 3 verweise nur allgemein auf § 474 BGB. Dieser Lesart folgt der BGH.⁴⁷ Nach seiner Auffassung werde in § 474 BGB nur der Verbrauchsgüterkauf legaldefiniert. Solange § 474 Abs. 2 BGB nicht explizit erwähnt werde, müsse nach dem

⁴³ Die Vorschrift ist unabhängig von § 310 Abs. 1 S. 1 BGB anwendbar, weil es sich bei K um eine Verbraucherin handelt, vgl. E. III. 1. a) aa) (1) (a) (aa).

⁴⁴ Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 66.

⁴⁵ Fornasier, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 305 Rn. 72, 97.

⁴⁶ BGH NJW 2021, 2281.

⁴⁷ BGH NJW 2021, 2281.

Regel-Ausnahme-Prinzip davon ausgegangen werden, dass es allein auf das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs ankomme. Außerdem ändere § 474 Abs. 2 BGB nichts daran, dass diese Verträge einen Verbrauchsgüterkauf darstellen; diese Fälle seien lediglich nicht von den ergänzenden (verbraucherschützenden) Vorschriften des Abschnitts erfasst.

Im Ergebnis ist die letztgenannte Auslegung vorzugswürdig. Zwar ist es in Anbetracht der hinreichenden Expertise der K als Inhaberin eines Gestüts und der Unterstützung durch einen fachkundigen Berater auf den ersten Blick billig, ihr derartige Unklarheiten in demselben Maße wie dem Klauselverwender aufzubürden. Dementgegen sieht das AGB in § 305c Abs. 2 BGB eine klare Lösung vor, die bei Zweifeln die Auslegung zulasten der V fordert. So stand es V als Urheber der Klausel offen, durch einen expliziten Verweis auf § 474 Abs. 1 BGB klarzustellen, dass Verbrauchsgüterkäufe gem. § 474 Abs. 2 BGB vom Haftungsausschluss erfasst sind (bzw. die Rückausnahme in § 5.2. S. 3 sich auf Fälle von § 474 Abs. 1 BGB beschränkt). Somit ist § 5.2. S. 3 dahingehend zu verstehen, dass jeder Verbrauchsgüterkauf ohne Rücksicht auf gesetzliche Einschränkungen vom Haftungsausschluss in § 5.1. ausgenommen ist.

(bbb) Inhaltskontrolle

Fraglich ist, ob die Klausel in dieser Auslegung der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB standhält.

Klauselverbote ohne bzw. mit Wertungsmöglichkeit i.S.v. §§ 309, 308 BGB sind nicht ersichtlich. Insbesondere handelt es sich um keine neu hergestellte Ware (vgl. oben), sodass § 309 Nr. 8 lit. b BGB ausscheidet. Es kommt somit allein auf die allgemeine Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB an. Ausweislich der Generalklausel in § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.⁴⁸ Unangemessen ist eine Benachteiligung, sofern sie durch einseitige Vertragsgestaltung in missbräuchlicher Weise die eigenen Interessen des Verwenders durchzusetzen sucht, ohne auf die berechtigten Belange des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen.⁴⁹ Hierfür ist eine Benachteiligung von erheblichem Gewicht erforderlich.

Zunächst weicht die Klausel nicht von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Wenn man obiger Auslegung folgt, geht sie sogar über die gesetzlichen Vorgaben hinaus, indem sie in den Fällen von § 474 Abs. 2 S. 2 BGB das Gewährleistungsrecht eröffnet. Genauso wenig ist ersichtlich, dass die Klausel die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Zur Klausel gegenläufige Verkehrssitten oder Gebräuche sind ebenfalls nicht im Sachverhalt angelegt.

Folglich hält § 5.1. (aufgrund von § 5.2. S. 3) der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB stand.

Anmerkung: Aufmerksame Bearbeiter könnten kurz diskutieren, ob § 5.1. S. 1 („Ausschluss jeglicher Haftung“) gegen § 309 Nr. 7 lit. a, lit. b BGB verstößt oder angesichts der Rückausnahme in § 5.2. als wirksam anzusehen ist. Vorliegend sollte der Fokus jedoch auf § 5.2. S. 3 liegen.

(ccc) Zwischenergebnis

Somit ist der vorliegende Fall von § 5.2. S. 3 erfasst, sodass K das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht zusteht.

⁴⁸ Wurmnest, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 307 Rn. 25, 35.

⁴⁹ H. Schmidt, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2023, § 307 BGB Rn. 29 ff.

(dd) Zwischenergebnis

Somit ist § 5 der Auktionsbedingungen mit dem AGB-Recht vereinbar.

(c) Zwischenergebnis

§ 5 der Auktionsbedingungen steht somit dem Rücktrittsrecht der K nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 Abs. 1 Alt. 2, 346 Abs. 1 BGB nicht im Weg.

(d) Weitere Voraussetzungen

Die Fristsetzung gem. § 323 Abs. 1 BGB ist gem. § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB entbehrlich. Bei einem Dressurpferd ist eine Lahmheit der Vorderhufe mit einem Grad von 1/10 mehr als unerheblich, sodass § 323 Abs. 5 S. 2 BGB nicht einschlägig ist. Daran ändert auch die vornehmlich private Nutzung nichts. Eine überwiegende Verantwortlichkeit der K für die Lahmheit der Stute i.S.v. § 323 Abs. 6 BGB ist ebenfalls nicht ersichtlich. Somit liegen die weiteren Voraussetzungen des Rücktrittsgrundes gem. § 323 Abs. 1 Alt. 2 BGB vor.

(e) Zwischenergebnis

Folglich ist ein Rücktrittsgrund gem. § 323 Abs. 1 Alt. 2. BGB gegeben.

bb) Rücktrittserklärung

K müsste den Rücktritt erklärt haben, § 349 BGB. Die Rücktrittserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Bislang hat K gegenüber V nicht erklärt, dass sie sich vom Kaufvertrag im Wege des Rücktritts lösen will. Dies ist für die Frage der Schutzwürdigkeit jedoch zu vernachlässigen, da sie den Rücktritt noch erklären konnte.

cc) Keine Unwirksamkeit des Rücktritts

Der Rücktritt könnte gem. §§ 218 Abs. 1, 438 Abs. 4 S. 1 BGB unwirksam sein.

Dieser ist kein Anspruch i.S.v. § 194 Abs. 1 BGB, sondern ein Gestaltungsrecht, sodass eine Verjährung ausscheidet.⁵⁰ Zwecks Angleichung verweist § 438 Abs. 4 S. 1 BGB deklaratorisch auf § 218 BGB. Nach dieser Vorschrift ist ein Rücktrittsrecht unwirksam, wenn das Nacherfüllungsbegehren verjährt ist.

Die Verjährung beginnt vorliegend mit Übergabe der Stute am 4.10.2020, § 438 Abs. 2 BGB a.E. Die Frist beträgt zwei Jahre, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Anhaltspunkte für eine Verjährungshemmung bestehen nicht. Folglich verjähren die Gewährleistungsrechte aus § 437 Nrn. 1, 3 BGB am 4.10.2022.

Somit kann der Rücktritt nicht mehr wirksam erklärt werden. K hat folglich keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 323 Abs. 1 Alt. 2, 346 Abs. 1 BGB.

dd) Auswirkungen auf die Schutzwürdigkeit

Fraglich ist, wie sich die Unwirksamkeit des Rücktritts auf die Schutzwürdigkeit der K hinsichtlich der Ansprüche aus dem Werkvertragsrecht (Ankaufsuntersuchung) auswirkt.

Zum Teil wird vertreten, die Schutzwürdigkeit scheidet unabhängig von der Verjährung aus.⁵¹ Diese Ansicht betrachtet die Rechtslage statisch, indem sie auf den Zeitpunkt abstellt, zu dem die

⁵⁰ Westermann, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 438 Rn. 36.

⁵¹ OLG Schleswig VersR 1987, 624 (625).

Haftung über den VSD begründet wurde. Im Moment des Abschlusses des Werkvertrags – einschließlich des VSD als gesetzlich-schuldrechtlichem Annex – sei der Käufer aufgrund der Gewährleistungsansprüche nicht schutzwürdig. Ein späterer Eintritt der Schutzwürdigkeit infolge der Verjährung im Kaufrecht scheidet aus. Nach dieser Ansicht ist K trotz Eintritt der Verjährung nicht schutzwürdig.

An diesem Gedanken knüpft die Gegenansicht an und legt eine dynamische Betrachtung zugrunde.⁵² Sie argumentiert, die Schutzwürdigkeit müsse nicht zwangsläufig zu Beginn bestehen. Diese Ansicht stützt sich auf die kurze Verjährungsfrist im Kaufrecht. Sie verkürze die Gewährleistungsansprüche zugunsten des Verkäufers, sodass zumindest die Ansprüche im Werkvertragsrecht mit Eintritt der Verjährung aufleben müssten. Nach dieser Ansicht ist K mit Eintritt der Verjährung am 4.10.2022 schutzwürdig.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Für die erste Ansicht streitet, dass sie für klare Verhältnisse sorgt. Es bleibt jedoch ungeklärt, warum die kurze Verjährungsfrist im Kaufrecht sich nachteilig auf Ansprüche mit werkvertragsrechtlichem Ursprung auswirken soll – zumal die Ansprüche sich gegen verschiedene Personen richten. Auf diese Weise würde das abgestufte System der Regelverjährung unterlaufen. Mithin steht der Eintritt der Verjährung der Schutzwürdigkeit nicht entgegen. Vielmehr unterstreicht die fehlende Möglichkeit eines Rücktritts vom Kaufrecht die Schutzwürdigkeit der K.

Anmerkung: Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Schuldner dem Dritten analog § 334 BGB seine Einwendungen entgegenhalten kann.⁵³ Diese Analogie beruht auf dem Gedanken, dass der Dritte gegenüber dem Schuldner nicht besser stehen darf als der Gläubiger.

ee) Zwischenergebnis

Folglich ist K seit dem 4.10.2022 schutzwürdig.

e) Zwischenergebnis

Somit sind die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte erfüllt.

2. Pflichtverletzung: Mangelhaftigkeit des Werkes bei Abnahme

Das Gutachten der T ist bei der Abnahme objektiv unrichtig; es weist nicht den objektiven Zustand des Pferdes aus und führt zu einem abweichenden Gegenstandswert. Es hat insofern nicht die vereinbarte Beschaffenheit (§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB). Es ist daher mangelhaft. Hierdurch wurden Rechte der K beeinträchtigt. Eine Pflichtverletzung gegenüber K liegt vor.

3. Vertretenmüssen

T hat ein falsches Gutachten abgegeben. Gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wird das Vertretenmüssen vermutet.

⁵² OLG Köln NJW-RR 1992, 49; OLG Kiel VersR 1992, 625; BGHZ 87, 239.

⁵³ Hierzu *Pinger/Behme*, JuS 2008, 675 (676).

4. Schaden

T hat Schadensersatz i.H.v. 12.000 € zu leisten.

5. Zwischenergebnis

Mithin hat K gegen T einen Anspruch i.H.v. 12.000 € aus §§ 643 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

IV. Zwischenergebnis

Folglich ist die Klage der K schlüssig.

F. Ergebnis

Das Landgericht Münster wird somit ein Versäumnisurteil erlassen und der Klage der K stattgeben.

Aufgabe 2

Fraglich ist, nach welchem Sachrecht sich etwaige Ansprüche von K gegen T richten.

I. Anwendbares Kollisionsrecht

Zunächst ist zu prüfen, welches Kollisionsrecht auf etwaige Ansprüche der K Anwendung findet. Diesbezüglich ist das autonome IPR am Ort des zuständigen Gerichts – namentlich das EGBGB – maßgeblich.

1. Auslandsbezug

Es müsste ein Sachverhalt mit Auslandsbezug gegeben sein, Art. 3 EGBGB a.E.

Ein Auslandsbezug ist gegeben, wenn der Sachverhalt unmittelbar Berührungspunkte zu einem anderen Rechtssystem aufweist (sog. Anknüpfungsmomente). Hierzu können die Staatsangehörigkeit, der Wohnsitz, der Handlungsort oder der gewöhnliche Aufenthalt zählen. Ein gewichtiges Anknüpfungsmoment ist – aufgrund seiner Klarheit – die Staatsangehörigkeit.

Die britische Staatsangehörige K kauft auf einer Auktion in Deutschland von V ein Pferd, das zuvor von der in Münster ansässigen Tierärztin T untersucht worden ist.⁵⁴

Mithin ist ein Sachverhalt mit Auslandsbezug gegeben.

Anmerkung: Teilweise wird die Legaldefinition in Art. 3 EGBGB als eine überflüssige Klarstellung dahingehend verstanden, dass deutsche Gerichte das autonome IPR Deutschlands anzuwenden haben.⁵⁵ Konsequenter Weise lehnen die Vertreter dieser Ansicht eine abstrakte Vorprüfung des Auslandsbezugs ab. Dem ist zumindest in der Klausur entgegenzuhalten, dass der Einstieg über Art. 3

⁵⁴ Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte und in Anbetracht der Belegenheit des Gestüts in England darf auch unterstellt werden, dass K dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat.

⁵⁵ Lorenz, Vorlesungsfolien IPR 2022, abrufbar unter <https://lorenz.userweb.mwn.de/lehre/ipr/iprfolien.pdf> (13.9.2023).

EGBGB dem Bearbeiter einen strukturierten Zugang ermöglicht.

2. Vorrang europäischer Rechtsakte

Ferner dürfte der Anwendungsbereich des EGBGB nicht durch europäische Verordnungen verdrängt worden sein. Vorliegend kommt die Rom I-VO in Betracht, vgl. Art. 3 Nr. 1 lit. b EGBGB. Dafür müsste die Rom I-VO in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht einschlägig sein.⁵⁶

a) Sachlich

Der sachliche Anwendungsbereich der Rom I-VO müsste eröffnet sein.

Die Verordnung ist auf vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt anwendbar, Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO. Ausnahmetatbestände sind in Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO vorgesehen. Dem Begriff des vertraglichen Schuldverhältnisses liegt ein verordnungsautonomes Verständnis zugrunde, das im Einzelfall von der nationalen Definition abweichen kann. Der EuGH greift zur Abgrenzung gegenüber den außervertraglichen Schuldverhältnissen auf das Kriterium der Freiwilligkeit zurück: Schuldverhältnisse sind als vertraglich zu qualifizieren, wenn die Beteiligten die Verpflichtung freiwillig eingegangen sind.⁵⁷ Vorliegend stützt K ihre Ansprüche auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Fraglich ist, inwieweit die Haftung aufgrund dieser (richterrechtlichen) Rechtsfigur als freiwillig anzusehen ist.⁵⁸

Nach einer Ansicht in der Literatur ist die Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter die Rom I-VO zu subsumieren.⁵⁹ Diese Ansicht stützt sich auf das vertragliche Fundament, von dem sich der Anspruch Dritter ableitet. Ihre Vertreter argumentieren, dass die fehlende Berührung zwischen Anspruchsverpflichteten und Drittem nichts an dem rechtsgeschäftlichen Kontakt ändere, dem der Anspruch zugrunde liege. Insofern sei auch das Kriterium der Freiwilligkeit – zumindest mittelbar – gewahrt. Nach dieser Ansicht ist der sachliche Anwendungsbereich der Rom I-VO eröffnet.

Die h.M. tritt dieser Einschätzung entgegen und nimmt ein außervertragliches Schuldverhältnis nach Rom II-VO an.⁶⁰ Sie stellt auf die Beweggründe hinter dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ab; namentlich, dass dieser die Schwächen des deutschen Deliktsrechts kompensieren soll. Diese Erwägung schlage auf die autonome Auslegung im europäischen Kollisionsrecht durch und erzeuge eine Nähe zu den außervertraglichen Schuldverhältnissen. Ergänzend wird ein restriktives Verständnis von Freiwilligkeit gefordert, das allein auf die Beziehung des vertragsfremden Dritten zum Anspruchsgegner abstellt. Diese konkrete Haftung sei nie freiwillig eingegangen, sondern ein unfreiwilliger Annex zum Vertragsverhältnis. Nach dieser Ansicht ist der sachliche Anwendungsbereich der Rom II-VO eröffnet.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Der erstgenannten Ansicht ist zuzugestehen, dass sie eine einheitliche Anknüpfung aller Ansprüche im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis gewährleistet. Zugleich legt die dogmatische Nähe des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gegenüber der *culpa in contrahendo*

⁵⁶ Allgemein zu den Rom-Verordnungen *Staudinger/Steinrötter*, JA 2011, 241 ff.

⁵⁷ EuGH NJW 2002, 3159; EuGH NJW 2005, 811; *Junker*, in: MüKo-BGB, Bd. 13, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 1 Rn. 15; *Knöfel*, in: NK-BGB, Bd. 6, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 1 Rn. 3.

⁵⁸ Offen gelassen BGH NJW 2020, 1514 (1516); umfassend *Dutta*, IPRax 2009, 293 ff.

⁵⁹ *Knöfel*, in: NK-BGB, Bd. 6, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 1 Rn. 4; *Magnus*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, Rom II-VO Art. 1 Rn. 38.

⁶⁰ OGH IPRax 2009, 354; *Martiny*, in: MüKo-BGB, Bd. 13, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 1 Rn. 16; *Freitag*, IPRax 2016, 418 (421).

eine außervertragliche Qualifikation nahe: Wenn *vorvertragliche* Schutzpflichten gem. Art. 2 Abs. 1, 12 Rom II-VO außervertraglich sind, muss dies freilich auch für *nachvertragliche* Schutzpflichten gelten. Den finalen Ausschlag gibt das Telos des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: Das Bedürfnis einer Lückenschließung kann nur vom anwendbaren Deliktsrecht beantwortet werden. Somit sprechen die besseren Argumente für die h.M. Im Übrigen ist eine Bereichsausnahme nach Art. 1 Abs. 2 Rom II-VO nicht ersichtlich, sodass der sachliche Anwendungsbereich der Rom II-VO eröffnet ist.

b) Räumlich

Der räumliche Anwendungsbereich der Rom II-VO müsste eröffnet sein.

Räumlich anwendbar ist die Rom II-VO auf grenzüberschreitende Sachverhalte, die vor ein zuständiges Gericht der Mitgliedstaaten getragen werden, Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom II-VO. Hiervon ausgenommen ist Dänemark, vgl. Art. 1 Abs. 4 Rom II-VO. Die Verordnung genießt gem. Art. 3 Abs. 2 Rom II-VO universelle Anwendung (*loi uniforme*), sodass es unbeachtlich ist, ob der Sachverhalt Bezüge zu einem Mitglied- oder Drittstaat aufweist.⁶¹ Umgekehrt folgt aus dem *loi uniforme*-Grundsatz auch, dass ein drittstaatliches Deliktsstatut zur Anwendung berufen werden kann.

K erhebt Klage vor dem Landgericht Münster, das laut Bearbeitungsvermerk international zuständig ist. Der Austritt des Vereinigten Königreichs („Brexit“) ist angesichts der universellen Anwendung unbeachtlich.

Somit ist die Rom II-VO räumlich anwendbar.

c) Intertemporal

Die Rom II-VO müsste auch zeitlich Anwendung finden.

Die Verordnung ist auf schadensbegründende Ereignisse ab dem 11.1.2009 anwendbar, Art. 31, 32 Rom II-VO. Der Abschluss des Kaufvertrags oder des Werkvertrags sind unerheblich. Schadensbegründend ist allein die Ankaufsuntersuchung vom 4.10.2020.

Somit ist der zeitliche Anwendungsbereich eröffnet.

d) Konkurrenzen

Etwaige Konkurrenzen mit anderen europäischen oder völkerrechtlichen Übereinkommen i.S.v. Art. 27, 28 Rom II-VO sind nicht ersichtlich. Insbesondere sieht das Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und Großbritannien keine vorrangigen Regelungen vor.⁶²

e) Zwischenergebnis

Somit ist die Rom II-VO auf den Sachverhalt anwendbar und verdrängt das autonome Kollisionsrecht der Bundesrepublik Deutschland im Wege des Anwendungsvorrangs, vgl. Art. 3 Nr. 1 lit. a EGBGB.

⁶¹ *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2022, Rom II-VO Art. 1 Rn. 9; *Weller/Hategan*, JuS 2016, 1063.

⁶² Ausführlich zu grenzüberschreitenden Zivilverfahren post-Brexit siehe *Steinbrück/Lieberknecht*, EuZW 2021, 517.

II. Qualifikation nach Rom II-VO

Fraglich ist, nach welcher Kollisionsnorm der Rom II-VO der Sachverhalt zu qualifizieren ist.

1. Rechtswahl

Die Parteien haben keine Rechtswahl getroffen, Art. 14 Rom II-VO.

Anmerkung: Eine Rechtswahl in einem Vertrag, der potentiell Schutzwirkungen zugunsten Dritter entfaltet, würde keine Rechtswahl i.S.v. Art. 14 Rom II-VO darstellen.

2. Sonderkollisionsrecht

Anhaltspunkte für die Qualifikation nach Art. 5–9 Rom II-VO sind nicht ersichtlich.

Anmerkung: In Anbetracht der (eingangs erwähnten) Nähe zur *culpa in contrahendo* könnte man kurz an Art. 12 Rom II-VO denken. Hiergegen spricht, dass die Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gemeinhin dem Kapitel II „Unerlaubte Handlung“ zugeordnet wird.⁶³ Hintergrund ist die autonome Auslegung der Rom II-VO, die die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss restriktiver als der deutsche Gesetzgeber versteht.

3. Allgemeine objektive Anknüpfung

Es verbleibt der Rückgriff auf die allgemeine objektive Kollisionsnorm des Art. 4 Rom II-VO. Fraglich ist, nach welchem Absatz sich das anwendbare Sachrecht richtet.

a) Gewöhnlicher Aufenthalt

Zunächst könnte der gewöhnliche Aufenthalt der Parteien als Anknüpfungspunkt dienen, Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO.

K hat – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte und in Anbetracht der Belegenheit des Gestüts in England – ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich. T ist als Tierärztin in Münster niedergelassen, sodass ihr gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland liegt. Ein übereinstimmender gewöhnlicher Aufenthaltsort liegt somit nicht vor.

Folglich scheidet eine Qualifikation nach Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO aus.

Anmerkung: Die Anknüpfung über den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien ist stets vorrangig zu prüfen.⁶⁴

b) Ort des Schadenseintritts

Stattdessen könnte auf den Ort abgestellt werden, an dem der Schaden eingetreten ist

⁶³ Dutta, IPRax 2009, 293 (297).

⁶⁴ Lehmann, in: NK-BGB, Bd. 6, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 4 Rn. 5.

Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO stellt ausschließlich auf den Erfolgsort ab (*lex loci damni*) und – abweichend von Art. 40 EGBGB – nicht etwa auf den Handlungsort.⁶⁵ Wenn der Schaden auf eine Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder des Eigentums zurückzuführen ist, wird auf den Ort abgestellt, an dem die Rechtsgutverletzung begangen worden ist.⁶⁶ Anders verhält es sich für Vermögensschäden, bei denen es auf die Belegenheit des Vermögens ankommt.

Zum Zeitpunkt der Begutachtung stand die Stute noch nicht im Eigentum der K, sodass eine Anknüpfung an den Ort der Untersuchung (Münster) ausscheidet. Vielmehr schädigt die fehlerhafte Begutachtung das Vermögen der K, indem sie eine Ware weit über ihrem tatsächlichen Gegenstandswert erwirbt. Das Vermögen ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte in Großbritannien belegen.

Somit ist nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO das Recht des Vereinigten Königreichs anwendbar.

Anmerkung: Ausführungen zum interlokalen Privatrecht innerhalb des Vereinigten Königreichs sind nicht zu erwarten. Umgekehrt wäre es fehlerhaft, unkritisch auf das Recht von England und Wales abzustellen. Insofern genügt der Hinweis, dass das Recht des Vereinigten Königreichs Anwendung findet.

c) Ausweichklausel

Fraglich ist, ob der vorliegende Sachverhalt eine Korrektur nach Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO erfordert.

Die Vorschrift ermöglicht in Ausnahmefällen eine Auflockerung des Statuts nach Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Rom II-VO, um Gerechtigkeit im Einzelfall zu erzielen. Erforderlich ist eine offensichtlich engere Verbindung zum Recht eines anderen Staats, die anhand einer Gesamtwürdigung der Umstände erfolgt. Die Anforderungen an eine derartige Verbindung sind sehr hoch, weil die Ausweichklausel der Rechtssicherheit entgegensteht. In der Folge ist von der Vorschrift möglichst zurückhaltend Gebrauch zu machen. Regelmäßig nennt Art. 4 Abs. 3 S. 2 Rom II-VO ein bestehendes Vertragsverhältnis zwischen den Parteien.

Zunächst erscheint es nicht fernliegend, die übrigen Rechtsverhältnisse des Sachverhalts in die Gesamtumstände einzubeziehen. Erstens wurde zwischen V und T ein Werkvertrag geschlossen, aus dem die Schutzwirkungen zugunsten von K abgeleitet werden. Auf diesen Vertrag ist gem. Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO das materielle Recht Deutschlands anwendbar. Zweitens wurde zwischen V und K ein Kaufvertrag geschlossen, der gem. Art. 4 Abs. 1 lit. g Rom I-VO ebenfalls dem deutschen Sachrecht unterliegt. Diesen Verträgen muss man jedoch entgegenhalten, dass sie keine bereits bestehenden Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien i.S.v. Art. 4 Abs. 3 S. 2 Rom II-VO darstellen. Umgekehrt geht von der Formulierung höchstens eine Regelwirkung aus („insbesondere“), sodass die Verträge nicht per se aus der Gesamtbetrachtung ausscheiden.⁶⁷ Für ihre Einbeziehung spricht vielmehr die sachliche Nähe zur gegenständlichen Frage, sodass sie für die Qualifikation weiterhin erheblich sind.

Ein weiterer, relevanter Umstand ist der Ort der Begutachtung der Stute. Auf diesen Tatort ist letztlich der Vermögensschaden der K zurückzuführen. Die Ankaufsuntersuchung hat in Deutschland stattgefunden. Nun hat sich der Gesetzgeber in Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO jedoch bewusst für den Ort des Schadenseintritts entschieden. Diese Überlegung muss bei Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO jedoch außer

⁶⁵ Lehmann, in: NK-BGB, Bd. 6, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 4 Rn. 75 ff.

⁶⁶ Dutta, IPRax 2009, 293 (297).

⁶⁷ So Junker, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 4 Rn. 46; a.A. Spickhoff, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2022, Rom II-VO Art. 4 Rn. 14.

Betracht bleiben, weil die Norm bewusst einen weiten Spielraum bietet. Andernfalls würde ihre korrigierende Wirkung gegenüber Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO fehlgehen. Stattdessen erscheint es im vorliegenden Fall künstlich, auf die Belegenheit der Vermögenswerte der K abzustellen; in Anbetracht des Einsatzes eines Vermögensverwalters in der Schweiz kann deren Belegenheit durchaus beliebig sein. So wäre der Berufung auf einen zufälligen Erfolgsort Tür und Tor geöffnet.

Ausschlaggebend erscheint letztlich, dass die Anknüpfung bislang über die allgemeine Regelung in Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO erfolgt. Diesen Gesichtspunkt kann man wie folgt fruchtbar machen: Je spezieller eine deliktsrechtliche Kollisionsregel ist, desto weniger kommt eine Auflockerung in Betracht. Im Umkehrschluss steht Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO einer anderweitigen Anknüpfung relativ am wenigsten im Weg.

Somit ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände eine engere Verbindung zur Bundesrepublik Deutschland.

Anmerkung: Die Gegenansicht ist genauso gut vertretbar.⁶⁸ Bearbeiter sollten insbesondere auf den restriktiven Charakter von Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO abstellen, der sich nicht zuletzt auch aus der Formulierung „offensichtlich“ ergibt. Auch die zugrundeliegende Erwägung einheitlicher Rechtsanwendung kann herangezogen werden. Der Anknüpfung an die übrigen Rechtsverhältnisse des Sachverhalts kann entgegengetreten werden, indem man in Abgrenzung zu Art. 41 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB darauf verweist, dass nur ein „Rechtsverhältnis“ zwischen den Parteien und gerade nicht deren tatsächliche Beziehung relevant ist.

4. Zwischenergebnis

Folglich richtet sich das anwendbare Sachrecht nach Art. 4 Abs. 3 S. 1 Rom II-VO. Die Reichweite des Deliktsstatuts richtet sich nach Art. 15 Rom II-VO.

III. Ergebnis

Mithin findet das materielle Recht der Bundesrepublik Deutschland auf den Sachverhalt Anwendung.

⁶⁸ Dutta, IPRAx 2009, 293 (298).

Examensübungsklausur Immobiliarsachenrecht: Eine Vormerkung kommt selten allein

Wiss. Mitarbeiter Philip Mayer, Stud. Hilfskraft Florian Juri Holste, Münster*

Der Sachverhalt ist leicht abgewandelt dem Urteil des BGH vom 9.12.2022¹ nachgebildet und behandelt zahlreiche Grundsatzfragen des Grundbuchberichtigungsanspruchs aus § 894 BGB, der Vormerkung und des gutgläubigen, lastenfreien Erwerbs der Vormerkung. Im Zentrum des Falles steht die seit jeher umstrittene Frage des gutgläubigen Zweiterwerbs der Vormerkung. Der hohe Schwierigkeitsgrad der Klausur ergibt sich zuvorderst aus dem komplexen Sachverhalt, der zunächst gründlich strukturiert und dann chronologisch durchgeprüft werden muss. Mit fundierten immobiliarsachenrechtlichen Kenntnissen und einem soliden Handwerkszeug ist dieser „Klassiker“ des Sachenrechts zu bewältigen. Die im Vordergrund stehenden Grundsatzfragen machen den Fall besonders attraktiv für Prüfungsämter, sodass sich die Lektüre insbesondere für Examenskandidaten lohnt.

Ausgangsfall

A hat 1991 ein Grundstück von der vormaligen Eigentümerin (E) erworben. Zu seinen Gunsten wurde auch eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. 2014 verkauft E das Grundstück sodann erneut, dieses Mal an die Streithelferin S. Dabei wird auch der Eigentumserwerbsanspruch der S durch eine Vormerkung zu ihren Gunsten gesichert. Die zugunsten des A eingetragene vorrangige Vormerkung wurde am 2.5.2017 im Grundbuch unberechtigt gelöscht.

Mit Vertrag vom 15.5.2017 verkaufte S das Grundstück an die Klägerin K und trat dieser den durch die Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruch aus dem Kaufvertrag mit E ab.

Gegen die Löschung der zugunsten des A eingetragenen Vormerkung wurden im Juni 2017 ein Amtswiderspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO und ein Widerspruch des A nach § 899 BGB in das Grundbuch eingetragen. Am 12.3.2018 haben E und K sodann die Auflassung erklärt. Anschließend erfolgte die Eintragung der K in das Grundbuch.

Frage

Kann K von A die Zustimmung zur Löschung des Widerspruchs im Grundbuch verlangen?

Abwandlung

S tritt nicht nur den durch die Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruch aus dem Kaufvertrag an K ab, sondern erteilt ihr zugleich die Ermächtigung, die geschuldete Leistung in Empfang zu nehmen. Nunmehr wurde S am 3.1.2018 zunächst als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Erst anschließend erfolgte zwischen S und K die Auflassung am 12.3.2018. Daraufhin erfolgt die Eintragung der K als Eigentümerin in das Grundbuch.

* Der Autor Mayer ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (Zivilrechtliche Abteilung, Prof. Dr. Thomas Hoeren) an der Universität Münster. Der Autor Holste ist Stud. Hilfskraft ebenda.

¹ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V ZR 91/21 = DNotZ 2023, 271 = BeckRS 2022, 40727 = MDR 2023, 287 = ZIP 2023, 1128.

Erneut verlangt K von A die Zustimmung zur Löschung der Widersprüche im Grundbuch. Zu Recht?

Bearbeitungsvermerk

Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.

Lösungsvorschlag

Ausgangsfall	1015
A. K gegen A auf Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB	1015
B. K gegen A auf Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB analog	1015
I. Analoge Anwendung	1015
1. Planwidrige Regelungslücke	1015
2. Vergleichbare Interessenlage.....	1016
II. Unrichtigkeit des Grundbuchs	1016
1. Formelle Rechtslage hinsichtlich der Widersprüche.....	1016
2. Materielle Rechtslage hinsichtlich der Widersprüche	1016
a) Formelle Rechtslage hinsichtlich der Löschung.....	1016
b) Materielle Rechtslage hinsichtlich der Löschung.....	1017
aa) Gutgläubiger lastenfreier Erwerb der S.....	1017
bb) Gutgläubiger lastenfreier Erwerb der K.....	1017
(1) Auflassung gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB	1017
(2) Eintragung	1017
(3) Berechtigung.....	1017
(4) Vorliegen eines Rechtsgeschäftes im Sinne eines Verkehrs-	
geschäftes.....	1017
(5) Legitimation der E durch das Grundbuch	1018
(6) Gutgläubigkeit der K gem. § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 2 BGB.....	1018
(7) Keine Eintragung eines Widerspruchs gem. § 892 Abs. 1 S. 1	
Hs. 2 Alt. 1 BGB	1018
(8) Vorheriger Erwerb einer Vormerkung.....	1018
(a) Abtretung des zu sichernden Anspruchs, § 398 S. 1 BGB ..	1018
(b) Berechtigung der S bezüglich des zu sichernden	
Anspruchs	1018
(c) Übergang der Vormerkung.....	1019
(aa) Herrschende Meinung	1019
(bb) Andere Auffassung.....	1019

(cc) Stellungnahme	1019
(d) Berechtigung der S bezüglich der Vormerkung	1019
(aa) Bestehen des zu sichernden Anspruchs auf Eigentums- übertragung (§ 883 Abs. 1 BGB)	1019
(bb) Bewilligung und Eintragung in das Grundbuch	1020
(cc) Berechtigung der E	1020
(dd) Zwischenergebnis	1020
(e) Gutgläubiger lastenfreier Erwerb der Vormerkung, § 892 Abs. 1 S. 1 BGB analog ggf. i.V.m. § 893 Alt. 2 BGB (analog)	1020
(aa) Eine Auffassung	1020
(bb) Herrschende Auffassung	1020
(cc) Stellungnahme	1021
(dd) Zwischenergebnis	1022
(f) Maßgeblicher Zeitpunkt des Gutgläubenserwerbs	1022
(aa) Zeitpunkt des Vollrechtserwerbs	1022
(bb) Zeitpunkt des Eintragungsantrags	1022
(cc) Stellungnahme	1023
(g) Zwischenergebnis	1023
(9) Zwischenergebnis	1023
cc) Zwischenergebnis	1023
c) Zwischenergebnis	1023
3. Zwischenergebnis	1023
III. Beeinträchtigung eines Grundstücksrechts des Anspruchstellers	1023
IV. Durch ein eingetragenes Recht des Anspruchsgegners	1024
V. Ergebnis	1024
Abwandlung	1024
A. Unrichtigkeit des Grundbuchs	1024
I. Auflassung und Eintragung nach §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB	1024
II. Berechtigung	1024
III. Besondere Voraussetzungen des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs	1025
IV. Zwischenergebnis	1025
B. Beeinträchtigung eines Grundstücksrechts des Anspruchstellers	1026
C. Durch ein eingetragenes Recht des Anspruchsgegners	1026
D. Ergebnis	1026

Ausgangsfall

A. K gegen A auf Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB

Ein Anspruch der K gegen A auf Erteilung der Zustimmung zur Löschung der eingetragenen Widersprüche könnte sich aus § 894 BGB ergeben. Voraussetzung dafür ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs. Die Unrichtigkeit muss sich dabei jedoch auf eintragungsfähige Grundstücksrechte, Rechten daran oder Verfügungsbeschränkungen i.S.d. § 892 Abs. 1 BGB beziehen.² Für die Berichtigung von Widersprüchen ist § 894 BGB daher nicht unmittelbar anwendbar.

B. K gegen A auf Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB analog

Jedoch könnte sich ein solcher Anspruch aus einer analogen Anwendung des § 894 BGB ergeben.

I. Analoge Anwendung

Dazu müsste eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage bestehen.³

1. Planwidrige Regelungslücke

Das Gesetz stellt dem wahren Berechtigten für den Fall eines zu Unrecht eingetragenen Widerspruchs, der also materiell-rechtlich nicht mehr besteht, keine Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung.⁴ Insoweit fehlt es an einer Regelung, die dem wahren Berechtigten einen Anspruch auf Erteilung der nach § 19 GBO erforderlichen Erklärung gegen den Begünstigten verschafft, der auf die Löschung des zu Unrecht eingetragenen Widerspruchs im Grundbuch gerichtet ist.⁵ Bei systematischer Betrachtung der §§ 894, 899 BGB kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den formell Benachteiligten schutzlos stellen wollte.⁶ Demnach liegt eine planwidrige Regelungslücke vor.

Hinweis: Die nach § 22 Abs. 1 S. 1 GBO bzw. i.R.d. § 71 Abs. 2 S. 2 GBO bestehende Möglichkeit, eine Berichtigung ohne Bewilligung des Anspruchsgegners zu erreichen, steht selbständig neben einem Anspruch aus § 894 BGB.⁷

² H. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 894 Rn. 1.

³ Zu den Voraussetzungen einer Einzel- bzw. Gesamtanalogie Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, Rn. 383 ff.

⁴ Eine Anwendung von § 1004 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, vgl. Picker, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 1004 Rn. 92.

⁵ Hertel, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2021, § 899 Rn. 70 m.w.N.

⁶ Die Feststellung der Planwidrigkeit einer Regelungslücke bereitet in einer Klausursituation häufig Schwierigkeiten, weil keine Gesetzesmaterialien zur Auswertung vorliegen. Kandidaten sollten daher versuchen, die Planwidrigkeit unter Rückgriff auf die juristischen Auslegungsmethoden zu begründen.

⁷ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (274).

2. Vergleichbare Interessenlage

Es müsste auch eine vergleichbare Interessenlage vorliegen.⁸ Durch einen Widerspruch wird die Verfügungsfähigkeit faktisch stark behindert, da viele Kaufinteressenten durch die Gefahr der Unrichtigkeit des Grundbuchs abgeschreckt werden.⁹ § 894 BGB gilt daher entsprechend für den eingetragenen wahren Berechtigten, der die Löschung eines (Amts-)Widerspruchs erreichen möchte, dessen Eintragung der vermeintlich Berechtigte zu Unrecht erwirkt hat.¹⁰ Gerichtet ist der Anspruch auf die nach § 19 GBO formell-rechtlich erforderliche Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs durch den zu Unrecht Begünstigten.¹¹ Eine vergleichbare Interessenlage liegt damit vor.

Folglich ist § 894 BGB entsprechend auf zu Unrecht eingetragene Widersprüche anzuwenden.

II. Unrichtigkeit des Grundbuchs

Sodann dürfte der Inhalt des Grundbuchs analog § 894 BGB in Ansehung etwaig zu Unrecht eingetragener Widersprüche mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang stehen.

Vorausgesetzt wird insoweit ein Abweichen von formeller und materieller Rechtslage.

1. Formelle Rechtslage hinsichtlich der Widersprüche

Formell ist zugunsten des A ein Amtswiderspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO und ein Widerspruch des A nach § 899 Abs. 1 BGB gegen die Löschung der Vormerkung im Grundbuch eingetragen.

Hinweis: In dieser Konstellation kann der Feststellungsstil verwendet werden.

2. Materielle Rechtslage hinsichtlich der Widersprüche

Die zugunsten des A eingetragenen Widersprüche müssten materiell unrichtig sein. Das ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 899 Abs. 1 BGB sowie des § 53 Abs. 1 S. 1 GBO im Zeitpunkt der Eintragung nicht vorlagen.¹²

Gem. § 899 Abs. 1 S. 1 BGB kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs in den Fällen des § 894 BGB eingetragen werden. Gleiches gilt für den Amtswiderspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO.¹³ Dies setzt voraus, dass eine tatsächliche Unrichtigkeit des Grundbuchs bzw. eine materielle Rechtslage vorliegt, die gem. § 894 BGB für einen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung erforderlich ist.¹⁴

Folglich bedarf es einer Abweichung von formeller und materieller Rechtslage.

a) Formelle Rechtslage hinsichtlich der Löschung

Nach formeller Rechtslage wurde die Vormerkung am 2.5.2017 im Grundbuch gelöscht.

⁸ Meier/Jocham, JuS 2016, 392 (396).

⁹ H. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 894 Rn. 18; Schreiber, Jura 2005, 241 (242).

¹⁰ RGZ 163, 62; BGH NJW 1969, 93; BGH NJW-RR 2006, 1242; OLG Brandenburg FGPrax 2018, 55 = BeckRS 2018, 768 Rn. 6.

¹¹ H. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 894 Rn. 1; Hertel, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2021, § 894 Rn. 70.

¹² H.-W. Eckert, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 894 Rn. 3.

¹³ BGH NJW 1962, 963; BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (273).

¹⁴ OLG Hamm BeckRS 2018, 43690 (43690).

b) Materielle Rechtslage hinsichtlich der Löschung

Die erfolgte Löschung der Vormerkung müsste demnach materiell unrichtig sein. Das ist der Fall, wenn die Auflassungsvormerkung zugunsten des A tatsächlich weiter Bestand hatte.

Vorliegend wurde die Auflassungsvormerkung zu Unrecht gelöscht. Das Grundbuch ist daher hinsichtlich der Löschung der Vormerkung unrichtig i.S.d. § 894 BGB.

Allerdings könnten zunächst A oder unmittelbar K gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1, 891 Abs. 2, 892 Abs. 1 S. 1 BGB gutgläubig lastenfrem Eigentum am Grundstück erworben haben. Dadurch wäre die (vorrangige) Vormerkung untergegangen.¹⁵

aa) Gutgläubiger lastenfrem Erwerb der S

Da bei der Begründung der Vormerkung im Jahr 2014 die zugunsten des A eingetragene Vormerkung noch nicht gelöscht wurde, kommt ein gutgläubiger Erwerb durch S aufgrund ihrer zu dem Zeitpunkt bestehenden Bösgläubigkeit i.S.d. § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB nicht in Betracht.¹⁶

bb) Gutgläubiger lastenfrem Erwerb der K

Jedoch könnte K gutgläubig (lastenfremes) Eigentum an dem Grundstück gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1, 891 Abs. 2, 892 Abs. 1 S. 1 BGB erworben haben.

(1) Auflassung gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB

Eine dingliche Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB über die Übertragung des Grundstückseigentums in der Form des § 925 Abs. 1 S. 1 BGB (Auflassung) liegt vor.¹⁷

(2) Eintragung

K ist zudem als neue Eigentümerin im Grundbuch eingetragen worden.

Hinweis: Das Einigsein ist hier unproblematisch und muss daher nicht angesprochen werden.

(3) Berechtigung

E müsste zudem zur Verfügung über das Grundstück berechtigt sein. E war als Eigentümerin des Grundstücks Verfügungsbefugte. Die Vormerkung bewirkt dabei keine Grundbuchsperrung; etwaige vormerkungswidrige Verfügungen sind gem. § 883 Abs. 1 S. 1 BGB nur relativ gegenüber dem Vormerkungsberechtigten unwirksam.¹⁸ E war daher zur Verfügung über das Grundstück berechtigt.

(4) Vorliegen eines Rechtsgeschäftes im Sinne eines Verkehrsgeschäftes

Ein gutgläubiger lastenfrem Erwerb ist nur bei Rechtsgeschäften im Sinne von Verkehrsgeschäften möglich.¹⁹ Die dafür erforderliche Personenverschiedenheit von Erwerber und Veräußerer ist, mangels rechtlicher noch wirtschaftlicher Identität der E und K, gegeben.

¹⁵ Zu den Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 13 Rn. 40 ff.

¹⁶ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (276).

¹⁷ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 22 Rn. 1.

¹⁸ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 9; *Artz*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 883 Rn. 30 f.

¹⁹ *Hertel*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.4.2021, § 892 Rn. 29 f.

(5) Legitimation der E durch das Grundbuch

Die Legitimation der E zur Verfügung folgt aus dem Grundbuch als Rechtsscheinträger.²⁰

Die Auflassungsvormerkung wurde zu Unrecht gelöscht, sodass das Grundbuch nach der Löschung unrichtig i.S.d. § 894 BGB war (siehe oben).

(6) Gutgläubigkeit der K gem. § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 2 BGB

K dürfte gem. § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 2 BGB beim Erwerb des Rechts nicht bösgläubig gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuchs kennt.²¹ Grob fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers genügt – anders als i.R.d. § 932 Abs. 2 BGB – nicht zur Begründung der Bösgläubigkeit. K hatte weder positive Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Demnach ist ein gutgläubiger Erwerb nicht nach § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 2 BGB ausgeschlossen. Vielmehr wird nach § 891 Abs. 2 BGB vermutet, dass die Vormerkung nicht besteht.

(7) Keine Eintragung eines Widerspruchs gem. § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 1 BGB

Ein gutgläubiger Grundstückserwerb könnte jedoch gem. § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 1 BGB ausgeschlossen sein, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist. Vorliegend wurden bereits im Juni 2017 die Widersprüche (nach § 899 Abs. 1 BGB sowie in Form eines Amtswiderspruchs gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO) gegen die Löschung der Auflassungsvormerkung der A eingetragen, sodass ein gutgläubig lastenfreier Erwerb nach § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 Alt. 1 BGB ausscheiden muss.

(8) Vorheriger Erwerb einer Vormerkung

K könnte jedoch bereits vor der Eintragung der Widersprüche (durch Abtretung des gesicherten Anspruchs) eine erstrangige Vormerkung erworben und so die Vormerkung der A zum Erlöschen gebracht haben.²² Dies gilt selbst dann, wenn später ein Widerspruch gegen die Löschung der Vormerkung zugunsten der Klägerin eingetragen ist.

(a) Abtretung des zu sichernden Anspruchs, § 398 S. 1 BGB

Als streng akzessorisches Sicherungsmittel geht die Vormerkung nach § 401 BGB analog nur bei einer wirksamen Abtretung der zugrundeliegenden Forderung nach den §§ 398 ff. BGB auf den Forderungserwerber über.²³ Ein dafür erforderlicher Abtretungsvertrag i.S.d. § 398 BGB zwischen S und K hinsichtlich des Anspruchs auf Übertragung des Grundstückes aus dem Kaufvertrag liegt vor. Die Abtretung ist auch nicht nach §§ 399, 400 BGB ausgeschlossen.

(b) Berechtigung der S bezüglich des zu sichernden Anspruchs

S war als Inhaberin des Anspruchs auf Eigentumsübertragung aus dem zwischen ihr und E geschlossenen Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zur Abtretung berechtigt.

²⁰ Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 13 Rn. 45.

²¹ RGZ 90, 395 (398); Wolff/Raiser, Sachenrecht, 1957, § 45 I 5b.

²² BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (275).

²³ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 11, 51.

(c) Übergang der Vormerkung

Indem S die Forderung auf Übereignung des Grundstücks an K abgetreten hat, könnte die Vormerkung gem. § 401 Abs. 1 BGB auf K übergegangen sein. Allerdings gehen nach § 401 Abs. 1 BGB nur Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte sowie Rechte aus einer für die Forderung bestellten Bürgschaft über.

Ob im Fall der Vormerkung § 401 Abs. 1 BGB entsprechend angewendet werden kann, wird nicht einheitlich beurteilt.

(aa) Herrschende Meinung

Die h.M. in Rechtsprechung und Literatur vertritt den Standpunkt, dass die Vormerkung als akzessorisches Sicherungsmittel im Falle der Abtretung des zu sichernden Anspruchs diesem analog § 401 BGB folgt.²⁴ Der Gesetzgeber habe keine Regelung für den Übergang unselbständiger Nebenrechte getroffen, sodass eine planwidrige Regelungslücke anzunehmen sei. Zudem sei die Interessenlage bei der Vormerkung als akzessorische Sicherheit vergleichbar zu den in § 401 Abs. 1 BGB genannten Rechten, insbesondere der Hypothek, für die der Gesetzgeber die Akzessorietät in § 1153 BGB ausdrücklich normiert hat.

(bb) Andere Auffassung

Nach anderer Auffassung erfolgt auch der Zweiterwerb der Vormerkung unter Beachtung des grundbuchrechtlichen Publizitätsgrundsatzes, sodass sich der Erwerb entsprechend §§ 873, 925 BGB vollzieht.²⁵ Danach scheidet eine analoge Anwendung des § 401 BGB aus.

(cc) Stellungnahme

Für die h.M. spricht, dass sich der Übergang eines Rechts bzw. des Sicherungsmittels nach der Rechtsnatur bestimmt und nicht nach den Vorschriften, die für die Begründung bzw. Bestellung maßgeblich sind. Dafür sprechen auch die historischen Gesetzgebungsmaterialien.²⁶ Zudem ist die gesetzliche Wertung des § 1153 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen, welche einen Übergang der Hypothek bei Übertragung der Forderung anordnet. Als streng akzessorisches Sicherungsmittel trifft diese Wertung ebenso auf die Vormerkung zu. Insoweit ist der h.M. zu folgen und ein Übergang der Vormerkung nach § 401 BGB anzuerkennen.

(d) Berechtigung der S bezüglich der Vormerkung

Dafür müsste S zur Übertragung der Vormerkung auch berechtigt gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn E der S zuvor wirksam eine Vormerkung an dem Grundstück bestellt hat und S bei der Abtretung zugleich auch die der Vormerkung zugrundeliegenden Forderung innehatte.

(aa) Bestehen des zu sichernden Anspruchs auf Eigentumsübertragung (§ 883 Abs. 1 BGB)

Die Vormerkung setzt als streng akzessorisches Sicherungsrecht zwingend einen zu besichernden

²⁴ RGZ 83, 434 (438 f.); BGHZ 25, 16 (23); BGH NJW 1994, 2947 (2947 f.); BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271; Rohe, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 401 Rn. 5,6; Kieninger, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 401 Rn. 9; Medicus, DNotZ 1990, 275 (281).

²⁵ Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 22 Rn. 16.

²⁶ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, Bd. 2, S. 574.

Mayer/Holste: Eine Vormerkung kommt selten allein

Anspruch voraus.²⁷ Vorliegend hat S gegen E einen Übereignungsanspruch.

(bb) Bewilligung und Eintragung in das Grundbuch

E hat als Berechtigte die Vormerkung bewilligt i.S.d. § 885 Abs. 1 S. 1 BGB. Diese wurde auch in das Grundbuch eingetragen.

(cc) Berechtigung der E

Überdies muss derjenige, der die Vormerkung einräumt, dazu auch berechtigt sein. E war als Eigentümerin berechtigt, K eine Auflassungsvormerkung einzuräumen. Die zugunsten des A eingetragene Vormerkung entfaltet lediglich relative Wirkung und steht der Berechtigung der E daher nicht entgegen.

(dd) Zwischenergebnis

S hat daher die Vormerkung analog § 401 Abs. 1 BGB erworben. Jedoch bewirkt die zugunsten des A eingetragene Vormerkung, dass S eine gegenüber A nachrangige Vormerkung erworben hat (Prioritätsprinzip, § 879 BGB).²⁸

(e) Gutgläubiger lastenfreier Erwerb der Vormerkung, § 892 Abs. 1 S. 1 BGB analog ggf. i.V.m. § 893 Alt. 2 BGB (analog)

K könnte die Vormerkung indes auch gutgläubig lastenfrei, also ohne die Vormerkung des A gem. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB analog ggf. i.V.m. § 893 Alt. 2 BGB (analog) erworben haben. Eine direkte Anwendung der §§ 892 Abs. 1, 893 BGB scheidet aus, da es sich bei der Vormerkung nicht um ein Recht i.S.d. §§ 892, 893 BGB handelt.²⁹

In Betracht kommt jedoch eine analoge Anwendung von § 892 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB. Voraussetzung dafür ist jedoch die Anerkennung eines gutgläubigen Zweiterwerbs der Vormerkung.

(aa) Eine Auffassung

Zum Teil wird ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung analog § 892 Abs. 1 S. 1 BGB abgelehnt. Begründet wird dies insbesondere damit, dass der Übergang der Vormerkung analog § 401 BGB kraft Gesetzes erfolgt, die §§ 892, 893 BGB jedoch sowohl einen rechtsgeschäftlichen Erwerb als auch eine sachenrechtliche Übertragungsform voraussetzen.³⁰

(bb) Herrschende Auffassung

Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur ist der gutgläubige (lastenfreie) Zweiterwerb

²⁷ Vieweg/Lorz, Sachenrecht, 9. Aufl. 2022, § 14 Rn. 5.

²⁸ Zum Prioritätsprinzip Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 17 Rn. 7.

²⁹ Assmann, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 883 Rn. 307 f. m.w.N.; H.-W. Eckert, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 885 Rn. 19; Kessler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 883 Rn. 437.

³⁰ Herrler, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 885 Rn. 19; Canaris, in: FS Flume, Bd. 1, 1978, S. 389; Assmann, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 885 Rn. 163; Kessler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2020, § 883 Rn. 437; Picker, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2019, § 892 Rn. 59 f.; Wellenhofer, Sachenrecht, 37. Aufl. 2022, § 19 Rn. 36; H.-W. Eckert, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 885 Rn. 27 f.; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 28. Aufl. 2021, Rn. 557; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 52; Baur, JZ 1957, 629; Medicus, AcP 163 (1964), 1 (5); Wiegand, JuS 1975, 205 (212 f.); Kupisch, JZ 1977, 486 (495); Tiedtke, Jura 1981, 367; J. Hager, JuS 1990, 429 (437).

der Vormerkung dagegen zulässig.³¹ Der Erwerb der Vormerkung erfolge zwar kraft Gesetzes; gleichzeitig liege jedoch ein Abtretungsvertrag vor, sodass die Übertragung des Anspruchs und der Übergang der Vormerkung bei funktioneller Betrachtung einen einheitlichen rechtsgeschäftlichen Vorgang darstellen.³² Es reiche insoweit aus, dass die Forderungsübertragung rechtsgeschäftlich erfolgt.³³

(cc) Stellungnahme

Für die Möglichkeit eines gutgläubigen Zweiterwerbs spricht insbesondere die Schutzbedürftigkeit des Erwerbers, der auf den durch die Eintragung des Zedenten hervorgerufenen Rechtsschein vertraue.³⁴

Dagegen wird eingewandt, dass die Vormerkung jederzeit außerhalb des Grundbuchs in nicht sachenrechtlicher Form übertragen werden könne und daher ihre Eintragung keine schützenswerte Vermutung dafür biete, dass der eingetragene Berechtigte auch Inhaber der Vormerkung sei.³⁵ Telos der Eintragung der Vormerkung sei nicht der Rechtsschein bezüglich der Inhaberschaft des Rechtes, sondern vielmehr die Warnfunktion für künftige (Voll-)Rechtserwerber.³⁶ Ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung müsse daher wie beim Pfandrecht ausscheiden. Zwar ergibt sich aus der Eintragung einer Vormerkung nach § 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB im Grundbuch kein Rechtsschein bezüglich der Inhaberschaft der Vormerkung, allerdings kann ein solcher hinsichtlich des Vorliegens der Bewilligung des betroffenen Rechtsinhabers, als auch hinsichtlich der dinglichen Gebundenheit des betroffenen Rechts und der Rangstellung der Vormerkung entstehen. Anders als bei dem Erwerb einer Forderung oder eines Pfandrechts kann der Zweiterwerber einer Vormerkung auf diesen sich aus dem „sachenrechtlichen Teil“ des Grundbuchs ergebenden Rechtsscheinträger vertrauen.³⁷

Zwar handelt es sich bei der Vormerkung nicht um ein dingliches Recht i.S.d. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB. Als Sicherungsmittel eigener Art kommt der Vormerkung jedoch auch dingliche Wirkung zu. So schützt die Vormerkung gem. § 883 Abs. 2 BGB vor Zwischenrechten über das Grundstück dergestalt, dass diese gegenüber dem Vormerkungsberechtigten relativ unwirksam sind. Gem. § 883 Abs. 3 BGB wird der Anspruch auf Erwerb eines beschränkt dinglichen Rechts vor zwischenzeitlich vorrangigen Eintragungen i.S.d. § 879 BGB geschützt.³⁸

Der Zweiterwerber ist ebenso wie der Ersterwerber schutzwürdig in seinem Vertrauen, das Eigentum ohne die im Zeitpunkt des Übergangs nicht vorhandenen oder nachträglich eingetragenen Belastungen erwerben zu können. Da die Fälligkeit der Kaufpreiszahlung oftmals von der Absicherung des Käufers durch eine Vormerkung abhängt, die wiederum zunächst eine vorherige Eintragung des Ersterwerbers voraussetzen würde, entstünde zudem ein erheblicher zeitlicher und finanzieller

³¹ BGHZ 25, 16 (23) = NJW 1957, 1229; BGH NJW 1994, 2947 f.; BGH NJW 2007, 508 (509 Rn. 16); BGH NJW 2009, 356 (357 Rn. 7); OLG München NJW-RR 2010, 1027 (1028); *Lettmaier*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 885 Rn. 47; *Artz*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 883 Rn. 29; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 83 Rn. 36; *Prütting*, Sachenrecht, 37. Aufl. 2020, Rn. 198.

³² BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (279); *Lettmaier*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 885 Rn. 47; *Berger*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 2021, § 883 Rn. 28 f.; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 83 Rn. 36.

³³ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (279 f.); *Lettmaier*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 885 Rn. 47; *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 201 f.

³⁴ Bestätigend BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (277); *Lettmaier*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 885 Rn. 47.

³⁵ *Canaris*, in: FS Flume, Bd. 1, 1978, S. 371 (389).

³⁶ *Assmann*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 885 Rn. 163.

³⁷ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (278); *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 83 Rn. 36.

³⁸ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (278).

Mayer/Holste: Eine Vormerkung kommt selten allein

Mehraufwand aufgrund der fehlenden Verkehrsfähigkeit der Vormerkung.³⁹ Mithin besteht, ebenso wie bei der Übereignung eines dinglichen Rechtes, ein schutzwürdiges praktisches Bedürfnis an der Verkehrsfähigkeit der Vormerkung und der Gewährung von Vertrauensschutz.

(dd) Zwischenergebnis

Damit ist die Vormerkung sowohl in ihrer Wirkung als auch formell in Bezug auf die Grundbuchlage mit einem dinglichen Recht vergleichbar, sodass eine mit dem Erwerb eines dinglichen Rechts vergleichbare Interessenlage besteht.⁴⁰

Folglich gilt bei der Abtretung einer durch Vormerkung gesicherten Forderung das Grundbuch analog § 892 Abs. 1 S. 1 BGB sowohl hinsichtlich des Rangs der Vormerkung als auch hinsichtlich des Vorliegens ihrer sachenrechtlichen Entstehungsvoraussetzungen als richtig.

(f) Maßgeblicher Zeitpunkt des Gutgläubenserwerbs

Ferner müssten die übrigen Voraussetzungen des § 892 Abs. 1 S. 1 BGB (analog) vorliegen. Dabei ist fraglich, auf welchen Zeitpunkt es bei dem gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung ankommen soll.⁴¹

(aa) Zeitpunkt des Vollrechtserwerbs

Teilweise wird argumentiert, dass es für die Gutgläubigkeit des Erwerbers auf den Zeitpunkt des Vollrechtserwerbs ankommen müsse. Telos der Vormerkung sei lediglich die Sicherung der Erfüllbarkeit des (vorliegend anfänglich mangelhaften) Erwerbsanspruchs gegenüber anderen Gläubigern des Vormerkungsschuldners, nicht jedoch die Privilegierung des Erwerbers gegenüber dem wahren Berechtigten.⁴²

Zu diesem Zeitpunkt war bereits ein Amtswiderspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO und ein Widerspruch der A nach § 899 Abs. 1 BGB gegen die Löschung der Vormerkung in das Grundbuch eingetragen. Demnach wäre ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb der Vormerkung nicht möglich.

(bb) Zeitpunkt des Eintragungsantrags

Überwiegend wird jedoch der Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung als für die Beurteilung der Gutgläubigkeit des Erwerbers maßgeblich angesehen.⁴³ Teilweise wird dies damit begründet, dass sich aus den gesetzlichen Wertungen der §§ 883 Abs. 2, 884 BGB, § 106 InsO und § 48 ZVG ein umfassender Schutz des Vormerkungsinhabers vor jeglichen für den Erwerb des künftigen Rechts nachteiligen Veränderungen ergäbe; nicht zuletzt auch vor seiner eigenen Unredlichkeit.⁴⁴ Gemeinsame Grundkonstellation sei dabei der fehlende Einfluss auf den Eintritt des Erwerbshindernisses.⁴⁵

³⁹ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (279).

⁴⁰ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (278); *Lettmaier*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 885 Rn. 47; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 83 Rn. 36.

⁴¹ Letztlich geht es dabei um die Frage, ob die Vormerkung auch Erwerbsschutz gewährt.

⁴² *Assmann*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 885 Rn. 141.

⁴³ BGH NJW 1981, 446 (447); BGH NJW 2001, 359 (360); OLG München BeckRS 2022, 20977 Rn. 64; *Herrler*, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 885 Rn. 13; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 83 Rn. 37; *Kupisch*, JZ 1977, 486 (494); *Medicus*, AcP 163 (1963), 1 (6); *Reinicke*, NJW 1964, 2373 (2375); *Roloff*, NJW 1968, 484 ff.; *Tiedtke*, Jura 1981, 354 (362).

⁴⁴ *Canaris*, JuS 1969, 80 (82); *Görmer*, JuS 1991, 1011 (1013).

⁴⁵ *Assmann*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 885 Rn. 139.1.

Zu diesem Zeitpunkt war die zugunsten des A eingetragene vorrangige Vormerkung unberechtigt gelöscht. Mangels positiver Kenntnis von dem Bestehen der Vormerkung war K daher nach §§ 892 Abs. 1, 891 Abs. 2 BGB gutgläubig. Überdies war noch kein Widerspruch gegen die Löschung der Vormerkung eingetragen, sodass die Voraussetzungen des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs der Vormerkung vorlägen.

(cc) Stellungnahme

Für das Abstellen auf den Zeitpunkt des Eintragungsantrags sprechen vor allem praktische Gründe: Es bedarf eines praktikablen Sicherungsmittels für den Rechtsverkehr. Im Interesse des Verkehrsschutzes und vor dem Hintergrund der Bedeutung und Häufigkeit der Vormerkung ist daher davon auszugehen, dass es für den gutgläubigen Erwerb des Vollrechts allein auf den Zeitpunkt des Vormerkungserwerbs ankommt.⁴⁶

(g) Zwischenergebnis

Dadurch konnte K ihre Vormerkung gutgläubig lastenfrei, also ohne die zugunsten des A eingetragene Vormerkung, erwerben.

(9) Zwischenergebnis

Folglich hat K gutgläubig lastenfrei Eigentum an dem Grundstück ohne die Auflassungsvormerkung des A nach §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1, 891 Abs. 2, 892 Abs. 1 S. 1 BGB erworben.

cc) Zwischenergebnis

Die Auflassungsvormerkung zugunsten des A hatte mithin auch materiell keinen Bestand mehr.

Durch die nunmehr vorliegende Übereinstimmung von formeller und materieller Rechtslage war das Grundbuch hinsichtlich der Löschung der Auflassungsvormerkung nicht mehr unrichtig i.S.d. § 894 BGB.

c) Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen eines Widerspruchs nach § 899 Abs. 1 BGB sowie nach § 53 Abs. 1 GBO liegen demnach nicht vor.

3. Zwischenergebnis

Es besteht daher hinsichtlich der eingetragenen Widersprüche eine Abweichung von formeller und materieller Rechtslage. Es steht also der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung der zu Unrecht eingetragenen Widersprüche mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang und ist damit unrichtig i.S.v. § 894 BGB.

III. Beeinträchtigung eines Grundstücksrechts des Anspruchstellers

Als Eigentümerin des Grundstücks wird K durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs beeinträchtigt und ist demnach anspruchsberechtigt i.R.d. § 894 BGB (analog).

⁴⁶ BGH NJW 1981, 446 (447); OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 445; Assmann, Die Vormerkung (§ 883 BGB), 1998, S. 356; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 83 Rn. 37.

IV. Durch ein eingetragenes Recht des Anspruchsgegners

Nach § 894 BGB kann die Zustimmung von demjenigen verlangt werden, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird. A ist hinsichtlich des Widerspruchs betroffen und derjenige, auf dessen Bewilligung es nach § 19 GBO ankommt. Demnach ist A Anspruchsgegner des § 894 BGB (analog).

Auch hinsichtlich des Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO müsste A richtiger Verpflichteter sein. Der Anspruch auf Grundbuchberechtigung aus § 894 BGB ist ein Spezialfall des allgemeinen Eigentumsstörungsanspruchs aus § 1004 BGB.⁴⁷ Insoweit müsste der Widerspruchsberechtigte auch Störer im Sinne der Norm sein. Hierfür ist es ausreichend, dass eine Berichtigung der Grundbucheintragung nach § 19 GBO formell-rechtlich die Mitwirkung desjenigen Betroffenen erfordert, zu dessen Gunsten der Amtswiderspruch eingetragen ist.⁴⁸

A ist daher hinsichtlich beider Widersprüche richtiger Anspruchsgegner i.R.d. § 894 BGB (analog).

V. Ergebnis

K kann somit von A analog § 894 BGB die nach § 19 GBO erforderliche Zustimmung zur Löschung der im Grundbuch eingetragenen Widersprüche verlangen.

Abwandlung

K könnte gegen A analog § 894 BGB einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der zugunsten des A eingetragenen Widersprüche haben.

A. Unrichtigkeit des Grundbuchs

Auch hier dürfte der Inhalt des Grundbuchs analog § 894 BGB in Ansehung etwaig zu Unrecht eingetragener Widersprüche mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang stehen.

Damit die zugunsten des A eingetragenen Widersprüche materiell unrichtig sind, kommt es auch hier auf die materielle (Un-)Richtigkeit der erfolgten Löschung der Vormerkung an. Insoweit kommt erneut nur ein gutgläubiger lastenfreier Eigentumserwerb in Betracht.

Anders als im Ausgangsfall könnte hier jedoch bereits S selbst gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1, 891 Abs. 2, 892 Abs. 1 S. 1 BGB gutgläubig lastenfreies Eigentum erworben haben.

I. Auflassung und Eintragung nach §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB

Eine dingliche Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB über die Übertragung des Grundstückseigentums in der Form des § 925 Abs. 1 S. 1 BGB (Auflassung) sowie die erforderliche Eintragung der S als Eigentümerin im Grundbuch liegen vor.

II. Berechtigung

E war zudem auch zur Verfügung über das Grundstück berechtigt (siehe oben).

⁴⁷ Raff, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 1004 Rn. 43; Staudinger, in: Schulze u.a., Handkommentar BGB, 11. Aufl. 2022, § 894 Rn. 3.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (274).

III. Besondere Voraussetzungen des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs

Insbesondere ist erforderlich, dass S nach §§ 892 Abs. 1, 891 Abs. 2 BGB gutgläubig gewesen ist, unter anderem also keine Kenntnis von der Existenz einer etwaigen Auflassungsvormerkung des A hatte.

In dem Moment der Antragstellung nach § 892 Abs. 2 BGB waren jedoch bereits gegen die Löschung der Auflassungsvormerkung des A ein Amtswiderspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO und ein Widerspruch des A nach § 899 Abs. 1 BGB in das Grundbuch eingetragen, sodass ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Grundstücks nach § 892 Abs. 1 S. 1 BGB ausscheidet.

Ebenso wenig war S bei Erwerb der Vormerkung gutgläubig i.S.d. § 892 BGB, sodass ein gutgläubiger lastenfreier Ersterwerb der Vormerkung ausscheiden muss.

Möglicherweise könnte der gutgläubige lastenfreie Zweiterwerb der Vormerkung der K jedoch auch im Rahmen des Zwischenerwerbs der S zu deren Gunsten Wirkung entfalten, ohne dass es auf ihre eigene Gutgläubigkeit ankäme.

So war die gutgläubige K infolge der Abtretung Inhaberin des durch Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruches gegen die Erstverkäuferin E und hat S nach § 362 Abs. 2 BGB i.V.m. § 185 Abs. 1 BGB ermächtigt, die geschuldete Leistung in Empfang zu nehmen.⁴⁹ Als E anschließend das Grundstück mit Zustimmung der K an S als Zwischenerwerberin übereignet hat, stellte sich dieser Zwischenerwerb als Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs dar. Daher kommen die Wirkungen der Vormerkung auch der S zugute. Eine Leistung des Vormerkungsschuldners unmittelbar an den Anspruchsinhaber und Vormerkungsberechtigten ist insoweit nicht erforderlich.⁵⁰

Etwas anderes könnte sich aus dem Umstand ergeben, dass S selbst nicht gutgläubig i.S.v. § 892 BGB gewesen ist. Stellt sich der Zwischenerwerb als Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dar, muss es jedoch auf die Wirkung der Vormerkung zugunsten des Gläubigers im Zeitpunkt der Erfüllung ankommen.⁵¹ Eine Schlechterstellung des gutgläubigen Erwerbes gegenüber dem Erwerb vom Berechtigten widerspräche den Interessen des Rechtsverkehrs, sodass auch hier der Auflassungsvormerkung eine Sicherungswirkung zukommt.⁵² Nicht zuletzt wäre es willkürlich, wenn der Erfolg des Rechtserwerbs davon abhinge, ob die Erfüllung an den Gläubiger selbst oder an einen (bösgläubigen) Dritten erfolgt.⁵³

Hinweis: Dies zeigt gerade der Vergleich mit dem Ausgangsfall, in dem E direkt an K übereignet hat.

IV. Zwischenergebnis

S konnte das Eigentum daher gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1, 892 Abs. 1 S. 1 BGB gutgläubig lastenfrei, also ohne die Belastung durch die Vormerkung zugunsten des A erwerben. Die Auflassungsvormerkung zugunsten des A hatte daher auch materiell keinen Bestand mehr.

Durch die nunmehr vorliegende Übereinstimmung von formeller und materieller Rechtslage war das Grundbuch in Bezug auf die Löschung der Auflassungsvormerkung nicht mehr unrichtig i.S.d.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (281); BGH, Urt. v. 17.6.1994 – V ZR 204/9218 = NJW 1994, 2947 (2948); BGH, Urt. v. 23.3.1999 – VI ZR 101/98 = ZIP 1999, 927 m.w.N.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (281); BGH, Urt. v. 17.6.1994 – V ZR 204/9218 = NJW 1994, 2947 (2948).

⁵¹ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (281 f.).

⁵² BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (281 f.); vgl. BGH, Urt. v. 16.1.2001 – XI ZR 41/00 = NJW-RR 2001, 1097 (1098) m.w.N. für den Fall der Grundschuld.

⁵³ BGH, Urt. v. 9.12.2022 – V 91/21 = DNotZ 2023, 271 (282).

Mayer/Holste: Eine Vormerkung kommt selten allein

§ 894 BGB, sodass die Tatbestandsvoraussetzungen der Widersprüche nicht erfüllt sind. Damit ist das Grundbuch hinsichtlich der nun eingetragenen Widersprüche materiell unrichtig i.S.d. § 894 BGB (analog).

B. Beeinträchtigung eines Grundstücksrechts des Anspruchstellers

K müsste anspruchsberechtigt sein. Vorliegend wird K durch Auflassung und Eintragung nach §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB Eigentümerin des Grundstücks und insofern durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs beeinträchtigt. Sie ist daher Anspruchsberechtigte i.R.d. § 894 BGB analog.

C. Durch ein eingetragenes Recht des Anspruchsgegners

A ist hinsichtlich beider Widersprüche der Anspruchsgegner aus § 894 BGB analog (siehe oben).

D. Ergebnis

K kann somit von A analog § 894 BGB die nach § 19 GBO erforderliche Zustimmung zur Löschung der im Grundbuch eingetragenen Widersprüche verlangen.

Referendarexamensklausur: Der Umschlag von Kernbrennstoffen*

Wiss. Mitarbeiter Raven Kirchner, Frankfurt am Main**

Die Klausur behandelt, im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle, die Prüfung der Gesetzgebungskompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, sowie das Prinzip der Bundestreue und das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Die Abwandlung verlangt eine strukturierte Prüfung der Warenverkehrsfreiheit.

Sachverhalt

Am 25.1.2012 beschloss die Bürgerschaft der Freien Hansestadt B (bei B handelt es sich um einen Stadtstaat) das Gesetz zur Änderung des Hafenbetriebsgesetzes (HafenbetrgÄndG). Damit wurden in § 2 Hafenbetriebsgesetz (Hafenbetrg) die Absätze 2 bis 4 neu eingefügt. Das Änderungsgesetz trat am 31.1.2012 in Kraft.

Das Hafenbetrg hat nunmehr folgenden Wortlaut:

§ 2

Hafengebiet

(1) Hafengebiet im Sinne dieses Gesetzes sind diejenigen Wasser- und Landflächen, die dem Schiffsverkehr, der Hafenindustrie, dem Güterumschlag, der Güterverteilung sowie deren Lagerung und den hierfür notwendigen Betriebsanlagen dienen.

(2) Die Häfen Bs sind als Universalhäfen gewidmet und stehen als öffentliche Einrichtungen für den Umschlag aller zulässigen Güter offen.

(3) Im Interesse einer grundsätzlich auf Nachhaltigkeit und erneuerbare Energien ausgerichteten Gesamtwirtschaft ist der Umschlag von Kernbrennstoffen im Sinne des § 2 Absatz 1 des Atomgesetzes ausgeschlossen. Der Senat kann allgemein oder im Einzelfall Ausnahmen zulassen, insbesondere für Kernbrennstoffe, die unter die Regelung in § 2 Absatz 2 Satz 2 des Atomgesetzes fallen oder nur in geringen Mengen im Umschlagsgut enthalten sind.

(4) Zum Hafengebiet gehören:

1. die öffentlichen und nicht-öffentlichen Wasserflächen der Häfen, der Anlagen am Strom und der Geeste,
2. das Hafennutzungsgebiet.

Das Merkmal der Öffentlichkeit ist erfüllt, wenn das Hafengebiet im Rahmen seiner Zweckbestimmung von jedem zu gleichen Bedingungen genutzt werden kann.

* Die Klausur wurde im Sommersemester 2022 von Prof. Dr. Stefan Kadelbach im Rahmen des Klausurenkurses des universitären Examenrepetitoriums gestellt. Der Notendurchschnitt betrug 5,82 Punkte. Die Klausur lehnt sich an die Entscheidung BVerfG, Beschl. v. 7.12.2021 – 2 BvL 2/15 = NVwZ 2022, 704 (besprochen von Sachs, JuS 2022, 469) an.

** Raven Kirchner ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Stefan Kadelbach, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Er hat einen Lehrauftrag für deutsches Verfassungsrecht an der Université Lumière Lyon 2 inne.

§ 4

Begriffsbestimmungen

In diesem Gesetz und in den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen sind:

[...]

4. Fahrzeuge

See- und Binnenschiffe, Hafenfahrzeuge, Sportfahrzeuge, schwimmende Geräte und sonstige Schwimmkörper, die gewöhnlich zur Fortbewegung bestimmt sind. Als Fahrzeuge gelten auch Wasserflugzeuge und nichtwasserverdrängende Wasserfahrzeuge.

[...]

9. Umschlag

Das Be- und Entladen von Fahrzeugen sowie Frachtcontainern einschließlich des Transportes zu ladender oder gelöschter Güter auf den Kajen, in den Kajeschuppen, auf Freiflächen und sonstigen Lagerplätzen. Als Umschlag gilt auch das Ein- und Ausschiffen von Fahrgästen.

[...]

§ 10

Hafennutzung

[...]

(3) Der Fahrzeugverkehr und der Umschlag können allgemein für das Hafengebiet oder Teile des Hafengebietes zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit untersagt oder eingeschränkt werden.

[...]

Den Ausgangspunkt für die gesetzliche Regelung bildete ein Entschließungsantrag der mehrheitsführenden S- und G-Fraktion in der Bürgerschaft des Stadtstaates B (vergleichbar mit dem Landtag) vom 11.11.2010, der mehrheitlich angenommen wurde. Die antragstellenden Fraktionen erklärten in diesem, dass das Bundesland B aufgrund seiner geografischen Lage zwischen sechs, teils sehr veralteten Atomkraftwerken (AKW) von der vom Bundestag beschlossenen Laufzeitverlängerung der AKW vom 28.10.2010 um bis zu 14 Jahre besonders betroffen sei. Die Laufzeitverlängerung lehnten sie ausdrücklich ab. Die bundesdeutsche Energiepolitik sei vielmehr auf regenerative Quellen umzustellen. Über die Häfen Bs würden aufgrund der Laufzeitverlängerung noch auf lange Sicht Kernbrennstoffe und deren Abfallprodukte transportiert werden. Dies gefährde die Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger in B. Zudem beeinträchtigten entsprechende Transporte aufgrund der Sicherungsmaßnahmen die übrige wirtschaftliche Tätigkeit der Häfen in B.

Die Antragsteller forderten daher in ihrem Entschließungsantrag den Senat der Freien Hansestadt B (vergleichbar mit der Landesregierung) auf, „alle rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten auszuschöpfen, um Transporte von Kernbrennstoffen und deren Abfallprodukte durch unsere Häfen und andere Transportwege im Land B zu verhindern, insbesondere unverzüglich alle aus Sicht des Senats rechtlich möglichen Schritte zur Sperrung der Häfen und anderer Transportwege durch B für den Transport von Kernbrennstoffen und deren Abfallprodukten einzuleiten. Hierdurch sollen Anreize für eine regenerative Energiepolitik in der Bundesrepublik gesetzt werden“.

Der Senat Bs beauftragte sodann eine Kanzlei, ein Gutachten über die Handlungsoptionen zur Verhinderung des Umschlages von Kernbrennstoffen in den Häfen Bs zu erstellen. Dieses kam zu dem Ergebnis, dass B im Rahmen der ihm zustehenden Gesetzgebungskompetenz über das öffentliche Sachenrecht eine „Teilentwidmung“ der Häfen vornehmen und somit die Nutzung seiner Häfen für den Transport von Kernbrennstoffen ausschließen könne. Einen auf dieser Einschätzung basierenden Gesetzesvorschlag formulierte die Kanzlei hingegen nicht.

Daraufhin brachten die mehrheitsführenden Fraktionen S und G den selbstständig verfassten und am 25.1.2012 beschlossenen Gesetzesentwurf in die Bürgerschaft ein. In der Begründung hieß es, dass sich die Freie Hansestadt B als einen „Motor der Klimaschutzpolitik“ verstehe. Ziel sei es, erneuerbare Energien auszubauen. Insbesondere die Offshore-Windenergie solle gefördert werden. Der Umschlag von Kernbrennstoffen in den Häfen Bs sei mit dieser Zielsetzung unvereinbar. Die Häfen seien wichtiger Bestandteil der auf erneuerbare Energien ausgerichteten Gesamtwirtschaft Bs. „Die Teilentwidmung ist integraler Bestandteil einer Gesamtpolitik Bs im Bereich der zukünftigen Energieerzeugung, Umweltschonung und auf Nachhaltigkeit basierender Wirtschafts- und Arbeitsmarktpolitik“.

Das niederländische Transportunternehmen T bietet Waren des kompletten Kernbrennstoffkreislaufs an und ist auf den Transport neuwertiger und die Entsorgung verwendeter radioaktiver Stoffe in mehreren Mitgliedstaaten der EU spezialisiert. T verfügt über Transportgenehmigungen des Bundesamtes für Strahlenschutz, in denen ein Transport über die Häfen Bs ausdrücklich zugelassen ist. Im Oktober 2012 beantragte T nach § 2 Abs. 3 S. 2 HafentrG eine Ausnahmegenehmigung für den Umschlag von Kernbrennstoffen in den Häfen Bs. Die zuständige Landesbehörde lehnte jedoch die Erteilung dieser Genehmigung ab, da die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm nicht erfüllt seien. T erhob daher Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht auf Feststellung, dass der Umschlag von Kernbrennstoffen in den Häfen der Freien Hansestadt B nicht genehmigungsbedürftig sei.

Das zuständige VG hält § 2 Abs. 3 HafentrG für formell und materiell verfassungswidrig. Die Norm betreffe die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG. Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG regle den gesamten Bereich der friedlichen Nutzung der Kernenergie von der Zulassung der Erzeugung bis hin zur Entsorgung radioaktiven Abfalls. Insofern seien auch alle mit der Nutzung der Kernenergie verbundenen Transportvorgänge von Kernbrennstoffen von der Norm erfasst. Mit dem Atomgesetz (AtG) habe der Bund von seiner ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. § 4 AtG bestimme, dass die Beförderung von Kernbrennstoffen der Genehmigungspflicht unterliege. Der Schwerpunkt des § 2 Abs. 3 HafentrG liege im Atom- und nicht im Widmungsrecht. Ziel des Gesetzes sei es, den Transportvorgang von Kernbrennstoffen über die Häfen Bs zu unterbinden, nicht hingegen die Widmung der Häfen zu regeln. § 2 Abs. 3 HafentrG verstoße zudem gegen den Grundsatz der Bundestreue, da die Norm für eine Umgehung der bundesstaatlichen Kompetenzordnung Sorge. Dem Gesetzgeber sei es bei Erlass der Norm darum gegangen, politischen Druck auf die Bundesregierung auszuüben, die die Laufzeiten der Atomkraftwerke – aus Sicht des Gesetzgebers von B: unverständlicherweise – verlängert habe. Das Land B ersetze die Risikobewertung des Bundes unzulässigerweise durch seine eigene Risikobewertung. Ferner erweise sich § 2 Abs. 3 HafentrG auch mit Blick auf das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungswidrig. Der Bund habe mit § 4 AtG eine umfassende Regelung getroffen. Das landesgesetzliche Umschlagverbot setze sich mit der Gesamtkonzeption des AtG und insbesondere § 4 AtG in Widerspruch. Das VG erachtet die Beantwortung der Frage der Verfassungskonformität des § 2 Abs. 3 HafentrG durch das Bundesverfassungsgericht für entscheidungserheblich und legt diese in einer den Anforderungen des § 80 Abs. 2 BVerfGG i.V.m. § 23 Abs. 1 BVerfGG entsprechenden Form dem Bundesverfassungsgericht vor.

Dem entgegnet der Senat der Freien Hansestadt B, dass der Vorlagebeschluss des VG unzulässig sei. Die Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 3 HafentrG sei nicht erforderlich. Zudem sei die Norm verfassungskonform. Der Wortlaut des Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG erfasse den Transport von Kernbrennstoffen nicht. Des Weiteren sei die Norm als eine Regelung zur Widmung der Häfen in B zu verstehen. Dies ergebe sich aus dem Ziel der Gesetzesänderung, eine neue Energie-, Umwelt- und Wirtschaftspolitik in B zu fördern. Die „Teilentwidmung“ stelle sich als integraler Bestandteil dieser gesamtpolitischen Entscheidung dar. Die Modalitäten des Transports

von Kernbrennstoffen seien von der „Teilentwidmung“ bloß als Nebenfolge betroffen. Dies zeige sich auch darin, dass die Durchfuhr von Kernbrennstoffen nach § 2 Abs. 3 HafetrG weiterhin zulässig bleibe und lediglich der Umschlag grundsätzlich verboten werde, wobei nach § 2 Abs. 3 S. 2 HafetrG eine Ausnahmegenehmigung für diesen erteilt werden könne. Eine Verletzung der Bundestreue scheidet zudem aus, da die Länder nicht verpflichtet seien, für Atomtransporte günstige Verkehrswege zu planen oder zu unterhalten. Den Ländern stünde es frei, in ihrem Bereich eine eigene landespolitische Bewertung vorzunehmen. Eine Verletzung der Bundestreue sei auch deswegen nicht erkennbar, da die Energiepolitik des Bundes von den Änderungen des HafetrG nicht berührt werde. Ein Widerspruch zwischen § 2 Abs. 3 HafetrG und § 4 AtG bestünde ferner nicht.

Fallfrage

Wie wird das Bundesverfassungsgericht entscheiden?

Bearbeitungsvermerk

Art. 123 Abs. 1 Landesverfassung B lautet: „Die Gesetzesvorlagen werden vom Senat oder aus der Mitte der Bürgerschaft eingebracht.“

Die materielle Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 3 HafetrG ist lediglich hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Bundestreue und dem Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zu prüfen.

Abwandlung

T sieht sich durch die Regelung des § 2 Abs. 3 HafetrG in ihren unionsrechtlichen Grundfreiheiten verletzt. Sie argumentiert zutreffend, dass in einigen Mitgliedstaaten sogar neue Atomkraftwerke gebaut werden.

Fallfrage

Liegt ein Verstoß gegen die unionsrechtlichen Grundfreiheiten vor?

Bearbeitungsvermerk

Regelungen des EURATOM-Vertrags sowie Sekundärrecht sind bei der Beantwortung der Fragen außer Betracht zu lassen.

Lösungsvorschlag

Ausgangsfall.....	1031
A. Zulässigkeit	1032
I. Zuständigkeit des BVerfG	1032
II. Vorlageberechtigung.....	1032
III. Tauglicher Vorlagegegenstand	1032
IV. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit.....	1032

V. Entscheidungserheblichkeit.....	1032
VI. Ergebnis.....	1032
B. Sachentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.....	1033
I. Formelle Verfassungsmäßigkeit.....	1033
1. Gesetzgebungskompetenz.....	1033
a) Art. 70 Abs. 1 GG.....	1033
b) Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 14 GG.....	1034
aa) Transport bzw. Umschlag von Kernbrennstoffen als Teil des Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG.....	1034
bb) Subsumtion zu § 2 Abs. 3 HafentrG.....	1035
c) Zwischenergebnis.....	1036
2. Verfahren.....	1036
3. Form.....	1036
4. Zwischenergebnis.....	1036
II. Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	1036
1. Prinzip der Bundestreue.....	1037
2. Das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.....	1037
3. Zwischenergebnis.....	1038
III. Zwischenergebnis.....	1038
C. Ergebnis.....	1038
Abwandlung.....	1038
A. Verstoß gegen die unionsrechtlichen Grundfreiheiten.....	1038
I. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten.....	1038
II. Verletzung der Warenverkehrsfreiheit.....	1038
1. Schutzbereich.....	1039
2. Beeinträchtigung.....	1039
3. Rechtfertigung.....	1039
a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe.....	1039
b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.....	1039
4. Zwischenergebnis.....	1040
B. Ergebnis.....	1040

Ausgangsfall

Sofern die Vorlage des VG zulässig ist, wird das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Vereinbarkeit des § 2 Abs. 3 HafentrG mit dem Grundgesetz beantworten.

A. Zulässigkeit

Die Vorlage des VG müsste zulässig sein. Dies ist der Fall, wenn das BVerfG zuständig ist und die übrigen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG entscheidet gem. Art. 100 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 Abs. 1 BVerfGG über Vorlageanträge der Fachgerichte hinsichtlich der Vereinbarkeit eines Landesgesetzes mit dem Grundgesetz.

II. Vorlageberechtigung

Das VG ist als Gericht i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 Abs. 1 BVerfGG einzuordnen und mithin zur Vorlage berechtigt.

III. Tauglicher Vorlagegegenstand

§ 2 Abs. 3 HafetrG ist ein formelles nachkonstitutionelles¹ Landesgesetz, so dass es einen tauglichen Vorlagegegenstand darstellt.

IV. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit

Nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG muss das vorlegende Gericht das verfahrensgegenständliche Gesetz für verfassungswidrig halten. Vorliegend erachtet das VG § 2 Abs. 3 HafetrG für formell und materiell verfassungswidrig und hat dies in der nach § 80 Abs. 2 BVerfGG i.V.m. § 23 Abs. 1 BVerfGG notwendigen Form dargelegt.

V. Entscheidungserheblichkeit

Nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG müsste es im Ausgangsverfahren auf die Gültigkeit der Norm ankommen. Dies ist der Fall, wenn das Vorlagegericht je nach Gültigkeit oder Ungültigkeit der verfahrensgegenständlichen Norm zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen würde.² Wäre § 2 Abs. 3 HafetrG verfassungskonform, so müsste das VG diese Norm seiner Entscheidung zugrunde legen. Wäre die Norm hingegen verfassungswidrig und infolgedessen nichtig, so bliebe sie im Rahmen der Entscheidung unberücksichtigt. Ausweislich des Sachverhalts hat das VG dies in der notwendigen Form nachgewiesen. Somit ist die Entscheidungserheblichkeit gegeben.

VI. Ergebnis

Die Vorlage des VG ist zulässig.

¹ Das Erfordernis der Nachkonstitutionalität ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 Abs. 1 BVerfGG. Siehe zu diesem ausführlich *E. Klein*, in: Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 811 ff.

² BVerfG, Beschl. v. 7.12.2021 – 2 BvL 2/15, Rn. 37 m.w.N.

B. Sachentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Gem. § 81 BVerfGG entscheidet das BVerfG im Rahmen der konkreten Normenkontrolle nur über die Rechtsfrage. Die Prüfung der Norm erfolgt unter jedem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt.³ Das BVerfG ist nicht an die im Vorlagebeschluss dargestellten Aspekte der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes gebunden.⁴ Vorliegend hält das VG § 2 Abs. 3 HafetrG mangels Gesetzgebungskompetenz für formell sowie aufgrund einer Verletzung des Prinzips der Bundestreue und des Gebots der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung für materiell verfassungswidrig. Ausweislich des Bearbeitungshinweises ist die Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit hierauf zu begrenzen.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

§ 2 Abs. 3 HafetrG müsste formell verfassungskonform sein. Dies ist der Fall, wenn die Freie Hansestadt B die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass des Gesetzes besitzt und das Gesetzgebungsverfahren und die Form eingehalten wurden.

1. Gesetzgebungskompetenz

B müsste die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass des § 2 Abs. 3 HafetrG haben. Die Gesetzgebungskompetenzen sind in den Art. 70 ff. GG normiert.

a) Art. 70 Abs. 1 GG

Die Gesetzgebungskompetenz Bs könnte sich aus Art. 70 Abs. 1 GG ergeben. Gem. Art. 70 Abs. 1 GG sind die Länder für die Gesetzgebung zuständig, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zuweist. Eine solche Zuweisung findet sich zuvorderst⁵ gem. Art. 70 Abs. 2 GG in den Vorschriften über die ausschließliche (Art. 71, 73 GG) und konkurrierende (Art. 72, 74 GG) Gesetzgebungskompetenz. Betrifft eine gesetzliche Regelung sowohl Bundes- als auch Länderkompetenzen, so richtet sich die Zuordnung nach dem Schwerpunkt.⁶

Mangels grundgesetzlicher Zuweisung an den Bund obliegt den Ländern gem. Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der öffentlichen Sachen. Danach haben sie die Kompetenz, im Rahmen der Widmung den Inhalt und Umfang des öffentlichen-rechtlichen Status der Sachen zu regeln, die in ihrem Eigentum stehen.⁷ Die Widmung muss hierbei von einem erkennbaren Widmungswillen getragen sein.⁸ Den Umfang der Widmung können die Länder grundsätzlich frei bestimmen. Dies schließt das Recht ein, den Nutzungsumfang nachträglich mittels „Teilentwidmung“ zu beschränken.⁹

Die Häfen Bs sind nach § 2 Abs. 2 HafetrG öffentliche Einrichtungen. Der zulässige Umfang ihrer Nutzung richtet sich nach der in § 2 Abs. 2, Abs. 3 HafetrG normierten Widmung. Nach § 2 Abs. 3 S. 1 HafetrG ist der Umschlag von Kernbrennstoffen ausgeschlossen und kann im Einzelfall

³ Detterbeck, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 100 Rn. 22.

⁴ E. Klein, in: Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 908.

⁵ Zu den zahlreichen Einzelbestimmungen des GG, welche dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zuweisen vgl. BVerfG NJW 2021, 1377 (1378).

⁶ BVerfG NVwZ 2022, 704 (708 Rn. 69).

⁷ BVerfG NVwZ 2022, 704 (710 Rn. 86).

⁸ Ebenda.

⁹ BVerfG NVwZ 2022, 704 (710 f. Rn. 88).

nach § 2 Abs. 3 S. 2 HafetrG zugelassen werden. Mithin stellt sich § 2 Abs. 2, Abs. 3 HafetrG dem Grunde nach als Widmungsregelung dar, für die die Länder grundsätzlich zuständig sind.

Art. 70 Abs. 1, Abs. 2 GG schließt jedoch aus, dass die Länder in Bereichen tätig werden, die der ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz unterfallen. Die „Teilentwidmung“ der Häfen Bs dürfte sich somit nicht als eine Regelung darstellen, die zugleich Gesetzgebungskompetenzen des Bundes berührt.

b) Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 14 GG

In Betracht käme eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 14 GG. Nach Art. 71 GG haben die Länder im Rahmen der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes die Befugnis zur Gesetzgebung nur, wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetz ausdrücklich ermächtigt werden. Vorliegend könnte der Bund eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG ableiten.

aa) Transport bzw. Umschlag von Kernbrennstoffen als Teil des Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG

Fraglich ist, ob der Transport bzw. Umschlag von Kernbrennstoffen von Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG erfasst ist.

Der Wortlaut des Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG nennt den Transport bzw. Umschlag von Kernbrennstoffen nicht ausdrücklich. Die Erzeugung und Nutzung der Kernenergie, sowie die Beseitigung radioaktiver Stoffe i.S.d. Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG kann jedoch nur dann erfolgen, wenn Kernbrennstoff zu den AKW hin und von diesen wieder abtransportiert werden kann.¹⁰ Insofern könnte man den Transport bereits von den in Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG wörtlich angesprochenen Regelungsgegenständen als erfasst ansehen.¹¹ Ein derart umfassendes Verständnis bestätigt auch die Norm selbst, welche durch die detaillierte Nennung verschiedener Teilbereiche zeigt, dass sie umfassend angelegt ist.¹²

Für eine den gesamten Bereich der friedlichen Nutzung der Kernenergie normierende Regelung spricht zudem das Telos der Norm. Ihr Ziel ist es, als *lex specialis* eine bundeseinheitliche Regelung über die friedliche Nutzung der Kernenergie zu treffen.¹³ Dies soll vor dem Hintergrund der mit der friedlichen Nutzung der Kernenergie verbundenen Gefahren eine föderale „Gegenmacht“¹⁴ im Sinne konkurrierender landesrechtlicher Regelungen verhindern. Dies gilt insbesondere für das den Ländern grundsätzlich zufallende Gefahrenabwehrrecht, welches hinsichtlich der Gefahren des Transports radioaktiver Stoffe unzulänglich ist.¹⁵ Daher hat der Bundesgesetzgeber mit dem AtG umfassende Regelungen getroffen.¹⁶

Aus alledem folgt, dass der Transport bzw. Umschlag von Kernbrennstoffen von der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG erfasst ist.¹⁷

¹⁰ Moench, in: Raetzke, Nuclear Law in the EU and Beyond, 2014, S. 419 (424).

¹¹ Ähnlich auch BVerfG NVwZ 2022, 704 (709 f. Rn. 80); Uhle, in: Rosin/Uhle, Liber Amicorum für Ulrich Bienenbender zum 70. Geburtstag, 2018, S. 45 (57).

¹² BVerfG NVwZ 2022, 704 (709 Rn. 78).

¹³ Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 99. Lfg, Stand: September 2022, Art. 73 Rn. 295.

¹⁴ Wittreck, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 70 Rn. 85.

¹⁵ Im Ergebnis auch BVerfG NVwZ 2022, 704 (709 f. Rn. 80 m.w.N.).

¹⁶ Zur Bedeutung des AtG als einfachrechtliche Norm bei der Auslegung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG siehe BVerfG NVwZ 2022, 704 (710 Rn. 81 ff.).

¹⁷ So im Ergebnis auch StGH Bremen, Urt. v. 12.4.2013 – St 1/12, Rn. 109 (juris) Sondervotum. Ebenso Schwarz, DÖV 2012, 457 (458 f.).

bb) Subsumtion zu § 2 Abs. 3 HafetrG

Die „Teilentwidmung“ der Häfen nach § 2 Abs. 3 HafetrG könnte unter die den Transport bzw. Umschlag von Kernbrennstoffen erfassende ausschließliche Bundesgesetzgebungskompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG fallen. Entscheidend ist hierbei, ob der Schwerpunkt der Norm auf dem öffentlichen Sachenrecht (dann Landeskompetenz) oder dem Atomrecht (dann Bundeskompetenz) liegt.

Gem. § 2 Abs. 2 HafetrG sind die Häfen Bs als Universalhäfen gewidmet. § 2 Abs. 3 HafetrG schränkt dies im Sinne einer „Teilentwidmung“ hinsichtlich des Umschlags von Kernbrennstoffen ein. Gleichwohl könnte der Schwerpunkt des § 2 Abs. 2, Abs. 3 HafetrG im Bereich des Atomrechts und nicht im öffentlichen Sachenrecht liegen, sodass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zukäme.

§ 2 Abs. 3 S. 1 HafetrG untersagt den Umschlag von Kernbrennstoffen in den Häfen Bs. Eine Beförderung der Kernbrennstoffe ist nur durch deren Umschlag im Hafen möglich. Demnach handelt es sich um ein Verbot, welches den Transport über die Häfen Bs unmittelbar unterbindet.¹⁸ Zwar können nach § 2 Abs. 3 S. 2 HafetrG Ausnahmegenehmigungen erteilt werden. Diese betrifft jedoch nur Kernbrennstoffe, die unter die Regelung in § 2 Abs. 2 S. 2 AtG fallen oder nur in geringen Mengen im Umschlagsgut enthalten sind. Der Anwendungsbereich des § 2 Abs. 3 S. 2 HafetrG ist mithin eng gefasst. Hieraus folgt, dass die Norm ein landesrechtliches Sonderrecht zu § 4 AtG etabliert, wonach ein Transport von Kernbrennstoff nach entsprechender Genehmigung zulässig ist.¹⁹ Dies steht im Widerspruch zur Intention des Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG, wonach landesrechtliche Sonderregelungen gerade verhindert werden sollen. § 2 Abs. 3 S. 1 HafetrG verhindert demnach den Transport von Kernbrennstoffen über die Häfen Bs, selbst wenn die nach § 4 AtG erforderliche Genehmigung vorliegt. Die „Teilentwidmung“ wirkt sich mithin spezifisch atomrechtlich aus.²⁰ Auf die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung als „Teilentwidmung“ kommt es insofern nicht an.²¹

Die atomrechtliche Zielsetzung der Norm wird vom Willen des Gesetzgebers bestätigt. Mit seinem Entschließungsantrag vom 11.11. 2010 brachte er zum Ausdruck, dass er ein Zeichen gegen die Verlängerung der AKW-Laufzeiten setzen wollte.²² Zwar sollte zugleich auch die Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger Bs durch das Umschlagsverbot sichergestellt werden. Für den Schutz gegen Gefahren, die bei Freiwerden von Kernenergie oder durch ionisierende Strahlen entstehen, ist ausweislich des Wortlauts des Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG hingegen ausschließlich der Bund zuständig.

Der Senat ließ vor Beginn des Gesetzgebungsverfahrens ein Rechtsgutachten über die Handlungsoptionen zur Verhinderung des Umschlags von Kernbrennstoffen in den Häfen Bs erstellen. Dies verdeutlicht, dass es dem Senat nicht um eine „Teilentwidmung“ des Hafens als solches ging, sondern dieses Instrument dafür genutzt werden sollte, die eigene politische Überzeugung in eine rechtliche Handlung zu übersetzen.²³ Die Argumentation des Senats, wonach die „Teilentwidmung“

¹⁸ BVerfG NVwZ 2022, 704 (711 Rn. 97); StGH Bremen, Urt. v. 12.4.2013 – St 1/12, Rn. 114 und 116 (juris) Sondervotum.

¹⁹ BVerfG NVwZ 2022, 704 (711 Rn. 97); Uhle, in: Rosin/Uhle, Liber Amicorum für Ulrich Büdenbender zum 70. Geburtstag, 2018, S. 45 (61).

²⁰ BVerfG NVwZ 2022, 704 (713 Rn. 107); Uhle, in: Rosin/Uhle, Liber Amicorum für Ulrich Büdenbender zum 70. Geburtstag, 2018, S. 45 (61).

²¹ Uhle, in: Rosin/Uhle, Liber Amicorum für Ulrich Büdenbender zum 70. Geburtstag, 2018, S. 45 (61).

²² So auch Uhle, in: Rosin/Uhle, Liber Amicorum für Ulrich Büdenbender zum 70. Geburtstag, 2018, S. 45 (63, 66).

²³ BVerfG NVwZ 2022, 704 (712 Rn. 102); Uhle, in: Rosin/Uhle, Liber Amicorum für Ulrich Büdenbender zum 70. Geburtstag, 2018, S. 45 (62 f.).

eine neue Energie-, Umwelt- und Wirtschaftspolitik in B fördern sowie dem Schutz der Bevölkerung dienen sollte, erscheint demnach nur vorgeschoben.²⁴

Hieraus ergibt sich, dass § 2 Abs. 3 HafetrG als atomrechtliche Regelung i.S.d. Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG und nicht als Widmungsregelung i.S.d. Art. 70 Abs. 1 GG anzusehen ist.

c) Zwischenergebnis

Der Freien Hansestadt B steht die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass des § 2 Abs. 3 HafetrG nicht zu. Für den in dieser Norm geregelten Gegenstand ist ausschließlich der Bund nach Art. 71, 73 Abs. 1 Nr. 14 GG zuständig. Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Gesetzgebung i.S.d. Art. 71 GG erteilte der Bund B nicht.

2. Verfahren

Das Gesetzgebungsverfahren müsste eingehalten worden sein. Gem. Art. 123 Abs. 1 Landesverfassung B können die Gesetzesvorlagen vom Senat oder aus der Mitte der Bürgerschaft eingebracht werden. Vorliegend brachten die mehrheitsführenden Fraktionen S und G als Teil der Bürgerschaft die Gesetzesvorlage ein. Den Denkanstoß für die Gesetzesvorlage lieferte jedoch das Rechtsgutachten der Anwaltskanzlei, sodass die Gesetzgebungsinitiative letztlich doch nicht aus der Mitte der Bürgerschaft erfolgt sein könnte. Hiergegen spricht zunächst, dass die Kanzlei ausweislich des Sachverhalts keinen konkreten Gesetzesvorschlag formulierte, sondern nur rechtliche Handlungsoptionen aufzeigte. Den Text der Gesetzesvorlage formulierten die Abgeordneten der beiden Fraktionen zwar auf der Grundlage des Gutachtens, jedoch eigenständig unter Zugrundelegung ihrer politischen Ziele. Zudem ist sog. Gesetzgebungsoutsourcing, bei dem Anwaltskanzleien nicht nur zu Gesetzesvorlagen beraten, sondern diese selbst verfassen, verfassungsrechtlich jedenfalls dann unproblematisch, sofern es sich bloß um unverbindliche und vorbereitende Tätigkeiten handelt, welche die Gesetzesinitiativberechtigten rechtlich nicht bindet.²⁵ Damit wurde die Vorlage verfassungskonform in die Bürgerschaft eingebracht. Andere Verfahrensverstöße sind nicht ersichtlich.

3. Form

Formverstöße sind nicht ersichtlich.

4. Zwischenergebnis

Somit ist das Gesetz mangels Gesetzgebungskompetenz Bs formell verfassungswidrig.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

§ 2 Abs. 3 HafetrG könnte ferner aufgrund eines Verstoßes gegen das Prinzip der Bundestreue und das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung materiell verfassungswidrig sein.

²⁴ In diese Richtung auch *Uhle*, in: Rosin/Uhle, Liber Amicorum für Ulrich Büdenbender zum 70. Geburtstag, 2018, S. 45 (62).

²⁵ *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 76 Rn. 46 f.; *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 76 Rn. 20; *Dietlein*, in: BeckOK GG, Stand: 15.2.2023, Art. 76 Rn. 21.1.; *Heintzen*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, 2014, § 9 Rn. 24; *Voßkuhle*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 43 Rn. 52. Ähnlich zur Beratung der Exekutive durch Beiräte und Expertengremien auch BVerfGE 83, 60 (74).

1. Prinzip der Bundestreue

Aus dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Bundesstaatsprinzip ergibt sich die Pflicht zur Bundestreue. Dies bedeutet, dass der Bund und die Länder zur gegenseitigen Rücksichtnahme und Kooperation verpflichtet sind.²⁶ Aus der Bundestreuepflicht ergibt sich unter anderem ein Rechtsmissbrauchsverbot.²⁷ Ein Rechtsmissbrauch kann vorliegen, wenn der Rechtsinhaber keine berechtigten Interessen verfolgt und aus sachfremden Motiven agiert oder die Rechtsausübung zu einer erheblichen Störung der bundesstaatlichen Ordnung führen würde.²⁸ Eine einseitige, egoistische Durchsetzung eigener Rechtspositionen ist demnach unzulässig.²⁹

Vorliegend könnte ein Rechtsmissbrauch von B darin erblickt werden, dass sie die „Teilentwidmung“ der Häfen und das damit verbundene Umschlagverbot, wie gezeigt, aus dem Grund vornahm, um an der Laufzeitverlängerung der AKWs Kritik zu üben. Zugleich könnte der von der Freien Hansestadt B im Unterschied zur bundesgesetzgeberischen Wertung in § 4 AtG als risikoreicher angesehene Umschlag der Kernbrennstoffe als erhebliche Störung der bundesstaatlichen Ordnung angesehen werden.

Voraussetzung für einen Verstoß gegen die Bundestreuepflicht in Gestalt des Rechtsmissbrauchsverbots ist es jedoch, dass das Recht dem Handelnden tatsächlich zusteht.³⁰ Sie dient lediglich als Kompetenzausübungsschranke³¹, die nachrangig zu speziellen Vorschriften des Grundgesetzes gilt.³² Die grundgesetzlichen Regelungen der Gesetzgebungskompetenz sind als solche speziellen Regelungen anzusehen. Die Bundestreuepflicht kann demgemäß durch den Erlass eines Gesetzes ohne entsprechende Gesetzgebungskompetenz nicht verletzt sein.³³

Somit verstößt § 2 Abs. 3 HafetrG nicht gegen das Prinzip der Bundestreue.

2. Das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

In Betracht käme auch ein Verstoß gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Dieses leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG ab.³⁴ Das BVerfG überprüft anhand dieses Gebots insbesondere landesrechtliche und kommunale Steuervorschriften³⁵, wobei der Anwendungsbereich nicht auf das Steuerrecht begrenzt ist.³⁶ Danach sind alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder verpflichtet, ihre gesetzlichen Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, dass den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.³⁷ Diese rechtsstaatlichen Vorgaben begründen daher im Rahmen

²⁶ Huster/Rux, in: BeckOK GG, Stand: 15.2.2023, Art. 20 Rn. 36.

²⁷ Zu den Fallgruppen der Bundestreuepflicht siehe Bauer, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 49 ff.

²⁸ Bauer, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 51.

²⁹ Bauer, Die Bundestreue, 1992, S. 355.

³⁰ BVerfGE 34, 9 (44); Bauer, Die Bundestreue, 1992, S. 356.

³¹ BVerfG NVwZ 1990, 955 (958); Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 166.

³² Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 69.

³³ BVerfG NVwZ 2022, 704 (708 f. Rn. 72 f.); jüngst bestätigt durch BVerfG NVwZ 2022, 1038 (1044 Rn. 116). A.A. Uhle, in: Rosin/Uhle, Liber Amicorum für Ulrich Büdenbender zum 70. Geburtstag, 2018, S. 45 (69 f.) sowie Schwarz, DÖV 2012, 457 (460 ff.).

³⁴ BVerfG NJW 1998, 2346 (2347); BVerfG NJW 1999, 841 (843).

³⁵ Vgl. bspw. BVerfG NJW 1998, 2346 bzgl. Landesabfallabgaben; BVerfG NJW 1998, 2341 bzgl. einer kommunalen Verpackungssteuer; jüngst BVerfG NVwZ 2022, 1038 bzgl. einer kommunalen Beherbergungssteuer.

³⁶ Vgl. bspw. BVerfG NJW 1999, 841 zum Bayerischen Schwangerenentlastungsgesetz.

³⁷ BVerfG NJW 1998, 2341 (2342); BVerfG NJW 1999, 841 (843).

der bundesstaatlichen Ordnung der Gesetzgebungskompetenzen zugleich Schranken der Kompetenzausübung.³⁸ Danach dürfen konzeptionelle Entscheidungen des zuständigen Bundesgesetzgebers nicht durch Einzelentscheidungen eines Landesgesetzgebers verfälscht werden.³⁹

Durch die Einführung des § 2 Abs. 3 HafetrG verfälscht B zwar die Konzeption des Bundesgesetzgebers aus § 4 AtG, wonach die Genehmigung zu erteilen „ist“, wenn die Voraussetzungen der Norm vorliegen. Allerdings hatte B hierzu, wie gesehen, keine Gesetzgebungskompetenz. Das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung kann als Kompetenzausübungsschranke, wie die Bundesstreue, jedoch nur dann verletzt sein, wenn B die Gesetzgebungskompetenz innehat. Daran fehlt es, so dass eine Verletzung des Gebots der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ausscheidet.⁴⁰

3. Zwischenergebnis

Somit ist § 2 Abs. 3 HafetrG materiell verfassungskonform.

III. Zwischenergebnis

§ 2 Abs. 3 HafetrG ist formell verfassungswidrig.

C. Ergebnis

Das BVerfG wird die Vorlage des VG für zulässig erklären und die formelle Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 3 HafetrG feststellen.

Abwandlung

A. Verstoß gegen die unionsrechtlichen Grundfreiheiten

§ 2 Abs. 3 HafetrG könnte gegen die unionsrechtlichen Grundfreiheiten verstoßen.

I. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten

Mangels Einschlägigkeit der Regelungen des EURATOM-Vertrags sowie mangels speziellen Sekundärrechts sind die Grundfreiheiten, deren unmittelbare Anwendbarkeit im Übrigen anerkannt ist, anwendbar.

II. Verletzung der Warenverkehrsfreiheit

In Betracht käme eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV.

³⁸ BVerfG NJW 1998, 2341 (2342); BVerfG NJW 1999, 841 (843); *Moench*, in: Raetzke, Nuclear Law in the EU and Beyond, 2014, S. 433.

³⁹ BVerfG NJW 1999, 841 (843).

⁴⁰ A.A. *Moench*, in: Raetzke, Nuclear Law in the EU and Beyond, 2014, S. 433 f.; *Uhle*, in: Rosin/Uhle, Liber Amicorum für Ulrich Bührenbender zum 70. Geburtstag, 2018, S. 45 (71).

1. Schutzbereich

Der Schutzbereich müsste eröffnet sein. Die Kernbrennstoffe müssten eine Ware im unionsrechtlichen Sinne darstellen. Waren sind alle körperlichen Gegenstände, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.⁴¹ Kernbrennstoffe stellen dies unproblematisch dar. Auf den persönlichen Schutzbereich kommt es bei der Warenverkehrsfreiheit nicht an.⁴² T transportiert Kernbrennstoffe regelmäßig zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten der Union, so dass auch der grenzüberschreitende Bezug gegeben ist.

2. Beeinträchtigung

T müsste in ihrer Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigt sein. Das Landesgesetz des Stadtstaates B wird der Bundesrepublik Deutschland als an die Grundfreiheiten gebundenem Mitgliedstaat zugerechnet. § 2 Abs. 3 HafetrG untersagt den Umschlag, nicht jedoch die Einfuhr von Kernbrennstoffen, so dass eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung i.S.d. Art. 34 AEUV ausscheidet. In Betracht käme jedoch eine Maßnahme gleicher Wirkung gem. Art. 34 AEUV. Nach der *Dassonville*-Formel des EuGH ist dies „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“⁴³. Das Umschlagsverbot für Kernbrennstoffe behindert den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar und tatsächlich, so dass eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegt. Die sog. *Keck*-Rechtsprechung, die unter bestimmten Voraussetzungen bloße Verkaufsmodalitäten vom Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit ausnimmt, ist nicht einschlägig.⁴⁴ Mithin liegt eine Beeinträchtigung vor.

3. Rechtfertigung

Die Beeinträchtigung könnte gerechtfertigt sein.

a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe

In Betracht kämen zunächst die in Art. 36 AEUV benannten geschriebenen Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung und des Gesundheitsschutzes. Wie bereits festgestellt, ging es dem Gesetzgeber mit der Einführung des § 2 Abs. 3 HafetrG jedoch nicht darum, ihre Bevölkerung vor den spezifischen Gefahren der Kernbrennstofftransporte zu schützen. Vielmehr sollte der Bund durch das Umschlagsverbot zu einer regenerativen Energiepolitik bewegt werden. Somit scheiden die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV aus.

b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

In Betracht kommen ungeschriebene Rechtfertigungsgründe im Sinne der *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung des EuGH. Danach können Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit gerechtfertigt

⁴¹ EuGH, Urt. v. 10.12.1968 – C-7/68 = Slg. 1968, 633 (642).

⁴² *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 77. Lfg., Stand: September 2022, AEUV Art. 34 Rn. 31.

⁴³ EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – C-8/74 = Slg. 1974, 837 (852 Rn. 5).

⁴⁴ Weitergehende Ausführungen zur *Keck*-Rechtsprechung (EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91 = Slg. 1993, 6126 [6131 Rn. 16]) sind vorliegend nicht erforderlich, da ihre Voraussetzungen aufgrund des Vorliegens einer Marktzugangsbeschränkung evident nicht erfüllt sind.

sein, wenn die Regelungen zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls dienen.⁴⁵ Dieses Gemeinwohl-erfordernis bestimmt sich autonom aus der Unionsperspektive, so dass es auf die Sichtweise einzelner Mitgliedstaaten nicht ankommt. Es muss sich um ein in der gesamten Union anerkanntes Allgemeinwohlziel handeln.⁴⁶ Zweck des Umschlagsverbots ist es, wie gezeigt, den Bund zu einer Abkehr von der Atomkraft und hin zu einer regenerativen Energiepolitik zu bewegen. Es handelt sich mithin um ein national bezogenes Ziel, welches nicht als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls in der gesamten EU anerkannt ist. Dies verdeutlicht schließlich auch der Umstand, dass innerhalb der Mitgliedstaaten der EU die Atomkraft unterschiedlich beurteilt wird und einige Mitgliedstaaten diese sogar ausbauen. Somit scheiden auch die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe aus.

4. Zwischenergebnis

Mangels Rechtfertigung liegt eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit vor.

B. Ergebnis

§ 2 Abs. 3 HafetrG verstößt gegen die Warenverkehrsfreiheit und ist mithin unionsrechtswidrig.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – C-120/78 = Slg. 1979, 649 (662 Rn. 8).

⁴⁶ Koenig/Müller, EuZW 2007, 139 (142); Schwarz, DÖV 2012, 457 (464 f.).

Fortgeschrittenenklausur Verwaltungsrecht BT: Grundrechtseingriff durch staatliches Informationshandeln einer Polizeibehörde auf X

Wiss. Mitarbeiter Markus Meier, Wiss. Mitarbeiterin Lea Norta, Köln*

Der Sachverhalt beruht auf einer Entscheidung des VG Düsseldorf, Urt. v. 6.6.2019 – 18 K 16606/17 und der anschließenden Berufungsentscheidung des OVG Münster – 5 A 2808/19, die im Anschluss an ein Meisterschaftsspiel der 3. Liga im Jahr 2017 ergangen sind und zu diesem Zeitpunkt deutschlandweit für Schlagzeilen sorgten. Im Zentrum der Prüfung steht eine allgemeine Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO), im Rahmen derer das Polizeirecht mit einer Grundrechtsprüfung verknüpft und daher Systemverständnis vorausgesetzt wird.

Die Klausur wurde in leicht veränderter Fassung von Prof. Dr. Schöbener im WS 2022/23 an der Universität zu Köln in der Übung Öffentliches Recht gestellt. Der Notenschnitt lag bei 4,58 Punkten bei 96 Klausuren.

Sachverhalt

Barbara Ballfreund (B) ist Fan des 1. FC Köln, für den sie als Chefin des Choreoteams bei jedem Heimspiel sog. Fan-Choreographien organisiert. Hierbei handelt es sich um visuelle Inszenierungen, die sie vor Spielbeginn mit einer Gruppe Fans aufführt. Bisher sind die Choreographien stets friedlich verlaufen. Als Hilfsmittel nutzt B vor allem Schriftelemente wie Plakate und Fahnen; Pyrotechnik hat sie nie eingesetzt.

Auch für das geplante Revierderby gegen Borussia Mönchengladbach am 28.10.2022 in Köln (NRW) hat B eine Choreographie geplant. Das Spiel wird aufgrund der Rivalität der beiden Mannschaften als sog. Hochrisikospiel eingestuft. Bei Hochrisikospielen wird eine erhöhte Gefährdungslage vermutet, weshalb sie nur unter erhöhten Sicherheitsbedingungen und verstärktem Polizeiaufgebot stattfinden können.

Aufgrund langer Wartezeiten am Eingang des Stadions möchte B die Choreographie dieses Mal in der Warteschlange vor Beginn des Spiels aufführen lassen. Als es am Spieltag tatsächlich zu Verzögerungen am Einlass kommt, ziehen sich – wie von B geplant – 100 der Kölner Fans auf Kommando der B schwarze Regenjacken über. Daraufhin wird ihnen der Einlass ins Stadion von der Polizei mit der Begründung verwehrt, unter den Regencapes befinde sich versteckte Pyrotechnik. Da B die Polizei nicht zuvor über die Choreographie informiert hatte, war der Polizei der Hintergrund des Ereignisses nicht bewusst.

Im Zuge der Eintrittsverweigerung kommt es zu weiteren erheblichen Verzögerungen beim Einlass der übrigen Fans ins Stadion. Hierbei laufen Fans dicht gedrängt aufeinander auf. Es gibt bereits zahlreiche verletzte Personen. Die Polizei postet daraufhin folgende Mitteilung auf ihrem Account bei dem sozialen Netzwerk „X“:

„1. FC Köln gegen Borussia Mönchengladbach: Stau am Eingang Süd. Einige Fans, angeführt von Edelfan Barbara Ballfreund, haben sich Regencapes angezogen, um die Durchsuchung zu verhindern.“

* Der Autor Meier und die Autorin Norta sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Universität zu Köln (Prof. Dr. Burkhard Schöbener).

Unmittelbar nach Veröffentlichung des Beitrags nimmt der Druck am Eingang ab. Es kommt zu keinen weiteren Verletzungen. Der Einlass ins Stadion wird geordnet durchgeführt. Auch die Fans, die ein Regencap übergezogen haben, lassen sich widerstandslos kontrollieren.

B fühlt sich durch das Posting der Polizei in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt. Sie erhebt am 10.11.2022 Klage vor dem zuständigen VG Köln auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Beitrags. Es fehle bereits an einer hinreichenden Rechtsgrundlage, die eine derart grundrechtsverletzende Öffentlichkeitsarbeit der Polizei rechtfertigen könne. Zudem sei der Beitrag inhaltlich unzutreffend und unzumutbar. Bei der Aussage, dass die Regencaps zur Verhinderung von Durchsuchungen übergezogen worden seien, habe es sich um eine bloße Vermutung gehandelt. Darüber hinaus hätte der Zweck, die übrigen Fans über die Wartezeit zu informieren, auch ohne die Nennung von Bs Namen erreicht werden können. In den letzten Wochen sei sie aufgrund des Beitrags in ihrem privaten und beruflichen Umfeld vermehrt darauf angesprochen worden, weshalb sie berechnete polizeiliche Maßnahmen verhindert habe. B möchte auch in Zukunft Choreographien veranstalten.

Das Land NRW wendet hingegen ein, bei dem Posting habe es sich um eine schlichte Information an die Besucher des Fußballspiels gehandelt. Die Rechtsgrundlage für die Öffentlichkeitsarbeit der Polizei ergebe sich bereits aus ihrer Aufgabe der Gefahrenabwehr i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 PolG NRW. Einer Befugnisnorm wie § 8 Abs. 1 PolG NRW bedürfe es daher nicht. Zudem seien die gesamten Umstände des Hochrisikospiels eine ausreichende Tatsachengrundlage für die Vermutung der Polizei gewesen, die Fans wollten mit übergezogenen Regencaps ihre Durchsuchung verhindern. Darüber hinaus könne B kein Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit mehr geltend machen, da der Beitrag – was zutrifft – nach Ablauf einer Woche gelöscht worden sei und die Maßnahme sich damit bereits erledigt habe.

Fallfrage

Hat die Klage der B Aussicht auf Erfolg? Es ist – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen. Von der formellen Rechtmäßigkeit des Beitrags ist auszugehen.

Auszug aus dem PolG NRW

§ 1 Abs. 1 S. 1 PolG NRW

Die Polizei hat die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren (Gefahrenabwehr).

§ 4 Abs. 1 PolG NRW

Verursacht eine Person eine Gefahr, so sind die Maßnahmen gegen diese Person zu richten.

§ 8 Abs. 1 PolG NRW

Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende, konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 9 bis 46 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

Lösungsvorschlag

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen	1044
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO	1044
II. Zuständiges Gericht	1044
III. Statthafte Klageart	1044
1. Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.....	1044
2. Allgemeine Feststellungsklage, § 43 Abs. 1 VwGO.....	1045
a) Bestehen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses	1045
b) Subsidiarität der Feststellungsklage, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO	1045
3. Zwischenergebnis.....	1045
IV. Feststellungsinteresse, § 43 Abs. 1 VwGO	1046
1. Wiederholungsgefahr	1046
2. Rehabilitationsinteresse	1046
3. Zwischenergebnis.....	1046
V. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO	1046
VI. Klagegegner.....	1047
VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit.....	1047
VIII. Zwischenergebnis	1047
B. Begründetheit.....	1047
I. Rechtsgrundlage	1047
II. Formelle Rechtmäßigkeit.....	1048
III. Materielle Rechtmäßigkeit	1048
1. Tatbestandsvoraussetzungen.....	1048
a) Öffentliche Sicherheit.....	1048
b) Gefahr	1048
c) Zwischenergebnis.....	1048
2. Ordnungsgemäßer Adressat	1048
3. Rechtsfolge	1049
a) Störerauswahlermessen	1049
b) Handlungsermessen.....	1049
aa) Schutzbereich	1049
bb) Eingriff	1049
cc) Rechtfertigung	1050
dd) Zwischenergebnis	1051

IV. Zwischenergebnis	1051
C. Ergebnis.....	1051

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Zunächst müssten die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Hierzu müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art handeln, die keinem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt nach der sog. modifizierten Subjektstheorie vor, wenn es sich bei den streitentscheidenden Normen um solche handelt, die ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt als solchen ermächtigen oder verpflichten.¹ Als streitentscheidende Norm kommt vorliegend § 8 Abs. 1 PolG NRW in Betracht. Diese Vorschrift berechtigt und verpflichtet ausschließlich die Polizei in ihrer Funktion als Hoheitsträger. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor.

Darüber hinaus müsste die Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art sein. Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit ist gegeben, wenn unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte im Kern über spezifisches Verfassungsrecht streiten (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).² Da vorliegend bereits keine Beteiligten des unmittelbaren Verfassungsrechtskreises streiten, liegt keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor. Zudem ist keine abdrängende Sonderzuweisung in einen anderen Rechtsweg ersichtlich.

Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Zuständiges Gericht

Laut Sachverhalt ist das VG Köln für die Klage der B zuständig.

III. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren (vgl. § 88 VwGO). B begehrt mit ihrer Klage die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Beitrags.

1. Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO

In Betracht kommt zunächst eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO. Voraussetzung für die unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift ist, dass der Kläger die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts begehrt, welcher sich nach Klageerhebung erledigt hat. Bei dem Beitrag der Polizei müsste es sich folglich um einen Verwaltungsakt handeln.

Unter einem Verwaltungsakt versteht man gem. § 35 S. 1 VwVfG jede hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf Außenwirkung gerichtet ist. Problematisch erscheint vorliegend das Merkmal der „Regelung“ i.S.d.

¹ Ausführlich *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 299 ff.

² *Ehlers/Schneider*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Kommentar, 28. EL, Stand: März 2015, VwGO § 40 Rn. 136.

§ 35 S. 1 VwVfG. Eine Regelung liegt vor, wenn die Maßnahme die Herbeiführung einer verbindlichen Rechtsfolge bezweckt. Dies ist der Fall, wenn Rechte des Betroffenen unmittelbar begründet, geändert, aufgehoben oder mit bindender Wirkung festgestellt bzw. verneint werden.³ Der Beitrag der Polizei enthält lediglich den Hinweis, dass ein Stau am Südeingang des Stadions entstanden sei, was B nicht zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet. Es werden durch das Posting auch keine anderen verbindlichen Rechtsfolgen für B festgesetzt. Es handelt sich daher nicht um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG.

Die Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ist damit nicht statthaft.

2. Allgemeine Feststellungsklage, § 43 Abs. 1 VwGO

Weiter kommt die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO als statthafte Klageart in Betracht. Hierzu müsste B die Feststellung des (Nicht-)Bestehens eines konkreten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses begehren und der Klageerhebung dürfte nicht die Subsidiaritätsregel des § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO entgegenstehen.

a) Bestehen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses

B begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Beitrags. Die rechtliche Qualifikation eines Handelns der öffentlichen Gewalt als rechtswidrig stellt für sich genommen keine Rechtsbeziehung i.S.d. allgemeinen Feststellungsklage dar.⁴ Dagegen stellt die Befugnis eines Hoheitsträgers zum Erlass einer den Bürger belastenden Maßnahme eine Rechtsbeziehung und damit ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis dar.⁵ Dieses kann auch durch schlichthoheitliches Handeln, also einen Realakt, begründet werden. Das Rechtsverhältnis betrifft hier auch nicht nur eine abstrakte Rechtsfrage, sondern einen hinreichend konkreten Sachverhalt. Feststellungsfähig sind zudem nicht nur gegenwärtige, sondern auch vergangene oder zukünftige Rechtsverhältnisse.⁶

Der Klageantrag ist auf die Feststellung gerichtet, dass die Polizei nicht zur Veröffentlichung des Postings berechtigt war. Es handelt sich folglich um ein Rechtsverhältnis, dessen Nichtbestehen im Rahmen der sog. negativen Feststellungsklage überprüft werden kann.

b) Subsidiarität der Feststellungsklage, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO

Die Erhebung einer Gestaltungs- oder Leistungsklage kommt vorliegend nicht in Betracht. Die Feststellungsklage ist somit nicht subsidiär gem. § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO.

3. Zwischenergebnis

Die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO ist die statthafte Klageart.

³ BVerwG NJW 1988, 87 (88); vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2023, § 10 Rn. 445 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 9 Rn. 6.

⁴ *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 35; *Happ*, in: *Eyermann*, VwGO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 43 Rn. 16; *Möstl*, in: *BeckOK VwGO*, Stand: 1.7.2023, § 43 Rn. 4; *Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 43 Rn. 13.

⁵ *Möstl*, in: *BeckOK VwGO*, Stand: 1.7.2023, § 43 Rn. 4; *Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 43 Rn. 13.

⁶ *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 14a.

IV. Feststellungsinteresse, § 43 Abs. 1 VwGO

Zudem müsste B gem. § 43 Abs. 1 VwGO ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Beitrags haben. Hierunter fällt jedes anerkannte schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art.⁷ Zu berücksichtigen ist, dass es sich vorliegend um eine erledigte Maßnahme handelt. In diesen Fällen ist ein berechtigtes Feststellungsinteresse nur anzuerkennen, wenn das Rechtsverhältnis über seine Beendigung hinaus Wirkungen in der Gegenwart entfaltet.⁸ Ob dies der Fall ist, kann anhand bestimmter Fallgruppen bemessen werden.⁹

1. Wiederholungsgefahr

In Betracht kommt zunächst das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr. Diese ist gegeben, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen erneut eine vergleichbare belastende Maßnahme erlassen wird.¹⁰ B möchte auch in Zukunft weitere Choreographien veranstalten. Sie muss daher damit rechnen, dass sie auch bei künftigen Postings aufgrund ihres Bekanntheitsgrades als Fangruppenanführerin namentlich genannt wird.

Eine Wiederholungsgefahr liegt damit vor.

2. Rehabilitationsinteresse

Des Weiteren könnte ein Rehabilitationsinteresse der B bestehen. Dies wäre der Fall, wenn die Art des Eingriffs diese Feststellung erfordert, z.B. wenn die betroffene Person nur durch die gerichtliche Überprüfung der Maßnahme die Möglichkeit erhält, einen Ausgleich für eine etwaige rechtswidrige Verletzung ihrer Grundrechte zu erlangen.¹¹ Durch den Beitrag fühlt sich B in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt. In ihrem privaten und beruflichen Umfeld wurde sie bereits auf ihr Verhalten angesprochen, sodass ihr soziales Ansehen unter dem Posting leidet. Nur durch eine gerichtliche Klärung erhält sie die Möglichkeit, Genugtuung zu erfahren.

Auch ein Rehabilitationsinteresse der B besteht.

3. Zwischenergebnis

B kann ein berechtigtes Feststellungsinteresse i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO geltend machen.

V. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

Fraglich ist, ob B darüber hinaus analog § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein muss oder ob das Vorliegen eines berechtigten Feststellungsinteresses i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO ausreichend ist.¹² Es erscheint

⁷ BVerwGE 74, 1 (4); vgl. auch *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 18 Rn. 13; *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 77.

⁸ St. Rspr., vgl. BVerwG NVWZ 2018, 433 (433).

⁹ *Happ*, in: Eyer mann, VwGO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 43 Rn. 34; *Möstl*, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.7.2023, § 43 Rn. 25; *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 90.

¹⁰ *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 18 Rn. 48; *Schübel-Pfister*, in: Eyer mann, VwGO, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 113 Rn. 112; *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 113 Rn. 271.

¹¹ St. Rspr., vgl. BVerwG NJW 1997, 2534 (2534 f.).

¹² Für eine analoge Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO auf die allg. Feststellungsklage zur Vermeidung von Popular-

nicht von vornherein ausgeschlossen, dass B durch die eindeutige Nennung ihres Namens in dem Beitrag der Polizei in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt wird. B wäre somit klagebefugt.

Die Frage der Anwendbarkeit des § 42 Abs. 2 VwGO kann mithin offenbleiben.

VI. Klagegegner

Zudem ist die Klage gegen den richtigen Klagegegner zu richten. Dies ist derjenige Rechtsträger, demgegenüber das Bestehen des behaupteten Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll. Es kann dahinstehen, ob Grund dafür das allgemeine Rechtsträgerprinzip¹³ oder die analoge Anwendung des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO¹⁴ ist, da beide Ansichten zum gleichen Ergebnis kommen. Das Land NRW ist als Rechtsträger der Polizei gem. § 1 POG NRW der richtige Klagegegner.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

B ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das Land NRW ist als juristische Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und muss sich im Prozess gem. § 62 Abs. 3 VwGO durch den zuständigen Minister vertreten lassen.

VIII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen der allgemeinen Feststellungsklage der B liegen vor.

B. Begründetheit

Die Klage der B ist begründet, soweit das streitige Rechtsverhältnis nicht besteht, § 43 Abs. 1 VwGO.

I. Rechtsgrundlage

Unklar scheint zunächst, ob die Polizei für das Veröffentlichende des Posts überhaupt eine konkrete rechtliche Grundlage benötigt oder ob ein rechtlich neutrales Handeln der Behörde vorliegt.

Die streitgegenständliche Handlung der Polizei steht im Zusammenhang mit ihrer Aufgabe als Gefahrenabwehrbehörde. Während als Grundlage für staatliches Informationshandeln im Zusammenhang mit der Erfüllung einer konkreten staatlichen Aufgabe bereits eine gesetzliche Aufgabenzuweisung wie § 1 Abs. 1 S. 1 PolG NRW genügt, bedarf es für Maßnahmen mit Eingriffscharakter einer Befugnisnorm, welche konkrete Anforderungen an das staatliche Handeln normiert.¹⁵ Der Beitrag der Polizei geht über einen rein informatorischen Charakter hinaus. Er ermöglicht aufgrund der vollständigen Namensnennung eine eindeutige Identifikation der B und rückt sie durch die Mutmaßung in ein schlechtes Licht. Damit stellt die polizeiliche Handlung eine Belastung für B dar, sodass ihr Eingriffscharakter zukommt.

klagen (st. Rspr.) BVerwG NVwZ 1991, 470 (471).

¹³ Brenner, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 78 Rn. 11; Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 35. EL, Stand: September 2018, VwGO § 78 Rn. 26; Terhechte, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2021, VwGO § 78 Rn. 8.

¹⁴ Ehlers, in: FS Menger, 1985, S. 380 (392); Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 12 Rn. 31.

¹⁵ Zum Gesetzesvorbehalt bei staatlichem Informationshandeln Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 97. Lfg., Stand: Januar 2022, Art. 20 Rn. 113.

Für das Posting der Polizei ist daher eine Ermächtigungsgrundlage in Form einer Befugnisnorm erforderlich. Da eine spezielle Rechtsgrundlage nicht ersichtlich ist, kommt insoweit nur die polizeirechtliche Generalklausel aus § 8 Abs. 1 PolG NRW in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Absetzung des Beitrags ist formell rechtmäßig erfolgt.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Darüber hinaus müsste das Posting der Polizei auch in materieller Hinsicht rechtmäßig sein.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Zunächst sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 PolG NRW zu untersuchen. Voraussetzung ist das Bestehen einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung.

a) Öffentliche Sicherheit

In Betracht kommt zunächst eine drohende Verletzung der öffentlichen Sicherheit, welche den Schutz der Individualrechtsgüter, die Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung sowie den Bestand der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates umfasst.¹⁶

Mit den Verletzungen der Stadionbesucher sind Individualrechtsgüter (insb. das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und somit die öffentliche Sicherheit betroffen.

b) Gefahr

Es müsste auch eine konkrete Gefahr für das betroffene Schutzgut vorliegen. Unter der konkreten Gefahr ist ein Lebenssachverhalt zu verstehen, der bei ungehindertem Ablauf in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an dem polizeilichen Schutzgut führen wird.¹⁷

Zum Zeitpunkt der Absetzung des Beitrags wurden bereits Personen durch das Auflaufen der Besucher vor dem Stadioneingang verletzt. Damit hatte sich die Verletzung der Individualrechtsgüter teilweise schon verwirklicht, sodass Anhaltspunkte von hinreichendem Gewicht bestanden, die auf den Eintritt weiterer Verletzungen hindeuteten.

Eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit bestand.

c) Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 PolG NRW liegen vor.

2. Ordnungsgemäßer Adressat

Die Maßnahme der Polizei müsste sich gegen den richtigen Verantwortlichen richten. B ist diejenige Person, auf deren Kommando hin das Überziehen der Regencapes durchgeführt wird. Mithin ist ihr

¹⁶ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 50 ff.

¹⁷ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 49.

Handeln ursächlich dafür, dass die Stadioneingänge blockiert werden und ein Stau entsteht. Sie ist damit als Verhaltensstörerin i.S.d. § 4 Abs. 1 PolG NRW heranzuziehen.

3. Rechtsfolge

Angesichts der Formulierung des § 8 Abs. 1 PolG NRW steht der Polizei ein umfassendes Ermessen i.S.d. § 40 VwVfG NRW zu.

a) Störerauswahlermessen

Die Auswahl der B als Adressatin der polizeilichen Maßnahme müsste ermessensfehlerfrei erfolgt sein. Zwar war B nicht die einzige Person, welche sich ein Regencapce übergezogen hat, unter Berücksichtigung des Ziels der effizienten Gefahrenabwehr¹⁸ und der Kommandofunktion der B, war die Auswahl jedoch vertretbar.

Die Störerauswahl erfolgte daher ermessensfehlerfrei.

b) Handlungsermessen

Von ihrem Ermessen könnte die Polizei in rechtswidriger Weise Gebrauch gemacht haben, indem Sie die Grundrechte der B in nicht ausreichendem Maße berücksichtigt hat (Abwägungsdefizit).

In Betracht kommt das Verkennen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, welches im Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, jedoch aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet wird.¹⁹ Dies wäre dann der Fall, wenn der Beitrag in nicht gerechtfertigter Weise in den Schutzbereich dieses Grundrechts eingreift.

aa) Schutzbereich

Für B ist der persönliche Schutzbereich²⁰ als natürliche Person eröffnet.

In sachlicher Hinsicht umfasst der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Garantie, „dass der Einzelne seine Identität und Individualität selbstbestimmt finden, entwickeln und wahren kann.“²¹ Zudem ist der Schutz vor entstellenden und verfälschenden Darstellungen der eigenen Person umfasst.²² Hierzu zählt auch die Verwendung des Namens als Teil des Persönlichkeitsbildes.²³

Durch die eindeutige Nennung des vollständigen Namens der B in dem Beitrag ist eine hinreichend konkrete Zuordnung der Informationen zu B als Person möglich. Ihr werden zudem wahrheitswidrige Handlungen unterstellt. Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet.

bb) Eingriff

Das Posting müsste in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der B aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingreifen. Nach dem modernen Eingriffsbegriff stellt eine staatliche Handlung einen Eingriff dar, sofern dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich fällt, ganz oder teilweise un-

¹⁸ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 126.

¹⁹ Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 623.

²⁰ Zum persönlichen Schutzbereich des allg. Persönlichkeitsrechts Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 626.

²¹ BVerfG, Beschl. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15; Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 628.

²² Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 631.

²³ BVerfGE 97, 391 (399 f.); Manssen, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2022, Rn. 286; Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 633.

möglich gemacht wird.

Durch den Beitrag wird der Name der B ohne deren Zustimmung verwendet. Sie hat insoweit also keinen selbstbestimmten Einfluss auf die Darstellung ihrer Person in der Öffentlichkeit. Damit wird von staatlicher Seite in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht eingegriffen.

cc) Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Voraussetzung dafür ist, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht einschränkbar ist (Schranke) und diese Schranke auch verfassungsgemäß im Einzelfall angewendet wurde (Schranken-Schranke).²⁴

Als Schranken kommen die Rechte anderer, das Sittengesetz sowie die verfassungsmäßige Ordnung nach Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht.²⁵ Als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung fungiert vorliegend § 8 Abs. 1 PolG NRW als Schranke.

Diese müsste im konkreten Fall auch verfassungsgemäß, also insbesondere verhältnismäßig, angewendet worden sein.²⁶ Der Beitrag musste demnach einen legitimen Zweck verfolgen und zudem geeignet, erforderlich sowie angemessen gewesen sein.²⁷

Mit dem Gesundheitsschutz der Zuschauer verfolgt die Polizei einen legitimen Zweck. Durch die Veröffentlichung des Postings hat der Einlassdruck auf den Stadioneingang abgenommen, sodass keine weiteren Fans zu Schaden gekommen sind. Der Beitrag war daher auch zur Zweckerreichung geeignet.

Der Eingriff müsste zudem zur Erreichung des Zwecks erforderlich gewesen sein. Erforderlich war er, wenn es kein anderes gleich geeignetes, aber weniger intensiv in das Grundrecht eingreifendes Mittel gab.²⁸ Als milderer Mittel wäre denkbar gewesen, die Zuschauer auf das Bestehen des Rückstaus unter Angabe eines Grundes ohne Namensnennung der B hinzuweisen, wodurch die Auflösung des Rückstaus mit gleichem Erfolg stattgefunden hätte. Mit der Namensnennung geht die polizeiliche Handlung über den verfolgten Zweck hinaus und war damit nicht erforderlich.

Der Eingriff könnte außerdem unangemessen sein. Die Angemessenheit ist gewahrt, sofern der Grundrechtseingriff nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck steht. Dabei ist im Rahmen einer Gesamtabwägung zu prüfen, ob die Grenze der Zumutbarkeit des Eingriffs für den Bürger überschritten ist, weil der zu verwirklichende Erfolg der Maßnahme in einem Missverhältnis zu den individuellen Belastungen des Bürgers steht.²⁹

Auf Seiten der B ist mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht eine spezielle Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG betroffen, deren Schutz insoweit durch die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG verstärkt wird. Damit ist ein abstrakt hochwertiges Individualrechtsgut betroffen. Auf der anderen Seite steht der Gesundheitsschutz (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) der anderen Fans und die Verpflichtung des Staates, den Schutz der Gesundheit zu gewährleisten. Auch hierbei handelt es sich um ein elementares Grundrecht von hoher abstrakter Wertigkeit.

Nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz sind die betroffenen Rechtsgüter so in einen Ausgleich zu bringen, dass möglichst keines vollständig hinter dem anderen zurücktreten muss. Es

²⁴ Allgemein zum System der Schranken und Schranken-Schranken *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 43 ff.

²⁵ *Manssen*, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2022, Rn. 295.

²⁶ Vgl. *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 648; *Manssen*, Staatsrecht II, 19. Aufl. 2022, Rn. 296.

²⁷ Allgemein zum Gang einer Verhältnismäßigkeitsprüfung *Voßkuhle*, JuS 2007, 429 (430); *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 (194 ff.).

²⁸ *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 (195); *Voßkuhle*, JuS 2007, 429 (430).

²⁹ *Klatt/Meister*, JuS 2014, 193 (195 ff.); *Voßkuhle*, JuS 2007, 429 (430).

ist dabei zu klären, ob der erstrebte Erfolg zu den Belastungen des Bürgers außer Verhältnis steht und damit unzumutbar ist.³⁰

Durch das Posting wird der vollständige Name der B genannt und damit eine konkrete Identifikation ihrer Person ermöglicht. In Kombination mit der Unterstellung einer möglicherweise rechtswidrigen Handlung (Verhinderung von Kontrollen) wurde ihr Ansehen damit auch außerhalb des konkreten Handlungskontextes beschädigt. Auf der anderen Seite ist zu konstatieren, dass der Beitrag in der Form, wie er von der Polizei veröffentlicht wurde, den legitimen Zweck der Verhinderung weiterer Gefahren (siehe oben) in tatsächlicher Hinsicht erreicht hat.

Trotz der Verfolgung eines legitimen Ziels ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die an Recht und Gesetz gebundene Exekutive nicht jedweden Mittels bedienen darf. Soweit sie in Ausübung ihrer Informationsbefugnis Angaben zu Sachverhalten oder konkreten Personen macht, ist sie an die Grundsätze der Sachlichkeit und Richtigkeit gebunden.³¹ Hierbei kommt es zwar nicht auf die objektive Richtigkeit aus einer ex-ante Sicht an. Vielmehr ist der Kenntnisstand der eingesetzten Polizeibeamten maßgeblich. Doch entgegen den Angaben des Landes NRW berechtigt dies nicht zur Äußerung spekulativer Mutmaßungen; solche sind erst dann zulässig, wenn die geäußerte Vermutung nicht nur eine logische Schlussfolgerung, sondern die einzig mögliche Konsequenz der bekannten Tatsachen ist. Diesen Maßstäben wird das Posting insoweit nicht gerecht, als behauptet wird, die Fans würden sich durch das Überziehen der Regencapes einer Durchsuchung entziehen wollen. Diese Aussage mag zwar polizeilicher Erfahrung entsprechen, ist jedoch nicht hinreichend belegt. Es ist genauso denkbar, dass die Capes zur Vorbereitung einer Fan-Choreografie angelegt wurden. Damit wird das Gebot der Sachlichkeit und Richtigkeit durch den Beitrag verletzt. Die Abwägung der unterschiedlichen Rechtspositionen führt zu einem Übergewicht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der B.

dd) Zwischenergebnis

Die Schranke des § 8 Abs. 1 PolG NRW wurde nicht verfassungsgemäß angewendet. Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der B ist damit nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

IV. Zwischenergebnis

Die Polizei hatte nicht die Befugnis zur Absetzung des Postings. Das streitgegenständliche Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO bestand damit nicht. Die Klage der B ist somit begründet.

C. Ergebnis

Die Klage der B ist zulässig und begründet. Sie wird damit Erfolg haben.

³⁰ Voßkuhle, JuS 2007, 429 (430).

³¹ VG Düsseldorf, Urt. v. 6.6.2019 – 18K 16606/17. Dieser Grundsatz kann alternativ auch aus dem rechtsstaatlichen Willkürverbot hergeleitet werden.

Fortgeschrittenenhausarbeit: Die Lügen des „Finder-Schwindlers“

Prof. Dr. Boris Burghardt, Marburg, Wiss. Mitarbeiterin Julia Biastoch,
Wiss. Hilfskraft Katharina Reisch, Göttingen*

Der Fall wurde im Sommersemester 2022 in der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht an der Georg-August-Universität Göttingen gestellt. Die durchschnittliche Bewertung lag bei 7,7 Punkten, die Durchfallquote betrug 19 %. Der Sachverhalt ist inspiriert von dem 2022 veröffentlichten Dokumentarfilm „Der Tinder-Schwindler“. Dieser thematisiert die auch im Sachverhalt beschriebene Betrugsmasche des israelischen Hochstaplers Simon Leviev, der durch „Romance Scam“ zahlreiche Frauen um Geldbeträge in Millionenhöhe betrog. Neben den um den „Tinder-Schwindler“ kreisenden Betrugs- und Untreuefragen prüft die Hausarbeit auch grundlegende Kenntnisse zum 2021 reformierten Geldwäschetatbestand (§ 261 StGB) ab. Im Bereich der Betrugsstrafbarkeit besteht eine Besonderheit des Falles darin, dass die getäuschte Allein-Geschäftsführerin mit Schädigungsabsicht zum Nachteil der von ihr geführten GmbH handelt. Hier fragt sich insbesondere, ob das Verhalten der Geschäftsführerin der GmbH als Vermögensverfügung zugerechnet und eine solche Konstellation als Dreiecksbetrug erfasst werden kann. Ein weiteres Problem des Falles liegt in der Frage, ob ein Vermögensschaden entfällt, wenn das Opfer eines vorangegangenen Betruges nun seinerseits durch eine Täuschung einen Vermögensgegenstand vom Betrüger erlangt, um den Vermögensgegenstand zu verwerten und dadurch wenigstens einen Teil des zuvor erlittenen Schadens wieder auszugleichen. Gegenstand der verschiedenen Geldwäscheprüfungen sind unter anderem der neu implementierte all-crimes-Ansatz, der Leichtfertigkeitstatbestand in § 261 Abs. 6 StGB sowie die Selbstgeldwäsche nach § 261 Abs. 7 StGB. Hier lag jedenfalls zum Zeitpunkt der Aufgabenstellung wenig Literatur zur neuen Tatbestandsfassung vor, sodass die Bearbeiter*innen Problembewusstsein und Argumentationsfähigkeit zeigen mussten.

Sachverhalt

Timon (T) pflegt einen exklusiven und äußerst kostspieligen Lifestyle. Um die für sein Glamour-Leben erforderlichen Geldmittel zu generieren, praktiziert er bereits seit einiger Zeit ein ausgefuchstes „Geschäftsmodell“: Über die Dating-App „Finder“ verwickelt er mittels eines gefälschten Profils Frauen in intime Beziehungen, um sie dann dazu zu bewegen, ihm hohe Geldbeträge zu zahlen. In seinem „Finder“-Profil nennt er sich „Timon Reviev“ und gibt vor, der Sohn des Geschäftsmannes Rev Reviev zu sein, der als „König der Diamanten“ bekannt ist und über ein erhebliches Vermögen verfügt.

Eine der Frauen, die mit T über „Finder“ in Kontakt treten, ist Ocilie (O), eine erfolgreiche Reise- und Lifestyle-Influencerin aus G. T inszeniert sich O gegenüber als Mann von schier unerschöpflichem Reichtum, indem er sie in exklusive Restaurants und zu Luxusurlaube rund um die Welt in seinem Privatjet einlädt. Der Wert dieser Einladungen beläuft sich auf rund 250.000 €. O verliebt sich in T und seinen mondänen Alltag. Zugleich „bemerkt“ sie aber auch die Schattenseiten des Lebens an der Spitze des internationalen Diamantengeschäfts: T spiegelt O vor, Drohungen zu erhalten und sich in

* Boris Burghardt ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Juristische Zeitgeschichte an der Philipps-Universität Marburg. Julia Biastoch ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie an der Georg-August-Universität Göttingen. Katharina Reisch ist Wiss. Hilfskraft am Institut für Kriminalwissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen

stetiger Lebensgefahr zu befinden. Zu seinem vermeintlichen Schutz folgt T sein in alle Pläne eingeweihter „Personenschützer“ Dieter (D) bei jedem Schritt.

Nach einer gemeinsamen Reise erhält O einen verzweiferten Hilferuf des vorübergehend in Dubai weilenden T. In einer emotionalen Sprachnachricht berichtet T von einem körperlichen Angriff seiner Feinde und von seiner Todesangst. Er schickt Fotos, die ihn mit Verletzungen zeigen, sowie ein Video, in dem der stark aus einer Kopfverletzung blutende D zu sehen ist. Die Fotos und Videos hatten T und D zuvor gemeinsam gestellt, um den Überfall möglichst authentisch darzustellen. T schwindelt O vor, dass er nun Sicherheitsvorkehrungen treffen müsse und seine Kreditkarten nicht mehr benutzen dürfe, da seine Feinde hierüber seinen Aufenthaltsort ermitteln würden. T bittet O, ihm 200.000 € Bargeld zur Verfügung zu stellen, damit er seine Widersacher abschütteln könne. Dabei ist es ihm gleichgültig, wie O das Geld beschafft. O hat schnell eine Idee, wie sie T helfen kann: Als Influencerin ist sie Inhaberin der „Ocilies Pretty Castle E-Commerce GmbH“ (OCP-GmbH) mit Sitz in G, über die sie ihre gesamten Social-Media-Aktivitäten abwickelt und die über eine prall gefüllte Geschäftskasse verfügt. O hält als Gesellschafterin 90 % der Anteile an der OCP-GmbH und ist auch deren Geschäftsführerin. An der GmbH ist nur noch ihre Freundin F mit einem Anteil von 10 % als Gesellschafterin beteiligt. Laut Gesellschaftsvertrag ist O verpflichtet, für Zahlungen über 100.000 € einen Gesellschafterbeschluss einzuholen. Im Keller befindet sich schon lange ein Koffer mit 200.000 € Bargeld der GmbH als Reserve. O hält es für die einfachste Möglichkeit, T hiermit schnell zu helfen. Ohne F nach ihrer Meinung zu fragen, holt sie den Geldkoffer aus dem Keller und fliegt damit kurzerhand nach Dubai. Dort übergibt sie T das Geld der GmbH, der es dankend annimmt. Auf die Idee, dass O das Geld durch einen „unkonventionellen Kredit“ erlangt hat, kommt T nicht. Eine Rückzahlung wurde nie vereinbart, und T denkt auch gar nicht daran. Stattdessen gibt er das ganze Geld aus.

Nach einigen Wochen möchte O das Geld von T nun doch schnellstmöglich zurück. Sie bittet ihn, den „Kredit“ zurückzuzahlen und gibt ihm dafür die Bankverbindung ihres privaten Schweizer Nummernkontos. O hält dies für eine tolle Gelegenheit, sich als Belohnung für das gut laufende Geschäft der OCP-GmbH nachträglich eine kleine „Sonderprämie“ auszuzahlen. Sie geht davon aus, dass T ihr die Summe ohne weiteres aus seinem erheblichen Eigenkapital zurückzahlen kann. O plant, die etwas unkonventionelle „Prämie“ anschließend durch viele komplizierte Transaktionen mit ihren eigens hierfür vorgehaltenen Briefkastengesellschaften auf den Cayman Islands zu kaschieren. So möchte sie das Finanzamt verwirren und neugierige Fragen zur Herkunft des Vermögens vermeiden.

Zwei Monate später hat T der O das Geld trotz mehrfacher Aufforderung noch immer nicht zurückgezahlt. Frustriert scrollt O durch ein soziales Netzwerk, als ihr ein Foto von T auffällt: Ein großes deutsches Nachrichtenmagazin berichtet dort über den „Finder-Schwindler“ T und darüber, wie er viele junge Frauen mit seiner „Masche“ in den finanziellen Ruin trieb. Entsetzt liest O, dass T ein verurteilter Straftäter ist und nun vor den Strafverfolgungsbehörden flüchtet. Da fasst O den Entschluss zur Rache: Sie gibt vor, T weiter sehr zu lieben und ihn zu unterstützen. O schlägt T vor, einige von Ts wertvollen Luxusgegenständen zu verkaufen. Da aktuell niemand mehr mit T selbst Geschäfte machen wolle, stelle sie sich gern als „Stroh-Frau“ für die Verkäufe zur Verfügung. O verspricht T, ihm alle Gewinne aus den Verkäufen auszuzahlen. Tatsächlich beabsichtigt sie, die Verkaufserlöse für sich privat zu behalten, um wenigstens einen Teil dessen zurückzubekommen, was sie dem T zuvor gezahlt hat.

T ist von Os Idee begeistert und lässt ihr zunächst ein E-Bike, das von dem deutschen Rapper „Yuma 208“ handsigniert wurde, zukommen. Da „Yuma 208“ der Ausnahme-Künstler hinter dem 2019er-Sommerhit „Bike“ ist, hat das E-Bike einen Sammlerwert von 50.000 €. Das E-Bike wurde T großzügigerweise von seinem Geschäftspartner G geschenkt, von dem T genau weiß, dass er in leitender Position in ein Drogenkartell involviert ist. Er weiß zwar nicht, wie dieser an das seltene Sammlerstück gekommen ist, aber da ihm die Sache nicht ganz geheuer ist, will er das E-Bike lieber

schnell wieder loswerden. Das Gericht kann später nachweisen, dass G das E-Bike vollständig mit Gewinnen aus seinen Drogengeschäften finanziert hat. O stellt das E-Bike in ein Online-Verkaufportal für Gebrauchtware ein. Zum Grund des Verkaufs schreibt sie, dass es sich um ein gut gemeintes Geschenk gehandelt habe, sie aber gar nicht Rad fahren könne. Über den „jetzt-kaufen“-Button kann das E-Bike sofort gekauft werden. Es findet sich allerdings niemand, der dies tut.

Aufgabe

Prüfen Sie die Strafbarkeit von T und O nach dem StGB. §§ 145d, 164, 201–206, 238, 240, 253, 255, 257–260a, 266a, 267–274, 283–283d StGB sowie Regelbeispiele sind nicht zu prüfen. Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts wird unterstellt. Ggf. erforderliche Strafanträge wurden gestellt.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: Der Finder-Schwindel.....	1057
A. Strafbarkeit des T	1057
I. Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB durch Vorspiegeln einer Bedrohungslage.....	1057
1. Tatbestand.....	1057
a) Objektiver Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB.....	1057
aa) Täuschung.....	1057
bb) Irrtum.....	1058
cc) Vermögensverfügung.....	1058
(1) Nähetheorie.....	1058
(2) Lagertheorie	1059
(3) Ermächtigungstheorie	1059
(4) Stellungnahme	1059
(5) Zwischenergebnis	1060
dd) Vermögensschaden	1061
b) Subjektiver Tatbestand.....	1061
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1062
3. Strafantragserfordernis.....	1062
II. Ergebnis.....	1062
B. Strafbarkeit der O	1062
I. Strafbarkeit gem. § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB durch Übergabe des Bargeldes an T	1062
1. Tatbestand.....	1062
a) Objektiver Tatbestand.....	1062
aa) Missbrauchstatbestand	1062
(1) Verfügungs-/Verpflichtungsbefugnis über fremdes Vermögen	1062

(2) Missbrauch der eingeräumten Befugnis.....	1063
bb) Treuebruchtatbestand.....	1063
(1) Vermögensbetreuungspflicht	1063
(2) Verletzung einer spezifischen Betreuungspflicht.....	1063
cc) Vermögensnachteil	1064
b) Subjektiver Tatbestand	1064
2. Rechtswidrigkeit.....	1064
3. Schuld	1064
4. Ergebnis	1064
II. Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB durch Übergabe des Bargeldes an T	1064
III. Strafbarkeit gem. § 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB durch Übergabe des Bargeldes an T	1065
IV. Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 7 StGB durch Übergabe des Bargelds an T	1065
1. Tatbestandsmäßigkeit	1065
a) Objektiver Tatbestand.....	1065
aa) Tatobjekt: Gegenstand, der aus rechtswidriger Vortat herrührt.....	1065
bb) Täterqualität	1065
cc) Tathandlung: Verschaffen, § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB	1065
(1) Verschaffen an einen Dritten, § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB	1066
(2) In den Verkehr bringen und Verschleiern der rechtswidrigen Herkunft, § 261 Abs. 7 StGB.....	1066
b) Zwischenergebnis.....	1066
2. Ergebnis	1066
C. Strafbarkeit des T als Teilnehmer bzw. im Anschluss an die Taten der O.....	1067
I. Strafbarkeit gem. §§ 266 Abs. 1 Alt. 2, 26 StGB durch Erbitten der 200.000 €	1067
II. Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB durch das Ausgeben des erlangten Geldes.....	1067
Ergebnis 1. Tatkomplex.....	1067
2. Tatkomplex: Die „Sonderprämie“	1067
I. Strafbarkeit der O gem. §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 3, Abs. 7, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Rückzahlungsaufforderung gegenüber T	1067
1. Vorprüfung.....	1067
2. Tatentschluss.....	1068
a) Tatentschluss bzgl. Gegenstand, der aus rechtswidriger Vortat herrührt.....	1068
b) Zwischenergebnis.....	1069
II. Ergebnis.....	1069

Ergebnis 2. Tatkomplex	1069
3. Tatkomplex: Die Rache am Finder-Schwindler	1069
A. Strafbarkeit des T	1069
I. Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB durch Annahme des E-Bikes von G	1069
1. Tatbestandsmäßigkeit	1070
a) Objektiver Tatbestand.....	1070
aa) Tatobjekt: Gegenstand, der aus rechtswidriger Vortat herrührt.....	1070
bb) Tathandlung: Verschaffen, § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB	1070
cc) Zwischenergebnis	1070
b) Subjektiver Tatbestand	1070
aa) Vorsatz.....	1070
bb) Leichtfertigkeit.....	1071
c) Zwischenergebnis.....	1071
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1071
3. Ergebnis	1071
II. Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB durch Übergabe des E-Bikes an O	1071
B. Strafbarkeit der O	1071
I. Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten des T durch Erlangen des E-Bikes	1071
1. Tatbestandsmäßigkeit	1072
a) Objektiver Tatbestand.....	1072
aa) Täuschung.....	1072
bb) Irrtum.....	1072
cc) Vermögensverfügung.....	1072
dd) Vermögensschaden	1072
b) Subjektiver Tatbestand	1074
aa) Vorsatz.....	1074
bb) Absicht stoffgleicher Bereicherung	1074
cc) Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und entsprechender Vorsatz.....	1074
2. Ergebnis	1075
II. Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1, Abs. 6 S. 1 StGB durch Annahme des E-Bikes von T	1075

III. Strafbarkeit gem. §§ 263 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Anbieten des E-Bikes im Internet.....	1076
IV. Strafbarkeit gem. §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2, Abs. 3, Abs. 7, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Anbieten des E-Bikes im Internet.....	1076
1. Vorprüfung.....	1076
2. Tatentschluss.....	1076
a) Tatentschluss bzgl. Gegenstand, der aus rechtswidriger Vortat herrührt.....	1076
b) Tatentschluss bzgl. Verschaffen, § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB	1077
aa) Tatentschluss bzgl. des Verschaffens an einen Dritten	1077
bb) Tatentschluss bzgl. des in den Verkehr bringen und Verschleiern der Herkunft	1077
c) Zwischenergebnis.....	1077
3. Unmittelbares Ansetzen	1077
4. Ergebnis	1077
Ergebnis 3. Tatkomplex.....	1078
Gesamtergebnis	1078

1. Tatkomplex: Der Finder-Schwindel

A. Strafbarkeit des T

I. Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB durch Vorspiegeln einer Bedrohungslage

Indem T behauptete, sich in einer Bedrohungssituation zu befinden und auf Bargeldmittel angewiesen zu sein, um Gefahren für Leib und Leben abzuwenden, könnte er sich gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen Betruges gegenüber O und zulasten der OPC-GmbH strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB

aa) Täuschung

T müsste O über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung ist das Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen. Tatsachen sind vergangene oder gegenwärtige Zustände oder Ereignisse, die dem Beweis zugänglich sind.¹ T behauptete gegenüber O in einer Sprachnachricht, von persönlichen Feinden angegriffen worden zu sein und nun Bargeld zu benötigen, um seine Feinde abschütteln zu können. Anderenfalls könne er durch die Nutzung seiner Bankkarten geortet und erneut angegriffen werden. Zusätzlich schickte er ihr Bilder und Videos

¹ Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 4; Kluszczewski, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2016, § 4 Rn. 14; Perron, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 8.

mit gestellten Verletzungen. So sollte bei O die Vorstellung über das Bestehen einer akuten Gefahrensituation und eines daraus resultierenden Bargeldbedarfs hervorgerufen werden. Eine Täuschung über Tatsachen liegt damit vor.

Hinweis: Es ist in strafrechtsdogmatischer Hinsicht überzeugender, als tatbestandliche Täuschung allein auf den letzten Täuschungskomplex abzustellen (Täuschung des T über das Bestehen einer Bedrohungssituation, in der er auf Geldmittel angewiesen ist, um Gefahren für Leib und Leben abzuwenden) und nicht die zahllosen vorangegangenen Täuschungen über seine Identität und Vermögensverhältnisse im Rahmen einer tatbestandlichen Handlungseinheit² miteinzubeziehen. Diese sollten stattdessen als straflose Vorbereitungshandlungen identifiziert werden, die nicht unmittelbar zu der Vermögensverfügung der O geführt haben. Die Annahme einer tatbestandlichen Handlungseinheit ist als noch vertretbare Alternativlösung zu werten. Unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit, der Verjährung und einer möglichen Teilnahme ist die Figur der tatbestandlichen Handlungseinheit aber problematisch und lässt sich nach hier vertretener Auffassung nur bei systemischen Handlungszusammenhängen begründen, die im vorliegenden Fall noch nicht gegeben sind (insbesondere nicht, wenn nur das Verhalten gegenüber O bewertet wird).

bb) Irrtum

O ging infolge der Darstellung des T davon aus, dass sich dieser tatsächlich in einer Notlage befindet und das Bargeld benötigt, um sich dem Zugriff seiner „Feinde“ entziehen zu können. Tatsächlich bestand für T keine Gefahr und er benötigte das Geld nur, um seinen ausschweifenden Lebensstil aufrechterhalten zu können. Ein Irrtum der O liegt somit vor.

cc) Vermögensverfügung

O hat aufgrund dieses Irrtums 200.000 € in bar an T übergeben und somit eine vermögensmindernde Handlung vorgenommen. Das Bargeld steht jedoch nicht im Eigentum von O, sondern ist Teil des Gesellschaftsvermögens der OPC-GmbH, die als GmbH gem. § 13 Abs. 1 GmbHG eine eigene Rechtspersönlichkeit und von den Gesellschaftern verselbstständigtes Vermögen besitzt. Die Verfügung betrifft daher das Vermögen der OPC-GmbH und nicht das der O (oder der F), vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG. Bei der vorliegenden Konstellation eines Auseinanderfallens von Verfügendem und Geschädigtem kann ein sogenannter Dreiecksbetrug vorliegen.³ Da § 263 StGB aber ein sogenanntes Selbstschädigungsdelikt ist, kommt der Tatbestand des Betrugs nur dann in Betracht, wenn dem Geschädigten das Verhalten des Verfügenden zugerechnet werden kann, d.h. wenn sie aufgrund eines Näheverhältnisses eine Zurechnungseinheit bilden. Die Voraussetzungen für ein solches Näheverhältnis zwischen Verfügendem und Geschädigtem werden jedoch unterschiedlich beurteilt.

(1) Nähetheorie

Nach der Nähetheorie wird es als ausreichend erachtet, dass der Getäuschte rein tatsächlich in der

² Vgl. dazu *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 33 Rn. 32 ff.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1419.

³ Vgl. dazu ausführlich *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2021, § 11 Rn. 642 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 641.

Lage ist, über das Vermögen des Geschädigten zu verfügen, wie es auch die O als Geschäftsführerin der GmbH konnte.⁴

(2) Lagertheorie

Die Lagertheorie verlangt hingegen normativ einschränkend neben einem faktischen Verfügen-Können hinsichtlich des fremden Vermögensbestandteils zusätzlich ein besonderes Näheverhältnis des Getäuschten zum Geschädigten, das schon vor der Tat bestand und den Getäuschten in eine engere, die Zurechnung legitimierende Beziehung zum Vermögenskreis des Geschädigten bringt.⁵ O stand als Geschäftsführerin und Gesellschafterin mit einer neunzigprozentigen Beteiligung bereits im Lager der GmbH und verwaltet auch deren Vermögenswerte. Auch hiernach ist somit das erforderliche Näheverhältnis gegeben. Teilweise wird innerhalb der Lagertheorie jedoch einschränkend vertreten, dass bei einer bewussten Grenzüberschreitung durch den Verfügenden die Annahme eines Näheverhältnisses nicht mehr erfolgen könne und damit eine Zurechnung ausgeschlossen sei.⁶ Hier hat O gezielt ohne Gesellschafterbeschluss Vermögen der GmbH verschenkt und somit bewusst gegen die Interessen der Gesellschaft gehandelt, sodass nach dieser Ansicht die Zurechnung ausgeschlossen wäre.

(3) Ermächtigungstheorie

Nach der Ermächtigungstheorie muss der verfügende Dritte sogar zivilrechtlich zu der Verfügung (hier: Besitzübertragung) ausdrücklich, stillschweigend oder zumindest dem Anschein nach rechtlich ermächtigt gewesen sein.⁷ Hierbei kann es nur darauf ankommen, ob der Getäuschte subjektiv im Rahmen seiner objektiv bestehenden Ermächtigung handelt, da ihm die „Befugnis“ oft gerade vorgespiegelt wird.⁸ Hier war das Vorgehen der O nicht durch einen Gesellschafterbeschluss gedeckt; O war überdies bewusst, dass sie nicht zu der Verfügung ermächtigt war. Demnach wäre ein Näheverhältnis ebenfalls zu verneinen.

(4) Stellungnahme

Da lediglich nach der Nähe- und nach der Lagertheorie der h.M. eine Zurechnung möglich ist, ist ein Streitentscheid erforderlich. Im Kern geht es in diesem Fall sowohl bei der Ermächtigungstheorie als auch bei der eingeschränkten Variante der Lagertheorie darum, ob im Falle einer bewussten Schädigung einer juristischen Person eine Zurechnung möglich sein soll oder nicht.

Gegen die zivilrechtlich orientierte Ermächtigungstheorie spricht generell, dass die Auslegung der Merkmale der Vermögensverfügung und des Vermögensschadens bei § 263 StGB typischerweise faktisch orientiert erfolgt. Nach einer faktischen Betrachtung stellt sich die Weggabe von Vermögenswerten durch die Geschäftsführerin aber als eine Schädigung der GmbH von innen heraus dar: So

⁴ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 263 Rn. 154 ff.; Kindhäuser/Nikolaus, JuS 2006, 293 (294).

⁵ Beukelmann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 263 Rn. 35; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 569; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 24. Aufl. 2022, § 13 Rn. 112. Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2021, § 263 Rn. 91; Maurach u.a., Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2019, § 41 Rn. 81.

⁶ Tiedemann, in: LK-StGB, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 116; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 647.

⁷ Heghmanns, Strafrecht, Besonderer Teil, Rn. 1244; Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2015, § 263 Rn. 144 ff.; Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 302.

⁸ Duttge, in: HK-GS, 5. Aufl. 2022, StGB § 263 Rn. 32; Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 682.

muss sich etwa die GmbH im Rechtsverkehr auch Fehlverhalten des Geschäftsführers nach § 37 GmbHG zurechnen lassen; sie kann lediglich im Innenverhältnis Regressansprüche nach § 43 Abs. 2, Abs. 3 GmbHG geltend machen. Zudem zieht die Theorie etwa in Fällen, in denen die Prüfung des § 242 StGB wiederum an fehlender Zueignungsabsicht scheitert, Strafbarkeitslücken nach sich.⁹

Bei einer rein faktischen Auslegung, wie sie nach der Nähetheorie erfolgt, ist jedoch die Abgrenzung zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft schwierig, da auch hier stets die tatsächliche Möglichkeit eines Zugriffs bestehen muss. Somit stellt sich die Lagertheorie als überzeugender dar – fraglich ist jedoch, ob der zum Teil vertretene Ausschluss eines Näheverhältnisses bei einer Schädigungsabsicht sinnvoll ist. Dafür mag sprechen, dass sich in diesem Fall die verfügende Person stärker mit dem Täter als mit dem Geschädigten solidarisiert; es findet keine unbewusste Schädigung, wie es regelmäßig der Fall ist, statt. Andererseits würden so insbesondere bei juristischen Personen Strafbarkeitslücken für bewusste schädigende Eingriffe von innen heraus, die zugleich letztlich ein gesteigertes Maß an krimineller Energie ausdrücken, entstehen. Die Diebstahlsprüfung scheitert hier nämlich regelmäßig, da die Geschädigte eine juristische Person ist und selbst somit keinen Gewahrsam ausüben bzw. Willensbetätigungen vornehmen kann. Juristische Personen insbesondere sind daher auf ein redliches Verhalten ihrer Vertreter angewiesen, sodass ein entsprechender strafrechtlicher Schutz auch angemessen erscheint. Daher ist es sinnvoll, hier im Sinne der Lagertheorie ein Näheverhältnis anzunehmen und damit das Vorliegen einer Vermögensverfügung zu bejahen.

Sowohl gegen die weite Lagertheorie als auch gegen die bloße Nähetheorie lässt sich dagegen vorbringen, dass sie dazu führen, eine Konstellation der bewussten Schädigung fremden Vermögens „von innen“ zu erfassen. Das Betrugsunrecht besteht aber zumindest typischerweise in der unbewussten Selbstschädigung bzw. in Konstellationen des Dreiecksbetruges der unbewussten Schädigung des Vermögens durch einen Dritten. Die bewusste Schädigung des Vermögens eines Dritten „von innen heraus“ ist dagegen gesetzgeberisch als Untreue gem. § 266 StGB vertyp.

(5) Zwischenergebnis

Da der OPC-GmbH das Verhalten der O zugerechnet werden kann, liegt eine Vermögensverfügung vor.

Hinweis: Auch die Verneinung einer Zurechnung ist vertretbar. Für die Bewertung sollte entscheidend sein, ob Mitarbeiter*innen die Besonderheit der vorliegenden Konstellation erkennen, die sich daraus ergibt, dass es sich um die bewusste Schädigung des Vermögens einer juristischen Person durch die Geschäftsführerin handelt. Eine Argumentation, die sich mit der Sondersituation der GmbH auseinandersetzt, ist nur von überdurchschnittlichen Bearbeitungen zu erwarten. Wird ein Näheverhältnis angenommen, ist die Betrugsprüfung fortzusetzen wie ausgeführt. Anderenfalls ist diese zu beenden und die Prüfung einer Strafbarkeit des T wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft anzuschließen, die freilich schon daran scheitert, dass O keinen Gewahrsam an einer fremden beweglichen Sache bricht (siehe unten). Erwägen ließe sich sodann eine Strafbarkeit des T wegen Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft. Indes liegt keine mittelbare Täterschaft des T vor: Der von ihm hervorgerufene Irrtum über seine angebliche Notsituation nimmt O nicht das Bewusstsein, auf Geld zuzugreifen, das nicht ihr als Privatperson zusteht, sondern im Eigentum der OPC-GmbH steht. Es fehlt somit an der Steuerungsherrschaft des T.

⁹ Wessels/Hillenkamp/Schuhr, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 643; Küper/Zopfs, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 686.

dd) Vermögensschaden

Infolge der Vermögensverfügung müsste es auch zu einem Vermögensschaden gekommen sein. Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn sich beim Vergleich des Vermögens mit und ohne die Verfügung eine negative Differenz ergibt (Prinzip der Gesamtsaldierung).¹⁰

Da O dem T das Geld schenkungsweise ohne Rückzahlungsvereinbarung überlassen hat, war von vornherein keine wirtschaftliche Kompensation vorgesehen. Ein etwaiger Rückzahlungsanspruch wäre als bloße reparatio damni ohnehin irrelevant für die Schadensbeurteilung.¹¹ Nach einer Ansicht sind derartige Fälle der bewussten Selbstschädigung, wo der Verfügende weiß, dass er keine Gegenleistung erhält, nicht mehr vom Betrugstatbestand erfasst.¹² Charakteristisch für den Betrug sei gerade die unbewusste Selbstschädigung.¹³ Demnach läge kein Schaden vor. Dagegen wird auf dem Boden der Zweckverfehlungslehre dennoch ein Schaden in diesen Konstellationen bejaht: Wer zur Erfüllung eines sozial anerkannten Zwecks Geld aufgrund einer Täuschung übergibt, erleidet einen Vermögensschaden, wenn der durch die Zahlung verfolgte Zweck, der Beweggrund für die Zahlung war, nicht erreicht wird.¹⁴ Der soziale Zweck tritt an die Stelle des wirtschaftlichen Äquivalents. O verfolgt hier den in besonderem Maße schutzwürdigen Zweck, einem in einer (angeblichen) Notlage befindlichen Menschen zu helfen. Da T hier das Geld nicht benötigt und verwendet, um seine Feinde abzuschütteln, tritt dieser von O verfolgte Zweck nicht ein, sodass nach dieser Ansicht ein Schaden zu bejahen wäre. Für die Zweckverfehlungslehre spricht, dass der Wortlaut keine unbewusste Selbstschädigung voraussetzt; vielmehr schützt der Betrug als Vermögensdelikt die Integrität des Vermögens insgesamt. Ein täuschungsbedingter Verlust von Vermögensmasse findet in der vorliegenden Konstellation in jedem Fall statt, sodass es entgegen dem häufig vorgetragenen Argument hier nicht nur zu einer Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit kommt.¹⁵ Ein Vermögensschaden auf Seiten der OPC-GmbH liegt infolge der Zweckverfehlung vor (a.A. vertretbar).

Hinweis: Da die vorgenommene Verfügung dem Geschädigten insgesamt zugerechnet wird, ist die Zweckverfehlungslehre auch in der Konstellation des Dreiecksbetrugs anwendbar. Eine vorab erfolgte Kompensation durch die zuvor von T erhaltenen Einladungen und Geschenke kommt nicht in Betracht, da es hier einerseits an der erforderlichen Unmittelbarkeit fehlt und diese andererseits O als Privatperson zugutekamen und nicht der GmbH.

b) Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich sowie in der Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern, wobei die erstrebte Bereicherung i.H.v. 200.000 € Spiegelbild des Vermögensschadens bei der OPC-GmbH ist (Stoffgleichheit).

¹⁰ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 10. Aufl. 2021, Einführung, § 7 Rn. 120; Tiedemann, in: LK-StGB, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 159; Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 192.

¹¹ Satzger, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 263 Rn. 225; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 36a.

¹² Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 263 Rn. 137; Schmoller, JZ 1991, 117.

¹³ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 10. Aufl. 2021, Einführung, § 7 Rn. 155; BGH NJW 1995, 539.

¹⁴ Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 102; Kindhäuser, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 273.

¹⁵ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 55; Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1043.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Da keine echte Gefahr für den T bestanden hat, kommen Rechtfertigungsgründe sowie Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe nicht in Betracht. T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantragserfordernis

Es kann kurz thematisiert werden, ob ein Strafantrag erforderlich ist. Da aber nichteheliche Partnerschaften nicht den Angehörigenbegriff i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllen und auch keine häusliche Gemeinschaft zwischen T und O bestand, ist ein Strafantrag nach § 263 Abs. 4 StGB i.V.m. 247 StGB nicht erforderlich.

II. Ergebnis

T hat sich gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen Betruges strafbar gemacht (a.A. vertretbar).

Hinweis: Da die Prüfung von Regelbeispielen durch den Bearbeitungsvermerk ausgenommen wurde, sind § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Alt. 1 StGB nicht zu prüfen.

B. Strafbarkeit der O

I. Strafbarkeit gem. § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB durch Übergabe des Bargeldes an T

Indem O aus dem Keller der OPC-GmbH einen Koffer mit 200.000 €, der der GmbH als Requisite diente, entnahm und an T übergab, könnte sie sich gem. § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB wegen Untreue zu Lasten der OPC-GmbH strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Missbrauchstatbestand

(1) Verfügungs-/Verpflichtungsbefugnis über fremdes Vermögen

O müsste die rechtlich wirksam eingeräumte Befugnis gehabt haben, über fremdes Vermögen zu verfügen oder andere darüber zu verpflichten. O ist Geschäftsführerin der OPC-GmbH. Gem. § 35 Abs. 1 GmbHG hat diese für die GmbH eine Vertretungs- und Verpflichtungsmacht inne,¹⁶ sodass für O eine solche Befugnis besteht. Unabhängig davon, ob das Vermögen der GmbH wie im Zivilrecht der GmbH als eigenständiger Rechtspersönlichkeit¹⁷ oder gerade anders als im Zivilrecht den Gesellschaftern

¹⁶ Wagner, Die Untreue des Gesellschafters in der einfachen und konzernierten Einmann-GmbH, 2005, S. 43; Kasiske, wistra 2005, 81.

¹⁷ BGHSt 3, 32 (39 f.); 9, 203 (216); 28, 371 (373); Kindhäuser, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 266 Rn. 30; Gehrlein, NJW 2000, 1089 (1090); Radtke, GmbHR 1998, 361 (369); BGH NJW 2000, 154 (155) – gilt selbst für die Einmann-GmbH.

als faktischen Inhabern zugeordnet wird,¹⁸ besteht diese Befugnis der O aufgrund der Beteiligung der F an der GmbH in jedem Fall in Bezug auf fremdes Vermögen.

(2) Missbrauch der eingeräumten Befugnis

Diese Befugnis müsste O missbraucht haben. Ein Missbrauch liegt vor, wenn der Täter von seiner Befugnis rechtlich wirksam Gebrauch macht, diese aber pflichtwidrig ausübt. Es wird somit wirksames rechtsgeschäftliches Handeln oder hoheitliches Handeln vorausgesetzt, rein tatsächliche Handlungen genügen nicht. O hat einen Geldkoffer mit 200.000 € Bargeld aus dem Keller der GmbH mitgenommen und T ohne Rückzahlungsvereinbarung übergeben, ohne dass dafür ein entsprechender Gesellschafterbeschluss vorlag. Da diese Handlung aufgrund von § 138 BGB unwirksam ist, kommt lediglich der Treuebruchtatbestand in Betracht.

Hinweis: Wird dagegen nur auf den fehlenden Gesellschafterbeschluss abgestellt und (schwer vertretbar) aufgrund von § 37 Abs. 2 GmbHG von einer zivilrechtlich wirksamen Schenkung ausgegangen, ist der Missbrauchstatbestand zu Ende zu prüfen. Sofern eine Vermögensbetreuungspflicht mit der h.M. vorausgesetzt wird, so liegt diese vor (siehe unten).

bb) Treuebruchtatbestand

(1) Vermögensbetreuungspflicht

Dafür müsste O eine Vermögensbetreuungspflicht haben. Kriterien zur gewünscht restriktiven Bestimmung sind die Fremdnützigkeit, Selbstständigkeit und die Wesentlichkeit dieser Pflicht. O ist Geschäftsführerin und Gesellschafterin der OPC-GmbH. Für die Geschäftsführerin einer GmbH folgt sowohl aus Vertrag als auch aus § 43 GmbHG eine Vermögensbetreuungspflicht.¹⁹ Die Vermögensverwaltung erfüllt sie selbstständig und als wesentliche Aufgabe ihrer Tätigkeit.²⁰ Zweifelhaft erscheint zunächst die Fremdnützigkeit. Allerdings ist eine GmbH als eigenständige Rechtspersönlichkeit selbst Inhaberin der 200.000 € und Treugeberin gegenüber ihrer Vermögensverwalterin, die O ist. Dieser Umstand und nicht der Empfänger des wirtschaftlichen Nutzens ist hier maßgeblich.²¹ Daher übt O als Geschäftsführerin für die GmbH die Vermögensbetreuungspflicht in einem fremdnützigem Verhältnis aus.

(2) Verletzung einer spezifischen Betreuungspflicht

O könnte durch die Übergabe des Geldes an T diese Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben. Für die Erfüllung dieser Tatbestandsvariante genügt auch rein tatsächliches Handeln. O hat die 200.000 € an T ohne einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss und ohne Wissen der F übergeben. Dabei handelte sie aus persönlichen Beweggründen, die in keinem Zusammenhang mit den Geschäften der GmbH stehen.

¹⁸ Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1991, S. 483 ff., 513 ff.; Labsch, wistra 1985, 1 (7).

¹⁹ Flum, Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter, 1990, S. 225; Wagner, Die Untreue des Gesellschafters in der einfachen und konzernierten Einmann-GmbH, 2005, S. 43.

²⁰ Wagner, Die Untreue des Gesellschafters in der einfachen und konzernierten Einmann-GmbH, 2005, S. 37.

²¹ BGHSt 1, 186 (187); OLG Celle NJW 1959, 496 (497).

cc) Vermögensnachteil

Dadurch müsste es zu einem Nachteil der OPC-GmbH gekommen sein, was eine unfreiwillige Vermögenseinbuße ist. Das Vermögen der OPC-GmbH ist infolge der Geldübergabe an T um 200.000 € verringert worden. Folglich ist ein Nachteil entstanden.

b) Subjektiver Tatbestand

Es kam O gerade darauf an, das Geld an sich zu bringen und nach ihren privaten Wünschen weitergeben zu können. Dabei hat sie einen Nachteil bei der GmbH bewusst in Kauf genommen, sodass Vorsatz besteht.

2. Rechtswidrigkeit

Da keine echte Gefahr für den T bestanden hat, kommen Rechtfertigungsgründe nicht in Betracht. O handelte rechtswidrig.

Hinweis: Gegebenenfalls könnte hier kurz ein Erlaubnistatbestandsirrtum angesprochen werden, da O von einer Notlage des T ausgeht. Allerdings wäre die Tat selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn die vorgespiegelte Notlage wirklich bestünde. Notwehr in Form der Nothilfe von O zugunsten von T wäre ausgeschlossen, da die Verteidigungshandlung nicht in Rechtsgüter des Angreifers eingreift, sondern in solche der OPC-GmbH. Notstand kommt wiederum nicht in Betracht, da eine ohne Gesellschafterbeschluss erfolgte Schenkung aus dem GmbH-Vermögen ohne Rückzahlungsvereinbarung nicht das mildeste aller effektiven Mittel zur Abwendung der Gefahr gewesen wäre und mithin nicht erforderlich war. O hätte beispielsweise vorher einen Gesellschafterbeschluss einholen, eine Rückzahlung mit T vereinbaren oder aber ein persönliches Darlehen aufnehmen können.

3. Schuld

Mangels Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe handelte O auch schuldhaft.

4. Ergebnis

O hat sich gem. § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB wegen Untreue strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB durch Übergabe des Bargeldes an T

Kurz ist zudem eine Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB bezüglich der Mitnahme und Übergabe des Geldkoffers an T anzusprechen. Zwar ist aufgrund der zivilrechtlich zu bestimmenden Fremdheit²² nicht O, sondern die OPC-GmbH gem. § 13 Abs. 1 GmbHG Eigentümerin des Geldkoffers, sodass dieser für O eine fremde bewegliche Sache darstellt. Allerdings ist O bereits vor ihrem Zugriff alleinige Gewahrsamsinhaberin an dem Koffer, sodass eine Wegnahme jedenfalls ausscheidet.

²² Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 12; OLG Düsseldorf NJW 1983, 2153.

III. Strafbarkeit gem. § 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB durch Übergabe des Bargeldes an T

Eine Strafbarkeit der O nach § 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB wäre gegenüber der Untreue der O jedenfalls formal subsidiär.

IV. Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 7 StGB durch Übergabe des Bargeldes an T

O könnte sich gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 7 StGB wegen Geldwäsche strafbar gemacht haben, indem sie den zuvor im Wege der Untreue zulasten der OPC-GmbH erlangten Bargeldkoffer an T übergab.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Tatobjekt: Gegenstand, der aus rechtswidriger Vortat herrührt

Als klassisches Anschlussdelikt knüpft § 261 StGB an eine rechtswidrige Tat i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB an. Als taugliche Geldwäschevortaten kommen seit der 2021 erfolgten Reform des § 261 StGB durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche²³ prinzipiell alle Delikte in Betracht. Die Neufassung des Tatbestandes führt zur Abschaffung des bisherigen enumerativen Vortatenkatalogs. Nun gilt in § 261 StGB das „all-crimes-Prinzip“.²⁴ Durch die eigenmächtige Mitnahme des Bargeldes aus dem Keller der OPC-GmbH zwecks Unterstützung des T hat O eine Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB und somit eine taugliche Geldwäschevortat verwirklicht. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Untreue möglicherweise erst im Zeitpunkt der Kofferübergabe vollendet wurde. Als taugliche Geldwäschevortaten kommen bereits versuchte Delikte in Betracht,²⁵ sodass die Vollendung der Vortat auch mit der Geldwäschebehandlung selbst zusammenfallen kann.

Das an T übergebene Bargeld stellt auch einen Gegenstand dar, der aus der Untreue-Vortat herrührt i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 1 StGB. Es handelt sich hierbei um den unmittelbar aus der Vortat herrührenden Tatertrag, mithin um den sog. Ursprungsgegenstand.

bb) Täterqualität

Auch als Täterin der Vortat kann O wegen Geldwäsche zu bestrafen sein, sofern die zusätzlichen Anforderungen an ihre Tathandlung nach § 261 Abs. 7 StGB erfüllt sind.

cc) Tathandlung: Verschaffen, § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB

O müsste den inkriminierten Gegenstand gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB „einem Dritten verschafft“ haben. Zudem müsste sie in der hier einschlägigen Konstellation der Selbstgeldwäsche nach

²³ BGBl. I 2021, S. 327.

²⁴ Das „all-crimes-Prinzip“ wird von Seiten der Literatur heftig kritisiert und nahezu einhellig als zu weitgehend und „kriminalpolitisch verfehlt“ abgelehnt; § 261 StGB als „Allzweckinstrument der Kriminalitätsbekämpfung“ bezeichnend, *Bülte*, Geldwäsche & Recht 2021, 8 ff.; krit. auch *Müller*, NJW-Spezial 2021, 312 ff.; *Reisch*, JuS 2023, 207 (210); *Schiemann*, KriPoZ 2021, 151 (152).

²⁵ *Altenhain*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 261 Rn. 30; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 261 Rn. 5.

§ 261 Abs. 7 StGB diesen Gegenstand in den Verkehr gebracht und dabei dessen rechtswidrige Herkunft verschleiert haben.

(1) Verschaffen an einen Dritten, § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB

Hinsichtlich des „Verschaffens“ die für die Hehlerei entwickelte Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals herangezogen werden.²⁶ Zu verlangen ist daher, dass der Dritte – hier T – eine eigentümergeleiche Verfügungsgewalt über das Tatobjekt erlangt hat.²⁷ Wie bei § 259 StGB ist nach Abs. 2 ein abgeleiteter Erwerb erforderlich, das heißt, es muss einvernehmlich mit dem Vorbesitzer zusammengewirkt werden.²⁸ T erlangte auf Wunsch der O durch die Übergabe des Bargeldkoffers eine eigentümergeleiche Herrschaftsbeziehung zu dem inkriminierten Gegenstand. Folglich verschaffte O dem T das Geld auch i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB.

(2) In den Verkehr bringen und Verschleiern der rechtswidrigen Herkunft, § 261 Abs. 7 StGB

Darüber hinaus müsste O nach § 261 Abs. 7 StGB den Gegenstand in den Verkehr gebracht und dabei seine rechtswidrige Herkunft verschleiert haben. Diese soll nach dem Willen des Gesetzgebers sicherstellen, dass der Vortäter nur wegen Geldwäsche bestraft wird, wenn er ein über das Unrecht der Vortat hinausgehendes, weiteres Unrecht begeht.²⁹ Der Gegenstand wird in den Verkehr gebracht, wenn „der Täter den inkriminierten Gegenstand aus seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt entlässt und ein Dritter die tatsächliche Verfügungsgewalt [...] erlangt“³⁰. Denkbar sind hier verschiedene Handlungen wie beispielsweise der Verkauf oder das Verschenken der Sache an einen Dritten.³¹ Indem O das Bargeld an T übergibt, bringt sie es in den Verkehr gem. § 261 Abs. 7 StGB.

Verschleiern der rechtswidrigen Herkunft meint darüber hinaus „zielgerichtete, irreführende Machenschaften mit dem Zweck, einem Vermögensgegenstand den Anschein einer anderen (legalen) Herkunft zu verleihen oder zumindest seine wahre Herkunft zu verbergen“.³² O verschleiert die Herkunft des Bargeldes nicht aktiv. Sie hätte etwa T vorspiegeln können, dass das Geld aus einem Bankdarlehen stamme und somit aktiv die Unwahrheit behaupten können. Dies tat sie jedoch nicht; vielmehr unterließ O es, den bestehenden Irrtum des T über die rechtswidrige Herkunft des Geldes aufzuklären. Dies genügt nicht dem eine aktive Verschleierungshandlung fordernden § 261 Abs. 7 StGB.

b) Zwischenergebnis

O verwirklichte bereits keine taugliche Tathandlung des § 261 StGB. Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

O hat sich nicht wegen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 7 StGB strafbar gemacht.

²⁶ BT-Drs. 19/24180, S. 31; BT-Drs. 12/989, S. 27.

²⁷ BGH NZWiSt 2015, 272 (273).

²⁸ BGH NStZ 2010, 223 ff. m.w.N.; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 261 Rn. 28.

²⁹ BT-Drs. 18/6389, S. 13; BGHSt 63, 268 (269) = NJW 2019, 533 m. Anm. Jahn; BT-Drs. 19/24180, S. 34.

³⁰ BT-Drs. 18/6389, S. 14; Neuheuser, NZWiSt 2016, 265 (266).

³¹ Reisch, JuS 2023, 207 (210); mit Blick auf die enorme Weite um Restriktionen bemüht Teixeira, NStZ 2018, 634 (639).

³² BGH NJW 2019, 533 ff. m. Anm. Jahn.

C. Strafbarkeit des T als Teilnehmer bzw. im Anschluss an die Taten der O

I. Strafbarkeit gem. §§ 266 Abs. 1 Alt. 2, 26 StGB durch Erbitten der 200.000 €

T hat sich mit der Bitte um Zahlung der 200.000 € nicht wegen Anstiftung zur Untreue der O gem. §§ 266 Abs. 1 Alt. 2, 26 StGB strafbar gemacht. Zwar ist T gleichgültig, wie O die Summe beschafft; daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass T bei ihr den Entschluss zu einer rechtswidrigen Beschaffungstat hervorrufen wollte. Denkbar wäre auch gewesen, dass O auf legalem Wege, etwa durch die Aufnahme eines Darlehens oder durch Rückgriff auf private Ersparnisse, an das Geld gelangt. Ein vorsätzliches Bestimmen zur Tat kann T nicht unterstellt werden.

II. Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB durch das Ausgeben des erlangten Geldes

T hat sich durch das Ausgeben des von O erlangten Bargeldes nicht wegen Geldwäsche nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB strafbar gemacht. Er konnte nicht wissen, dass O dieses Geld aus einer Straftat erlangt hat. Er handelte damit weder vorsätzlich noch leichtfertig (§ 261 Abs. 6 StGB) hinsichtlich des Herrührens der Summe aus einer rechtswidrigen Vortat der O.

Ergebnis 1. Tatkomplex

Im 1. Tatkomplex hat sich O gem. § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht. Bei T besteht eine Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB.

2. Tatkomplex: Die „Sonderprämie“

Hinweis: Zu honorieren ist bereits, wenn die Studierenden die im 2. Tatkomplex angelegte Geldwäschethematik überhaupt als solche erkennen. Wichtig ist insbesondere, dass zum einen die tatbestandliche Neufassung von § 261 StGB im Jahr 2021 berücksichtigt und zum anderen anhand des Wortlauts und der Gesetzgebungsmaterialien eine eigene Lösung erarbeitet wurde. Hier kommt es besonders auf das Argumentationsvermögen der Bearbeiter*innen an.

I. Strafbarkeit der O gem. §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 3, Abs. 7, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Rückzahlungsaufforderung gegenüber T

Indem O den T aufforderte, ihr die 200.000 € auf ihr privates Schweizer Nummernkonto „zurück“ zu zahlen, könnte sie sich wegen versuchter Selbstgeldwäsche nach §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1, Abs. 3, Abs. 7, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

T hat O nichts auf ihr Schweizer Nummernkonto zurückgezahlt. In der Folge kam es auch nicht zu den von O geplanten, die Herkunft des Geldbetrages verschleiern den Transaktionen. Mangels Vornahme einer tauglichen Geldwäschehandlung gem. § 261 Abs. 1 S. 1, Abs. 7 StGB ist die Geldwäsche der O daher nicht vollendet. Der Versuch der Geldwäsche ist gem. §§ 23 Abs. 1 Alt. 2, 261 Abs. 3 StGB strafbar. § 261 Abs. 7 StGB erstreckt die Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche bei Vorliegen ihrer zusätz-

lichen Voraussetzungen auch auf § 261 Abs. 3 StGB, sodass die versuchte Selbstgeldwäsche ebenfalls strafbar ist (siehe § 261 Abs. 7 StGB: „wird nach den Absätzen 1 bis 6 [...] bestraft“).

2. Tatentschluss

O müsste Tatentschluss zur Vollendung einer Geldwäsche i.S.d. § 261 Abs. 1, Abs. 7 StGB, also einen endgültigen Handlungswillen zur Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale des § 261 StGB, gehabt haben.

a) Tatentschluss bzgl. Gegenstand, der aus rechtswidriger Vortat herrührt

O stellte sich vor, dass T ihr 200.000 € überweist, um den Betrag auszugleichen, den sie zuvor im Rahmen einer strafbaren Untreue nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB erlangt und an T ausgezahlt hat. Da O die Untreue selbst verwirklichte, umfasst ihr Tatentschluss diese als taugliche Geldwäschevortat.

Hinweis: Auf den ersten Blick erscheint auch der im 1. Tatkomplex verwirklichte Betrug des T zulasten O als taugliche Vortat. Da O zum Zeitpunkt ihrer Bitte um Rückzahlung jedoch die Täuschung des T noch nicht durchschaut hatte, konnte ihr Tatentschluss den Betrug des T nicht als mögliche Vortat umfassen.

O müsste aber auch dahingehend Tatentschluss haben, dass es sich bei dem von T erbetenen Betrag um einen aus einer rechtswidrigen Tat herrührenden Gegenstand i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 1 StGB handelt. Diese Frage erfordert eine differenzierte Betrachtung.

Der Begriff des „Gegenstandes“ wird weit ausgelegt und erfasst grundsätzlich jeden Vermögenswert, also etwa Wertpapiere, Forderungen, Gesellschaftsanteile, bewegliche und unbewegliche Sachen wie Immobilien sowie die Rechte an diesen.³³ Os Tatentschluss bezog sich auf eine Überweisung, mithin auf Buchgeld und damit einen tauglichen Gegenstand i.S.d. § 261 StGB.

Dieser Gegenstand muss aber auch aus der Vortat, hier der Untreue zulasten der OPC-GmbH, „herrühren“, § 261 Abs. 1 S. 1 StGB. Klassische Tatobjekte der Geldwäsche sind Gegenstände, die unmittelbar durch die Vortat erlangt werden (Ursprungsgegenstände). Unmittelbar aus der Untreue hervorgegangen ist hier der Koffer mit den 200.000 € Bargeld. O stellte sich nicht vor, dieses Bargeld zurückzuerlangen. Vielmehr ging sie davon aus, dass T die Summe aus seinem eigenen Vermögen begleicht.

Denkbar ist somit allenfalls, dass die von O erstrebte „Rückzahlung“ ein mittelbar aus der Vortat hervorgegangener Gegenstand ist. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen diese taugliche Tatobjekte der Geldwäsche sein (Surrogate und Nutzungen).³⁴ Als Surrogate werden Gegenstände erfasst, die aus an die Vortat anschließenden Umwandlungshandlungen oder Verwertungsgeschäften hervorgegangen sind. Um zu bestimmen, ob das Tatobjekt als Surrogat an die Stelle des Ursprungsgegenstandes getreten ist, wird eine weite, wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde gelegt. Danach sind Gegenstände als Surrogate einzuordnen, wenn sie sich bei wirtschaftlicher Betrachtung im Sinne eines Kausalzusammenhangs auf die Vortat zurückführen lassen.³⁵ Die Verwertungskette gilt erst dann als unterbrochen und der Gegenstand nicht mehr als Surrogat i.S.d. § 261 StGB, wenn

³³ BT-Drs. 12/989, S. 27.

³⁴ Zum Ganzen siehe BT-Drs. 19/24180, S. 29.

³⁵ BGHSt 53, 205 (209); 63, 268 (271 f.).

sein Wert im Wesentlichen auf der selbständigen Leistung Dritter und nicht mehr auf dem Ursprungsgegenstand beruht.³⁶

O stellte sich nicht vor, dass T ihr 200.000 € zurückzahlt, die in irgendeiner Form auf einer geldwäschetypischen Umwandlungs- oder Verwertungskette des ursprünglichen Bargeldes beruhen. Folglich hatte O bei der Bitte um Rückzahlung kein Geldwäschesurrogat vor Augen.

Vielmehr bezog sich ihr Tatentschluss darauf, dass T das übergebene Bargeld verbraucht und ihr 200.000 € aus seinem Eigenkapital zurückzahlt. Damit zielt sie auf die von T ersparten Aufwendungen, die sich in seinem Eigenkapital während der Flucht vor seinen „Feinden“ ergaben.

O hatte Tatentschluss dahingehend, dass T ihr „ersparte Aufwendungen“ aus seinem eigenen Vermögen als Ausgleich zahlt. Ersparte Aufwendungen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers seit der Reform gar nicht mehr als Tatobjekte der Geldwäsche in Betracht kommen: „Ersparte Aufwendungen fehlt [der] kriminelle Ursprung, denn es handelt sich regelmäßig um legal erworbenes Vermögen, das wegen der Tat nur weiterhin in der Vermögensgesamtheit des Täters als rechnerischer Vorteil verbleibt“³⁷. Folglich rührt das im Eigenkapital des T vorhandene und von O erstrebte Vermögen nicht aus der Vortat her. O handelte ohne Tatentschluss hinsichtlich eines aus der Vortat herrührenden Geldwäschetatobjekts.

b) Zwischenergebnis

Die von O erstrebte Überweisung stellt kein geldwäschetaugliches Tatobjekt dar. Somit hatte sie keinen Tatentschluss zur Selbstgeldwäsche.

II. Ergebnis

O hat sich nicht wegen versuchter Selbstgeldwäsche nach §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1, Abs. 3, Abs. 7, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Ergebnis 2. Tatkomplex

O hat sich nicht strafbar gemacht.

3. Tatkomplex: Die Rache am Finder-Schwindler

A. Strafbarkeit des T

I. Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB durch Annahme des E-Bikes von G

Indem T das E-Bike von G entgegennahm und es einige Zeit aufbewahrte, könnte er sich wegen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

³⁶ BT-Drs. 12/3533, S. 12.

³⁷ BT-Drs. 19/24180, S. 18.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Tatobjekt: Gegenstand, der aus rechtswidriger Vortat herrührt

Geldwäschetaugliche Vortaten sind die Drogengeschäfte des G, die gem. den §§ 29 ff. BtMG strafbar sind. Zwar lässt der Sachverhalt offen, aus welchen konkreten Strafnormen sich die Vortaten des G ergeben; für den neu gefassten § 261 StGB mit dem ihm zugrunde liegenden „all-crimes-Ansatz“ genügt es aber, wenn das Gericht irgendeine nicht näher zu konkretisierende Tat nachweisen kann.³⁸ Dabei gilt nach dem Willen des Gesetzgebers aber „weiterhin, dass die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorliegen einer Vortat erforderlich ist. Das Gericht muss von der strafrechtlichen Herkunft des Geldwäschegegenstands überzeugt sein, also zu seiner sicheren Überzeugung feststellen, dass der zu waschende Gegenstand Tatertrag, Tatprodukt oder ein an dessen Stelle getretener anderer Vermögensgegenstand ist.“³⁹ Diesen Anforderungen ist ausweislich des Sachverhaltes Genüge getan, da das Gericht später den sicheren Nachweis erbringen kann, dass das E-Bike mit inkriminierten Mitteln aus dem Drogengeschäft des G erworben wurde. Taugliche Vortaten liegen somit vor.

Ursprungsgegenstand waren zwar die aus den Drogengeschäften des G erlangten finanziellen Mittel; da das E-Bike jedoch im Rahmen eines Austauschgeschäfts mit diesen bemakelten Mitteln erworben wurde, handelt es sich dabei um ein ebenfalls von § 261 Abs. 1 StGB umfasstes Surrogat.⁴⁰

bb) Tathandlung: Verschaffen, § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB

T erlangte durch die Übergabe des E-Bikes mit Willen des G eine eigentümerähnliche Herrschaftsbeziehung zu dem E-Bike und verschaffte sich somit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 StGB einen inkriminierten Gegenstand.

Hinweis: In Betracht käme auch ein „Verwahren“ des E-Bikes gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Var. 1 StGB, da T dieses zumindest für eine gewisse Zeit in seinem Gewahrsam hatte.⁴¹

cc) Zwischenergebnis

T hat den objektiven Tatbestand der Geldwäsche erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

T müsste mindestens bedingt vorsätzlich hinsichtlich der rechtswidrigen Herkunft des E-Bikes gehandelt haben, § 15 StGB. T wusste jedoch nicht, dass G das E-Bike mit den Gewinnen aus seinem Drogengeschäft finanziert hat. Somit handelte er unvorsätzlich bzgl. der Herkunft des E-Bikes aus einer rechtswidrigen Vortat.

³⁸ Siehe hierzu auch *El-Ghazi/Laustetter*, NZWiSt 2021, 209 (211).

³⁹ BT-Drs. 19/24180, S. 29.

⁴⁰ Vgl. auch das Bsp. bei *Reisch*, JuS 2023, 207 (211).

⁴¹ Siehe hierzu auch BGH NStZ 2017, 167 (169).

bb) Leichtfertigkeit

§ 261 Abs. 6 S. 1 StGB sieht die Strafbarkeit jedoch auch dann vor, wenn der Täter leichtfertig nicht erkennt, dass es sich um einen aus einer Vortat herrührenden Gegenstand handelt. Leichtfertigkeit soll dann anzunehmen sein, wenn der Täter den Verdacht hatte oder ihm hätte bekannt sein müssen, dass der Vermögensgegenstand aus einer kriminellen Tätigkeit stammt.⁴² Es kommt also darauf an, dass sich ihm die deliktische Herkunft „geradezu aufdrängt“ und er „gleichwohl handelt, weil er dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht lässt“⁴³. T weiß, dass der G an leitender Stelle in ein Drogenkartell involviert ist. Es hätte sich ihm also unter Berücksichtigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aufdrängen müssen, dass G ihn mit einem inkriminierten Gegenstand beschenkt. Bei lebensnaher Betrachtung musste T davon ausgehen, dass G das seltene Sammlerstück mit aus seinen Drogengeschäften herrührenden Mitteln erworben hat. Für die Annahme seiner Leichtfertigkeit spricht auch der Umstand, dass T das E-Bike schnell wieder loswerden möchte. Ihm ist „die Sache nicht ganz geheuer“. Daraus lässt sich bereits eine gewisse Ahnung des T bzgl. der Herkunft des E-Bikes ableiten. T verkannte folglich leichtfertig die rechtswidrige Herkunft des E-Bikes gem. § 261 Abs. 6 S. 1 StGB.

c) Zwischenergebnis

T verwirklichte den Tatbestand des § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2, Abs. 6 S. 1 StGB.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

T hat sich wegen leichtfertiger Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2, Abs. 6 S. 1 StGB strafbar gemacht, indem er das von G mit Drogengeld finanzierte E-Bike annahm.

II. Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB durch Übergabe des E-Bikes an O

T hat sich auch gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2, Abs. 6 S. 1 StGB wegen Geldwäsche strafbar gemacht, indem er O das E-Bike zukommen ließ. Er verschaffte dadurch leichtfertig einer Dritten einen inkriminierten Gegenstand. Diese Tat steht zur Geldwäsche durch Annahme des E-Bikes von G in Tateinheit, § 53 StGB.

B. Strafbarkeit der O**I. Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten des T durch Erlangen des E-Bikes**

O könnte sich wegen Betruges gegenüber und zulasten des T gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie im Zuge ihrer „Racheaktion“ vorgab, ihm den Erlös aus dem Verkauf seines E-Bikes ausbezahlen zu lassen.

⁴² BT-Drs. 19/24180, S. 34.

⁴³ BGHSt 43, 158 (168).

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschung

Indem O dem T wahrheitswidrig versprach, ihm den Gewinn aus dem Verkauf des überlassenen E-Bikes auszuzahlen, täuschte sie ihn ausdrücklich über die innere Tatsache ihrer Auszahlungsbereitschaft.

bb) Irrtum

Hierdurch entwickelte T eine falsche Vorstellung von der Wirklichkeit, indem er nämlich glaubte, die von O erzielten Verkaufserlöse anschließend ausgezahlt zu bekommen.

cc) Vermögensverfügung

Infolge dieser Fehlvorstellung übergab T der O ein E-Bike im Wert von 50.000 € zum Verkauf. Damit nahm er eine Handlung vor, die sich für ihn unmittelbar vermögensmindernd auswirkte.

dd) Vermögensschaden

Vergleicht man das Vermögen des T vor und nach der Vermögensverfügung (Übergabe des E-Bikes), ergibt sich nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung bereits zu diesem Zeitpunkt ein negativer Saldo. Zwar haben O und T grundsätzlich einen wirksamen Auftragsvertrag i.S.d. § 662 BGB geschlossen, da der geheime Vorbehalt der O, das Erklärte gar nicht zu wollen, gem. § 116 S. 1 BGB unbeachtlich ist. Auch hat O das E-Bike noch gar nicht verkauft und somit T noch keinen Erlös vorenthalten können. Trotz der bestehenden gegenseitigen Ansprüche entstand aber gleichwohl bereits zum Zeitpunkt der Übergabe ein sog. Gefährdungsschaden bei T. Ein solcher Gefährdungsschaden wird dann angenommen, wenn die Gefahr des Vermögensverlustes nach den Umständen des Einzelfalles so nahe liegt und so groß ist, dass nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise in dieser Gefährdung bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage liegt.⁴⁴ Das BVerfG verlangt zudem, dass auch in den Fällen des Gefährdungsschadens eine wirtschaftlich nachvollziehbare Quantifizierung des konkret drohenden Schadens erfolgt (Bezifferungsgebot).⁴⁵

Aus wirtschaftlicher Sicht ist es bereits in dem Zeitpunkt, in dem T der O das E-Bike verschafft, sehr wahrscheinlich, dass er hierfür keine Kompensation erhalten wird. O hatte nie vor, T den Verkaufserlös auszuzahlen. Vielmehr wollte sie sich durch diese „Racheaktion“ die zuvor von T erschwindelte Summe zumindest teilweise „zurückholen“. Daher kann bereits im Zeitpunkt der Übergabe als gesichert gelten, dass O den Anspruch des T auf Herausgabe des Erlangten nicht erfüllen wird. Folglich ist bereits im Zeitpunkt der Vermögensverfügung durch Übergabe des E-Bikes an O unmittelbar ein mit dem Wert des Fahrrades i.H.v. 50.000 € bezifferbarer Gefährdungsschaden bei T eingetreten.

Hinweis: Eine a.A. ist hier zwar vertretbar, sofern die Figur des Gefährdungsschaden mit ausführlicher Argumentation unter Rekurs auf dessen verfassungsrechtliche Problematik als Ganzes abgelehnt wird. Gerade für einen Fall wie den vorliegenden, wo eine Partei „in Vorleistung“ tritt, verliert aber

⁴⁴ BGHSt 51, 165 (177).

⁴⁵ BVerfGE 126, 170 (221 ff.); 130, 1 (42 ff.).

das Argument, durch die Rechtsfigur des Vermögensschadens in Form einer konkreten Vermögensgefährdung werde die Tatvollendung vorverlagert, an Überzeugungskraft.

Fraglich ist jedoch vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem E-Bike nach dem oben Gesagten um ein Geldwäschсурrogat i.S.d. § 261 Abs. 1 StGB handelt, ob dieses noch Teil des strafrechtlich geschützten Vermögens ist. Da das E-Bike mit dem Erlös des G aus seinen Drogengeschäften finanziert wurde, unterliegt es als inkriminierter Gegenstand der Surrogatseinzahlung nach § 73 Abs. 3 StGB.⁴⁶ Indem T es an O übergibt, macht er sich sogar selbst wegen Geldwäsche strafbar (siehe oben). Das E-Bike ist damit ein bemakelter Gegenstand, der den Schutz der Rechtsordnung möglicherweise nicht verdient.

In der Frage, ob T durch die Übergabe des E-Bikes an O einen Vermögensschaden erlitten hat, sind die verschiedenen Vermögensbegriffe gegeneinander abzuwägen.

Legt man den rein ökonomischen Vermögensbegriff⁴⁷ zugrunde, ergibt sich kein abweichendes Ergebnis. Das E-Bike hat trotz seiner rechtswidrigen Herkunft einen wirtschaftlichen Wert i.H.v. 50.000 €. Um diesen Wert ist das Vermögen des T im Rahmen eines Gefährdungsschadens gemindert.

Etwas anderes ergibt sich für den möglicherweise bei Rekurs auf den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff.⁴⁸ Dieser schränkt den strafrechtlichen Schutz für solche wirtschaftlich werthaltigen Güter ein, die rechtlich missbilligt werden. Hintergrund dieser Auffassung ist, dass das Strafrecht nicht schützen solle, was die Rechtsordnung nicht anerkennt (Einheit der Rechtsordnung). Doch auch innerhalb dieser Auffassung wird mehrheitlich auch für den deliktisch erlangten Besitz, etwa durch Diebstahl der Sache, ein strafrechtlicher Vermögensschutz anerkannt. Wer also um eine Sache betrogen wird, die er zuvor einem anderen nach § 242 StGB gestohlen hat, soll auch nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff durch § 263 StGB vor dem täuschungsbedingten Verlust des unrechtmäßigen Besitzes an der gestohlenen Sache geschützt werden. Begründet wird dieses Ergebnis mit den §§ 858 ff. BGB, die auch den unrechtmäßigen Besitz mit einem gewissen rechtlichen Schutz versehen.⁴⁹ Diese Argumentation lässt sich auf die vorliegende Konstellation des inkriminierten Geldwäschсурrogats übertragen. Das E-Bike als Geldwäschсурrogat unterliegt der Einziehung nach § 73 Abs. 3 StGB. Wäre es G gestohlen worden, unterläge das Fahrrad als Tatertrag der Einziehung nach § 73 Abs. 1 StGB. Dass das Betrugsobjekt prinzipiell der Einziehung nach § 73 StGB unterliegt, ändert auch nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff nichts am Eintritt des Vermögensschadens.

Der Streit zwischen dem ökonomischen und dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff muss folglich nicht entschieden werden. Nach beiden Auffassungen besteht ein Vermögensschaden des T.

Hinweis: Es existiert jedoch innerhalb der Lehre vom juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff eine Mindermeinung, die den strafrechtlichen Schutz für den deliktisch erlangten Besitz gänzlich verneint.⁵⁰ Sofern diese Auffassung erörtert wird, ist der Streit zu entscheiden. Sollte mit dieser Lehre der Vermögensschaden verneint und die Prüfung des § 263 StGB an dieser Stelle beendet werden,

⁴⁶ Siehe zur Einziehung von Surrogaten *Joecks/Meißner*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 73 Rn. 43–45.

⁴⁷ Siehe zur st. Rspr. RGSt 66, 285; BGHSt 1, 264; 3, 99; 16, 220; 26, 347.

⁴⁸ Vertreten u.a. von *Lenckner*, JZ 1967, 105 (107); *Cramer*, JuS 1966, 472 (475).

⁴⁹ So auch BGH NStZ 2008, 627; *Tiedemann*, in: LK-StGB, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 140 f.; *Kretschmer*, Jura 2006, 219 (223 f.).

⁵⁰ *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 95; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 313 f.; *Waszczyński*, JA 2010, 251 (252 f.); *Ladiges*, JuS 2014, 1095 (1097 f.).

erlangt § 246 Abs. 2 StGB eine eigenständige Bedeutung. Die veruntreuende Unterschlagung ist sodann gesondert zu prüfen.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

O kam es auf die Täuschung des T ebenso an, wie auf seinen hierauf beruhenden Irrtum sowie seine Vermögensverfügung nebst dem hierdurch verursachten Schaden. Mithin handelte O vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB.

bb) Absicht stoffgleicher Bereicherung

Es kam O letztlich darauf an, ihr eigenes Vermögen durch Erlös aus dem Verkauf des E-Bikes i.H.v. 50.000 € zu mehren. Diese Bereicherung wäre allerdings nicht stoffgleich zu dem eingetretenen Vermögensschaden des T, weil sie erst aus dem Verkauf des E-Bikes durch O und damit aus dem Vermögen des*der Käufer*in resultieren sollte. Indes zielte Os täuschendes Verhalten unmittelbar darauf ab, zunächst den Besitz am E-Bike zu erlangen. Diese von O erstrebte Vermögensmehrung beruht auch auf der Übergabe durch T, mithin auf dessen Vermögensverfügung. Folglich ist die von O erstrebte Bereicherung auch als stoffgleiche Kehrseite des bei T eingetretenen Vermögensschaden anzusehen.

cc) Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und entsprechender Vorsatz

Die von O erstrebte Bereicherung müsste auch objektiv rechtswidrig sein. Dies ist dann anzunehmen, wenn sie keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf das E-Bike hatte. Hier hat O mit T die Übergabe des E-Bikes zwecks Durchführung des Auftrags vertraglich vereinbart. Dieser Auftragsvertrag ist allerdings aufgrund einer arglistigen Täuschung durch O zustande gekommen und daher nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechtbar, sodass sich daraus jedenfalls kein einredefreier Anspruch der O auf das E-Bike ergibt.

Überlegen ließe sich, ob die Rechtswidrigkeit der Bereicherung deswegen ausscheidet, weil O einen Anspruch gegen T auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 200.000 € aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB zusteht. Zwar richtete sich dieser Anspruch auf einen Geldbetrag, nicht auf die Erlangung des E-Bikes. Immerhin sollte aber aus der Verwertung des E-Bikes im Wege der Selbsthilfe ein Teil des von T geschuldeten Betrages erfolgen. Diese Konstellation ähnelt Fällen, in denen der*die Täter*in die Ausstellung eines Schuldscheins erpresst, um damit eine bereits bestehende fällige und einredefreie Forderung durchsetzen zu können, weil auch in diesen Fällen jedenfalls auf die Ausstellung des Schuldscheins kein Anspruch besteht, wohl aber auf den Geldbetrag, der aus der Nutzung des Schuldscheins erlangt werden soll.⁵¹

Indes bleibt dabei außer Acht, dass der Schadenersatzanspruch gegen T nicht O selbst zustand, sondern der OPC-GmbH. Der Sachverhalt legt dagegen nahe, dass die Verwertung des E-Bikes eigennützig erfolgen sollte, nicht etwa zugunsten der OPC-GmbH. Es bleibt daher letztlich dabei, dass die von O angestrebte Bereicherung rechtswidrig ist.

⁵¹ Vgl. z.B. BGH StV 2000, 78; BGH JA 2014, 947 m. Anm. Kudlich.

Hinweis: Es ist positiv zu bewerten, wenn die Bearbeiter*innen an diesem Punkt überhaupt Problembewusstsein zeigen und die Besonderheit des Falles erkennen, die darin besteht, dass es einen (fälligen und einredefreien) Schadenersatzanspruch gegen T gibt und O handelt, um „ihren“ Schaden aus dem vorangegangenen Betrug des T wenigstens teilweise wiederauszugleichen. Wenn dabei übersehen wird, dass der Schadenersatzanspruch nicht O, sondern der OPC-GmbH zustand, ist dies dennoch einer Lösung vorzuziehen, die überhaupt nicht anspricht, dass Ansprüche gegen T bestehen. Vertretbar ist es zudem, angesichts des in diesem Punkt nicht völlig eindeutigen Sachverhalts anzunehmen, dass O die Verwertung des E-Bikes als Geschäftsführerin zugunsten der OPC-GmbH beabsichtigt. In diesem Fall lässt sich die (objektive) Rechtswidrigkeit der Besitzerlangung an dem E-Bike als der unmittelbar erstrebten Bereicherung mit dem Blick darauf verneinen, dass diese letztlich nur als Zwischenschritt erfolgte, um eine Vermögenszuordnung zwischen T und der OPC-GmbH zu erreichen, die den Wertungen des Zivilrechts gerade entsprach. Schließlich lässt sich vertreten, dass O der Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung fehlte, weil sie angesichts des fälligen und einredefreien Schadenersatzanspruchs der OPC-GmbH glaubte, auch zu einer solchen Verbesserung ihrer Durchsetzungsmöglichkeiten berechtigt zu sein.

2. Ergebnis

O hat sich wegen Betruges nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie T unter Vorspiegelung ihrer Bereitschaft zur Erlösherausgabe zur Überlassung des E-Bikes veranlasste.

Hinweis: Sofern die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung verneint wird, scheidet auch die Rechtswidrigkeit der Zueignung und damit auch eine Strafbarkeit wegen veruntreuender Unterschlagung gem. § 246 Abs. 2 StGB aus.

II. Strafbarkeit gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1, Abs. 6 S. 1 StGB durch Annahme des E-Bikes von T

O hat sich wegen leichtfertiger Geldwäsche nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1, Abs. 6 S. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie sich das mit dem Drogengeld des G finanzierte E-Bike durch Täuschung gegenüber T verschaffte. Sie wusste zwar nichts davon, dass das E-Bike mit den Drogengeldern des G gekauft wurde. Allerdings war sich O aufgrund der medialen Berichterstattung inzwischen darüber bewusst, dass T durch seinen „Finder-Schwindel“ mehrere Frauen um große Summen betrogen hat. Mit Blick auf diese von O durchschaute Serien-Betrugstäterschaft musste sich ihr durchaus der Gedanke aufdrängen, dass das E-Bike aus einer Straftat herrührt. Folglich hat O die rechtswidrige Herkunft des E-Bikes leichtfertig nicht erkannt. Sie verschaffte sich somit leichtfertig einen Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt. O ist strafbar wegen leichtfertiger Geldwäsche nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 1, Abs. 6 S. 1 StGB.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist mit entsprechender Begründung vertretbar, wenn auch eher fernliegend. Mit Blick auf die verfassungsrechtlich ohnehin problematische Weite des Leichtfertigkeitstatbestandes kann für eine restriktive Auslegung dieses Merkmals argumentiert werden.⁵² Die Leichtfertigkeit der O könnte mit dem Argument verneint werden, dass sich ihr auch die Zurechnung des

⁵² Reisch, JuS 2023, 207 (210).

E-Bikes zum Kreis inkriminierter Gegenstände gerade nicht aufdrängen musste. Dies vermag jedoch nur bedingt zu überzeugen, da auch O davon ausgehen konnte, dass T einen Luxusgegenstand wie das E-Bike wohl nicht aus seinen eigenen Ersparnissen finanziert hat.

III. Strafbarkeit gem. §§ 263 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Anbieten des E-Bikes im Internet

Zwar hatte O den Tatentschluss, potentielle Käufer*innen über die Herkunft des E-Bikes zu täuschen. Indes umfasste ihr Tatentschluss nicht die Herbeiführung eines Vermögensschadens bei dem*der Käufer*in des E-Bikes. Denn der oder die Käufer*in hätte Eigentum an dem E-Bike erlangt, sei es, weil O mit Verfügungsbefugnis des T handelte, der mit O vereinbart hatte, dass sie das E-Bike verkaufen solle; sei es, weil der oder die Käufer*innen gutgläubig Eigentum an dem E-Bike erworben hätte, sodass ihnen durch die Zahlung des Kaufpreises kein Vermögensschaden entstanden wäre. Ein solcher lässt sich insbesondere auch nicht mit dem Hinweis auf eine drohende Einziehung des E-Bikes gem. §§ 261 Abs. 10 S. 2 StGB i.V.m. § 74a StGB begründen, weil die Voraussetzungen der Einziehung bei Dritten eindeutig nicht vorliegen. Eine Strafbarkeit gem. §§ 263 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB scheidet im Ergebnis aus.

IV. Strafbarkeit gem. §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2, Abs. 3, Abs. 7, 22, 23 Abs. 1 StGB durch Anbieten des E-Bikes im Internet

Hinweis: In Betracht kommt dieser Prüfungsansatz nur für Bearbeiter*innen, die einen Betrug der O an T hinsichtlich der Erlangung des E-Bikes bejaht haben. Wurde die Betrugsstrafbarkeit abgelehnt, weil die von O erstrebte Bereicherung nicht rechtswidrig war bzw. ihr insofern Vorsatz fehlte (siehe oben), kommt auch eine versuchte Selbstgeldwäsche durch das Anbieten des E-Bikes mangels Vortat nicht in Betracht.

O könnte sich gem. §§ 261 Abs.1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2, Abs. 3, Abs. 7, 22, 23 Abs. 1 StGB wegen versuchter Selbstgeldwäsche strafbar gemacht haben, indem sie das im Wege eines Betruges von T erlangte E-Bike auf der Online-Plattform zum Verkauf anbot.

1. Vorprüfung

Noch hat niemand das E-Bike gekauft. Folglich wurde es weder einem Dritten verschafft i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB noch in den Verkehr gebracht nach § 261 Abs. 7 StGB. Eine vollendete Geldwäsche der O liegt daher jedenfalls nicht vor. Der Versuch der Selbstgeldwäsche ist strafbar.

2. Tatentschluss

a) Tatentschluss bzgl. Gegenstand, der aus rechtswidriger Vortat herrührt

Die rechtswidrige Vortat liegt in dem Betrug der O gegenüber und zulasten T. Auch als Täterin der Vortat kann O wegen Geldwäsche zu bestrafen sein, § 261 Abs. 7 StGB. O war über ihre Vortat umfassend orientiert und handelte diesbezüglich mit Tatentschluss. O wusste auch, dass das ihr übergebene E-Bike aus der Betrugs-Vortat „herrührt“ i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 1 StGB. Ihr war klar, dass es sich hierbei um den unmittelbar aus der Vortat herrührenden Ursprungsgegenstand handelt.

b) Tatentschluss bzgl. Verschaffen, § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB

O müsste zum einen Tatentschluss dazu gehabt haben, diesen inkriminierten Gegenstand gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB einem Dritten zu verschaffen. Zum anderen müsste sich ihr Vorsatz zusätzlich nach § 261 Abs. 7 StGB darauf beziehen, diesen Gegenstand in den Verkehr zu bringen und dabei dessen rechtswidrige Herkunft zu verschleiern.

aa) Tatentschluss bzgl. des Verschaffens an einen Dritten

O stellte das E-Bike in ein Verkaufsportal ein, wobei es ihr gerade darauf ankam, einem Dritten (dem*der Käufer*in) eine eigentümerähnliche Herrschaftsbeziehung zu diesem inkriminierten Gegenstand zu gewähren. Ihr Tatentschluss bezog sich darauf, einem Dritten das E-Bike zu verschaffen i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB.

Hinweis: Es ist auch vertretbar, Tatentschluss bzgl. der Begehungsvariante des „Verwahrens“ nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Alt. 1 StGB anzunehmen.

bb) Tatentschluss bzgl. des in den Verkehr bringen und Verschleiern der Herkunft

O stellte sich zunächst vor, das E-Bike durch den Verkauf an eine*n Dritte*n in den Verkehr zu bringen. In der Verkaufsanzeige schrieb sie sogar explizit, dass es sich bei dem E-Bike um ein gut gemeintes Geschenk gehandelt habe, sie aber gar nicht Rad fahren und deshalb nichts damit anfangen könne. O wollte also bewusst durch aktive Verschleierungshandlungen über die rechtswidrige Herkunft des Fahrrades täuschen.⁵³ Ihr Tatentschluss umfasste demnach auch die zusätzlichen Voraussetzungen der Selbstgeldwäsche nach § 261 Abs. 7 StGB.

c) Zwischenergebnis

O handelte mit Tatentschluss hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale der Selbstgeldwäsche.

3. Unmittelbares Ansetzen

Sie setzte auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an i.S.d. § 22 StGB, indem sie mit dem Erstellen des Online-Angebots bereits erste Ausführungshandlungen vornahm. Aus ihrer Sicht hatte O bereits alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan und sie hat subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschritten. Um das E-Bike zu kaufen, musste der*die Dritte nur noch auf den „Jetzt-kaufen“-Button klicken. Nach Os Vorstellung von der Tat waren keine weiteren wesentlichen Zwischenakte mehr zur Tatbestandsverwirklichung nötig. Sie hat zudem objektiv mit dem Einstellen des Angebots bereits solche Handlungen vorgenommen, dass bei weiterem Fortgang des Geschehens mit einem Kauf des E-Bikes und somit einem Verschaffen des inkriminierten Gegenstandes an einen Dritten zu rechnen war.

4. Ergebnis

Sofern ein Betrug der O an T im Zusammenhang mit der Erlangung des E-Bikes bejaht wird, hat O sich wegen versuchter Selbstgeldwäsche gem. §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2, Abs. 3, Abs. 7, 22, 23

⁵³ Vgl. dazu auch das Bsp. bei Reisch, JuS 2023, 207 (210).

Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem sie das durch einen Betrug erlangte E-Bike auf der Online-Plattform zum Verkauf anbot.

Ergebnis 3. Tatkomplex

T ist im 3. Tatkomplex wegen Geldwäsche in zwei tatmehrheitlich verwirklichten Fällen⁵⁴ wegen der Annahme des E-Bikes als Geschenk des G sowie der Weitergabe an O strafbar. Sofern eine Rechtswidrigkeit der von O durch Erlangung des E-Bikes erstrebten Bereicherung verneint wird, ist sie nur wegen leichtfertiger Geldwäsche strafbar (wegen der Annahme des E-Bikes von T). Andernfalls ist O strafbar wegen Betruges gegenüber und zulasten des T sowie wegen leichtfertiger Geldwäsche und versuchter Selbstgeldwäsche. Die Geldwäschetaten der O stehen zueinander ebenso wie zum Betrug gegenüber und zulasten des T im Verhältnis der Tatmehrheit nach § 53 StGB. Die Übernahme des E-Bikes von T und das anschließende Angebot zum Verkauf beruhen auf eigenständigen Handlungen der O (Handlungsmehrheit) und stellen eigenständige Verschiebungsakte i.S.d. § 261 StGB dar.

Gesamtergebnis

T ist strafbar wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB und wegen zwei Fällen der leichtfertigen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2, Abs. 6 S. 1 StGB. Die Taten stehen in Tatmehrheit (§ 53 StGB).

O hat sich wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB sowie wegen Betruges gegenüber und zulasten des T gem. § 263 Abs. 1 StGB und wegen leichtfertiger Geldwäsche sowie versuchter Selbstgeldwäsche gem. §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Alt. 2, Abs. 3, Abs. 7, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Taten stehen zueinander in Realkonkurrenz, § 53 StGB.

⁵⁴ Grundsätzlich liegt nur eine Gesetzesverletzung vor, wenn verschiedene Varianten von § 261 StGB verwirklicht werden, vgl. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 261 Rn. 18. Da T das E-Bike in zeitlicher Hinsicht früher von G annahm und es erst später, basierend auf einem neuen Willensentschluss, an O übergab, handelt es sich hier um eine handlungs- und somit tatmehrheitliche Begehung. Auch plante er nicht bereits im Zeitpunkt der Annahme die spätere Übergabe an O. Die Annahme einer tatbestandlichen Handlungseinheit mit der Folge tateinheitlicher Begehung nach § 52 StGB liegt daher eher fern.

Anfängerklausur für ausländische Studierende: Eine unerfüllte Liebe*

Ass. jur. Ruben Doneleit, München**

Themenschwerpunkte: Körperverletzungsdelikte, Handlungsbegriff, error in persona, objektive Zurechnung, Irrtum über den Kausalverlauf

Schwierigkeitsgrad: Anfängerklausur

Bearbeitungszeit: 2 Stunden

Hilfsmittel: Gesetzestext (und Rechtswörterbuch)

Sachverhalt

Alfonso (A) ist unglücklich verliebt. Seine Traumfrau Martina (M) ist seit kurzer Zeit mit Paul (P) zusammen. Als A eines Abends in einer Kneipe in der Münchner Innenstadt sitzt, sieht er von Weitem M an einem anderen Tisch mit einer männlichen Begleitung sitzen, die mit dem Rücken zu A gewandt ist. A geht davon aus, dass es sich dabei um P handelt. Aus Frust über das Liebesglück von M und P möchte A dem P eine „Lektion erteilen“. Er macht sich daher auf den Weg in Richtung der beiden. Unterwegs wird er dabei in der stark besuchten Kneipe von einem anderen Gast versehentlich angerempelt. Dadurch verliert A das Gleichgewicht. Im Fallen trifft er dabei mit seinem Ellenbogen Xavier (X) am Kopf. X erleidet daraufhin eine Prellung an der Schläfe. Nachdem A dem X aufgeholfen und sich bei diesem entschuldigt hat, läuft er weiter zu M und ihrer Begleitung. Dort angekommen verpasst er der Begleitung von M einen wuchtigen Schlag mit dem Holzgriff seines Regenschirms auf deren Hinterkopf. Erst danach bemerkt er, dass er nicht P, sondern Lukas (L), den Bruder der M, getroffen hat. L erleidet durch den Schlag einen kurzen, heftigen Schmerz und eine blutende Wunde am Kopf, die nicht lebensbedrohlich ist. Derartige Folgen hielt A für möglich und nahm sie billigend in Kauf. Dagegen ging A nicht davon aus, dass die von ihm getroffene Person sterben könnte, was er zudem nicht wollte.

Unmittelbar danach macht sich A auf den Heimweg. Als er die Maximiliansbrücke überquert, sieht er dort zu seiner Verwunderung an der Brüstung der Brücke den „echten“ P stehen. Nun möchte A den P „endgültig aus dem Weg räumen“. Dieser ist gerade in ein Telefonat vertieft und bemerkt A nicht. Als A an P vorbeiläuft, stößt er diesen von der Brücke. P ertrinkt jedoch nicht wie von A vorgesehen. Stattdessen stürzt P auf einen Brückenpfeiler. Infolge des hierbei erlittenen Genickbruchs verstirbt P umgehend.

Aufgabe

Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht?

* Die Klausur wurde im Wintersemester 2022/2023 an der Ludwig-Maximilians-Universität München als Abschlussklausur der Vorlesung „Grundzüge des Strafrechts für ausländische Studierende“ gestellt.

** Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung an der LMU München (Prof. Dr. Mark A. Zöller).

Bearbeitungshinweis

§ 211 StGB ist nicht zu prüfen. Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: In der Kneipe.....	1081
I. Strafbarkeit des A gem. § 229 StGB gegenüber X	1081
1. Tatbestandsmäßigkeit	1081
2. Ergebnis	1081
II. Strafbarkeit des A gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB gegenüber L.....	1082
III. Strafbarkeit des A gem. § 223 Abs. 1 StGB gegenüber L.....	1082
1. Tatbestandsmäßigkeit	1082
a) Objektiver Tatbestand.....	1082
aa) Taterfolg	1082
(1) Körperliche Misshandlung.....	1082
(2) Gesundheitsschädigung.....	1082
bb) Kausalität	1082
cc) Objektive Zurechnung	1083
b) Subjektiver Tatbestand	1083
aa) Vorsatz.....	1083
bb) Irrtum des A.....	1083
2. Rechtswidrigkeit.....	1083
3. Schuld	1084
4. Ergebnis	1084
IV. Strafbarkeit des A gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nrn. 3, 5 StGB	1084
1. Tatbestandsmäßigkeit	1084
a) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB.....	1084
b) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	1084
c) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.....	1085
2. Ergebnis	1085
Tatkomplex 2: Auf der Brücke.....	1085
I. Strafbarkeit des A gem. § 212 Abs. 1 StGB.....	1085
1. Tatbestandsmäßigkeit	1086
a) Objektiver Tatbestand.....	1086
aa) Taterfolg.....	1086

bb) Kausalität	1086
cc) Objektive Zurechnung	1086
b) Subjektiver Tatbestand	1086
aa) Vorsatz	1086
bb) Irrtum des A	1086
2. Rechtswidrigkeit	1087
3. Schuld	1087
4. Ergebnis	1087
II. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 227 StGB	1087
Gesamtergebnis	1087

Tatkomplex 1: In der Kneipe

I. Strafbarkeit des A gem. § 229 StGB gegenüber X

Indem A den X mit dem Ellenbogen am Kopf traf, könnte er sich gem. § 229 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

Hierzu müsste A eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Problematisch ist bereits, ob überhaupt eine Handlung des A vorliegt. Eine strafrechtlich relevante Handlung erfordert ein vom menschlichen Willen beherrschtes oder beherrschbares sozial-erhebliches Verhalten.¹ Keine Handlung liegt dagegen dann vor, wenn das Verhalten einer Person ohne ihr Zutun durch willensbrechende Gewalt (*vis absoluta*) erzwungen wird, da dann ein willensgetragenes Verhalten ausscheidet.² Hier wurde A von dem anderen Gast so angerempelt, dass er keine Möglichkeit zur Kontrolle seiner Körperbewegungen hatte. Dass A den X mit seinem Ellbogen an der Schläfe traf, wurde daher von außen erzwungen. Das Verhalten von A ist somit nicht willensgesteuert und hat folglich keine Handlungsqualität.

2. Ergebnis

A hat sich gegenüber X nicht gem. § 229 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Mangels tatbestandlicher Handlung und eines offensichtlich nicht bestehenden Verletzungsvorsatzes von A kommt erst recht eine Strafbarkeit gem. § 223 Abs. 1 StGB nicht in Betracht.

¹ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 144; Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 70. Aufl. 2023, Vor § 13 Rn. 7.

² Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 7 Rn. 11; Gercke/Hembach, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, Vor. § 13 Rn. 7.

II. Strafbarkeit des A gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB gegenüber L

Mangels Tötungsvorsatzes kommt eine Strafbarkeit des A gegenüber L wegen eines versuchten Totschlages gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB nicht in Betracht. A ging gerade nicht davon aus, dass der Schlag mit dem Regenschirm tödliche Folgen haben könnte. Zudem wollte er den Tod der getroffenen Person nicht.

III. Strafbarkeit des A gem. § 223 Abs. 1 StGB gegenüber L

Durch den wuchtigen Schlag gegen den Kopf des L könnte sich A gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Hierzu müsste A eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben.

aa) Taterfolg

(1) Körperliche Misshandlung

Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt werden.³ L verspürte infolge des Faustschlages von A Schmerzen. Diese waren zwar kurz, aber heftig und beeinträchtigen daher sein körperliches Wohlbefinden. Zudem führt der Substanzschaden durch die blutende Wunde zu einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit. Die Voraussetzungen der körperlichen Misshandlung sind erfüllt.

(2) Gesundheitsschädigung

Zudem könnte auch eine Gesundheitsschädigung vorliegen. Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweichenden, krankhaften Zustandes körperlicher oder seelischer Art.⁴ Die blutige Wunde am Kopf des L weicht nachteilig vom Normalzustand seiner körperlichen Funktionen ab. Somit hat A einen pathologischen Zustand bei L hervorgerufen.

bb) Kausalität

Der Faustschlag des A müsste für die Verletzungsfolgen kausal gewesen sein. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel (Äquivalenztheorie) ist jede Handlung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfällt.⁵ Ohne den Faustschlag des A hätte L weder Schmerzen erlitten noch eine blutende Wunde am Kopf bekommen. Das

³ *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 26; *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 152.

⁴ *Zöller/Petry*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 223 Rn. 12; *Zöller/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 157.

⁵ *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 10 Rn. 7; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 3.

Verhalten des A kann daher nicht weggedacht werden, ohne dass die körperliche Misshandlung und die Gesundheitsschädigung entfallen. Das Handeln des A war somit für den Erfolgseintritt kausal.

cc) Objektive Zurechnung

Der tatbestandliche Erfolg müsste A auch objektiv zurechenbar sein. Dies ist nur der Fall, wenn der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr schafft, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert.⁶ Durch den Schlag mit der Faust auf den Kopf hat A ein rechtlich relevantes Risiko für die körperliche Unversehrtheit des L geschaffen, das sich im konkreten tatbestandsmäßigen Erfolg des § 223 Abs. 1 StGB realisiert hat. Der Verletzungserfolg ist A objektiv zuzurechnen.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

A müsste vorsätzlich gehandelt haben (§ 15 StGB). Vorsatz setzt das Wissen und Wollen hinsichtlich sämtlicher objektiver Tatumstände voraus.⁷ A hielt die Verletzungsfolgen seines Handelns für möglich und nahm diese billigend in Kauf. Daher handelte er hinsichtlich des tatbestandsmäßigen Erfolgs mit Eventualvorsatz.

bb) Irrtum des A

Fraglich ist, ob er auch hinsichtlich des Tatobjekts „andere Person“ vorsätzlich handelte. Diesbezüglich könnte A einem vorsatzausschließenden Tatumstandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB unterlegen sein. Hierzu müsste er bei Begehung der Tat (§ 8 StGB), also während des Faustschlages, einen Umstand nicht gekannt haben, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Vorliegend hielt A den L, der mit dem Rücken zu ihm stand, irrtümlich für P, an dem er sich wegen M rächen wollte. Damit unterlag er einer Fehlvorstellung über die Identität des Tatopfers (error in persona).⁸ § 223 Abs. 1 StGB knüpft aber nicht an die Identität des Opfers an, da gesetzlich nur gefordert wird, dass „eine andere Person“ verletzt wird. Ein error in persona wäre daher nur beachtlich, wenn das vorgestellte und tatsächlich getroffene Tatobjekt nicht tatbestandlich gleichwertig sind.⁹ Da sowohl P als auch L eine andere Person sind, ist dies nicht der Fall. Somit ist der Irrtum des A unbeachtlich und schließt den Vorsatz nicht aus.

Hinweis: Da A auch das von ihm tatsächlich anvisierte Opfer getroffen hat, liegt kein Fall der aberratio ictus vor.

2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. A handelte rechtswidrig.

⁶ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 258; Roxin/Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 47.

⁷ Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 264; Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 11 Rn. 7.

⁸ Ausführlich hierzu: Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 15 Rn. 21 ff.; Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 97 ff.

⁹ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 15 Rn. 24; Joecks/Kulhanek, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 98.

3. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Der nach § 230 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

IV. Strafbarkeit des A gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nrn. 3, 5 StGB

Durch den wuchtigen Schlag mit dem Regenschirm gegen den Kopf des L könnte sich A gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nrn. 3, 5 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

A könnte die Körperverletzung an L mittels eines gefährlichen Werkzeugs (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB), mittels eines hinterlistigen Überfalls (§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB) oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) begangen haben.

a) § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Fraglich ist, ob der Regenschirm ein gefährliches Werkzeug ist. Ein gefährliches Werkzeug ist jeder körperliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art und Weise seiner Verwendung im konkreten Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.¹⁰ Der Regenschirm ist ein körperlicher Gegenstand, der aufgrund seines Holzgriffes dazu in der Lage ist, durch den von A ausgeführten Schlag auf den Hinterkopf des L erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Da A gemäß Sachverhalt solche Folgen für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, handelte er diesbezüglich auch vorsätzlich.

b) § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Weiterhin könnte es sich um einen hinterlistigen Überfall gehandelt haben. Ein Überfall ist ein unvorhergesehener Angriff, auf den sich das Opfer nicht vorbereiten kann.¹¹ Dieser ist hinterlistig, wenn der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht gerichteten Weise vorgeht, um dem Opfer die Verteidigung zu erschweren.¹² Da der Schlag mit dem Regenschirm für den von A abgewandten L völlig überraschend kam, handelte es sich dabei um einen Überfall. Dieser war jedoch nicht hinterlistig. A hat gerade nicht seine Angriffsabsicht mit List planmäßig verdeckt, indem er sich versteckt und auf die Lauer gelegt hat. Vielmehr hat er lediglich das Überraschungsmoment ausgenutzt, um L zu attackieren. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist daher nicht erfüllt.

¹⁰ BGH NStZ-RR 2021, 211 (212); Zöller/Mavany, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 2. Aufl. 2020, Rn. 183.

¹¹ Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 44; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 10.

¹² Zöller/Mavany, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 2. Aufl. 2020, Rn. 189; Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 70. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22.

c) § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Aufgrund des Schlages gegen den Kopf des L könnte jedoch § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt sein. Hierzu bedarf es einer das Leben gefährdenden Behandlung. Streitig ist, ob es hierfür einer konkreten oder einer abstrakten Lebensgefahr für das Opfer bedarf.¹³ Eine konkrete Lebensgefahr für L bestand nicht, da die blutende Wunde nicht lebensbedrohlich war. Auch eine abstrakte Lebensgefahr ist zu verneinen. Wenngleich der Kopf des Opfers eine sensible Körperregion ist, wohnt einem Schlag in diesem Bereich mit einem Gegenstand nicht automatisch die abstrakte Gefahr inne, lebensbedrohliche Schäden herbeizuführen. Anderes kann aber gelten, wenn der Täter wiederholt oder besonders intensiv Schläge gegen den Kopf des Opfers ausführt oder hierbei Angriffsmittel, wie beispielsweise ein Messer, verwendet.¹⁴ Ansatzpunkte für eine derartige abstrakte Gefahr sind dem Sachverhalt, der zwar von einem wuchtigen Schlag mit dem Griff des Regenschirms spricht, jedoch nicht zu entnehmen. Zudem ist der Hinterkopf einer erwachsenen Person im Vergleich zu anderen Körperstellen am Kopf, wie etwa dem Kehlkopf oder den Schläfen, weniger schädigungsanfällig, was ebenfalls gegen eine abstrakte Gefahr spricht. Daher ist § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ebenfalls nicht erfüllt.

Hinweis: Bezüglich der abstrakten Lebensgefahr ist eine andere Ansicht vertretbar. Sodann muss der Streit entschieden werden, ob eine solch abstrakte Gefahr für § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ausreichend ist.¹⁵

2. Ergebnis

Der rechtswidrig und schuldhaft handelnde A hat sich gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar gemacht. Als Qualifikationstatbestand verdrängt § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB im Wege der Spezialität § 223 Abs. 1 StGB.¹⁶

Tatkomplex 2: Auf der Brücke**I. Strafbarkeit des A gem. § 212 Abs. 1 StGB**

A könnte sich gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er P von der Maximiliansbrücke gestoßen hat.

¹³ Zur wohl herrschenden Meinung, die eine abstrakte Gefahr ausreichen lässt: BGH NSTZ-RR 2010, 176; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 50; *Zöllner/Mavany*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2020, Rn. 191. Anderer Ansicht: *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 28.

¹⁴ Eine Übersicht zu verschiedenen tatbestandsmäßigen Handlungen i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB bei: *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 44 ff.; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 29 ff.

¹⁵ Dazu: *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 42 f.; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 27 f.

¹⁶ *Zöllner*, in: AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 224 Rn. 20.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Taterfolg

A müsste einen anderen Menschen getötet haben. P, ein anderer Mensch, ist tot.

bb) Kausalität

Der Stoß des A müsste hierfür kausal gewesen sein. Denkt man sich den Stoß des A hinweg, wäre P nicht über die Brüstung der Brücke gestürzt und hätte sich dabei nicht am Brückenpfeiler sein Genick gebrochen. Das Handeln des A kann somit nicht hinweggedacht werden, ohne dass der konkrete tatbestandsmäßige Erfolg entfällt. Die Kausalität liegt somit vor.

cc) Objektive Zurechnung

Der Tod des P müsste A auch objektiv zurechenbar sein.¹⁷ Wer eine andere Person von einer Brücke stößt, schafft ein rechtlich missbilligtes Risiko für deren Leben. Dieses Risiko müsste sich auch im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert haben. Das ist nicht der Fall, wenn der konkrete Kausalverlauf objektiv so unvorhersehbar und daher atypisch ist, dass eine Herbeiführung des Erfolgs auf diesem Wege als völlig unwahrscheinlich zu beurteilen ist.¹⁸ Dann hat sich gerade nicht mehr das vom Täter gesetzte Risiko realisiert und der Erfolg ist nicht als sein „Werk“, sondern vielmehr als „Werk des Zufalls“ einzustufen.¹⁹ Dass jemand, der von einer Brücke gestoßen wird, anschließend auf einen Brückenpfeiler prallt und sich dadurch das Genick bricht, ist jedoch ein wahrscheinliches Risiko und deshalb für den Täter objektiv vorhersehbar. Dabei verwirklicht sich ein Gefahrumstand, der mit der vom Täter gewählten Ausführungsart vorhersehbar verbunden ist. Daher liegt kein „Werk des Zufalls“ vor. Der Erfolg ist A folglich objektiv zurechenbar.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

A müsste vorsätzlich gehandelt haben (§ 15 StGB). A mochte P „endgültig aus dem Weg räumen“. Daher kam es ihm gerade darauf an, P zu töten. Hinsichtlich des tatbestandsmäßigen Erfolges handelte A mit Wissen und Wollen und daher vorsätzlich.

bb) Irrtum des A

Fraglich ist jedoch, ob A einem vorsatzausschließendem Irrtum über den Kausalverlauf gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB unterlag,²⁰ da P nicht wie geplant ertrunken ist, sondern an einem Genickbruch ver-

¹⁷ Zur Tatbestandsmäßigkeit des Brückenfall bereits: *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 153; *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 80; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 289 (294); *El-Ghazi*, JA 2020, 182 (186).

¹⁸ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 296; *Eisele*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 10 Rn. 77.

¹⁹ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 13 Rn. 68.

²⁰ Ausführlich hierzu: *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 77 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 15 Rn. 11 ff.

starb. Der Vorsatz des Täters bleibt jedoch unberührt, solange nur unwesentliche Abweichungen des tatsächlichen Kausalverlaufes bestehen. Eine Abweichung ist dann unwesentlich, wenn sie sich noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren befindet und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt.²¹ Dass eine von einer Brücke gestoßene Person sich ihr Genick an einem Brückenpfeiler bricht, ist keinesfalls außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit.²² Daher liegt kein Irrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vor. A handelte somit vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. A handelte rechtswidrig.

3. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 227 StGB

Die durch dieselbe Handlung gleichsam verwirklichten §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 227 StGB werden von § 212 Abs. 1 StGB konkurrenzrechtlich im Wege der Subsidiarität verdrängt.²³

Hinweis: Die Annahme von § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist fernliegend. Hinterlistiges Vorgehen erfordert das planmäßige Verdecken des eigenen Überfalls.²⁴ A geht jedoch offen auf P zu und nutzt dabei allein ein Überraschungsmoment aus, da P aufgrund des Telefonats abgelenkt ist. Dies genügt für § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB allerdings nicht.²⁵

Gesamtergebnis

Die von A im ersten und im zweiten Tatkomplex verwirklichten Delikte stehen zueinander in Tateinheit (§ 53 Abs. 1 StGB). Somit hat sich A gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB – § 53 StGB – § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

²¹ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 15 Rn. 12; Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 10 Rn. 82.

²² Roxin/Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 155.

²³ Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 212 Rn. 15, 18; Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 212 Rn. 119, 122.

²⁴ Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 70. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 10.

²⁵ BGH NJW 2004, 1965 (1966); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 224 Rn. 6.

Examensübungsklausur: Unter Strom

Wiss. Mitarbeiter Mathis Schwarze, M.Sc. (Oxford), Berlin*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2023 im Examensklausurenkurs der Freien Universität Berlin gestellt. Bei 82 Teilnehmer:innen betrug der Notendurchschnitt 6,4 Punkte und die Nichterfolgsquote 14,7 %. Die mittelschwere Klausur behandelt verschiedene „Examens-Klassiker“ aus dem Bereich der Vermögensdelikte. Der erste Tatkomplex basiert auf BGH, Urt. v. 28.5.2015 – 3 StR 89/15 = BeckRS 2015, 11573 und wirft insbesondere das Problem der Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung auf. Der zweite Tatkomplex ist an BGH, Beschl. v. 2.8.2016 – 2 StR 154/16 = NStZ 2016, 727 angelehnt. Schwerpunkte dieses Klausurteils sind die Abgrenzung zwischen Sachbetrug und Trickdiebstahl, der Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ in § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB sowie das „Betroffensein“ i.R.d. § 252 StGB.

Sachverhalt

Der in finanzielle Nöte geratene Thilo (T) will aus einem Berliner Juweliergeschäft wertvolle Schmuckstücke entwenden, um diese zu Geld zu machen. Er hat ein Elektroschockgerät und ein Pfefferspray bei sich, um die Herausgabe der Schmuckstücke oder die Duldung ihrer Wegnahme mit Gewalt durchzusetzen. Den Elektroschocker hat sich T auf dem Schwarzmarkt besorgt, er entstammt Beständen der Polizei; das Pfefferspray hat er im Drogeriemarkt gekauft, laut Herstellerkennzeichnung dient es dem „Schutz gegen alle Arten von Tieren“. Nach Betreten des Geschäfts gibt T gegenüber der anwesenden Inhaberin Ophelia (O) vor, sich für eine bestimmte Goldkette zu interessieren. O schließt die Schmuckvitrine auf, um T die Kette zu zeigen. In diesem Moment schaltet T den mitgebrachten Elektroschocker ein, wobei er zunächst selbst einen Stromschlag erleidet. Dann hält er O das Gerät an den Kopf, löst vier Stromschläge aus und verlangt, dass sie ihm sämtlichen Schmuck aushändige, der sich in der nunmehr offenstehenden Vitrine befindet. Die schockierte und schmerzerfüllte O leistet Ts Aufforderung unmittelbar Folge und beginnt, Schmuckstücke aus der Vitrine zu greifen, um sie T auszuhändigen. Dabei geht sie davon aus, dass der körperlich überlegene und mit dem Elektroschocker bewaffnete T den Schmuck im Falle einer Weigerung ohnehin an sich bringen würde. Gerade als O eine Handvoll Schmuck hinüberreichen will, verliert T die Kontrolle über die Situation: Ihn überfällt infolge des selbst erlittenen Stromschlags ein Krampf in der Hand, weshalb er unkontrolliert und ungezielt unentwegt weitere Stromschläge auslöst. Da er im Umgang mit dem Elektroschocker nicht vertraut ist, weiß er nicht, wie er ihn abschalten kann, und gerät darüber selbst in Panik. Es gelingt ihm schließlich, den Elektroschocker von seinem Handgelenk abzuschütteln. Er kann keinen klaren Gedanken mehr fassen und will nur noch weglaufen. T verlässt fluchtartig das Geschäft, ohne irgendwelchen Schmuck mitzunehmen.

Um nicht ohne jede Beute den Heimweg anzutreten, fasst T einen neuen Plan: Er will ein fremdes Smartphone in seinen Besitz bringen, um es später zu verkaufen. Dabei will er mit List agieren; gleichwohl behält er sich den Einsatz des griffbereit mitgeführten Pfeffersprays für den Fall vor, dass sein Opfer Widerstand leisten sollte. Er spricht den an einer Bushaltestelle wartenden Helmut (H) an und

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Arbeitsbereich für Vergleichendes Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht von Prof. Dr. Carsten Momsen an der Freien Universität Berlin und zugleich Rechtsreferendar beim Kammergericht.

fragt, ob dieser ihm sein Mobiltelefon für ein dringendes Telefonat überlassen könne, sein eigenes habe er zu Hause vergessen. H übergibt T sein Smartphone (Wert: 500,- €) in der Annahme, es nach dem Telefonat unmittelbar zurückzuerhalten. Nachdem T ein Telefonat vorgetäuscht hat, steckt er das Smartphone in die Hosentasche und entfernt sich von H. Auf die mehrfache Bitte des ihm nachlaufenden H, das Mobiltelefon zurückzugeben, reagiert er nicht, woraufhin H sein Herausgabeverlangen frustriert aufgibt. Kurz darauf kommt T eine uniformierte Polizeibeamtin (P) entgegen, die gerade zu ihrem Einsatzfahrzeug zurückläuft. Weil P ihn eindringlich mustert, geht T irrig davon aus, dass sie ihn bei der Tat beobachtet habe und ihn nunmehr verhaften wolle. Um sich im Besitz des Smartphones zu erhalten und einer Festnahme zu entgehen, sprüht er P das Pfefferspray ins Gesicht und rennt davon. Der im Pfefferspray enthaltene, aus Chilli-Schoten gewonnene Stoff Oleoresin Capsicum verursacht bei P brennende Schmerzen, eine rötliche Reizung der Bindehäute, Husten und Atemnot.

Aufgabe

Wie hat sich T nach dem StGB strafbar gemacht? Die §§ 113, 114 StGB sind nicht zu prüfen. Ggf. erforderliche Strafanträge gelten als gestellt.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Das Geschehen im Juweliergeschäft..... 1092

I. Strafbarkeit des T gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB 1092

1. Vorprüfung.....1092
2. Tatbestand.....1092
 - a) Tatentschluss1092
 - aa) Qualifiziertes Nötigungsmittel1092
 - bb) Nötigungserfolg1093
 - (1) Ansicht 1: Jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen1093
 - (2) Ansicht 2: Vermögensverfügung: „Schlüsselstellung“ erforderlich1093
 - (3) Ansicht 3: Vermögensverfügung: „faktisches“ Einverständnis genügt 1094
 - (4) Stellungnahme1094
 - b) Zwischenergebnis.....1096
3. Ergebnis1096

II. Strafbarkeit des T gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB..... 1096

1. Vorprüfung.....1096
2. Tatbestand.....1096
 - a) Tatentschluss1096
 - aa) Fremde bewegliche Sache.....1096
 - bb) Wegnahme1096
 - cc) Qualifiziertes Nötigungsmittel1097

dd) Raubspezifischer Zusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme ...	1097
ee) Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs, § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB	1097
ff) Beisichführen einer Waffe, § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1 StGB	1098
gg) Absicht rechtswidriger Zueignung	1098
b) Unmittelbares Ansetzen	1098
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	1098
4. Strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 Abs. 1 StGB	1099
5. Ergebnis	1099
III. Strafbarkeit des T gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nrn. 3, 5 StGB	1100
1. Tatbestand	1100
a) Körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung	1100
b) Mittels einer Waffe, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB	1100
c) Mittels eines hinterlistigen Überfalls, § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB	1100
d) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB	1101
e) Vorsatz	1101
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1101
3. Ergebnis	1101
IV. Strafbarkeit des T gem. § 123 Abs. 1 StGB	1101
V. Konkurrenzen	1101
Tatkomplex 2: Das Geschehen an der Bushaltestelle	1102
I. Strafbarkeit des T gem. § 263 Abs. 1 StGB	1102
1. Tatbestand	1102
a) Täuschung	1102
b) Irrtum	1102
c) Vermögensverfügung	1102
2. Ergebnis	1103
II. Strafbarkeit des T gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB	1103
1. Tatbestand	1104
a) Fremde bewegliche Sache	1104
b) Wegnahme	1104
c) Diebstahl mit Waffen oder gefährlichen Werkzeugen, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB	1104
aa) Waffe oder gefährliches Werkzeug	1104
(1) Ansicht 1: Rein abstrakt-objektive Betrachtungsweise	1105

(2) Ansicht 2: Situationsbezogene abstrakt-objektive Betrachtungsweise („Waffenersatzfunktion“)	1105
(3) Ansicht 3: Konkret-subjektive Betrachtungsweise	1105
(4) Zwischenergebnis	1105
bb) Beisichführen	1105
d) Vorsatz	1106
e) Absicht rechtswidriger Zueignung	1106
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1106
3. Ergebnis	1106
III. Strafbarkeit des T gem. §§ 252 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB	1106
1. Tatbestand	1106
a) Vortat: Vollendeter Diebstahl oder Raub	1106
b) Betroffensein auf frischer Tat	1106
aa) Tatfrische	1106
bb) Betroffensein	1107
(1) Ansicht 1: Verdachtsbildung erforderlich	1107
(2) Ansicht 2: Sinnliche Wahrnehmung genügt	1107
(3) Ansicht 3: Raum-zeitliches Zusammentreffen genügt	1107
(4) Stellungnahme	1107
c) Qualifiziertes Nötigungsmittel	1108
d) Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs, § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB	1108
e) Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs, § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB	1108
f) Vorsatz	1108
g) Beutesicherungsabsicht	1109
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1109
3. Ergebnis	1109
IV. Strafbarkeit des T gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 2 Alt. 2, Nrn. 3, 5 StGB	1109
1. Tatbestand	1109
a) Körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung	1109
b) Beibringung von Gift, § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB	1109
c) Mittels eines gefährlichen Werkzeugs, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB	1110
d) Mittels eines hinterlistigen Überfalls, § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB	1110
e) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB	1110
f) Vorsatz	1111

2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1111
3. Ergebnis	1111
V. Konkurrenzen	1111
Gesamtergebnis	1111

Tatkomplex 1: Das Geschehen im Juweliergeschäft

I. Strafbarkeit des T gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

T könnte sich wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er O vier Elektroschocks versetzte und verlangte, dass sie ihm den Schmuck aus der Vitrine aushändige.

Hinweis zum Prüfungsaufbau: Es kann ebenso gut mit der Prüfung der §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB begonnen werden. Teilweise wird empfohlen, in Fällen, in denen eine Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung erforderlich ist, stets mit dem Raubtatbestand zu beginnen.¹ Andere ziehen es vor, jeweils mit dem naheliegenderen Tatbestand zu beginnen.² Soweit zuerst der versuchte besonders schwere Raub geprüft wird, wäre das Abgrenzungsproblem im Rahmen der Wegnahme zu erörtern.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet, da T den Schmuck schlussendlich von O nicht ausgehändigt bekam. Die versuchte besonders schwere räuberische Erpressung ist strafbar gem. §§ 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1, 255, 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 StGB.

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

T müsste Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale aufgewiesen sowie alle ggf. einschlägigen subjektiven Merkmale verwirklicht haben.

aa) Qualifiziertes Nötigungsmittel

Der Tatentschluss des T müsste den Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels umfasst haben, d.h. auf die Nötigung durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gerichtet gewesen sein. Unter Gewalt ist die Entfaltung von – nicht notwendig erheblicher – Körperkraft durch den Täter zu verstehen, die einen unmittelbar oder mittelbar auf den Körper eines anderen wirkenden Zwang ausübt, der nach der Vorstellung des

¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 11 Rn. 33; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 765; anders: Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2021, § 17 Rn. 29.

² Heghmanns, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 1629 bietet folgende Handreichung: „Man beginnt mit Raub, wenn sich das Geschehen äußerlich als Nehmen durch den Täter, mit räuberischer Erpressung, wenn es sich äußerlich als Geben durch das Opfer darstellt.“

Täters geeignet ist, einen geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder auszuschließen.³ T wollte die Elektroschocks durch eigene Körperkraft auslösen und O dadurch erhebliche Schmerzen zufügen, um sie zur Kooperation zu bewegen. Er wollte also Gewalt einsetzen. Die Gewalt sollte sich auch gegen O, eine Person, richten. Der Tatentschluss des T umfasste somit den Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels.

bb) Nötigungserfolg

Das Nötigungsmittel müsste sich nach der Vorstellung des T in einem Nötigungserfolg niederschlagen. Worin dieser Nötigungserfolg i.R.d. § 253 Abs. 1 StGB bestehen muss, ist umstritten.

(1) Ansicht 1: Jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen

Nach einer Ansicht⁴ kommt als Nötigungserfolg jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des bedrohten Opfers in Betracht.

Hinweis: Konsequenz dieser Ansicht ist es, dass die Tatbestände § 249 Abs. 1 StGB und §§ 253 Abs. 1, 255 StGB kumulativ verwirklicht werden können, nämlich immer dann, wenn der Nötigungserfolg in der Duldung einer Wegnahme besteht. In diesen Fällen soll der Raub der räuberischen Erpressung auf Ebene der Gesetzeskonkurrenzen als *lex specialis* vorgehen. Die Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung wird hierbei anhand des äußeren Erscheinungsbildes (Geben oder Nehmen) durchgeführt. Innerhalb des Tatbestands der §§ 253 Abs. 1, 255 StGB stellt sich diese Abgrenzungsfrage nach Ansicht der Rspr. aber noch nicht und sollte deshalb nicht ausgeführt werden.

T wollte O durch den Einsatz des Elektroschockers zur Herausgabe des in der Vitrine verwahrten Schmucks, also zu einer Handlung, nötigen. Nach dieser Auffassung umfasste der Tatentschluss des T mithin einen tauglichen Nötigungserfolg.

(2) Ansicht 2: Vermögensverfügung: „Schlüsselstellung“ erforderlich

Nach einer anderen Ansicht⁵ kann der Nötigungserfolg nicht in irgendeinem Opferverhalten bestehen, sondern muss sich stets als Vermögensverfügung des bedrohten Opfers darstellen, die als ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 253 StGB vorausgesetzt wird (Verfügungstheorie).

Hinweis: Weil das Vorliegen einer willensgesteuerten Vermögensverfügung stets das Vorliegen eines Gewahrsamsbruchs ausschließt, geht diese Ansicht von einem zwischen den Tatbeständen des § 249 Abs. 1 StGB und der §§ 253 Abs. 1, 255 StGB bestehenden Exklusivitätsverhältnis aus.

Der Verfügungsbegriff soll dabei erpressungsspezifisch bestimmt werden.⁶ Ob es sich bei dem Opferverhalten um eine Vermögensverfügung oder aber um die Duldung einer Wegnahme handelt, sei nach der inneren Willensrichtung des bedrohten Opfers zu beurteilen. Mindestvoraussetzung sei ein

³ BGH NStZ-RR 2015, 373.

⁴ BGH NJW 1955, 877 (878); Hilgendorf/Valerius, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2021, § 17 Rn. 21.

⁵ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 255 Rn. 2; Eisele, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 764.

⁶ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 253 Rn. 9.

willensgesteuertes Verhalten des Opfers, das bewusst eine Vermögensminderung herbeiführt.⁷ Anders als beim Betrug soll dagegen die Freiwilligkeit des Handelns (im Sinne einer emotionalen Billigung des Gewahrsamswechsels⁸) kein taugliches Abgrenzungskriterium sein, weil davon beim Einsatz von kompulsiver Gewalt oder Drohungen regelmäßig keine Rede sein kann.

Zusätzlich zur Voraussetzung eines willensgesteuerten Opferverhaltens ist nach dieser Auffassung zu fragen, ob der Täter seine Mitwirkung als notwendig und den Gewahrsamswechsel daher als seine Entscheidung ansieht.⁹ Dies soll dann der Fall sein, wenn das Opfer eine Schlüsselstellung innehat.¹⁰ Eine Wegnahme soll demgegenüber immer dann vorliegen, „wenn es in der Zwangslage für den Genötigten gleichgültig ist, wie er sich verhält, die Sache also unabhängig von seiner Mitwirkung dem Zugriff des Täters preisgegeben ist“.¹¹

Nach der Vorstellung des T glaubte O, dass er die Schmuckstücke aus der geöffneten Vitrine auch dann an sich nehmen würde, wenn sie sie ihm nicht geben würde. O hätte ihre Mitwirkung danach nicht für notwendig gehalten; ihr sollte keine Schlüsselstellung für den Gewahrsamswechsel zukommen. Nach dieser Auffassung umfasste der Tatentschluss des T daher keine Vermögensverfügung und somit keinen tauglichen Nötigungserfolg.

(3) Ansicht 3: Vermögensverfügung: „faktisches“ Einverständnis genügt

Eine dritte Ansicht verlangt ebenfalls eine Vermögensverfügung als Nötigungserfolg; allerdings soll es allein darauf ankommen, ob das Opfer den Gewahrsam willentlich, d.h. mit seinem faktischen Einverständnis überträgt.¹² Eine besondere Relevanz (Schlüsselstellung) müsse das Opferverhalten nicht aufweisen. Dabei stelle das äußere Erscheinungsbild (Geben oder Nehmen) ein Indiz für das Vorliegen eines willensgesteuerten Opferverhaltens dar.¹³

T stellte sich ein willentliches Verhalten bzw. ein faktisches Einverständnis der O vor: O sollte den Entschluss fassen, Ts Aufforderung Folge zu leisten und diesem den Schmuck auszuhändigen. Dass dieser Entschluss von O nicht emotional gebilligt werden würde, spielt insoweit keine Rolle. Auch, dass Os Mitwirkung aus ihrer Sicht entbehrlich sein würde, ist hiernach ohne Belang. Nach dieser Ansicht bezog sich der Tatentschluss des T also auf eine Vermögensverfügung und somit einen tauglichen Nötigungserfolg.

(4) Stellungnahme

Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, muss der Meinungsstreit entschieden werden.

Für die erstgenannte Auffassung spricht zunächst, dass sich das Merkmal der Vermögensverfügung nicht aus dem Wortlaut des § 253 StGB ergibt. Weiterhin führt sie zu einem einheitlichen Gewaltbegriff in § 253 Abs. 1 StGB einerseits und §§ 240 und 249 StGB andererseits, weil auch der Einsatz von *vis absoluta* umfasst ist. Auf diese Weise werden unbillige Ergebnisse vermieden: Nach der Ver-

⁷ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 11 Rn. 34.

⁸ Tenckhoff, JR 1974, 489 (491).

⁹ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 755; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 255 Rn. 2.

¹⁰ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 755; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 253 Rn. 9.

¹¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 255 Rn. 2.

¹² Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 11 Rn. 37; Heghmanns, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 1638.

¹³ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 11 Rn. 37.

füguungslehre könnte man eine Forderungserpressung unter Einsatz von absoluter Gewalt weder nach § 249 Abs. 1 StGB (mangels Wegnahme einer Sache) noch nach den §§ 253 Abs. 1, 255 StGB (mangels durch kompulsive Gewalt erzwungener Vermögensverfügung), sondern lediglich nach § 223 Abs. 1 StGB und § 240 StGB bestrafen.¹⁴

Für die zweite Ansicht spricht demgegenüber, dass es sich bei den §§ 253 Abs. 1, 255 StGB genauso wie bei § 263 Abs. 1 StGB strukturell um ein Selbstschädigungsdelikt handelt. Überdies ließe die erstgenannte Auffassung den Raubtatbestand praktisch entbehrlich werden.¹⁵ Wenn man als Nötigungserfolg i.R.d. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB jedes Opferverhalten genügen lässt, sind §§ 253 Abs. 1, 255 StGB in fast allen Fällen des § 249 Abs. 1 StGB mitverwirklicht. Die wenigen Fälle, wo dies nicht der Fall ist – etwa beim Raub einer wertlosen Sache, wo kein Vermögensnachteil i.S.d. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB eintritt –, besitzen keine praktische Relevanz.¹⁶ Zudem unterläuft die erstgenannte Auffassung die Privilegierung der Gebrauchsanmaßung in § 248b StGB, da sie dazu führt, dass die mit Gewalt erzwungene Gebrauchsanmaßung gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB – also „gleich einem Räuber“ – zu bestrafen wäre. Das Merkmal der Zueignungsabsicht verliert dann seine Relevanz (vorausgesetzt, es ist ein Vermögensnachteil eingetreten).¹⁷ Das Argument der ersten Ansicht, das Merkmal der Vermögensverfügung ergebe sich nicht aus dem Wortlaut der §§ 253 Abs. 1, 255 StGB, vermag schließlich nicht zu überzeugen, da sich dies bei § 263 Abs. 1 StGB genauso verhält und dort das Erfordernis einer Vermögensverfügung einhellig anerkannt wird.

Für die dritte Ansicht spricht, dass auch in Tatsituationen, in denen der Gewahrsamswechsel unumgänglich erscheint, oft eine – mindestens theoretische – Verteidigungsmöglichkeit besteht, für oder gegen die sich das Opfer „willentlich“ entscheiden kann.¹⁸ Außerdem erscheint es problematisch, die Behandlung des Täters von der subjektiven Sicht des Opfers (verbleibt ihm eine reelle Wahlmöglichkeit oder nicht?) abhängig zu machen.¹⁹ Gegen diese Auffassung spricht allerdings, dass § 255 StGB gerade vor Persönlichkeitsverletzungen schützen soll, die daraus resultieren, dass das Opfer „auf äußeren Druck hin sehenden Auges seinen eigenen Interessen zuwiderhandeln muß“.²⁰ Von einer in diesem Sinne relevanten Selbstschädigung kann man aber gerade nicht ausgehen, „wenn sich der Täter das Gewünschte ohne wesentlichen Mehraufwand auch unabhängig vom Verhalten des Opfers verschaffen könnte“.²¹

Im Ergebnis streiten die überzeugendsten Argumente für die zweite Ansicht. Ts Tatentschluss bezog sich somit nicht auf einen tauglichen Nötigungserfolg.

Hinweis: Soweit hier der ersten oder dritten Ansicht gefolgt wird, ist die Prüfung der §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB fortzusetzen und im Ergebnis zu bejahen. Schließt man sich der dritten Ansicht an, so ist im Folgenden auf §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB nicht mehr einzugehen, da diese Ansicht von einem Exklusivitätsverhältnis zwischen § 249 Abs. 1 StGB und § 253 Abs. 1, 255 StGB ausgeht. Schließt man sich der ersten Ansicht an, ist die Prüfung mit dem versuchten schweren Raub als *lex specialis* fortzusetzen, allerdings i.E. wegen des äußerlichen „Gebens“

¹⁴ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 11 Rn. 22 f.

¹⁵ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 770.

¹⁶ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 11 Rn. 25.

¹⁷ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 11 Rn. 26.

¹⁸ So Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 11 Rn. 41.

¹⁹ Heghmanns, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2021, Rn. 1638.

²⁰ Tenckhoff, JR 1974, 489 (491).

²¹ Tenckhoff, JR 1974, 489 (492).

des Schmucks abzulehnen.

b) Zwischenergebnis

T hatte somit nicht den Tatentschluss gefasst, eine besonders schwere räuberische Erpressung zu begehen.

3. Ergebnis

T hat sich nicht wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des T gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

T könnte sich stattdessen durch die gleiche Handlung wegen versuchten besonders schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet, da T den Schmuck nicht weggenommen hat. Der versuchte besonders schwere Raub ist strafbar gem. §§ 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1, 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 StGB.

2. Tatbestand

a) Tatentschluss

T müsste Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale aufgewiesen sowie alle ggf. einschlägigen subjektiven Merkmale verwirklicht haben.

aa) Fremde bewegliche Sache

T wusste und nahm billigend in Kauf, dass es sich bei dem ausgestellten Schmuck um fremde bewegliche Sachen handelte.

bb) Wegnahme

Der Tatentschluss des T müsste weiterhin deren Wegnahme umfasst haben. Wegnahme meint den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams. Der Schmuck befand sich ursprünglich im Gewahrsam der O. Fremder Gewahrsam lag also vor. Der Bruch fremden Gewahrsams setzt weiterhin voraus, dass der Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird. Ein Gewahrsamsbruch liegt dementsprechend nicht vor, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden ist. Ein solches Einverständnis könnte nach der Vorstellung des T vorgelegen haben, weil O den Schmuck an T herausgeben sollte. Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis würde aber nach dem oben Gesagten voraussetzen, dass der Gewahrsamswechsel durch eine Vermögensverfügung, also ein willensgesteuertes *und* subjektiv notwendiges Verhalten der O, herbeigeführt werden sollte. Aus Sicht der O war der Gewahrsamswechsel jedoch – was T erkannte – schlechthin unvermeidbar. T stellte sich mithin kein tatbestandsausschließendes Einverständnis der O vor.

Hinweis: Der Streit hinsichtlich der Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung ist hier nicht nochmals auszuführen, weil die entsprechende Weichenstellung bereits im Rahmen der Prüfung der §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB erfolgt ist.

T wollte also fremden Gewahrsam brechen. Nach der Vorstellung des T hätte er den Schmuck anschließend eingesteckt und mitgenommen, also auch neuen Gewahrsam begründet. Die Wegnahme des Schmucks war somit vom Tatentschluss des T umfasst.

cc) Qualifiziertes Nötigungsmittel

Der Tatentschluss des T beinhaltet, wie bereits festgestellt, die Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels, da er O Elektroschocks versetzen wollte.

dd) Raubspezifischer Zusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme

Der Tatentschluss des T müsste sich ferner auf den erforderlichen raubspezifischen Zusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme erstrecken haben. Insoweit ist erstens notwendig, dass Gewalt oder Drohung gerade als Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme eingesetzt werden und nicht nur Begleiterscheinungen gelegentlich der Entwendung der fremden Sache sein sollen (Finalität).²² T wollte O die Elektroschocks gerade zu dem Zweck versetzen, sie zur Herausgabe des Schmucks bzw. zur Duldung der Wegnahme zu bewegen. Nach dem Tatentschluss des T bestand somit ein finaler Zusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme.

Zweitens müsste T in objektiver Hinsicht einen engen zeitlich-räumlichen Zusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme angestrebt haben.²³ Für diesen Zusammenhang ist es nicht erforderlich, dass der Ort der Nötigungshandlung und der Ort des Gewahrsamsbruchs identisch sind. Maßgeblich ist vielmehr, ob es zu einer – vom Täter erkannten – nötigungsbedingten Schwächung des Gewahrsamsinhabers in seiner Verteidigungsfähigkeit oder -bereitschaft kommt.²⁴ Nach der Vorstellung des T sollte die Wegnahme unmittelbar nach dem Einsatz des Elektroschockers und am selben Ort erfolgen. Durch den Einsatz des Elektroschockers sollte die Verteidigungsfähigkeit der O in Bezug auf die in ihrem Gewahrsam befindlichen Schmuckstücke objektiv herabgesetzt werden, sodass ein enger zeitlich-räumlicher Zusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme gegeben gewesen wäre.

Der erforderliche raubspezifische Zusammenhang war vom Tatentschluss des T gedeckt.

ee) Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs, § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Weiterhin könnte T den Tatentschluss gefasst haben, eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug zu verwenden (§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB), insoweit er zur Ermöglichung der Wegnahme einen Elektroschocker einsetzen wollte. Unter einer Waffe sind solche Gegenstände zu verstehen, die ihrer Art nach von vornherein dazu bestimmt und bei bestimmungsgemäßer Verwendung dazu geeignet sind, Menschen erhebliche Verletzungen zuzufügen (Waffen im technischen Sinne).²⁵ Waffen im Sinne des WaffG sind nicht automatisch solche im Sinne des Strafrechts, das Waffenrecht kann jedoch als „Orientie-

²² Siehe nur BGH NStZ 2013, 471.

²³ BGH NStZ 2019, 411.

²⁴ BGH NJW 2016, 2900 (2901 Rn. 10); *Habetha*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 249 Rn. 16.

²⁵ *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 250 Rn. 4; *Sander*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 9; *Vogel/Brodowski*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 244 Rn. 23.

rungshilfe“ dienen.²⁶ Elektroschocker (Elektroimpulsgeräte) sind im Allgemeinen geeignet und dazu bestimmt, erhebliche, wenngleich nicht-letale Verletzungen beizubringen. Das von T verwendete Gerät entstammt Beständen der Polizei, es ist also auch gerade für den Einsatz gegen Menschen bestimmt. Elektroimpulsgeräte gelten zudem gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. a WaffG i.V.m. Anlage 2, Abschnitt 1, Unterabschnitt 2, Punkt 1.2.1 WaffG auch waffenrechtlich als Waffen. Es handelt sich bei dem Elektroschocker somit um eine Waffe.²⁷

Hinweis: Die Angabe der waffenrechtlichen Vorschriften wird von Bearbeiter:innen nicht erwartet. Es ist ebenso vertretbar, das Elektroschockergerät als „gefährliches Werkzeug“ zu qualifizieren. Dies entspricht der – mit Blick auf die Verwendungsbestimmung von Elektroimpulsgeräten nicht überzeugenden – Ansicht des BGH.²⁸

Das Verwenden umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiven Tatmittels zur Verwirklichung der raubspezifischen Nötigung.²⁹ O wollte den Elektroschocker zweckgerichtet zur Ausübung nötiger Gewalt einsetzen, ihn mithin verwenden.

T hatte also den Tatentschluss zum Verwenden einer Waffe i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB.

ff) Beisichführen einer Waffe, § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1 StGB

Das mit dem „Verwenden“ einer Waffe gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB automatisch mitwirkliche Qualifikationsmerkmal des „Beisichführens“ einer Waffe gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 1 StGB ist gegenüber ersterem subsidiär.³⁰

gg) Absicht rechtswidriger Zueignung

T hatte auch die Absicht, sich den Schmuck anzueignen und mindestens bedingten Vorsatz, O dauerhaft zu enteignen. T wusste und nahm billigend in Kauf, dass er keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf den Schmuck hatte, dass die Zueignung also rechtswidrig sein würde.

b) Unmittelbares Ansetzen

T müsste auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben. Das unmittelbare Ansetzen setzt voraus, dass der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-Geht’s-Los“ überschreitet und objektiv eine Handlung vornimmt, die ohne wesentliche Zwischenakte und in unmittelbarem zeitlich-räumlichen Zusammenhang in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll, sodass das Rechtsgut aus Tätersicht bereits unmittelbar gefährdet erscheint (gemischt subjektiv-objektive Theorie). T hat mit der Anwendung des Nötigungsmittels sogar bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Er hat somit unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat war rechtswidrig, weil sie nicht gerechtfertigt war. T handelte schuldhaft.

²⁶ BGH StV 2015, 770.

²⁷ Ebenso *Maier*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 5.

²⁸ BGH NStZ-RR 2004, 169.

²⁹ *Wittig*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.5.2023, § 250 Rn. 12.

³⁰ *Wittig*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.5.2023, § 250 Rn. 22.

4. Strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 Abs. 1 StGB

Möglicherweise ist T jedoch gem. § 24 Abs. 1 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten, indem er das Juweliergeschäft fluchtartig verließ und keinen Schmuck mitnahm. Dann dürfte es sich nicht um einen fehlgeschlagenen Versuch handeln. Ein Fehlschlag liegt vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung die Tat mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr oder nicht ohne zeitliche Zäsur vollenden kann.³¹ T hätte den fallengelassenen Elektroschocker wieder aufheben und so das Nötigungsmittel weiter aufrechterhalten können.

Hinweis: Selbst wenn man davon ausgeht, dass T sein Handlungsziel unter Einsatz des Elektroschockers nicht mehr erreichen konnte, weil er vor diesem panische Angst hatte, ist zu berücksichtigen, dass T mit dem Pfefferspray ein weiteres Tatmittel zur Hand hatte, mit dem er erneut Gewalt anwenden und so die Duldung der Wegnahme doch noch erzwingen konnte.

Ein Fehlschlag ist somit abzulehnen.

Um zu bestimmen, welche Rücktrittsleistung T ggf. hätte aufbringen müssen, ist nunmehr festzustellen, ob ein unbeendeter oder ein beendeter Versuch vorlag. Ein unbeendeter Versuch liegt vor, wenn der Täter noch nicht alles für die Tatbestandsverwirklichung getan hat, was seiner Vorstellung nach erforderlich ist; beendet ist der Versuch dagegen, wenn der Täter davon ausgeht, alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan zu haben.³² T ging davon aus, noch nicht alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan zu haben: Er hatte den Schmuck noch nicht an sich genommen und somit den angestrebten Gewahrsamswechsel nicht herbeigeführt. Es handelt sich mithin um einen unbeendeten Versuch. T müsste deshalb für einen strafbefreienden Rücktritt freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgegeben haben (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB). T gab die weitere Tatausführung auf – er floh.

Fraglich ist jedoch, ob T dies freiwillig tat. Ob der Rücktritt freiwillig erfolgt, bestimmt sich danach, ob der Täter aus autonomen oder aus heteronomen Gründen handelt³³ bzw. danach, ob er „Herr seiner Entschlüsse“ bleibt und die Ausführung seines Tatplans noch für möglich hält.³⁴ Nach diesen Maßstäben brach T die weitere Tatausführung nicht freiwillig ab, vielmehr geriet er in Panik und war nicht mehr in der Lage, einen klaren Gedanken zu fassen, blieb also gerade nicht Herr seiner Entschlüsse. Der Umstand, dass T beim fluchtartigen Verlassen des Geschäfts keine Schmuckstücke an sich nahm, war auch nicht Ausdruck freier Selbstbestimmung und durch autonome Gründe motiviert. Vielmehr handelte T aus einer inneren Zwangslage (Panikreaktion) heraus.

T ist daher nicht strafbefreiend vom Versuch des besonders schweren Raubes zurückgetreten.³⁵

5. Ergebnis

T hat sich wegen versuchten besonders schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

³¹ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 15.

³² Cornelius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 22.

³³ So der in der Lit. vorherrschende Ansatz, siehe Heger/Petzsch, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 24 Rn. 26.

³⁴ So der Ansatz der Rspr., siehe bspw. BGH BeckRS 2015, 11573 Rn. 4.

³⁵ Siehe zur Rücktrittsfrage im Ausgangsfall: BGH BeckRS 2015, 11573 Rn. 5.

III. Strafbarkeit des T gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nrn. 3, 5 StGB

T könnte sich ferner wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nrn. 3, 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er O vier Elektroschocks versetzte.

1. Tatbestand

a) Körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung

T müsste O körperlich misshandelt oder an ihrer Gesundheit geschädigt haben. Körperliche Misshandlung meint jede üble unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden des Opfers nicht nur unerheblich beeinträchtigt. T versetzte O mehrere Elektroschocks, die bei O erhebliche Schmerzen auslösten („schmerzerfüllt“). Eine körperliche Misshandlung durch T liegt somit vor. Eine Gesundheitsschädigung, also das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands, ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht.

b) Mittels einer Waffe, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB

T hat die Körperverletzung mittels einer Waffe vorgenommen, da es sich, wie bereits festgestellt, bei dem Elektroschocker um eine Waffe handelt.

Hinweis: Die Waffenbegriffe in § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB und § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB sind kongruent.³⁶ Wie oben ist es auch hier vertretbar, das Elektroschockgerät als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren.

c) Mittels eines hinterlistigen Überfalls, § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

T könnte die Körperverletzung auch mittels eines hinterlistigen Überfalls gem. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB begangen haben, indem er vorgab, sich für eine Goldkette zu interessieren, um O sodann unvermittelt einen Elektroschock zu versetzen. Hinterlistig ist ein Überfall dann, wenn der Täter planmäßig, in einer auf Verdeckung seiner wahren Absichten berechneten Weise vorgeht, um dadurch dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf seine Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen.³⁷ Diese Absicht muss sich jedoch äußerlich manifestieren; das bloße Ausnutzen des Überraschungsmoments genügt nicht.³⁸ Das planmäßige Vorgehen kann sich etwa in der Weise niederschlagen, dass der Täter seinen Gegner durch scheinbar friedfertiges Gebaren in Sorglosigkeit wiegt.³⁹ So verhält es sich hier: T täuschte vor, sich für eine Goldkette zu interessieren und wog O hierdurch in Sorglosigkeit. Durch das überraschende Versetzen der Elektroschocks schränkte er die Verteidigungsmöglichkeiten der O stark ein. Er hat die Körperverletzung somit mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen.

³⁶ BGH BeckRS 2013, 1323 Rn. 6.

³⁷ BGH NStZ-RR 2020, 42 (43).

³⁸ Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 224 Rn. 35.

³⁹ BGH NStZ 2004, 93; BGH BeckRS 1980, 3028; RGSt 65, 65 (66).

d) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

T könnte die Körperverletzung auch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB verübt haben. Für das Vorliegen einer insoweit erforderlichen abstrakt-generellen (nach a.A.: konkreten) Lebensgefahr gibt es jedoch im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. T hat das Qualifikationsmerkmal des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB somit nicht erfüllt.

e) Vorsatz

Hinsichtlich der Körperverletzung und ihrer Qualifikationsmerkmale handelte T mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, also vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat war rechtswidrig, weil sie nicht gerechtfertigt war. T handelte schuldhaft.

3. Ergebnis

T ist wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 3 StGB strafbar.

IV. Strafbarkeit des T gem. § 123 Abs. 1 StGB

T könnte sich schließlich auch wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Juweliergeschäft der O betrat, um die Herausgabe von Schmuckstücken oder die Duldung ihrer Wegnahme mit Gewalt durchzusetzen.

Dann müsste T in die Geschäftsräume der O widerrechtlich eingedrungen sein, diese also gegen den Willen der das Hausrecht innehabenden O betreten haben. Ein dem Betreten durch T entgegenstehender Wille der O könnte sich hierbei auf die deliktischen Absichten des T gründen. Beim Betreten von Räumlichkeiten, die für den Publikumsverkehr generell geöffnet sind, liegt ein Eindringen jedoch nicht bereits dann vor, wenn der Betreffende eintritt, um eine Straftat zu begehen. Es kommt darauf an, ob sein Verhalten nach dem äußeren Erscheinungsbild von einem normalen, gestatteten Betreten abweicht.⁴⁰ Über ein vom Normalen abweichendes Erscheinungsbild des T (etwa eine Maskierung) lässt sich dem Sachverhalt nichts entnehmen. T hat das Geschäft daher nicht gegen den Willen der O betreten.

T hat sich nicht wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

V. Konkurrenzen

Der versuchte besonders schwere Raub gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB und die gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 3 StGB wurden durch dieselbe Handlung (Versetzen von Elektroschocks) begangen, deshalb stehen die Delikte zueinander in Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB).⁴¹

⁴⁰ Rackow, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 123 Rn. 15 m.w.N.

⁴¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 10 Rn. 19.

Tatkomplex 2: Das Geschehen an der Bushaltestelle

I. Strafbarkeit des T gem. § 263 Abs. 1 StGB

T könnte sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er H unter dem Vorwand, telefonieren zu müssen, um dessen Smartphone bat, damit er es anschließend einstecken und mitnehmen konnte.

1. Tatbestand

a) Täuschung

Dann müsste T den H getäuscht haben. Täuschung meint das Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel, bei diesem eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen. Dies kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. T spiegelte H vor, er müsse dringend telefonieren. Er gab H konkludent zu verstehen, dass dieser das Smartphone unmittelbar nach dem durchzuführenden Telefonat zurückerhalten werde. Tatsächlich hatte er dies nicht vor; vielmehr wollte er das Mobiltelefon dauerhaft in seinen Besitz bringen. T hat H somit getäuscht.

b) Irrtum

Die Täuschung müsste bei H ferner einen Irrtum, also eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorgerufen haben. H hatte ausweislich des Sachverhalts die Vorstellung, T sei redlich und werde ihm das Mobiltelefon zurückgeben. Dies stellt eine Fehlvorstellung über Tatsachen, mithin einen Irrtum dar.

c) Vermögensverfügung

Aufgrund seines Irrtums müsste H eine Vermögensverfügung vorgenommen haben. Darunter ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen zu verstehen, das sich unmittelbar, also ohne zusätzliche deliktische Zwischenhandlungen des Täters, vermögensmindernd auswirkt.⁴²

Fraglich ist, ob in dem Herausgeben des Smartphones durch H ein unmittelbar vermögensminderndes Handeln zu sehen ist. H könnte dadurch über seinen Gewahrsam an dem Smartphone verfügt haben. Eine dahingehende Verfügung läge andererseits nicht vor, wenn H während des von T vorgetäuschten Telefonats noch (wenn auch gelockerten) Gewahrsam an dem Smartphone behalten hätte.

Gewahrsam meint die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaft eines Menschen über eine Sache, deren Reichweite sich nach der Verkehrsauffassung bestimmt.⁴³ Für den Verlust des Gewahrsams durch H spricht zwar, dass er das Smartphone fortgab und es sich nunmehr in der Hand des T befand. Nach der Verkehrsauffassung steht jedoch eine räumliche Entfernung des Gewahrsamsinhabers der Annahme einer tatsächlichen Sachherrschaft nicht entgegen, wenn sich die Sache an einem Ort befindet, an dem der Gewahrsamsinhaber jederzeit ohne rechtliche oder tatsächliche Hindernisse Zugang hat (sog. Gewahrsamslockerung).⁴⁴ H konnte auf das von T gehaltene Smartphone zunächst noch einwirken, da T es nicht in seine Körpersphäre verbracht

⁴² Kühl, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 22.

⁴³ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 242 Rn. 11.

⁴⁴ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 242 Rn. 15.

hatte. Nach Vorstellung des H sollte er das Smartphone unmittelbar nach dem Telefonat wieder zurückerhalten; einen endgültigen Gewahrsamsübergang hat er nicht beabsichtigt.⁴⁵ Somit hatte H zunächst noch gelockerten Mitgewahrsam an dem Smartphone inne.

Hinweis: In einer früheren Entscheidung hatte der BGH noch vertreten, dass bereits das Ergreifen und Festhalten eines Mobiltelefons für den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams genüge.⁴⁶ Nach der Verkehrsauffassung ist allerdings grundsätzlich nur bei sehr kleinen und unauffälligen Gegenständen, wie z.B. Schmuck oder Geldscheinen, davon auszugehen, dass bereits das Ergreifen und Festhalten zu einer vollendeten Wegnahme führt.⁴⁷ Von einem derart kleinen, unscheinbaren Gegenstand kann hier angesichts der durchschnittlichen Größe eines modernen Smartphones nicht die Rede sein.

Seinen Gewahrsam verlor H – gegen seinen Willen – erst in dem Moment, als T das Handy in die Hosentasche steckte. Die Weggabe des Smartphones an sich bewirkte demgegenüber noch keine unmittelbare Vermögensminderung; vielmehr war noch ein weiterer deliktischer Schritt des T erforderlich, bis diese eintrat.

Hinweis: Für die hier maßgebliche Abgrenzung zwischen Sachbetrug und Trickdiebstahl gilt nach der Rspr. des BGH: „Betrug liegt vor, wenn der Getäuschte aufgrund freier, nur durch Irrtum beeinflusster Entschließung Gewahrsam übertragen will und überträgt. In diesem Fall wirkt sich der Gewahrsamsübergang unmittelbar vermögensmindernd aus. Diebstahl ist gegeben, wenn die Täuschung lediglich dazu dienen soll, einen gegen den Willen des Berechtigten gerichteten eigenmächtigen Gewahrsamsbruch des Täters zu ermöglichen oder wenigstens zu erleichtern.“⁴⁸

H hat somit keine Vermögensverfügung vorgenommen.

2. Ergebnis

T ist nicht wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar.

II. Strafbarkeit des T gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB

T könnte sich stattdessen wegen Diebstahls mit Waffen oder gefährlichen Werkzeugen gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB strafbar gemacht haben, indem er das von H erlangte Smartphone in seine Hosentasche steckte.

⁴⁵ Schmidt, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 242 Rn. 18

⁴⁶ BGH NStZ 2011, 36; ebenso AG Tiergarten NStZ 2009, 270 (271); Mitsch, JA 2014, 592 (593); anders nun in der hier zugrunde gelegten Entscheidung: BGH NStZ 2016, 727.

⁴⁷ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 42; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 48; Jahn, JuS 2008, 1119 (1020).

⁴⁸ BGH NStZ 2016, 727.

1. Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Bei dem Smartphone handelte es sich um eine fremde – im Eigentum des H stehende – und bewegliche Sache.

b) Wegnahme

Diese müsste T weggenommen haben. T hat, wie gesehen, den Gewahrsam des H mit dem bloßen Ergreifen des Telefons noch nicht gebrochen. Es lag also noch fremder Gewahrsam (als gelockerter Mitgewahrsam) des H vor. Mit dem Einstecken in die Hosentasche hat T das Smartphone jedoch in seine Körpersphäre verbracht und somit den Gewahrsam des T gegen dessen Willen aufgehoben und neuen Gewahrsam begründet (Gewahrsamsenkave). T hat das Smartphone weggenommen.

c) Diebstahl mit Waffen oder gefährlichen Werkzeugen, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB

T könnte weiterhin den Qualifikationstatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB erfüllt haben, indem er bei der Tat Pfefferspray bei sich führte.

aa) Waffe oder gefährliches Werkzeug

Bei dem Pfefferspray könnte es sich um eine Waffe handeln. Aufgrund der Zweckbestimmung durch den Hersteller, dass das Pfefferspray (nur) der Tierabwehr dienen soll, handelt es sich jedoch nicht um einen Gegenstand, der von vornherein dazu bestimmt ist, Menschen erhebliche Verletzungen zuzufügen. Auch waffenrechtlich gelten für die Tierabwehr bestimmte Pfeffersprays (Reizstoffsprüngeräte) nicht als Waffen.

Hinweis: Pfeffersprays, die zur Tierabwehr verkauft werden, sind tragbare Gegenstände i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. b WaffG, die – ohne eine entsprechende Zweckbestimmung aufzuweisen – aufgrund ihrer objektiven Gefährlichkeit geeignet sind, die Angriffs- oder Abwehrfähigkeit von Menschen zu beseitigen oder herabzusetzen. Solche Gegenstände gelten jedoch nur als Waffen im Sinne des WaffG, soweit sie in seiner Anlage 1, Abschnitt 1, Unterabschnitt 2, Nr. 2 ausdrücklich genannt sind. Dies ist bei Reizstoffsprüngeräten nicht der Fall.⁴⁹

Das Pfefferspray ist somit nicht als Waffe im technischen Sinne einzustufen.⁵⁰

Stattdessen könnte es sich um ein gefährliches Werkzeug handeln.

Was unter einem gefährlichen Werkzeug i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB zu verstehen ist, ist umstritten.

Hinweis: Die Unklarheit resultiert daraus, dass im Gesetzgebungsverfahren auf den Begriff des gefährlichen Werkzeugs in § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB verwiesen wurde.⁵¹ Dort kommt es aber auf

⁴⁹ Ausführlich Jesse, NStZ 2009, 364 (365).

⁵⁰ BGH NStZ-RR 2012, 308; offengelassen in BGH NStZ 2018, 711.

⁵¹ BT-Drs. 13/9064, S. 18.

die Art der konkreten Verwendung an, was i.R.d. § 244 StGB („Beisichführen“) gerade nicht weiterhilft.

(1) Ansicht 1: Rein abstrakt-objektive Betrachtungsweise

Nach einer Ansicht bestimmt sich der Begriff des gefährlichen Werkzeugs allein nach objektiven Kriterien.⁵² Es sei zu fragen, ob der Gegenstand aufgrund seiner Beschaffenheit geeignet und bestimmt ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁵³ Das Pfefferspray ist ohne Zweifel geeignet und auch dazu bestimmt, erhebliche Verletzungen herbeizuführen; es kann jederzeit gegenüber Personen eingesetzt werden. Nach dieser Ansicht ist das Pfefferspray somit ein gefährliches Werkzeug.

(2) Ansicht 2: Situationsbezogene abstrakt-objektive Betrachtungsweise („Waffenersatzfunktion“)

Eine andere Ansicht modifiziert die eben angeführte abstrakt-objektive Betrachtungsweise mit Blick auf die Strafdrohung des § 244 StGB dahingehend, dass das Werkzeug in der konkreten Situation an die Gefährlichkeit einer Waffe heranreichen müsse.⁵⁴ Das sei dann der Fall, wenn das Mitführen nicht anders verstanden werden kann, als dass der Gegenstand eine Waffenersatzfunktion haben solle.⁵⁵ Auch nach dieser Ansicht wäre das Pfefferspray als gefährliches Werkzeug einzustufen, da es in der hier fraglichen Situation von vorneherein nur als Angriffs- oder Verteidigungsmittel hätte eingesetzt werden können und es ein erhebliches Verletzungspotenzial aufweist.

Hinweis: Bei einer entsprechenden Einlassung des T – etwa, dass er das Pfefferspray zum Abwehren von Tieren stets bei sich trage – hätte die Waffenersatzfunktion ggf. abgelehnt werden können.⁵⁶ Diesbezüglich liefert der Sachverhalt aber keine Anhaltspunkte.

(3) Ansicht 3: Konkret-subjektive Betrachtungsweise

Nach einer dritten Ansicht kommt es gar nicht auf die objektive Gefährlichkeit des Gegenstands an; vielmehr sei ausschlaggebend, ob der Gegenstand bei der Tat im Bedarfsfall nach Vorstellung des Täters auf eine solche Weise verwendet werden soll, dass es im Falle seines Einsatzes als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB einzustufen wäre (sog. Verwendungsvorbehalt).⁵⁷ Gemessen daran wäre das Pfefferspray ebenfalls als gefährliches Werkzeug zu behandeln, da T sich den Einsatz gegen Menschen ausdrücklich vorbehielt.

(4) Zwischenergebnis

Da alle Ansichten zum selben Ergebnis führen, muss der Streit nicht entschieden werden. Es handelte sich somit bei dem Pfefferspray um ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB.

bb) Beisichführen

Dem T stand das Pfefferspray während des Tathergangs griffbereit zur Verfügung, er hat es also bei der Tat bei sich geführt.

⁵² BGH NJW 2008, 2861.

⁵³ BGH NJW 2008, 2861 (2864); dazu *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 193.

⁵⁴ *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 198.

⁵⁵ *Jesse*, NStZ 2009, 364 (367).

⁵⁶ *Jesse*, NStZ 2009, 364 (367).

⁵⁷ *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 201.

d) Vorsatz

T handelte vorsätzlich bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale.

e) Absicht rechtswidriger Zueignung

T hatte auch die Absicht, sich das Smartphone anzueignen und mindestens bedingten Vorsatz, den H dauerhaft zu enteignen. T hatte zudem keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf das Smartphone, sodass die Zueignung objektiv rechtswidrig war, was T auch wusste und billigend in Kauf nahm.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat war rechtswidrig, weil sie nicht gerechtfertigt war. T handelte schuldhaft.

3. Ergebnis

T ist wegen Diebstahls mit gefährlichen Werkzeugen gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB strafbar.

III. Strafbarkeit des T gem. §§ 252 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

T könnte sich darüber hinaus wegen eines besonders schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er P in der Annahme, von dieser verhaftet zu werden, Pfefferspray ins Gesicht sprühte.

1. Tatbestand**a) Vortat: Vollendeter Diebstahl oder Raub**

Mit dem durch T verübten Diebstahl mit gefährlichen Werkzeugen liegt ein taugliches Anschlussdelikt vor.

Hinweis: Neben dem in § 252 StGB ausdrücklich genannten § 242 StGB und seinen Qualifikationen stellt nach h.M. auch § 249 StGB, der den Diebstahlstatbestand enthält, einschließlich seiner Qualifikationen eine taugliche Vortat dar.⁵⁸

b) Betroffensein auf frischer Tat

T müsste ferner auf frischer Tat betroffen worden sein.

aa) Tatfrische

Dann müsste die Vortat noch „frisch“ gewesen sein. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen der Nötigungs- und der Wegnahmehandlung besteht. In zeitlicher Hinsicht ist insoweit erforderlich, dass der Täter bei der Wegnahme selbst oder

⁵⁸ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 252 Rn. 3.

alsbald nach der Tat angetroffen wird.⁵⁹ Spätestens mit der Beendigung der Tat kann diese nicht mehr als „frisch“ gelten. T hatte das Smartphone des H gerade erst weggenommen. Seine Beute hatte er noch nicht gesichert, sodass die Tat noch nicht beendet war. Der erforderliche zeitliche Zusammenhang ist somit gegeben. In räumlicher Hinsicht muss der Täter am Tatort oder jedenfalls in unmittelbarer Nähe betroffen werden.⁶⁰ T begegnete P kurz nachdem er H „abgeschüttelt“ hatte, also noch in unmittelbarer Nähe zum Tatort. Auch der erforderliche räumliche Zusammenhang ist somit gegeben.

bb) Betroffensein

T müsste denn auch auf frischer Tat „betroffen“ worden sein. Stets genügt es hierfür, wenn der andere das Geschehen zutreffend als strafbares Tun, namentlich als Diebstahl erkennt, bzw. einen entsprechenden Tatverdacht schöpft. Fraglich ist jedoch, ob dies auch zwingend erforderlich ist, oder ob von einem „Betroffensein“ i.S.d. § 252 StGB auch dann auszugehen ist, wenn der Täter nur irrtümlich glaubt, der andere habe ihn entdeckt. Davon hängt es ab, ob T auf frischer Tat betroffen wurde, denn P hat in Wirklichkeit gerade nicht – wie von T angenommen – erkannt, dass dieser soeben einen Diebstahl begangen hat.

(1) Ansicht 1: Verdachtsbildung erforderlich

Eine Auffassung lehnt eine solche weite Auslegung ab und fordert, dass der Dritte den Täter tatsächlich entdeckt bzw. einen entsprechenden Straftatverdacht gebildet hat.⁶¹ Danach wäre T nicht „auf frischer Tat betroffen“ worden.

(2) Ansicht 2: Sinnliche Wahrnehmung genügt

Nach einer anderen Auffassung ist eine Verdachtsbildung durch den Dritten nicht erforderlich. Es genüge, „wenn der Täter von einem hinsichtlich der Straftat Ahnungslosen mit wenigstens einem der Sinne, insbesondere visuell oder akustisch wahrgenommen wird“.⁶² P hat T ausweislich des Sachverhalts „eindringlich gemustert“, also visuell wahrgenommen. Danach wäre T trotz seines Irrtums hinsichtlich einer Verdachtsbildung durch P durch diese „betroffen“ worden.

(3) Ansicht 3: Raum-zeitliches Zusammentreffen genügt

Eine dritte Ansicht hält nicht einmal eine Wahrnehmung des Täters durch den Dritten für erforderlich, sondern lässt es genügen, dass der Täter – aus seiner Sicht – mit einer anderen Person raum-zeitlich zusammentrifft, d.h. dieser begegnet.⁶³ Auch auf dieser Grundlage wäre T „betroffen“ worden.

(4) Stellungnahme

Weil die Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, muss zwischen ihnen entschieden werden.

⁵⁹ Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2021, § 16 Rn. 8.

⁶⁰ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 404.

⁶¹ Schnarr, JR 1979, 314; Lask, Das Verbrechen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), 1999, S. 129.

⁶² Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 252 Rn. 9.

⁶³ BGH NJW 1958, 1547; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 10 Rn. 16, 18.

Zwar hat die erstgenannte Auffassung den Wortlaut des § 252 StGB („auf frischer Tat betroffen“) auf ihrer Seite. Es sprengt andererseits nicht die Wortlautgrenze (Art. 103 Abs. 2 GG), das „Betroffensein“ als „sinnliche Wahrnehmung des Täters“ bzw. als „Zusammentreffen“ zu deuten.⁶⁴ Dies ist auch aus teleologischen Gründen vorzugswürdig. Die in der Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels zum Zwecke der Beutesicherung zum Ausdruck kommende kriminelle Energie manifestiert sich in gleichem Maße, wenn der Täter nur glaubt, entdeckt worden zu sein. Der erstgenannten Auffassung ist daher nicht zu folgen. Zwischen den beiden anderen Ansichten muss nicht entschieden werden, da sie zum selben Ergebnis gelangen.

Das Erfordernis des „Betroffenseins“ ist demnach erfüllt.

c) Qualifiziertes Nötigungsmittel

T hat P mit Pfefferspray ins Gesicht gesprüht, mithin Gewalt gegen eine Person als ein qualifiziertes Nötigungsmittel angewandt.

d) Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs, § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB

T könnte bei der Tat ein gefährliches Werkzeug verwendet haben, indem er das Pfefferspray gegen P einsetzte. Das Pfefferspray ist nach Art seiner Beschaffenheit und seiner Verwendung durch T – Sprühen ins Gesicht – dazu geeignet, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Es handelt sich somit um ein gefährliches Werkzeug. T hat die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB erfüllt.

e) Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs, § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB

Das mit dem „Verwenden“ eines gefährlichen Werkzeugs gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB automatisch mitwirkliche Qualifikationsmerkmal des „Beisichführens“ eines gefährlichen Werkzeugs gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB ist gegenüber ersterem subsidiär.⁶⁵

Hinweis: Die Definitionen des gefährlichen Werkzeugs in § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB und § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB sind nicht identisch. Während in Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 („Verwenden“) maßgeblich auf die Art der Verwendung des Gegenstands im konkreten Fall abgestellt werden kann, fehlt es in Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 („Beisichführen“) gerade an einer Verwendung des Gegenstands als Anknüpfungspunkt. Zur Bestimmung der Gefährlichkeit eines bei sich geführten Gegenstands müssen daher andere Kriterien herangezogen werden. Der hierzu vertretene Meinungsstand entspricht dem oben zu § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB dargestellten. Darauf kommt es hier jedoch nicht an, da das Pfefferspray tatsächlich zum Einsatz kam.

f) Vorsatz

T handelte vorsätzlich bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale.

⁶⁴ Eingehend Schwarzer, ZJS 2008, 265 (268).

⁶⁵ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 250 Rn. 22.

g) Beutesicherungsabsicht

T müsste weiterhin die Absicht gehabt haben, sich durch Anwendung des Nötigungsmittels „im Besitz des gestohlenen Guts“ zu halten. Die Besitzerhaltung braucht allerdings nicht alleiniger Beweggrund des Handelns zu sein, ein „Motivbündel“, bei der die Beutesicherung neben einen anderen Beweggrund tritt, genügt.⁶⁶ Ausweislich des Sachverhalts handelte T, um sich im Besitz des Smartphones zu erhalten und einer Festnahme zu entgehen. Eine Beutesicherungsabsicht ist somit zu bejahen.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat war rechtswidrig, weil sie nicht gerechtfertigt war. T handelte schuldhaft.

3. Ergebnis

T ist wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB strafbar.

IV. Strafbarkeit des T gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 2 Alt. 2, Nrn. 3, 5 StGB

T könnte sich schließlich auch wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 2 Alt. 2, Nrn. 3, 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er P mit dem Pfefferspray ins Gesicht sprühte.

1. Tatbestand

a) Körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung

Durch das Sprühen mit Pfefferspray, das bei der P „brennende Schmerzen“ verursachte, hat T die P körperlich misshandelt. Die Rötung der Augenschleimhaut, der Husten und die Atemnot stellen auch pathologische Zustände dar, die T hervorgerufen hat. T hat P also auch an der Gesundheit geschädigt.

b) Beibringung von Gift, § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB

T könnte die Körperverletzung durch Beibringung von Gift oder eines anderen gesundheitsschädlichen Stoffs gem. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB verübt haben, indem er P mit dem Pfefferspray besprühte.

Unter einem gesundheitsschädlichen Stoff ist dabei ein Stoff zu verstehen, der als solcher unter den konkreten Bedingungen geeignet ist, die Gesundheit zu schädigen.⁶⁷ Das speziellere Merkmal „Gift“ umfasst jeden organischen oder anorganischen Stoff, der durch chemische oder chemisch-physikalische Wirkung die Gesundheit schädigen kann.⁶⁸ Bei dem im Pfefferspray enthaltenen Stoff Oleoresin Capsicum handelt es sich um einen organischen Stoff, der geeignet ist, die Gesundheit durch chemische Wirkung zu schädigen.⁶⁹ Es handelt sich also um ein „Gift“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

⁶⁶ Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 252 Rn. 16.

⁶⁷ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 8.

⁶⁸ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 9.

⁶⁹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 9; Jesse, NStZ 2009, 364 (365 f.).

T müsste P dieses Gift auch beigebracht haben. Beigebracht ist ein Gift, wenn es mit dem Körper dergestalt in Verbindung gebracht wird, dass es seine gesundheitsschädigende Wirkung entfalten kann.⁷⁰ Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn es *in* den Körper eingebracht wird (z.B. durch Verschlucken, Einatmen, Injizieren).⁷¹ Umstritten ist allerdings, ob von einem Beibringen i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch dann die Rede sein kann, wenn der gesundheitsschädliche Stoff äußerlich angewendet wird und keine Wirkungen im Körperinneren nach sich zieht (z.B. beim Übergießen mit Salzsäure).⁷² Diese Streitfrage kann jedoch dahinstehen, da das Oleoresin Capsicum jedenfalls auch in die Atemwege der P und damit in das Innere des Körpers gelangt ist. Dort hat es gesundheitsschädigende Wirkungen in Form von Husten und Atemnot verursacht.

T hat die Körperverletzung mithin durch Beibringung von Gift verübt.

c) Mittels eines gefährlichen Werkzeugs, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei dem Pfefferspray um ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. T hat die Körperverletzung daher auch mittels eines gefährlichen Werkzeugs verübt.

d) Mittels eines hinterlistigen Überfalls, § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

T hat zwar das Überraschungsmoment ausgenutzt, sein Tatentschluss war allerdings spontan, d.h. er hat seine Absichten nicht planmäßig verdeckt. Er hat die Körperverletzung nicht mittels eines hinterlistigen Überfalls gem. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB begangen.

e) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Schließlich könnte T die Körperverletzung auch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen haben. Es ist umstritten, ob es insoweit auf eine konkrete Lebensgefahr ankommt oder ob es ausreicht, dass die Art der Behandlung durch den Täter nach den Umständen des Einzelfalls generell geeignet ist, das Leben zu gefährden.⁷³ Eine konkrete Lebensgefahr für P bestand hier nicht. Es erscheint aber auch zweifelhaft, ob das Besprühen mit Pfefferspray generell geeignet war, das Leben der P zu gefährden. Zwar kann Pfefferspray in seltenen Fällen zum Erstickungstod führen.⁷⁴ Es müssten aber besondere Umstände in der Tatausführung (etwa das Versprühen einer großen Menge hochdosierten Pfeffersprays) oder individuelle Besonderheiten beim Tatopfer (etwa eine asthmatische Vorerkrankung) vorliegen, die das Gefahrenpotential der Handlung im Vergleich zu einer „einfachen“ Körperverletzung deutlich erhöhen. Dies ist hier nicht der Fall, sodass das Besprühen mit Pfefferspray nicht objektiv generell lebensgefährlich war. T hat die Körperverletzung somit nicht mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen.

⁷⁰ BGH NJW 1960, 2254.

⁷¹ Grünwald, in: LK-StGB, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2019, § 224 Rn. 11.

⁷² Dafür BGH NJW 1960, 2254; BGH NStZ 1984, 165; Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 114; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 224 Rn. 8. Dagegen Lillie, in: LK-StGB, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 224 Rn. 15; Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 10 f.; Wolters, in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 224 Rn. 10.

⁷³ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 14 Rn. 50.

⁷⁴ Jesse, NStZ 2009, 364 (366).

f) Vorsatz

T handelte vorsätzlich bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Die Tat war rechtswidrig, weil sie nicht gerechtfertigt war. T handelte schuldhaft.

3. Ergebnis

T ist wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 2 Alt. 2 StGB strafbar.

V. Konkurrenzen

Der Diebstahl mit gefährlichen Werkzeugen gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Subsidiarität) hinter den besonders schweren räuberischen Diebstahl gem. §§ 252 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB zurück.⁷⁵ Der besonders schwere räuberische Diebstahl gem. §§ 252 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB wurde durch die gleiche Handlung (Sprühen mit Pfefferspray) wie die gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 2 Alt. 2 StGB verwirklicht, steht also mit dieser in Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB).

Gesamtergebnis

Im ersten Tatkomplex hat sich T wegen besonders schweren Raubes (§§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB) in Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB) mit gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 3 StGB) strafbar gemacht. Im zweiten Tatkomplex ist T strafbar wegen besonders schweren räuberischen Diebstahls (§§ 252 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB) in Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB) mit gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1, 2 Alt. 2 StGB).

⁷⁵ Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 252 Rn. 19; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 252 Rn. 12.

Fortgeschrittenenklausur: Bad Influence(r)

Ref. iur. Lucas Tomiak, Köln*

Die Klausur wurde im Rahmen der Übung im Strafrecht an der Universität Bonn gestellt. Im Durchschnitt wurden 4,7 Punkte erzielt, die Durchfallquote lag bei 44 %. Schwerpunktmäßig werden in der Klausur Fragen des Vermögensstrafrechts behandelt.

Sachverhalt

A träumt vom Leben der Reichen und Schönen. Seine beste Chance, ein sorgenfreies Leben zu erreichen, sieht er darin, Social Media Influencer zu werden. Leider hat er auf seinem Instagram-Account lediglich Follower aus seinem Familien- und Bekanntenkreis. Da er seinem Alltag aber schnell entfliehen möchte, entscheidet er sich, einen neuen Account zu eröffnen und bei einer Internetseite „Fake-Follower“ für diesen zu kaufen. Dahinter verbergen sich, wie A weiß, keine echten Menschen, sondern es werden lediglich Konten eröffnet und durch automatische Programme Interaktionen mit seinem Konto generiert. A kauft sich 50.000 Fake-Follower.

Sodann tritt er an B heran, der beim Unternehmen U angestellt ist, das Wasserflaschen mit Duft vertreibt, und schlägt ihm vor, Werbung für U zu machen. Dafür schickt er B einen Link zu seinem neuen Instagram-Profil, auf dem alle Follower Fake-Follower sind. B, der üblicherweise nur mit Profilen mit mindestens 40.000 Followern zusammenarbeitet, entscheidet sich, einen Vertrag mit A abzuschließen. In diesem verpflichtet sich A, für einen Zeitraum von sechs Monaten einmal wöchentlich Werbung für Produkte der U zu machen. Im Gegenzug soll A pro online gestellter Werbung 1.000 € erhalten. Eine ausdrückliche Angabe zum Followerstand des A findet sich im Vertrag nicht. A macht absprachegemäß Werbung für Produkte der U, weiß dabei aber, dass kein echter Mensch diese sieht. Nach vier Wochen und der Auszahlung von bisher 4.000 € an A wundert B sich, dass laut der firmeninternen Statistiken kein einziges zusätzliches Produkt aufgrund der Werbung des A verkauft wurde. Er entschließt sich daher, den Vertrag fristlos – eine Kündigungsmöglichkeit ohne Angaben von Gründen war im Vertrag mit A für die ersten drei Monate vorgesehen – zu kündigen. Frustriert schließt A seinen Fake-Follower-Account.

Einige Zeit später hat A seine Social Media-Berufung als Fitness-Influencer gefunden und verfügt nun über eine beträchtliche, regulär zustande gekommene Reichweite auf seinem ursprünglichen Profil. C, der zwar nicht Follower des A ist, diesen aber über Freunde kennt, ist kein Freund von Social Media. Er weiß, dass sein entfernter Bekannter D ähnlich über Influencer denkt wie er. Als C und D sich einmal wieder treffen, sprechen beide über A. C meint: „Diese Influencer sind allesamt faule Nichtsnutze, denen es ganz recht geschehen würde, wenn sie mal bestohlen werden!“ D erzählt C daraufhin, dass er weiß, wo A sein Auto parkt. A habe in einem seiner letzten Beiträge aus dem Auto heraus erzählt, wie sehr er aufgrund der vielen Erinnerungen an einem Armband hänge, das er (seinem Verkehrswert entsprechend) für 10 € in seinem letzten Urlaub gekauft habe und das er an den Rückspiegel seines PKW gehängt hat. D schlägt vor, ihm dieses Armband zu entwenden, um ihm eine

* Der Autor ist Rechtsreferendar am LG Köln. Die Klausur wurde während seiner Tätigkeit als Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn bei Prof. Dr. Martin Böse erstellt, für dessen hilfreiche Anmerkungen er sich sehr bedankt.

Lektion zu erteilen. C stimmt dem Plan sofort begeistert zu und sagt, das Armband sei eigentlich schön; er würde es gern seiner Freundin schenken. D hält das für eine gute Idee und stimmt zu.

Noch am gleichen Tag begeben sich C und D in das Parkhaus, in dem A sein Auto geparkt hat. Am Auto angekommen kramt C aus seiner mitgeführten Sporttasche einen Dietrich hervor und beginnt, die Tür damit zu öffnen. Nach einigen Minuten, während denen D Wache hält, gelingt es C, die Tür zu öffnen. Wie abgesprochen übernimmt dann C die Ausschau nach Passanten und D greift in den Innenraum des PKW und nimmt das Armband an sich. Dabei sieht er zufällig, dass sich im offenen Handschuhfach des Beifahrersitzes das mit mehreren 50 €-Scheinen prall gefüllte Portemonnaie des A befindet und fasst blitzschnell den Entschluss, dieses an sich zu nehmen, C aber nichts davon zu erzählen. Er versteckt das Portemonnaie in seiner Hosentasche und gibt das Armband an C heraus, der es sich „als Trophäe“ um den Arm legt.

Beide verlassen das Parkhaus, treffen aber kurz hinter dessen Eingangsbereich auf A. Dieser erkennt sofort das Armband und stellt sich ihnen mit der Aufforderung, stehenzubleiben, in den Weg. D rennt mit dem Portemonnaie sofort weg; C hält dies, weil er die schwere Sporttasche trägt, für aussichtslos, hat aber Angst vor Strafe und ist entschlossen, A das „unverdiente“ Armband nicht zurückzugeben. Er sagt A daher, in der Sporttasche befinde sich eine Bombe, die er hochgehen lasse, wenn A ihn nicht entkommen lasse. A hält dies allerdings nicht für besonders glaubhaft und packt C am Arm, sodass dieser bis zum Eintreffen der Polizei zehn Minuten später nicht fliehen kann.

Aufgabe

Erstellen Sie ein Gutachten zur Strafbarkeit von A, C und D. Gehen Sie davon aus, dass alle erforderlichen Strafanträge gestellt sind. Die Bearbeitungszeit beträgt vier Zeitstunden.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: Der Followerkauf.....	1115
I. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB	1115
1. Tatbestand.....	1115
2. Rechtswidrigkeit.....	1118
3. Schuld	1118
4. Regelbeispiel	1118
5. Ergebnis	1118
II. Ergebnis zum ersten Tatkomplex	1119
2. Tatkomplex: Die Geschehnisse rund um das Auto des A	1119
A. Strafbarkeit des D	1119
I. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB	1119
1. Tatbestand.....	1119
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1121
3. Regelbeispiel	1121
II. Ergebnis.....	1123

B. Strafbarkeit des C	1124
I. § 187 Alt. 1 StGB	1124
II. § 185 Alt. 1 StGB	1124
1. Tatbestand.....	1124
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1126
3. Ergebnis	1127
III. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB	1127
1. Tatbestand.....	1127
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1128
3. Regelbeispiel	1128
4. Ergebnis	1128
IV. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB	1128
C. Ergebnis zum zweiten Tatkomplex	1129
3. Tatkomplex: Die Entdeckung durch A	1129
A. Strafbarkeit des C	1129
I. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB	1129
1. Tatbestand.....	1129
2. Ergebnis	1131
II. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 22, 23 Abs. 1 StGB	1131
1. Vorprüfung.....	1131
2. Tatentschluss.....	1132
3. Unmittelbares Ansetzen.....	1134
4. Rechtswidrigkeit und Schuld; kein Rücktritt	1134
5. Ergebnis	1134
III. § 241 Abs. 2 StGB	1135
1. Tatbestand.....	1135
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1136
3. Ergebnis	1136
B. Strafbarkeit des A	1136
I. § 239 Abs. 1 StGB	1136
1. Tatbestand.....	1136
2. Rechtfertigung.....	1137
3. Ergebnis	1137
C. Ergebnis zum dritten Tatkomplex	1137
Gesamtergebnis	1138

1. Tatkomplex: Der Followerkauf

I. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB

A könnte sich gem. § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB wegen Betrugs in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben, indem er bei dem Vertragsschluss mit B nicht offenlegte, dass er zuvor Follower gekauft hatte.

1. Tatbestand

a) Dafür müsste A eine natürliche Person über Tatsachen getäuscht haben. Tatsachen sind beweisbare Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit.¹ Die Täuschung kann nach dem Gesetzeswortlaut darin liegen, dass falsche Tatsachen vorgespiegelt werden. Das muss nicht ausdrücklich, sondern kann auch konkludent erfolgen, sich also mittelbar aus dem ausdrücklich formulierten Inhalt einer Tatsachenbehauptung ergeben.²

A könnte B darüber getäuscht haben, 50.000 menschliche Follower auf der Plattform zu haben. Ausdrücklich hat er das nicht behauptet; nach dem Sachverhalt reichte er lediglich sein Instagram-Profil bei B ein, ohne dass eine Angabe zu seiner Follower-Zahl vertraglich festgehalten wurde.

Fraglich ist aber, ob A mit dem Abschluss des Vertrags und der Übernahme der Pflicht, für Produkte der U zu werben, konkludent zum Ausdruck gebracht hat, diese Werbung gegenüber Menschen zu erbringen.

Anmerkung: Die saubere Prüfung konkludenter Täuschungen stellt erfahrungsgemäß vor Schwierigkeiten. Bearbeitende sollten darauf achten, genau herauszuarbeiten, welche Tatsache bei welchem Kommunikationsverhalten warum miterklärt ist. Als Kontrollfrage und jedenfalls gedankliche Prüfungsschablone kann dienen, ob 1. eine ausdrückliche Erklärung ohne 2. eine bestimmte Tatsache (das potentiell konkludent Erklärte, dessen Miterklärung geprüft wird) 3. sinnlos ist (Grund für die Annahme von Konkludenz, der etwa in der Selbstwidersprüchlichkeit [„Ich schließe einen Kaufvertrag ab, obwohl ich weiß, dass ich nicht zahlen werde“] oder den Erwartungen des Geschäftsverkehrs [Verkauf einer Sache „wie besehen“, obgleich das Gesehene nicht dem tatsächlichen Zustand entspricht] liegen kann³).⁴

Da sich A zeitlich begrenzt gegenüber der U verpflichtet und auch nur einzelne Werbemaßnahmen und nicht eine ständige werbemäßige Betreuung der U leisten soll, ist insoweit von einem Werkvertrag gem. § 631 BGB und nicht von einem Dienst- bzw. Arbeitsvertrag (§§ 611, 611a BGB) auszugehen.⁵ Der geschuldete Erfolg liegt darin, eine bestimmte Werbemaßnahme in der im Vertrag festgelegten Form dem potenziellen Kundenkreis zur Kenntnis zu bringen.⁶ Diesen Erfolg konnte A allerdings, wie er auch wusste, nicht erbringen, da er keine menschlichen Follower hatte und keine natür-

¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 4.

² Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 14.

³ Vgl. näher Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 16 ff.

⁴ Vgl. Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 14.

⁵ Vgl. zu gewöhnlichen Werbeverträgen BGH NJW 1984, 2406 f.; Busche, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 631 Rn. 176 f.; zur Übertragung auf Influencer Alberts, Die rechtliche Bewertung der Tätigkeit von Influencern unter besonderer Berücksichtigung werberechtlicher Problemstellungen, 2021, S. 200 f.

⁶ BGH NJW-RR 2018, 1319 (1320).

liche Person seine Beiträge sah. Die Übernahme einer vertraglichen Pflicht wäre allerdings sinnlos, wenn der Täter zugleich erklärte, sie nicht erbringen zu können. Daher ist davon auszugehen, dass die Fähigkeit zur Leistungserbringung schlüssig miterklärt wird, wenn eine Verpflichtung eingegangen wird und der Täter hierzu keine weiteren Angaben macht.⁷ Daher täuschte A den B über die Tatsache, die Leistung erbringen zu können.

Anmerkung: Alternativ kann auch geprüft werden, ob A eine konkludente Erklärung zu seinem Followerstand abgibt. Mit der Einreichung des Profils dürfte zwar nicht die Aussage verknüpft sein, alle Follower des A seien menschlich, da man ihm so die praktisch nicht erfüllbare Pflicht auferlegen würde, bei jedem einzelnen Follower die „Menschlichkeit“ zu kontrollieren. Man wird aber von einer konkludenten Erklärung der Tatsache ausgehen können, jedenfalls nicht eine gemessen am Gesamtprofil beträchtliche Anzahl an Followern hinzugekauft zu haben. Denn die U hat ein schutzwürdiges Interesse an einer entsprechenden Erklärung, da bei der Entscheidung, ob sie mit einem bestimmten Influencer kooperieren will, dessen aktueller⁸ Followerstand eine gewichtige Rolle spielen wird. Die U kann auch nicht gehalten sein, selbst zu überprüfen, ob die Follower des A echt sind, da ihr insoweit ebenso wenig Kontrollmöglichkeiten offenstehen wie A. Zuletzt dürfte sich auch noch keine Praxis gebildet haben, dass alle Influencer in hohem Maße Follower kaufen, die einer entsprechenden Vertrauensgrundlage, dass die Zahl der Follower größtenteils „organisch“ gewachsen ist, entgegensteht.⁹ Auch über diesen Weg wäre eine konkludente Täuschung also – etwas umständlicher – zu begründen; Bearbeitende sollten dann aber erkennen, dass nicht direkt über die „Echtheit“ der Follower, sondern über den Zukauf getäuscht wird.

b) Dadurch ist bei B, der mit A verhandelte, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorgerufen worden, er irrte also¹⁰.

c) Dadurch bedingt müsste B auch über Vermögen verfügen haben. Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.¹¹ Hier unterzeichnete B einen (Werk-)Vertrag¹² mit A, durch den die U, für die B befugt handelte¹³, zur Zahlung von 1.000 € pro online gestellter Werbung verpflichtet wurde (sog. Dreiecksbetrug); die U zahlte A aufgrund dieses Vertrages 4.000 € aus.

d) Dieser Vermögensnachteil dürfte nicht durch einen entsprechenden Zuwachs ausgeglichen sein, U müsste also in ihrem Vermögen geschädigt sein¹⁴. Als Äquivalent, das die Vermögensminde-

⁷ Kindhäuser/Böse, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn 14 f.

⁸ Zwar mag eine höhere Anzahl an Followern auch dazu führen können, dass aufgrund des Algorithmus auf Social Media-Kanälen die Beiträge des entsprechenden Influencers mehr Usern angezeigt werden, dennoch dürfte der Werbeeinfluss bei den „eigenen“ Followern höher sein, weshalb die eigene Followerzahl von entscheidender Relevanz ist, vgl. Beck, in: Beck/Kusche/Valerius, *Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht*, 2020, S. 401 (416).

⁹ Beck, in: Beck/Kusche/Valerius, *Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht*, 2020, S. 401 (416), kommt zu demselben Ergebnis, indem sie darauf abstellt, dass es insoweit „keine Gleichheit im Unrecht“ geben könne; das ist allerdings zirkulär, da die Frage, ob es sich um „Unrecht“ handelt, gerade offen ist.

¹⁰ Zur Definition siehe Wessels/Hillenkamp/Schuhr, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 537.

¹¹ Kindhäuser/Böse, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 42.

¹² Vgl. zur Einordnung Albers, *Die rechtliche Bewertung der Tätigkeit von Influencern unter besonderer Berücksichtigung werberechtlicher Problemstellungen*, 2021, S. 200 f.

¹³ Zu dieser engsten Bestimmung der erforderlichen Beziehung zwischen Verfügendem und Geschädigtem siehe Mitsch, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 302; zum Streitstand im Ganzen Kindhäuser/Böse, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 46 ff.

¹⁴ Kindhäuser/Böse, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 59.

rung der U kompensiert, könnte die Werbung durch A in Betracht kommen. Da die U einen Anspruch auf die diesbezügliche Arbeitskraft des A hat, kommt diese als tauglicher Vermögensgegenstand in Betracht.¹⁵ A hat tatsächlich werbende Aussagen für die U gemacht, dies wurde aber nicht durch Menschen wahrgenommen. Der Anspruch der U könnte somit schon bei Eingehung des Vertrages wirtschaftlich wertlos sein, da die mit ihm bezweckte Werbewirkung von vornherein nicht erfüllt werden konnte; er würde dann als Äquivalent ausscheiden. Dagegen könnte möglicherweise eingewandt werden, dass nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte eine qualitative Minderleistung des Arbeitnehmers keinen Minderungsanspruch des Arbeitgebers begründet, also kein Wertmaßstab für die Arbeitsleistung besteht.¹⁶ Diese Rechtsprechung gilt allerdings für Arbeitsverträge gem. § 611a BGB. Bei dem Vertrag zwischen A und U handelt es sich aber um einen Werkvertrag, bei dem gesetzlich ausdrücklich Minderungsrechte vorgesehen sind, vgl. §§ 634 Nr. 3, 638 BGB, sodass die besonderen Probleme des Arbeitsrechts nicht einschlägig sind; zudem ist für den Fall, dass ein Arbeitnehmer gar nicht leistet, anerkannt, dass ein Vermögensschaden des Arbeitgebers entstehen kann.¹⁷ Die Leistung ohne jede Wirkung dürfte eher hiermit vergleichbar sein als beispielsweise mit einer unmotivierten und daher minderwertigen Werbung. Da der Wert der Leistung mit 0 € angesetzt werden kann und 4.000 € tatsächlich ausgezahlt wurden, macht auch die vom BVerfG geforderte konkrete Bezifferbarkeit des Schadens¹⁸ insoweit keine Probleme.

Anmerkung: Ein Eingehen auf die Problematik des Schadens beim Einstellungsbetrug war nur insoweit zu erwarten, als erkannt werden sollte, dass die Bemessung des Wertes des Einsatzes von Arbeitskraft nicht ganz unproblematisch ist, im konkreten Fall aber keine Probleme bereitet. Insbesondere die Nennung der gesetzlichen Normen kann nicht erwartet, sollte aber positiv honoriert werden.

Gegen einen Vermögensschaden könnte das Kündigungsrecht der U sprechen, das ohne Gründe geltend gemacht werden kann. Es könnte sich hierbei um ein vertraglich vereinbartes Sicherungsrecht der U handeln, das eine Vermögensminderung kompensieren kann.¹⁹ Allerdings geht mit einer Kündigung des Vertrages nicht die Möglichkeit der Rückforderung der seitens der U erbrachten Leistungen einher. Das Kündigungsrecht sollte nach seinem Sinn und Zweck die U zwar davor schützen, auch bei zu geringer Werbewirkung die kompletten sechs Monate an den Vertrag gebunden zu sein, da aber ein gewisser Zeitraum nötig ist, um die Werbewirkung abschätzen zu können, scheidet eine Einstufung als Schadenskompensation jedenfalls für diesen Zeitraum aus. Die U erlitt einen Vermögensschaden.

e) A handelte absichtlich. Er müsste auch in der Absicht rechtswidriger Bereicherung gehandelt haben, sein Ziel müsste also die Mehrung des eigenen Vermögens sein, wobei dieser Vermögenszuwachs durch dieselbe Vermögensverfügung vermittelt sein muss wie der Vermögensschaden, sog. Stoffgleichheit.²⁰ Die angestrebte Bereicherung stellte die Kehrseite des Schadens der U dar, sodass diese Voraussetzung erfüllt ist. Der erstrebte Vermögensvorteil müsste auch rechtswidrig sein, A dürfte also keinen rechtlich begründeten Anspruch auf ihn haben.²¹ Ansprüche, die erst aus der Täu-

¹⁵ Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 96.

¹⁶ Vgl. BGH NSTz 2020, 291 (294).

¹⁷ Oğlakcioğlu, JR 2020, 258 (261 f.).

¹⁸ BVerfGE 130, 1 (45 ff.); zur Möglichkeit der Feststellung eines „Mindestschadens“ ebd. S. 47.

¹⁹ Vgl. zu solchen Rechten Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 65.

²⁰ Zur Bereicherungsabsicht Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 79 ff.

²¹ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 615.

schung resultieren, bleiben dabei außer Betracht.²² A hatte keinen Anspruch auf die Erlangung des Vermögensvorteils und wusste dies auch, sodass er auch mit dem nötigen Vorsatz²³ bezüglich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung handelte. Der subjektive Tatbestand ist somit erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

Mangels des Eingreifens von Rechtfertigungsgründen handelte A rechtswidrig²⁴.

3. Schuld

Da weder Entschuldigungs- noch Schuldausschließungsgründe ersichtlich sind, handelte er auch schuldhaft²⁵.

4. Regelbeispiel

A könnte zudem das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB erfüllt haben, also das der Gewerbsmäßigkeit. Gewerbsmäßig handelt jedenfalls, wer die Tat in der Absicht begeht, sich aus wiederholter Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle von nicht unerheblicher Dauer und einigem Umfang zu verschaffen.²⁶ Fraglich ist aber schon, ob A die Tat wiederholt begehen wollte. Hierfür reicht nicht aus, dass A den Tatbestand nur einmal verwirklichen wollte, ihm die Erträge aber sukzessiv zufließen sollen.²⁷ Da als Täuschungshandlung lediglich die Täuschung bei Vertragsabschluss in Betracht kommt und von weiteren konkret geplanten Taten des A im Sachverhalt nicht die Rede ist, scheidet eine gewerbsmäßige Begehung aus.

Anmerkung: Eine andere Subsumtion unter das Absichtsmerkmal ist mit Hinblick darauf, dass A in der Zukunft allein von seinen Erträgen auf Social Media leben will, vertretbar. Dann sollte knapp darauf eingegangen werden, dass umstritten ist, ob die Absicht wiederholter Begehung auch dann für die Annahme von Gewerbsmäßigkeit genügt, wenn tatsächlich nur eine solche Tat begangen wird. Als Argument für ein bloßes Absichtserfordernis werden general- wie spezialpräventive Gründe angeführt, nach denen es bei gewerbsmäßigem Vorgehen besonders wichtig sei, zu zeigen, dass die Begehung von Straftaten sich nicht lohne²⁸, ein Argument dagegen ist der hohe Strafrahmen des § 263 Abs. 3 StGB, der verlangen könnte, dass sich die erhöhte Gefährlichkeit objektiv niedergeschlagen hat²⁹.

5. Ergebnis

A hat sich gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen Betruges gegenüber B und zulasten der U strafbar gemacht.

²² Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 342.

²³ Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 27 Rn. 86.

²⁴ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 395.

²⁵ Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 24 Rn. 13.

²⁶ Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1212.

²⁷ BGH NStZ-RR 2009, 52 (53).

²⁸ Brodowski, wistra 2018, 97 (99).

²⁹ Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 3 Rn. 26.

Anmerkung: Bearbeitende können auch, ohne dass das zu erwarten wäre, knapp darauf eingehen, ob A sich zusätzlich gegenüber seinen Followern gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen Betrug strafbar gemacht hat, indem er für Produkte der U Werbung auf seinem Instagram-Account machte, für den er zuvor Follower gekauft hatte; eine Strafbarkeit könnte insoweit möglicherweise denkbar sein, weil A durch eine hohe Anzahl an Followern eine entsprechende Beurteilungskompetenz und Bedeutung in Anspruch nimmt, die in Wahrheit nicht existiert und die Follower zum Kauf der beworbenen Produkte anregen kann.³⁰ Allerdings scheidet nach dem Sachverhalt schon eine Täuschung aus, da die Werbung keine menschlichen Follower erreichte, als Täuschungsadressaten aber nur natürliche Personen in Betracht kommen³¹. Da A dies auch wusste, scheidet insoweit auch ein versuchter Betrug aus.

II. Ergebnis zum ersten Tatkomplex

A ist strafbar gem. § 263 Abs. 1 StGB.

2. Tatkomplex: Die Geschehnisse rund um das Auto des A

A. Strafbarkeit des D

Anmerkung: Vertretbar wäre auch eine gemeinsame Prüfung von C und D, ratsam wäre das gleichwohl aufgrund der erheblichen objektiven wie subjektiven Unterschiede bei beiden nicht. Möglich wäre es, zunächst mit einer gemeinsamen Prüfung des Diebstahls am Armband zu beginnen und den Diebstahl des Portemonnaies gesondert zu prüfen. Bei der Prüfung des Diebstahls des Armbands wäre dann allerdings darauf hinzuweisen, dass das Ergebnis zur Wertgrenze bei § 243 Abs. 2 StGB nur ein vorläufiges ist, da bei der Wegnahme mehrerer Sachen für die Beurteilung der Geringwertigkeit deren Gesamtwert jedenfalls dann entscheidend ist, wenn es sich – wie hier – um eine tatbestandliche Handlungseinheit³² handelt (die Angabe dieser Begründung wäre allerdings nicht erforderlich, ausreichend, aber erforderlich wäre insoweit der Hinweis auf die Vorläufigkeit des Ergebnisses).

I. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

D könnte sich gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB wegen Diebstahls in besonders schwerem Fall strafbar gemacht haben, indem er das Armband und das Portemonnaie des A aus dessen Auto an sich nahm.

1. Tatbestand

a) Bei dem Portemonnaie samt Inhalt und dem Armband handelt es sich um Sachen, die im Alleineigentum des A stehen und somit für D fremd sind. D müsste diese auch weggenommen haben. Weg-

³⁰ Gegen eine betrugsrelevante Täuschung in diesem Kontext *Beck*, in: Beck/Kusche/Valerius, Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, 2020, S. 401 (417 f.).

³¹ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 10.

³² *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 71; weitergehend auch bei natürlicher Handlungseinheit *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 54.

nahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht unbedingt eigenen Gewahrsams.³³ Gewahrsam ist die mit Herrschaftswillen begründete, in ihrem Umfang von der Verkehrsanschauung bestimmte Verfügungsgewalt über eine Sache.³⁴ An Sachen, die sich im Auto des A befinden, hat dieser nach der Verkehrsanschauung auch dann die tatsächliche Verfügungsgewalt und damit Gewahrsam, wenn er nicht räumlich anwesend ist.³⁵ Es müsste auch neuer Gewahrsam an den Sachen begründet worden sein. D steckte sich das Portemonnaie hier in die Hosentasche. Die Körpersphäre als engste persönliche Sphäre wird von der Verkehrsanschauung als stärkster Ausdruck von Verfügungsgewalt angesehen,³⁶ sodass D durch diese Handlung eine sog. Gewahrsamsenkave³⁷ und somit neuen Gewahrsam begründete. Aber auch das Ergreifen und kurzzeitige Annehmen des Armbandes, das D aus dem Auto herausholte und erst danach an C übergab, genügen für eine Gewahrsamsneubegründung, da das Armband sich nun außerhalb des Autos und damit außerhalb der Gewahrsamssphäre des A befand und D die Sache tatsächlich in seiner Hand und somit in seiner Gewalt hatte. Beides geschah auch ohne den Willen des A, sodass D dessen Gewahrsam brach³⁸.

Anmerkung: Man könnte bezüglich des Armbandes auch gut vertretbar argumentieren, dass D keinen eigenen Gewahrsam begründete, sondern dies erst durch das Anlegen des Armbandes durch C geschieht. Die herrschende Ansicht geht davon aus, dass der Täter nicht unbedingt tätereigenen Gewahrsam begründen muss, sondern das Ursächlichwerden für eine Gewahrsamsbegründung durch Dritte genügt,³⁹ bezüglich der Wegnahme durch D ergäben sich dann keine Abweichungen, bei der Prüfung des Diebstahls durch C könnte dann aber geprüft werden, ob dieser selbst den Gewahrsam des A am Armband brach, sodass die Voraussetzungen der Mittäterschaft bezüglich des Armbandes nicht notwendigerweise geprüft werden müssten (wohl aber bezüglich des Portemonnaies, siehe dazu u. B. III. 1. a)). Möglich wäre auch, wenn man der herrschenden Ansicht nicht folgt, schon hier zu prüfen, ob C und D Mittäter sind, um so eine Zurechnung der Gewahrsamsneubegründung des C zu D zu begründen⁴⁰. Ein Eingehen auf diesen Streit ist nicht erforderlich; Bearbeitende sollten aber einen der drei aufgezeigten Wege verfolgen.

b) D handelte vorsätzlich bezüglich der Merkmale des objektiven Tatbestands. Er müsste auch in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben. Zueignungsabsicht ist die Absicht jedenfalls vorübergehender Aneignung und der Vorsatz dauerhafter Enteignung. Rechtswidrig ist sie, wenn der Täter bzw. der Dritte, dem die Sache zugeeignet werden soll, keinen fälligen und einreddefreien Anspruch auf Übereignung der Sache hat.⁴¹ D wollte nicht, dass die Sachen an A zurückgelangen, sodass er absichtlich hinsichtlich der dauerhaften Enteignung handelte. Er müsste auch mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Er wollte das Portemonnaie und das darin enthaltene Geld für sich nutzen, sodass er diesbezüglich mit Eigenzueignungsabsicht handelte. Bezüglich des Armbandes

³³ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 22.

³⁴ Kindhäuser/Böse, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 2 Rn. 28.

³⁵ Rönau, *JuS* 2009, 1088 (1089).

³⁶ Schmitz, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 56.

³⁷ Wessels/Hillenkamp/Schuh, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 96.

³⁸ Zur Definition siehe Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 64.

³⁹ Schmitz, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 92.

⁴⁰ Vogel/Brodowski, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 242 Rn. 92; kritisch dazu, dass die Gewahrsamsbegründung bei einem Dritten ausreichen soll, schon Lampe, GA 1966, 225 (232 ff.).

⁴¹ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 89, 187.

hatte er von vornherein vor, dieses C zu geben, damit dieser es seiner Freundin schenken könnte, handelte bei der Wegnahme also mit Drittzueignungsabsicht⁴².

Anmerkung: Die Annahme einer Selbstzueignungsabsicht ist hier nicht vertretbar, da die hiesige Konstellation von den „Schenkungskonstellationen“ (dazu unten B. III. 1. lit. b)) in der Hinsicht abweicht, dass D dem C gegenüber keine Eigentümerbefugnisse in Anspruch nimmt⁴³; da der Anwendungsbereich der Drittzueignung sehr umstritten ist⁴⁴, sollte die Annahme von Selbstzueignung aber nicht zu stark negativ gewichtet werden.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

D handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Regelbeispiel

D könnte zusätzlich das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht haben.

a) Hierfür müsste es sich bei der Fahrgastzelle eines PKW um einen umschlossenen Raum handeln, also um ein Raumgebilde, das (auch) dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden und mit Vorrichtungen zur Abwehr des Eindringens versehen ist⁴⁵. Da die Fahrgastzelle, in Abgrenzung etwa zum Kofferraum eines PKW, gerade dem Betreten durch Menschen dient und gleichzeitig der Zutritt für jedermann durch eine abschließbare Tür erschwert ist, handelt es sich um einen umschlossenen Raum.

Anmerkung: Ein Parkhaus ist zwar ein Gebäude, ist aber immer offen, sodass dieses als tatbestandliche Räumlichkeit ausscheidet; ein knappes Eingehen hierauf ist vertretbar.

b) D müsste in diesen umschlossenen Raum auch auf eine der in § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB beschriebenen Weisen hineingelangt sein. Er selbst konnte allerdings, da C die Tür bereits geöffnet hatte, in das Auto gelangen, ohne eine der Varianten des Regelbeispiels zu erfüllen. Er ist demnach zwar „eingedrungen“, hat den Raum also ohne oder gegen den Willen des A betreten,⁴⁶ dies aber nicht auf eine der vertypen Begehungsweisen. Eine Verwirklichung kommt also nur in Betracht, wenn die Handlung des C eine der Varianten erfüllt und dem D diese zugerechnet werden kann.

aa) C könnte einen falschen Schlüssel oder ein anderes nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmtes Werkzeug eingesetzt haben. Bei dem Dietrich handelt es sich nicht um einen Schlüssel, da er nicht dem Instrument gleicht, mit dem der Berechtigte die Tür öffnet⁴⁷. Er stellt allerdings ein anderes Werkzeug dar, da der Türmechanismus mit einem Dietrich ähnlich wie mit einem Schlüssel geöffnet wird.⁴⁸

⁴² Kindhäuser/Böse, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 2 Rn. 117.

⁴³ Zu diesem Kriterium Wessels/Hillenkamp/Schuhr, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 173.

⁴⁴ So auch Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 161.

⁴⁵ Kindhäuser/Böse, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 3 Rn. 7.

⁴⁶ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 25.

⁴⁷ Vgl. zu dieser Definition des Schlüssels Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 27.

⁴⁸ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 30.

bb) Diese Handlung müsste D auch zugerechnet werden können. Möglicherweise könnte dies über § 25 Abs. 2 StGB erfolgen, der eine gegenseitige Zurechnung der Tatbeiträge als Mittäter ermöglicht. C und D verabredeten die Begehung der Tat bezüglich des Armbandes gemeinsam und einvernehmlich, sodass ein gemeinsamer Tatplan vorliegt⁴⁹. Von beiden gingen insoweit wesentliche Impulse aus, auch bei der Tatausführung waren beide Zentralgestalten des Geschehens, da C die Tür mit dem Dietrich öffnete und D die Sache entwendete. Beide hatten auch ein Interesse daran, das Armband an sich zu nehmen, sodass beide nach allen vertretenen Theorien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme⁵⁰ als Täter einzustufen sind. Dass D zusätzlich noch die Geldbörse des A mitnahm, spielt insoweit keine Rolle, da, auch wenn dies als Exzess zu beurteilen sein sollte, eine Zurechnung des gemeinsam Vereinbarten und Ausgeführten möglich bleibt.⁵¹ Zwar ist umstritten, ob auf die Regelbeispiele, die gerade keine Tatbestandsmerkmale darstellen, die Anwendung der allgemeinen Zurechnungsregeln umstandlos möglich ist⁵². Allerdings geht auch die Rechtsprechung, die für das Vorliegen des Regelbeispiels eine Gesamtwürdigung für jeden Beteiligten gesondert fordert, davon aus, dass es besonderer Umstände bedürfte, die die „Indizwirkung“ der Zurechnungsregeln des Allgemeinen Teils ausnahmsweise widerlegen.⁵³ Solche sind hier nicht ersichtlich; die Handlung des C kann D zugerechnet werden.

c) Dies müsste auch zur Ausführung der Tat geschehen sein. Hier fasste D den Entschluss zur Wegnahme des Portemonnaies erst nach dem Eindringen in das Auto. Allerdings wollte er jedenfalls das Armband wegnehmen, sodass er in den PKW eingedrungen ist, um einen Diebstahl zu begehen und somit „zur Ausführung der Tat“.

d) Problematisch ist allerdings, dass das Armband nur einen Wert von 10 € besaß, was D aufgrund der Aussagen des A auch wusste, nach § 243 Abs. 2 StGB allerdings ein besonders schwerer Fall ausgeschlossen ist, wenn die Tat sich auf eine geringwertige Sache bezieht. Bei der Bestimmung der Geringwertigkeit werden jedenfalls Affektionsinteressen, die nicht selbst über Regelbeispiele geschützt sind⁵⁴, nicht geschützt, entscheidend ist vielmehr der Verkehrswert, der mindestens bei 25 €⁵⁵ liegen soll. Bezüglich des Armbandes ist das nicht der Fall.

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass D nach Abschluss des Eindringens das Portemonnaie, in dem sich mehrere 50 €-Scheine befanden und das somit nicht geringwertig war, sah und sich entschloss, auch dieses mitzunehmen.

aa) Nach einer Ansicht ist in diesen Fällen entscheidend, dass der Vorsatz des Täters sich zu irgendeinem Zeitpunkt während der Tat auf eine nicht-geringwertige Sache bezieht.⁵⁶ Hiernach wäre die Geringwertigkeitsklausel nicht erfüllt.

bb) Eine andere Ansicht wendet die Geringwertigkeitsklausel des § 243 Abs. 2 StGB schon dann an, wenn sich der Vorsatz des Täters im Zeitpunkt des Einsteigens, Einbrechens usw. auf eine ledig-

⁴⁹ Zur Definition *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 815.

⁵⁰ Vgl. zu den verschiedenen Theorien *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 803 ff.

⁵¹ Vgl. *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 100.

⁵² Dafür *Kindhäuser/Hoven*, in: *NK-StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 243 Rn. 7.

⁵³ BGH StV 1994, 240 f.

⁵⁴ *Kindhäuser/Böse*, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 12. Aufl. 2023, § 3 Rn. 44; gegen eine Berücksichtigung des „Funktionswertes“ auch in diesen Fällen *Vogel/Brodowski*, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 243 Rn. 58.

⁵⁵ BGH NJW 2015, 1190 (1191); großzügiger Teile der Literatur, die auch bei Sachen mit einem Wert von bis zu 50 € noch von Geringwertigkeit ausgehen, vgl. *Wittig*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.8.2023, § 243 Rn. 28.

⁵⁶ *Mitsch*, *Strafrecht, Besonderer Teil 2*, 3. Aufl. 2015, S. 109 f.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, *Strafrecht, Besonderer Teil 2*, 45. Aufl. 2022, Rn. 268.

lich geringwertige Sache bezieht.⁵⁷ Danach scheidet die Verwirklichung des Regelbeispiels durch D aus.

cc) Die aufgrund der unterschiedlichen Ergebnisse der Ansichten notwendige Entscheidung zwischen ihnen hängt davon ab, wie sich das Verhältnis von § 243 Abs. 2 StGB zu den Regelbeispielen des § 243 Abs. 1 S. 2 StGB darstellt. Man könnte § 243 Abs. 2 StGB zum einen in die Anforderungen der Regelbeispiele integrieren, sodass § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB so zu lesen wäre:

„Wer zur Ausführung der Wegnahme einer nicht geringwertigen Sache einbricht, einsteigt usw. wird nach dem erhöhten Strafraum bestraft.“

Dann scheidet eine Berücksichtigung des Vorsatzwechsels bereits daran, dass § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB das Einbrechen, Eindringen usw. in einen Finalzusammenhang mit der späteren Tatbegehung setzt. Zu diesem Zeitpunkt wollte D allerdings nur eine geringwertige Sache wegnehmen, sodass § 243 Abs. 2 StGB einschlägig wäre. Eine Berücksichtigung des späteren Vorsatzwechsels würde so auf einen *dolus subsequens* und damit einen Verstoß gegen das Tatprinzip hinauslaufen.⁵⁸ Man könnte § 243 Abs. 2 StGB allerdings auch so verstehen, dass er nicht in den „Tatbestand“ der Regelbeispiele hineinzulesen ist, sondern eher einen einmal verwirklichte Straferschwerungsgrund, in dessen Voraussetzungen die Geringwertigkeit keine Rolle spielt, nachträglich einschränkt, wenn der reale Geschehensablauf und der Vorsatz des Täters sich durchgehend auf eine geringwertige Sache beziehen. Dann wäre nur zu fordern, dass der Vorsatz bezüglich der fehlenden Geringwertigkeit irgendwann im Verlauf des Diebstahls besteht.⁵⁹ Für die letztere Auffassung spricht, dass im umgekehrten Fall, in dem der Täter mit dem Vorsatz einbricht, tatsächlich wertvolle Sachen zu stehlen, sich aber dann umentscheidet, zwei Taten konstruiert werden müssten: ein Versuch des Stehlens nicht-geringwertiger Sachen und ein vollendeter Diebstahl bezüglich des Stehlens geringwertiger Sachen. Hierdurch würde möglicherweise ein einheitliches Tatgeschehen aufgespalten.⁶⁰ Hiergegen ist aber einzuwenden, dass die Struktur der §§ 242, 243 StGB es ist, die diese Aufspaltung vorgibt. Der Wortlaut des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB ist eindeutig, als er einen Finalzusammenhang voraussetzt, der bei einem Vorsatzwechsel nicht gegeben ist; hiervon abzuweichen, weil es sich bei § 243 Abs. 2 StGB um eine fragwürdige Vorschrift handle⁶¹, ist dann unzulässig, wenn diese Abweichung den Täter be- und nicht entlastet. Daher ist der unter bb) genannten Ansicht zu folgen; eine Verwirklichung des Regelbeispiels scheidet aus.

Anmerkung: A.A. gut vertretbar: dann wäre D strafbar gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB.

II. Ergebnis

D hat sich gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁵⁷ Kindhäuser/Böse, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 3 Rn. 51; Hoyer, in: *SK-StGB*, Bd. 5, 9. Aufl. 2021, § 243 Rn. 51 ff.; vgl. auch den Hinweis von Schmitz, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 81 darauf, dass sich die Problematik des Vorsatzwechsels nur dann stellen kann, wenn sich das Regelbeispiel von der Tatausführung „abschichten“ lässt.

⁵⁸ Kindhäuser/Böse, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 3 Rn. 51.

⁵⁹ Vgl. Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 3 Rn. 45; Kudlich, in: *SSW-StGB*, 5. Aufl. 2021, § 243 Rn. 47.

⁶⁰ Wessels/Hillenkamp/Schuh, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 268.

⁶¹ Vgl. Mitsch, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 109 f.

B. Strafbarkeit des C

I. § 187 Alt. 1 StGB

C könnte sich durch die Aussage gegenüber D, Influencer seien allesamt faule Nichtsnutze, denen es recht geschehe, wenn sie bestohlen würden, wegen Verleumdung gem. § 187 Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Dafür müsste es sich bei dieser Aussage zunächst um eine Tatsache (zur Definition siehe oben 1. Tatkomplex I. 1. a)) handeln. Bei dieser Aussage könnte es sich allerdings um ein Werturteil handeln, das § 187 StGB nach dessen Wortlaut gerade nicht unterfällt. Bei der Unterscheidung zwischen Tatsache und Werturteil ist insbesondere zu beachten, dass Tatsachen nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht in demselben Maße der Meinungsfreiheit unterfallen, weshalb der Begriff der „Meinung“ und damit der Werturteile im Sinne eines wirksamen Grundrechtsschutzes weit zu verstehen ist.⁶² Die Aussage, jemand sei faul, enthält zwar als tatsächliches Element die Behauptung, jemand arbeite nicht oder wenig. Schon diese Beurteilung ist aber eher als wertende Stellungnahme zu deuten. Durch den Bezug auf den gesamten Beruf des Influencers wird zudem deutlich, dass es nicht um konkrete Sachverhalte geht, sondern eine Bewertung des Berufsbildes vorgenommen wird⁶³. Es handelt sich daher nicht um eine Tatsachenäußerung, sodass eine Strafbarkeit nach § 187 StGB ausscheidet.

Anmerkung: Da eine Einordnung der Aussage des C als Tatsachenbehauptung eher fernliegt, war eine Prüfung des § 187 Alt. 1 StGB nicht zu erwarten, sollte aber positiv honoriert werden, wenn sie in der gebotenen Kürze erfolgt.

II. § 185 Alt. 1 StGB

A könnte sich durch dieselbe Handlung aber gem. § 185 Alt. 1 StGB wegen Beleidigung strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Dem § 185 StGB unterfallen sowohl Tatsachen als auch Werturteile. Sie müssen aber eine Beleidigung sein, also eine Kundgabe der Missachtung darstellen, die dem Betroffenen den sittlichen, personalen oder sozialen Geltungswert absprechen.⁶⁴ Auch in diesem Rahmen ist die nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG geschützte Meinungsfreiheit zu beachten.⁶⁵ Fraglich ist, ob die Äußerung, jemandem geschehe es recht, bestohlen zu werden, eine Missachtung des Geltungswerts darstellt. Ein politisches Urteil über die Angemessenheit der Bezahlung bestimmter Berufe stellt an sich noch keine solche Missachtung dar, da ein unbegrenzter Anspruch auf individuelle Wertschätzung nicht mit der Meinungsfreiheit vereinbar ist.⁶⁶ Die Äußerung, jemand verdiene es, bestohlen zu werden und damit Opfer einer Straftat zu werden, geht allerdings darüber hinaus. Die Normen des Strafrechts treffen auch eine Aussage darüber, welche Rechte anderer im Falle ihrer Verletzung eine öffentliche Reak-

⁶² BVerfGE 85, 1 (14 ff.); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 29 Rn. 4.

⁶³ Vgl. zu den Kriterien der Abgrenzung Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 186 Rn. 3 f.

⁶⁴ Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 185 Rn. 2.

⁶⁵ Vgl. Hilgendorf, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 185 Rn. 21.

⁶⁶ Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 185 Rn. 7.

tion der Rechtsordnung in Form der Strafe erfordern und daher eine Art „kleinsten gemeinsamen Nenner“ darstellen.⁶⁷ Zu äußern, anderen stünden solche Rechte nicht zu, bedeutet daher auch, diesen ihren personalen Geltungswert, der ihnen als gleichen Rechtssubjekten zukommt⁶⁸, abzusprechen. Neben der Äußerung, Influencern geschehe es recht, bestohlen zu werden, bezeichnet C diese auch als „faule Nichtsnutze“ und schreibt ihnen somit ohne faktische Grundlage charakterliche Mängel zu, aufgrund derer es gerechtfertigt erscheine, sie zu bestehen. Die Äußerung hat daher grundsätzlich ehrverletzenden Charakter.

Anmerkung: A.A. und damit Straflosigkeit nach den Ehrdelikten vertretbar.

b) Problematisch ist allerdings, dass sich die Äußerung des C nicht allein auf A, sondern auf Influencer insgesamt bezieht.

Anmerkung: Aufmerksame Bearbeitende können knapp darauf eingehen, ob der Gruppe der Influencer als solcher Ehrschutz zukommt. Die h.M. spricht personell begrenzten und zu einer gemeinsamen Willensbildung fähigen Kollektiven einen solchen, von den einzelnen Mitgliedern gelösten Ehrschutz zu und verweist als Argument auf § 194 Abs. 3 S. 2, S. 3, Abs. 4 StGB, der einen solchen Ehrschutz für manche öffentlichen Behörden ausdrücklich kodifiziert; eine Verallgemeinerung dieses Rechtsgedankens sei möglich.⁶⁹ Da die Gruppe der Influencer aber offensichtlich nicht zu einer gemeinsamen Willensbildung fähig ist, scheidet eine Beleidigung unter diesem Gesichtspunkt aus.

aa) Möglicherweise könnte in der Aussage, alle Influencer seien faule Nichtsnutze, eine Beleidigung gegenüber den einzelnen Influencern liegen. Anerkannt ist allerdings, dass die Anwendung des Tatbestandes der Beleidigung in den Fällen der Kollektivbezeichnung Restriktionen unterworfen ist. Das lässt sich etwa damit begründen, dass bei pauschalen Aussagen gegenüber unüberschaubar großen Gruppen „die individuelle Ausnahme stets miterklärt ist“, da es sich immer um Überzeichnungen und statistische Aussagen handle.⁷⁰ Daher ist für eine Tatbestandsmäßigkeit zu fordern, dass der betroffene Personenkreis klar umgrenzt und überschaubar ist und ein Bezug auf bestimmte, individualisierbare Personen erkennbar ist.⁷¹ Die Äußerung des C als solche bezieht sich nach ihrem Wortlaut auf „alle“ Influencer. Da die Berufsbezeichnung als Influencer nicht geschützt ist und Personen mit Social Media-Profilen ganz unterschiedlicher Größe hierunter gezählt werden können, ist eine klare Umgrenzung des Personenkreises nicht gewährleistet. Danach sind die Anforderungen an eine Beleidigung unter Kollektivbezeichnung insoweit nicht erfüllt.

bb) Fraglich ist aber, ob sich aus dem Kontext des Gesprächs, in dessen späteren Verlauf es konkret um A ging, etwas anderes ergibt.⁷² Die grundsätzlich beleidigende Äußerung ist in einen Gesamt-

⁶⁷ Näher Zabel, in: Stekeler-Weithofer/Zabel, Philosophie der Republik, 2018, S. 264 (278 ff.).

⁶⁸ Vgl. Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor § 185 Rn. 8.

⁶⁹ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 10. Aufl. 2022, § 22 Rn. 9; zur Gegenauffassung Kargl, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, Vor § 185 Rn. 75 ff.

⁷⁰ Hilgendorf, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, Vor § 185 Rn. 30; Bockelmann, NJW 1953, 554 (555) argumentiert genau entgegengesetzt: zwar handle es sich bei Beleidigungen unter Kollektivbezeichnung stets um Übertreibungen, aber gerade deshalb könne jedes einzelne Mitglied sich nicht sicher sein, ob es gemeint ist, und sei gerade deshalb angegriffen.

⁷¹ BVerfG NJW 2017, 2607; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 28 Rn. 14.

⁷² Zur Relevanz der Individualisierbarkeit vgl. BVerfG NJW 2017, 2607; Hilgendorf, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, Vor § 185 Rn. 31.

kontext eingebettet, indem es schon zuvor um A ging und von diesem Gesprächsthema aus die vermeintliche Faulheit aller Influencer angesprochen wurde. Zudem wurde die Aussage, Influencern geschehe es recht, bestohlen zu werden, getroffen, um kurz danach einen Diebstahl gerade gegen A zu planen. Aus diesem Kontext ergibt sich, dass gerade A als jemand dargestellt wurde, der bestohlen werden dürfe. Er ist daher von der Kollektivbeleidigung erfasst.

Anmerkung: A.A. vertretbar; dann scheidet eine Strafbarkeit nach § 185 Alt. 1 StGB aus. Sauber dargestellt werden soll vor allem, dass es hier um eine „Beleidigung unter Kollektivbezeichnung“ geht. Insbesondere sollte diese Konstellation nicht mit der Beleidigung von Kollektiven, siehe dazu die vorherige Anmerkung, vermengt werden.

c) Fraglich ist, ob die Bekanntschaft von C und D eine teleologische Reduktion⁷³ des Tatbestandes bedingt. Im Ergebnis ist die Anerkennung einer „beleidigungsfreien Zone“ bezüglich Beleidigungen und übler Nachrede⁷⁴ zulasten Dritter anerkannt, sofern die Äußerungen Ausdruck besonderen Vertrauens sind und mit einer Weitergabe an Dritte nicht gerechnet werden muss. Diese Zone umfasst neben dem Familienkreis auch ähnlich enge Vertrauensverhältnisse.⁷⁵ Fraglich ist, ob ein solches Vertrauensverhältnis zwischen C und D bestand. Laut Sachverhalt waren beide aber lediglich entfernte Bekannte. Anhaltspunkte, dass beide eine enge Freundschaft verband, bestehen nicht; die bloße Vereinbarung, zusammen eine Straftat zu begehen, reicht hierfür nicht aus, da der Grund für die Einräumung der beleidigungsfreien Zone darin liegt, Menschen einen Freiraum zu geben, sich zu äußern, ohne auf seine Worte achten zu müssen;⁷⁶ eine solche Verbindung wird nicht allein durch die gemeinsame Begehung einer Straftat hergestellt. Eine teleologische Reduktion scheidet somit aus.

Anmerkung: Dieser Prüfungspunkt konnte auch im Rahmen der Rechtfertigung⁷⁷ erwähnt werden; das Eingehen auf einen möglichen Strafbarkeitsausschluss war bei einer entfernten Bekanntschaft nicht zwingend erforderlich, sollte aber positiv honoriert werden; ein Strafbarkeitsausschluss ist hier im Ergebnis gleichwohl nicht vertretbar.

d) C handelte absichtlich; Anhaltspunkte, dass er die ehrverletzende Bedeutung seiner Äußerung nicht kannte,⁷⁸ sind nicht ersichtlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

⁷³ Für die Einordnung der „beleidigungsfreien Zone“ als tatbestandsausschließend spricht sich die h.M. aus, etwa Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 185 Rn. 9a; Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 185 Rn. 17.

⁷⁴ Nicht aber für Taten nach § 187 StGB, vgl. Kargl, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, Vor § 185 Rn. 90.

⁷⁵ BVerfG NJW 2007, 1194 (1195).

⁷⁶ Hilgendorf, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 185 Rn. 13.

⁷⁷ Hilgendorf, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 185 Rn. 14.

⁷⁸ Vgl. Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 185 Rn. 39.

3. Ergebnis

Er hat sich gem. § 185 Alt. 1 StGB wegen Beleidigung strafbar gemacht. Der insoweit nach § 194 Abs. 1 StGB erforderliche Strafantrag wurde nach dem Bearbeitungsvermerk gestellt.

III. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB

Er könnte sich zudem gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit D plante, das Armband aus dem Auto des A an sich zu nehmen und dessen Auto öffnete.

1. Tatbestand

a) C müsste eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Er selbst hat zwar keine infragekommene Handlung vorgenommen, ihm kann aber möglicherweise die Handlung des D zugerechnet werden. Die beiden sind, wie oben A. I. 3. b) bb) festgestellt, Mittäter. Problematisch ist aber, dass zwischen beiden nur die Wegnahme des Armbandes abgesprochen war. Möglicherweise ist C daher nur diese Wegnahme, nicht aber auch die der Geldbörse zuzurechnen. Die Grenze der Zurechenbarkeit ergibt sich aus dem gemeinsamen Tatplan. Solche Beiträge, die nicht mehr von ihm erfasst sind, können dem Mittäter nicht mehr zugerechnet werden, sog. Exzess. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Tatplan sich immer auf ein Geschehen in der Zukunft bezieht und somit nie exakte Handlungsbeschreibungen enthalten kann. Bei der Bestimmung der Reichweite des Tatplans ist daher nur bei wesentlichen Abweichungen von einem Exzess auszugehen.⁷⁹ Fraglich ist, wie die Situation hier zu beurteilen ist. Eine grundsätzlich mögliche nachträgliche Änderung des Tatplans⁸⁰ kommt hier nicht in Betracht, da C von der Wegnahme des Portemonnaies durch D nichts mitbekam. Für eine Zurechnung spricht, dass C und D dem A eine „Lektion“ erteilen wollten und hierunter auch die Entwendung wertvollerer Gegenstände als des Armbandes fallen könnten. Dagegen spricht allerdings, dass C und D das Armband gerade aufgrund von dessen emotionalem Wert für A ausgesucht haben und nicht nach dem Gesichtspunkt des Verkehrswertes, es ihnen also weniger um den eigenen Vermögenszuwachs, sondern mehr um das Armband als solches ging. Daher ist von einem Exzess auszugehen; die Wegnahme des Portemonnaies ist C nicht zurechenbar.

Anmerkung: A.A. mit der Folge der Zurechnung bei entsprechender Subsumtion vertretbar; das Problem des möglichen Exzesses muss aber gesehen werden. Das Problem kann vertretbar auch erst im subjektiven Tatbestand oder, (nur) wenn im Tatbestand darauf hingewiesen wird, dass immerhin eine Sache einvernehmlich weggenommen wurde, im Rahmen der Prüfung des Regelbeispiels angesprochen werden. Sollte ein Exzess verneint werden, müsste im Rahmen des Regelbeispiels zunächst konsequent verfahren werden: wurde die Erfüllung aufgrund des Vorsatzwechsels – wie hier – schon bei D verneint, genügt ein entsprechender Hinweis auch bei C. Wurde § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB bei D angenommen, müsste bei C zusätzlich erörtert werden, dass er nicht quasi-vorsätzlich bezüglich der Wegnahme einer geringwertigen Sache handelte. Die h.M. geht für den vergleichbaren Fall, dass der Täter die weggenommene Sache für geringwertig hält, sie das aber in Wahrheit nicht ist, davon aus, dass § 243 Abs. 2 StGB wegen der objektiv nicht vorliegenden Geringwertigkeit nicht anzuwenden ist (nur ganz besonders aufmerksame Bearbeitende dürften hier dann noch erörtern, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels für den besonders schweren Fall ausscheidet, weil C nicht nur über

⁷⁹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 826.

⁸⁰ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 827.

den Wert der Sache irrt, sondern von der Wegnahme der wertvollen Sache gar nichts wusste; Ausführungen hierzu können aber keinesfalls erwartet werden)⁸¹; die Gegenauffassung geht von einer Anwendbarkeit und damit einer Nicht-Erfüllung des Regelbeispiels aus⁸².

b) C handelte bezüglich des Armbandes vorsätzlich. Da er es seiner Freundin schenken wollte, setzte er sich selbst in einem logischen Durchgangsstadium in die Rolle eines Eigentümers und handelte daher mit Selbstzueignungsabsicht⁸³, die auch objektiv wie subjektiv rechtswidrig ist.

Anmerkung: In den Schenkungsfällen ist auch die Annahme von Drittzueignungsabsicht vertretbar.⁸⁴

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Regelbeispiel

Er könnte auch das Regelbeispiel aus § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB erfüllt haben. Da C aber die Wegnahme des Portemonnaies mangels Erstreckung des Tatplans auf dieses nicht zugerechnet werden kann, greift bei diesem § 243 Abs. 2 StGB ein, sodass die Bestrafung wegen eines besonders schweren Falls nicht in Betracht kommt.

4. Ergebnis

C hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Da der Begriff der Geringwertigkeit in § 248a StGB auszulegen ist wie in § 243 Abs. 2 StGB⁸⁵, das Armband also auch eine geringwertige Sache nach § 248a StGB darstellt, ist nach dieser Norm ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung oder ein Strafantrag des A erforderlich; Letzterer wurde nach dem Bearbeitungsvermerk gestellt.

IV. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

Die Verwirklichung der Qualifikation des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB kommt zum Zeitpunkt des Öffnens des Autos noch nicht in Betracht, da dieser Qualifikationstatbestand voraussetzt, dass das Beisichführen des Mittels schon in der Absicht geschieht, den Widerstand einer anderen Person zu überwinden. Eine entsprechende Absicht hatte C zu diesem Zeitpunkt noch nicht, sodass die Qualifikation des § 244 StGB zu diesem Zeitpunkt nicht erfüllt ist.

Anmerkung: Die Prüfung der Qualifikation war in diesem Tatkomplex noch nicht erforderlich; ihr Fehlen sollte nicht negativ bewertet werden.

⁸¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 243 Rn. 5.

⁸² Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 3 Rn. 48.

⁸³ Vgl. Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 2 Rn. 113.

⁸⁴ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 155.

⁸⁵ Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 248a Rn. 4.

C. Ergebnis zum zweiten Tatkomplex

D hat sich gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

C hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

3. Tatkomplex: Die Entdeckung durch A

A. Strafbarkeit des C

I. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

C könnte sich gem. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB wegen schweren räuberischen Diebstahls⁸⁶ strafbar gemacht haben, indem er sagte, er werde eine Bombe „hochgehen lassen“, wenn A ihn nicht entkommen lasse.

1. Tatbestand

a) Dafür müsste zunächst ein vollendeter, aber nicht beendeter Diebstahl als taugliche Vortat vorliegen. Wie oben (2. Tatkomplex A. I. 1. a)) gesehen, ist der Diebstahl des Armbandes mit dem Herausholen aus dem Auto vollendet. Beendet ist ein Diebstahl, wenn der Täter den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen gefestigt und gesichert hat.⁸⁷ C und D hatten sich zwar bereits mit den Gegenständen vom Auto entfernt, befanden sich aber noch immer in unmittelbarer Nähe des Parkplatzes, auf dem das Auto stand. Sie hatten also noch keine räumliche Distanz zum Auto geschaffen, bei der sie sicher sein konnte, nicht noch gestellt zu werden. Die Tat war daher noch nicht beendet.

Anmerkung: Statt eines räuberischen Diebstahls wurde oftmals ohne nähere Begründung eine räuberische Erpressung geprüft. Hier sollten Studierende darauf achten, den Zeitpunkt des Gewahrsamswechsels genau herauszuarbeiten und bei einem nachfolgenden Einsatz eines Nötigungsmittels an § 252 StGB zu denken.

b) Bei diesem Diebstahl müsste C betroffen worden sein. Das ist jedenfalls der Fall, wenn der Täter sinnlich wahrgenommen wird.⁸⁸ A erkannte, dass C sein Armband trug und zog daraus den Schluss, dass er es aus dem Auto des A entwendet hatte. C war somit betroffen.

c) Dies müsste auch auf frischer Tat geschehen sein. Frisch ist eine Tat, wenn zu ihr im Zeitpunkt des Betreffens noch ein enger örtlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht.⁸⁹ C hatte das Parkhaus, in dem A sein Auto geparkt hat, zwar bereits verlassen, traf aber schon kurz nach dem Ein-

⁸⁶ Zur Bezeichnung vgl. BGH NStZ-RR 2002, 237; *Vogel/Burchard*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 252 Rn. 87.

⁸⁷ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 195a.

⁸⁸ *Sander*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 252 Rn. 11; *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 16 Rn. 7. Die h.M. lässt demgegenüber genügen, dass der Täter einem Betroffenen-Werden durch Anwendung von Nötigungsmitteln zuvorkommt, vgl. *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 252 Rn. 9; zum Streitstand im Ganzen *Vogel/Burchard*, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 252 Rn. 28 ff. Die Meinung, nach der der Betreffende einen Straftatverdacht gegen den Täter hegen muss (*Schnarr*, JR 1979, 314 [315 f.]) ist so vereinzelt geblieben, dass auf sie in der Klausur nicht eingegangen werden muss.

⁸⁹ *Sander*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 252 Rn. 12.

gangsbereich auf A. Die Situation hatte so „gewissermaßen noch Beweiskraft“ für eine Begehung des Diebstahls durch C.⁹⁰ Die Tat war noch frisch.

d) In dieser Situation müsste C ein qualifiziertes Nötigungsmittel angewandt haben; er könnte A mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben gedroht haben. Drohung ist das Inaussichtstellen eines Übels, dessen Eintritt der Drohende als von seinem Willen abhängig darstellt, wobei das Übel in einer gegenwärtigen⁹¹ Gefahr des Eintritts einer nicht ganz unerheblichen Körperverletzung oder des Todes liegen muss.⁹² C kündigte A, von dem er auch betroffen wurde⁹³, an, ihn mittels einer Bombe zu töten, wenn er nicht den Weg freimache. Dass C diesen Erfolg nicht herbeiführen konnte, ist dabei unerheblich, da die Drohung nicht voraussetzt, dass das Übel tatsächlich beigebracht werden kann.⁹⁴ Fraglich ist allerdings, ob es sich auswirkt, dass A erkennt, dass C nur „blufft“ und die Drohung nicht ernstnimmt.

aa) Nach einer Ansicht setzt die Drohung lediglich voraus, dass der Bedrohte sie ernstnehmen soll, nicht aber, dass er sie tatsächlich ernstnimmt.⁹⁵ C sprach die Drohung aus, weil er sich erhoffte, dass A ihn dadurch gehen lassen würde; danach wäre eine Drohung zu bejahen.

bb) Nach einer anderen Ansicht setzt die Drohung zusätzlich voraus, dass sie vom Adressaten tatsächlich ernstgenommen wird, dieser also mit der konkreten Möglichkeit einer Übelszufügung rechnet.⁹⁶ Da A durchschaut, dass C das Übel nicht eintreten lassen kann, scheidet eine Drohung aus.

cc) Da die Meinungen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist ein Streitentscheid nötig. Für die zuerst genannte Ansicht wird angeführt, dass der Raub – und ähnlich auch der räuberische Diebstahl – nur einen Finalzusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme- bzw. Beutesicherungserfolg fordern, der sich objektiv nicht realisieren müsse.⁹⁷ Das Erfordernis der Ernstnahme der Drohung könnte demgegenüber jedenfalls faktisch dazu führen, dass die Tathandlung tatsächlich die (zumindest vorübergehende) Beutesicherung bewirken muss, was dieser subjektiven Ausgestaltung widerspricht. Gegen diese Argumentation spricht allerdings auch auf Basis der Forderung eines bloßen Finalzusammenhangs, dass auch die Gewaltalternative einen objektiven Zwischenerfolg, nämlich die Zwangswirkung beim Opfer⁹⁸, erfordert, ein Gleichlauf mit ihr also einen vergleichbaren Zwischenerfolg bedingen würde, der in der Ernstnahme der Drohung liegt.⁹⁹ Dass dieser Zwischenerfolg bei der Drohung stärker ausgeprägt ist und faktisch möglicherweise in mehr Fällen dazu führen wird, dass sie tatsächlich zum Ziel der Beutesicherung führt, während der Zwischenerfolg der Zwangswirkung gerade gegenüber körperlich überlegenen Opfern weniger aussichtsreich für die Verwirklichung des Ziels sein könnte, ist dabei als struktureller Unterschied zwischen den Nötigungsmitteln hinzunehmen; da nur verlangt wird, dass das Opfer die Verwirklichung der Drohung für möglich hält, wird mit dem Erfordernis aber nicht verlangt, dass die Wegnahme bzw. Beute-

⁹⁰ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 252 Rn. 15.

⁹¹ Näher zu diesem Merkmal Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 249 Rn. 9.1.

⁹² Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 249 Rn. 20 f.

⁹³ Zum Einsatz des Nötigungsmittels gegen Dritte vgl. Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 252 Rn. 5/6.

⁹⁴ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, Vor § 249 Rn. 22.

⁹⁵ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 366, 421; Maier, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 249 Rn. 17.

⁹⁶ BGH NStZ-RR 2016, 45 f.; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, Vor § 249 Rn. 24; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 7 Rn. 18.

⁹⁷ Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 168; für § 249 Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 366.

⁹⁸ Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 364.

⁹⁹ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, Vor § 249 Rn. 24; Vogel/Burchard, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 249 Rn. 33.

sicherung durch das Nötigungsmittel tatsächlich bewirkt werden muss. Für die zweite Meinung spricht zudem, dass nach richtiger, allerdings bestrittener Ansicht sowohl § 249 StGB als auch §§ 253, 255 StGB sich nicht bloß mit der Finalität zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme bzw. Vermögensschaden begnügen, sondern auch hier ein, in den genaueren Anforderungen umstrittener, objektiver Zusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme bzw. Vermögensschaden zu verlangen ist.¹⁰⁰ Die jüngere Rechtsprechung des BGH verlangt für die Vollendung des § 249 StGB zwar keine Kausalität,¹⁰¹ wohl aber eine „raubspezifische Einheit“, die jedenfalls dann vorliege, wenn es objektiv zu einer nötigungsbedingten Einschränkung der Dispositionsfreiheit gekommen ist.¹⁰² Ohne eine Ernstnahme der Drohung fehlte es in der Drohungsalternative bei § 252 StGB allerdings an jedem objektiven Zwischenerfolg dieses Nötigungsmittels; zumindest ein solcher Zwischenerfolg ist aber, um die parallele Strafdrohung des räuberischen Diebstahls zu rechtfertigen, auch hier zu verlangen.¹⁰³ Daher ist der zweitgenannten Ansicht zu folgen; eine Drohung scheidet aus.

Anmerkung: A.A. gut vertretbar. Dann wäre der objektive Tatbestand des § 252 StGB zu bejahen. Bei einer Einstufung der Sporttasche als „Scheinwaffe“ i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB würde sich hier das zusätzliche Problem stellen, ob die Qualifikation bei Erkennen der fehlenden Gefährlichkeit erfüllt wäre; auch einige Vertreter der Ansicht, die bei § 252 StGB eine Ernstnahme der Drohung nicht verlangen, lehnen die Qualität als Scheinwaffe dann ab,¹⁰⁴ andere halten das Erkennen durch das Opfer für unbeachtlich¹⁰⁵. Bei entsprechender Argumentation sind beide Ansichten vertretbar; folgen Bearbeitende der erstgenannten Auslegung, wäre neben dem vollendeten § 252 StGB ggfs. ein versuchter § 250 StGB zu bejahen.

2. Ergebnis

C hat sich nicht gem. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB wegen schweren räuberischen Diebstahls strafbar gemacht.

II. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 22, 23 Abs. 1 StGB

Er könnte sich durch dieselbe Handlung aber wegen eines entsprechenden Versuchs strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Die Tat wurde, wie gerade geprüft, nicht vollendet. Die Strafbarkeit des versuchten räuberischen Diebstahls ergibt sich aus dessen Strafdrohung von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe (vgl. den

¹⁰⁰ Zum Streit vgl. *Kindhäuser/Böse*, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 13 Rn. 11 ff.

¹⁰¹ BGHSt 61, 141 (145).

¹⁰² BGHSt 61, 141 (147 f.); BGH NStZ 2020, 355 (356) im Anschluss an *Albrecht*, *Die Struktur des Raubtatbestandes*, 2011, S. 134 ff.; ablehnend *Wittig*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 5, 2020, § 30 Rn. 78 ff.

¹⁰³ Anders *Albrecht*, *Die Struktur des Raubtatbestandes*, 2011, S. 127, mit Verweis auf den Wortlaut des § 252 StGB.

¹⁰⁴ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 390; implizit auch BGH NStZ 2016, 215 (216).

¹⁰⁵ Jedenfalls für § 244 StGB *Schmidt*, in: *Matt/Renzikowski*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 244 Rn. 8; für § 250 StGB a.F. BGH NJW 1990, 2570.

Verweis in § 252 StGB auf § 249 StGB), durch den die Tat zum Verbrechen wird, § 12 Abs. 1 StGB; der Versuch von Verbrechen ist gem. § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB stets strafbar.

2. Tatentschluss

a) C handelte im Wissen um den begangenen Diebstahl und darum, dass er auf frischer Tat betroffen war. Er glaubte auch, die Drohung werde ihr Ziel erreichen, und handelte somit absichtlich hinsichtlich der Anwendung eines qualifizierten Nötigungsmittels. Er handelte, da es ihm auch darum ging, sich selbst im Besitz des Armbandes zu halten, um dessen Zueignung zu ermöglichen,¹⁰⁶ auch mit Beutesicherungsabsicht.

b) Er könnte auch mit Tatentschluss hinsichtlich der Qualifikation aus § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB gehandelt haben. Die Sporttasche ist kein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB.

Anmerkung: Bearbeitende können auch knapp darauf eingehen, ob es sich bei der Sporttasche um ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB handelt. Einer Sporttasche als Alltagsgegenstand kommt aber keine „Waffenersatzfunktion“¹⁰⁷ zu und C hat subjektiv nicht daran gedacht, sie als Schlagwaffe o.ä. einzusetzen¹⁰⁸; sogar nach der Rechtsprechung, die den Begriff des gefährlichen Werkzeuges sehr weit ausdehnt und alle Gegenstände erfasst, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit geeignet sind, einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen¹⁰⁹, wäre eine Sporttasche nicht erfasst.

Sie könnte aber ein sonstiges Werkzeug oder Mittel i.S.d. lit. b darstellen. C hat die Sporttasche bei sich geführt; dass er den Entschluss zur Verwendung erst während der Tatbegehung fasste, ist unschädlich.¹¹⁰ Fraglich ist also, ob „Scheinwaffen“, also tatsächlich (generell wie nach der Verwendungsabsicht des Täters) ungefährliche Gegenstände, die aber den Eindruck erwecken sollen, zur Beibringung erheblicher Verletzungen geeignet zu sein,¹¹¹ unter den Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB subsumiert werden können.

aa) Nach einer Ansicht ist dies nicht möglich. Vielmehr sei die Alternative dahin auszulegen, dass der Täter auch die sonstigen Werkzeuge oder Mittel in einer Art einsetzen wollen müsse, die mit einer Gefahr für Leib oder Leben des Opfers verbunden sei.¹¹² Ein Tatentschluss hinsichtlich der Qualifikation wäre damit nicht gegeben.

bb) Nach h.M. sind Scheinwaffen hingegen grundsätzlich vom Tatbestand erfasst. Da allerdings auch in diesem Lager konsentiert ist, dass nicht jeder Gegenstand unter den Tatbestand fallen kann, ist fraglich, nach welchen Kriterien eine Abgrenzung vorzunehmen ist. Einigkeit besteht insoweit dahingehend, dass der Qualifikationstatbestand jedenfalls dann nicht erfüllt ist, wenn „die objektive Ungefährlichkeit des Werkzeugs oder Mittels schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild offenkundig auf der Hand liegt“.¹¹³ Unterschiedlich beurteilt wird aber die Frage, ob bei Gegenständen

¹⁰⁶ Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 252 Rn. 7.

¹⁰⁷ Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 4 Rn. 5, 9.

¹⁰⁸ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 4 Rn. 38 ff.

¹⁰⁹ BGHSt 52, 257 (268 f.); BGH NStZ 2012, 571 f.

¹¹⁰ BGH NStZ 2016, 215 (216); Schumann, JR 2016, 339 (341).

¹¹¹ Vgl. Burchard/Vogel, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 250 Rn. 20.

¹¹² Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2023, § 4 Rn. 25.

¹¹³ BGH NStZ 2016, 215 (216).

den, deren äußeres Erscheinungsbild keinen Anlass für Gefährlichkeit, aber auch nicht für Ungefährlichkeit bietet, der Qualifikationstatbestand erfüllt ist.

(1) Ein Teil der Literatur sowie einige ältere Entscheidungen aus der Rechtsprechung des BGH gehen davon aus, dass für die Erfüllung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB erforderlich ist, dass die Mittel aus sich heraus ohne weiteres den Eindruck der Gefährlichkeit hervorrufen können müssen, da andernfalls nicht die Drohung, sondern die Täuschung des Täters im Vordergrund stehe.¹¹⁴ Das gelte auch für den Fall der äußerlich nicht erkennbar ungefährlichen, aber auch nicht den Anschein von Gefährlichkeit hervorrufenden Gegenständen.¹¹⁵ Danach wäre hier nicht von einer Scheinwaffe auszugehen, da die Sporttasche äußerlich wie jede andere Sporttasche wirkt und sich in ihr kein tickender Wecker o.ä. verbirgt.

(2) Der BGH und ein anderer Teil der Literatur gehen davon aus, dass in derartigen Fällen der Qualifikationstatbestand erfüllt sei.¹¹⁶ So verzichtet der BGH in einer jüngeren Entscheidung auf die Einschränkung, das Mittel müsse aus sich heraus gefährlich wirken, und betont vielmehr, es komme allein darauf an, ob der Gegenstand erkennbar ungefährlich sei.¹¹⁷ Dies ist hier nicht der Fall, da für A nicht erkennbar sein sollte, dass sich in der Sporttasche keine Bombe befindet.

cc) Da die Meinungen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist ein Streitentscheid zwischen ihnen erforderlich. Für die erste Ansicht könnte sprechen, dass der Wortlaut der Norm keinen Anlass für eine Einschränkung auf gefährlich wirkende Gegenstände biete.¹¹⁸ Dies kann in teleologischer Hinsicht damit begründet werden, dass entscheidend auf die Wirkung beim Opfer abzustellen sei, die bei verdeckten Gegenständen genauso groß sein könnte wie bei nach ihrem äußeren Erscheinungsbild gefährlichen Gegenständen.¹¹⁹ Dieses Argument überzeugt aber nicht, da damit jedes besonders raffinierte und daher glaubhafte Drohungsverhalten unter den Tatbestand fallen müsste, nicht nur das auf einen existierenden Gegenstand bezogene. Unerklärlich wäre so etwa, weshalb das Gesetz überhaupt das tatsächliche Beisichführen und nicht nur Vortäuschen eines Gegenstandes (etwa eines Sprenggürtels unter der Kleidung¹²⁰) verlangte; insoweit ist die Eignung des Mittels zur Drohung also ein sich aus dem Wortlaut der Norm ergebendes Erfordernis. Andernfalls könnte auch die Jacke, unter der der Zeigefinger des Täters eine Pistole darstellen soll, unter den Tatbestand fallen.¹²¹ Zudem wäre so die ältere Rechtsprechung des BGH etwa im „Labello“-Fall¹²² der Sache nach aufzugeben.¹²³ Gerade diese wollte der Gesetzgeber, auf dessen Willen sich Vertreter der Meinung, dass die Scheinwaffe vom Tatbestand grundsätzlich erfasst ist, maßgeblich stützen,¹²⁴ aber überneh-

¹¹⁴ Verbale Bekenntnisse hierzu etwa in BGH NStZ 2009, 95, und auch in einem dem Sachverhalt entsprechenden Fall: BGH NStZ 2011, 278.

¹¹⁵ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 296; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 8 Rn. 9; *Hecker*, JuS 2011, 757 (759); *Pfuhl*, ZJS 2011, 415 (417 f.); *Schumann*, JR 2016, 339 (340).

¹¹⁶ BGH NStZ 2011, 278; BGH NStZ 2016, 215 (216); *Jäger*, JA 2016, 71 (72); *Maier*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 20.

¹¹⁷ BGH NStZ 2016, 215 (216).

¹¹⁸ BGH NStZ 2016, 215 (216).

¹¹⁹ *Jäger*, JA 2016, 71 (72).

¹²⁰ *Schumann*, JR 2016, 339 (341).

¹²¹ Vgl. *Pfuhl*, ZJS 2011, 415 (418).

¹²² BGH NStZ 1997, 184 f.

¹²³ So auch das Urteil bei Befürwortern der weiten Auslegung: *Jäger*, JA 2016, 71 (72); *Maier*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 250 Rn. 20.

¹²⁴ Vgl. *Sander*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 250 Rn. 42.

men^{125, 126}. Wenn man Scheinwaffen überhaupt unter den Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB subsumieren will, muss man diese daher auf äußerlich gefährlich wirkende Gegenstände begrenzen. C hat den Qualifikationstatbestand nicht erfüllt.

Anmerkung: A.A. gut vertretbar, dann wäre C nach §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar; argumentiert werden könnte auch, dass Scheinwaffen dem Tatbestand unterfallen, aber als minder schwerer Fall i.S.d. § 250 StGB einzuordnen sind¹²⁷. Insgesamt sollte Bearbeitenden hier ein weiter Spielraum bei dem Aufbau des Problems gegeben werden. Entscheidend ist vor allem, dass sie sich vertieft mit der Frage auseinandersetzen, ob eine äußerlich unauffällige Sporttasche eine Scheinwaffe darstellen kann; die Erwähnung der Mindermeinung, nach der die Scheinwaffe gar nicht unter den Tatbestand der Qualifikation fällt, ist nicht zu erwarten, aber positiv zu honorieren.

C handelte ohne Tatentschluss hinsichtlich der Qualifikation.

3. Unmittelbares Ansetzen

Er müsste zur Tathandlung auch unmittelbar angesetzt haben i.S.d. § 22 StGB. Da er alles tat, was der Tatbestand in objektiver Sicht voraussetzt,¹²⁸ ist dies der Fall.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld; kein Rücktritt

Er handelte rechtswidrig und schuldhaft. Ein Rücktritt gem. § 24 StGB kommt nicht in Betracht.

5. Ergebnis

C hat sich gem. §§ 252, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Konstruktiv möglich wäre auch die Prüfung einer (je nach den oben gefundenen Ergebnissen versuchten und/oder qualifizierten) räuberischen Erpressung. Im Ergebnis besteht allerdings Einigkeit, dass eine solche bei verwirklichtem § 252 StGB nicht in Frage kommt, weil es entweder an einem zusätzlichen Vermögensschaden bzw. diesbezüglichem Tatentschluss fehle („Tatbestandslösung“) oder es sich jedenfalls um eine mitbestrafte Nachtat handle („Konkurrenzlösung“);¹²⁹ eine Prüfung war daher nicht erforderlich, eine knappe Darstellung des Problems sollte aber positiv honoriert werden.

Bearbeitende können auch eine Strafbarkeit nach § 239b Abs. 1 Hs. 1. StGB oder § 239a Abs. 1 Hs. 1. StGB¹³⁰ (bzw. einen entsprechenden Versuch) prüfen. Fraglich könnte schon sein, ob C sich wirklich

¹²⁵ Vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 18: „Es wird davon ausgegangen, daß die einschränkende neuere Rechtsprechung des BGH (St 38, 116, 117 bis 119 [„kurzes gebogenes Plastikrohr von ca. 3 cm Durchmesser“]; NStZ 1997, S. 184/185 [„Lippenpflegestift Labello“]) auch bei der Auslegung von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b Beachtung finden wird.“

¹²⁶ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 34.

¹²⁷ Vogel/Burchard, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 250 Rn. 25.

¹²⁸ Zur „Teilverwirklichungsregel“ vgl. Tomiak/Franzke, HRRS 2019, 337 (343 ff.).

¹²⁹ Vgl. Vogel/Burchard, in: LK-StGB, Bd. 13, 13. Aufl. 2022, § 252 Rn. 86.

¹³⁰ Bei der Prüfung des erpresserischen Menschenraubes gem. § 239a StGB stellte sich zusätzlich die Frage, ob es genügt, wenn der Täter eine Sicherungserpressung beabsichtigt. Die Erfassung des räuberischen Diebstahls jedenfalls dürfte vom Wortlaut nicht mehr gedeckt sein, auch wenn die h.M. einen „Raub“ unter das

des A bemächtigt hat bzw. diesbezüglichen Tatentschluss hatte: das Sich-Bemächtigen setzt die Begründung physischer Herrschaft voraus, sodass das Opfer an der freien Bestimmung über sich selbst gehindert ist, woran es fehlt, wenn das Opfer sich dem Täter durch Flucht ohne weiteres entziehen kann.¹³¹ Hier könnte A sich dem C wohl durch Flucht entziehen, da es C nur auf seine eigene Flucht ankam, nicht darauf, A in seine Gewalt zu bringen (man könnte vielmehr sagen, dass C sich aus der Gewalt des A entfernen wollte). Gegen eine solche Argumentation spricht freilich, dass so bereits Erwägungen zur Absicht des Täters in das objektive Tatbestandsmerkmal des Sich-Bemächtigen einfließen und es objektiv allein darauf ankommen sollte, ob der Täter die Hilflosigkeit des Opfers steigert.¹³² Fraglich ist zudem, ob ein Sich-Bemächtigen mit Blick darauf ausscheidet, dass C bloß behauptete, eine Bombe mitzuführen. Das Meinungsspektrum reicht hier von der Annahme, jedes Mittel der Bemächtigung, auch List, genüge¹³³, darüber, dass das Mittel jedenfalls als Scheinwaffe einzustufen sein müsse,¹³⁴ bis zur gänzlichen Ausscheidung von Scheinwaffen aus dem Tatbestand¹³⁵. Jedenfalls aber ist ein Restriktionsbedürfnis der Norm zumindest in Zwei-Personen-Verhältnissen¹³⁶ ganz weitgehend konsentiert. Die Rechtsprechung¹³⁷ versucht diesem Bedürfnis über das Erfordernis einer sog. stabilen Bemächtigungslage zu genügen, die der Täter schaffen und zu einer Erpressung ausnutzen will. Dieser Bemächtigungslage muss insoweit eine eigenständige Bedeutung zukommen, als sich gerade aus ihr eine besondere Drucksituation auf das Opfer ergeben muss; daran soll es fehlen, wenn Bemächtigungs- und Nötigungsmittel zusammenfallen.¹³⁸ Daran fehlt es hier offenkundig, da die Bemächtigungslage bestenfalls einen unerheblichen Zeitraum andauert und Nötigungs- und Bemächtigungsmittel einzig in (derselben) Drohung mit der Sporttasche mit der angeblichen Bombe liegen. Dementsprechend sollte eine Prüfung des § 239b StGB eher kurz ausfallen, wenn sie vorgenommen wird.

III. § 241 Abs. 2 StGB

Daneben könnte C sich durch dieselbe Handlung gem. § 241 Abs. 2 StGB wegen Bedrohung mit einem Verbrechen strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) C müsste A mit der Begehung eines Verbrechens bedroht haben. Bedrohung ist das Inaussichtstellen eines Übels, hier die Begehung eines Verbrechens, auf das der Täter Einfluss zu haben zumindest vorgibt.¹³⁹ Im Gegensatz zum Begriff der Drohung, wie er etwa in § 252 StGB verwendet wird, setzt

Merkmal der „Erpressung“ i.R.d. § 239a StGB subsumiert (ob das möglich ist, hängt im Wesentlichen davon ab, wie man das Verhältnis der §§ 249, 253, 255 StGB bestimmt).

¹³¹ Schluckebier, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 239a Rn. 12; BGHR StGB § 239a Abs. 1 Sichbemächtigen 3.

¹³² Vgl. zu diesem Kriterium etwa *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 10. Aufl. 2022, § 16 Rn. 10.

¹³³ Wohl h.M., etwa *Immel*, Die Gefährdung von Leben und Leib durch Geiselnahme, 2001, S. 251 ff.; *Schluckebier*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 239a Rn. 14; vgl. auch BGH NSTZ 1999, 509.

¹³⁴ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239a Rn. 8.

¹³⁵ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 33.

¹³⁶ Vgl. zur Diskussion um die Übertragung der entwickelten Kriterien auf Drei-Personen-Verhältnisse *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239a Rn. 13d.

¹³⁷ Zu konkurrierenden Restriktionsvorschlägen aus der Literatur siehe die Zusammenfassung bei *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 472.

¹³⁸ BGH NSTZ 2023, 34 f.; grundlegend BGHSt 40, 350 (355 ff.).

¹³⁹ *Valerius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 241 Rn. 3.

die Bedrohung nicht die Ernstnahme durch den Adressaten voraus, solange ihr Erklärungsgehalt objektiv geeignet erscheint, den Eindruck der Ernstlichkeit zu erwecken, wobei für die Beurteilung der Eignung zur Störung des Schutzgutes des individuellen Rechtsfriedens auf einen durchschnittlichen Beobachter abzustellen ist.¹⁴⁰ In der Aussage, in der Tasche befinde sich eine Bombe, die C explodieren lassen könne, ist jedenfalls die Ankündigung enthalten, einen Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB zu begehen, der aufgrund der Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren ein Verbrechen gem. § 12 Abs. 1 StGB ist. Dass hier nicht davon ausgegangen wurde, dass es sich bei der Sporttasche um eine Scheinwaffe handelt, impliziert noch nicht, dass die Drohung für einen durchschnittlichen Beobachter nicht ernstzunehmen war, da sich dieses Urteil auf die Drohungswirkung des Gegenstandes, nicht auf die Handlung des C bezog. Ein durchschnittlicher Beobachter in der Situation des A hätte aufgrund der Spontaneität der Situation und des Zwangs zu einer schnellen Entscheidung durchaus mit einer ernsthaften Drohung rechnen können, auch da sich in der Sporttasche tatsächlich Gegenstände befanden und diese nicht offensichtlich leer war. Es gibt auch keine Anhaltspunkte, dass die Äußerung eine bloße Verwünschung des A in hoher Erregung des C darstellte, da C die Modalitäten der angedrohten Tötung mit einem erwünschten Verhalten des A verknüpft. C hat A daher mit der Begehung eines Verbrechens, das sich gegen A richten sollte, bedroht.

b) C handelte absichtlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Er handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

C hat sich gem. § 241 Abs. 2 StGB wegen Bedrohung mit einem Verbrechen strafbar gemacht.

Anmerkung: Knapp könnte auch noch eine Strafbarkeit des D erörtert werden. In Betracht kommt insoweit eine Strafbarkeit nach §§ 252, 25 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB; für eine Zurechnung der Handlung des C an D im Rahmen einer Mittäterschaft fehlt es aber jedenfalls an einem gemeinsamen Tatplan, da die Anwendung qualifizierter Nötigungsmittel weder abgesprochen war noch von D nachträglich gebilligt wurde.

B. Strafbarkeit des A

I. § 239 Abs. 1 StGB

A könnte sich gem. § 239 Abs. 1 StGB wegen Freiheitsberaubung strafbar gemacht haben, indem er C am Arm festhielt, bis die Polizei eingetroffen ist.

1. Tatbestand

A könnte C, also einen anderen Menschen, auf andere Weise als durch Einsperren der Freiheit beraubt haben. Durch das Festhalten am Arm hat A den C unter vollständiger Aufhebung seiner Fort-

¹⁴⁰ BGH NStZ 2015, 394 (395); zu den insoweit entscheidenden Kriterien näher *Schluckebier*, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 241 Rn. 14.

bewegungsfreiheit daran gehindert, seinen Aufenthaltsort zu verlassen und ihn somit der Freiheit beraubt¹⁴¹. Dies geschah auch für nicht unerhebliche Dauer, da die Polizei laut Sachverhalt erst nach zehn Minuten eintraf. A handelte insoweit absichtlich.

2. Rechtfertigung

Zugunsten des A könnte aber der Rechtfertigungsgrund des § 127 Abs. 1 StPO eingreifen. A hat C auf frischer Tat bei einem Diebstahl bzw. versuchtem räuberischen Diebstahl betroffen. Da C diese Taten tatsächlich begangen hat, ist der Streit darum, ob der bloße Tatverdacht genügt,¹⁴² hier nicht relevant. C müsste auch der Flucht verdächtig gewesen sein. Das ist der Fall, wenn ex ante die Annahme gerechtfertigt erscheint, der Beschuldigte werde sich alsbald ohne ein Festhalten vom Tatort entfernen, um sich der Strafverfolgung zu entziehen.¹⁴³ C hatte sogar bereits versucht, ein Nötigungsmittel einzusetzen, um fliehen zu können, sodass Fluchtverdacht zu bejahen ist. Die Festnahmebehandlung müsste auch erforderlich gewesen sein.¹⁴⁴ Ein milderer Mittel als ein Griff an den Arm, das nicht dazu führt, dass ein Risiko besteht, dass C eine Chance zur Flucht hat, ist nicht ersichtlich. Fordert man, dass die Festnahme subjektiv den Zweck hat, die Strafverfolgung zu ermöglichen,¹⁴⁵ ist auch dies erfüllt. A handelte somit gerechtfertigt.

Anmerkung: Statt einer Rechtfertigung durch § 127 Abs. 1 StPO könnte auch über eine Notwehr des A gem. § 32 StGB nachgedacht werden. Eine Notwehrlage ist unproblematisch gegeben, der Angriff auf das Eigentum des A ist auch insbesondere noch gegenwärtig, da der Diebstahl noch nicht beendet¹⁴⁶ ist (siehe oben A. I. 1. a)). Fraglich ist, ob die Notwehrhandlung des A erforderlich ist, da er C zehn Minuten lang festhält, bis die Polizei eintrifft. Hier könnte man argumentieren, dass A auch eine Herausgabe des Armbandes erzwingen könnte, statt C bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten; das Interesse an staatlicher Strafverfolgung ist kein notwehrfähiges Recht des Einzelnen¹⁴⁷. Allerdings ist zu beachten, dass ein An-Sich-Nehmen des Armbandes durch A mit Risiken für diesen verbunden sein könnte, da C sich hier stärker wehren könnte als bei einem bloßen Festhalten, sodass die Erforderlichkeit durchaus bejaht werden kann; für den Fall einer Prüfung der Notwehr sollte dieses Problem aber erkannt werden. Im Ergebnis ist eine Rechtfertigung durch Notwehr gut vertretbar.

3. Ergebnis

A hat sich nicht gem. § 239 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

C. Ergebnis zum dritten Tatkomplex

C hat sich gem. §§ 252, 22, 23 Abs. 1 StGB sowie gem. § 241 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Fraglich ist, in welchem konkurrenzrechtlichen Verhältnis beide Delikte zu einander stehen. Die vorherrschende

¹⁴¹ Zur Definition siehe *Wieck-Noodt*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 26.

¹⁴² Zum Streit *Böhm*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 127 Rn. 8 ff.

¹⁴³ *Böhm*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 127 Rn. 14.

¹⁴⁴ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 22 Rn. 14 ff.

¹⁴⁵ *Wagner*, ZJS 2011, 465 (476); weniger streng *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, Rn. 337: Wissen um die rechtfertigenden Umstände genügt.

¹⁴⁶ *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 32 Rn. 15.

¹⁴⁷ Vgl. *Kargl*, NStZ 2000, 8 (12); *Kindhäuser*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 32 Rn. 49.

Auffassung geht davon aus, dass auch die versuchte Nötigung und somit auch der versuchte § 252 StGB den vollendeten § 241 StGB verdrängen.¹⁴⁸ Begründet wird das damit, dass es sich bei § 241 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handle, das nach allgemeinen Grundsätzen hinter die Erfolgsdelikte der §§ 240, 249 ff. StGB zurücktrete.¹⁴⁹ Der 4. Senat des BGH hat allerdings jüngst eine Änderung dieser Rechtsprechung angedeutet, da von einer Konsumtion nur ausgegangen werden könne, wenn das Unrecht der Handlung durch einen anderen Deliktstatbestand bereits vollständig erfasst werde.¹⁵⁰ Da der Versuch der §§ 240, 249 ff. StGB nicht notwendig die Vollendung des § 241 Abs. 2 StGB voraussetzt,¹⁵¹ ist aus Klarstellungsgründen von Tateinheit auszugehen.¹⁵²

Anmerkung: A.A. und damit die Annahme von Gesetzeskonkurrenz gut vertretbar. Da die Verdrängung des § 241 StGB durch den Versuch einer Nötigung vor Änderung des § 241 StGB im Jahr 2021 ganz vorherrschender Meinung entsprach, war das Ansprechen des Streits nicht zu erwarten; dann hätte die Prüfung des § 241 StGB deutlich kürzer erfolgen können.

A bleibt straflos.

Gesamtergebnis

A ist strafbar gem. § 263 Abs. 1 StGB.

Für die Strafbarkeit des C ist fraglich, in welchem Verhältnis die §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB und §§ 252, 22, 23 Abs. 1 StGB stehen. Da der Versuch des räuberischen Diebstahls nicht voraussetzt, dass der Diebstahl tatsächlich vollendet wurde,¹⁵³ stehen zur Abbildung des Vollendungsunrechts des § 242 Abs. 1 StGB beide Delikte nicht in Gesetzeskonkurrenz zueinander.¹⁵⁴ Da beide in derselben räumlich-zeitlichen Situation geschehen sind, stehen beide Delikte zusammen mit der Bedrohung mit einem Verbrechen gem. § 241 Abs. 2 StGB in Tateinheit gem. § 52 StGB. Tatmehrheitlich (§ 53 StGB) dazu hat C die Beleidigung gem. § 185 Alt. 1 StGB begangen.

D ist strafbar gem. § 242 Abs. 1 StGB.

¹⁴⁸ Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil I, 10. Aufl. 2022, § 14 Rn. 12; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 241 Rn. 5; Sinn, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 241 Rn. 23.

¹⁴⁹ BGH NStZ 2006, 342.

¹⁵⁰ BGH NStZ-RR 2022, 341; implizit anders der 3. Senat, BGH BeckRS 2022, 17553.

¹⁵¹ Toepel, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 240 Rn. 201.

¹⁵² Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 241 Rn. 16.

¹⁵³ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 252 Rn. 22.

¹⁵⁴ Sander, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 252 Rn. 19; a.A. (Konsumtion, da der versuchte räuberische Diebstahl wenn auch nicht logisch, so doch regelmäßig einen vollendeten Diebstahl voraussetze) Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 252 Rn. 13.

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 16.5.2023 – 3 StR 137/23 (LG Oldenburg)¹

Besonders schwerer räuberischer Diebstahl, versuchte gefährliche Körperverletzung, Rücktritt, Fehlschlag des Versuchs, außertatbestandliche Zielerreichung

1. Ein fehlgeschlagener Versuch schließt die Möglichkeit eines wirksamen, strafbefreienden Rücktritts i.S.d. § 24 StGB aus.
2. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann, ohne dass eine ganz neue Handlungs- und Kausalkette in Gang gesetzt werden muss, und der Täter dies erkennt, oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält.
3. Die „außertatbestandliche Zielerreichung“ und die damit verbundene, vom Täter erkannte Nutzlosigkeit der Tatfortsetzung führt weder zur Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs noch wird dadurch die Freiwilligkeit eines Rücktritts ausgeschlossen.

(Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 252, 250, 223, 224, 22, 24

Akad. Rat a.Z. Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück

I. Entscheidungserheblicher Sachverhalt und Verfahrensgang

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts Oldenburg² „versuchte der Angeklagte, einen Supermarkt zu verlassen, ohne Waren zu bezahlen, die er zuvor in seinen Rucksack verstaut hatte“. Noch im Kassenbereich wurde er von einem Ladendetektiv angesprochen. Der Angeklagte führte ein Messer bei sich, mit dem er „schwungvoll“ in Richtung des Körpers des Ladendetektivs zustach. Dabei verfolgte der Angeklagte das Ziel, sich im Besitz der Beute zu halten und einer Festnahme zu entziehen. Er verfehlte jedoch den Körper des Ladendetektivs, weil dieser zurückwich und nunmehr auf Distanz blieb. Wegen dieser Entfernung konnte der Angeklagte mit seiner Beute fliehen.

Das Landgericht hat den Angeklagten des besonders schweren räuberischen Diebstahls in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung schuldig gesprochen. Auf die Revision des Angeklagten hat der BGH mit dem hier zu würdigenden Beschluss den Schuldspruch geändert, den Strafausspruch aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung an eine andere Strafkammer des Landgerichts Oldenburg zurückverwiesen (siehe § 354 Abs. 2 S. 1 StPO), im Übrigen hat der BGH die Revision (als offensichtlich unbegründet i.S.d. § 349 Abs. 2 StPO) verworfen.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=6e92c6981171268e10ec756cdc172a0f&nr=134135&pos=0&anz=1> sowie veröffentlicht in BeckRS 2023, 17376.

² Diese finden sich zusammengefasst in BeckRS 2023, 17376 Rn. 3.

Der Senat hält die Verurteilung wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung für rechtlich verfehlt, weswegen der Schuldspruch insofern keinen Bestand haben kann. Da im Falle der Tateinheit sich „die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht“ (§ 52 Abs. 2 S. 1 StGB), i.Ü. die tateinheitlich verwirklichten, bei der Wahl des Strafrahmens zurücktretenden Gesetze bei der konkreten Strafzumessung aber strafscharfende Berücksichtigung finden können,³ hat der BGH in der Konsequenz der Korrektur des Schuldspruchs *auch* den Strafausspruch aufgehoben und die Sache zurückverwiesen, § 354 Abs. 2 StPO.⁴

II. Klausurtaktische und gutachterliche (Vor-)Überlegungen

Der mitgeteilte Sachverhalt könnte ohne Weiteres als (Teil einer) Prüfungsaufgabe in der universitären Ausbildung gestellt werden, enthält er doch klassische Probleme des Pflichtfachstoffs aller Bundesländer. Zu prüfen wäre dann insbesondere eine Strafbarkeit des Protagonisten wegen eines besonders schweren räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB i.V.m. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB sowie eine versuchte gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB, wobei die Schwierigkeit dieser Prüfung vor allem die Frage nach einem strafbefreienden Rücktritt betrifft (dazu III.). Tatsächlich springt dieses Rücktrittsproblem ins Auge und stellt die größte Schwierigkeit des Falles dar. Dass die insofern bestehende Komplexität nicht nur für Studierende herausfordernd ist,⁵ zeigt sich an dem Umstand, dass der BGH in dem zu besprechenden Beschluss die rechtliche Würdigung des Landgerichts als rechtsfehlerhaft qualifiziert.⁶ Trotz dieses *Schwerpunkts* sollte nach der grundlegenden gutachterlichen Regel, wonach mit der Prüfung des schwerwiegendsten Delikts zu beginnen ist,⁷ zunächst die Strafbarkeit wegen des besonders schweren räuberischen Diebstahls erörtert werden, weil der Strafrahmens des § 250 Abs. 2 StGB (Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren⁸) deutlich über demjenigen des § 224 StGB liegt (sechs Monate bis zehn Jahre Freiheitsstrafe). Die vorliegende Besprechung wird sich jedoch ausschließlich auf die Rücktrittsproblematik beschränken, was insbesondere auch daran liegt, dass der Beschluss keine weitergehenden Ausführungen zu der Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 252 StGB i.V.m. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB enthält.

III. Strafbarkeit wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung

1. Überblick

Dass der Angeklagte den Tatbestand der versuchten gefährlichen Körperverletzung verwirklichte, ist evident. Insbesondere hatte er zur gefährlichen Körperverletzung i.S.d. § 22 StGB unmittelbar ange-

³ Zur Strafzumessung bei der Tateinheit siehe nur *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl. 2019, S. 184 ff.

⁴ Eine eigene Strafzumessungsentscheidung des BGH, die eine Rückverweisung entbehrlich gemacht hätte, ist im Gesetz in den Konstellationen des § 354 Abs. 1–1b StPO vorgesehen. Der BGH hätte sich grundsätzlich auf die *Ermessensvorschrift* des § 354 Abs. 1a StPO berufen können. Dies setzt nach der Rechtsprechung des BVerfG aber voraus, dass dem Angeklagten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird, um mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vereinbar zu sein. Den Vortrag des Angeklagten müsse das Revisionsgericht berücksichtigen (siehe BVerfG NJW 2007, 2977 ff.; zum Ganzen *Paster/Sättele*, NStZ 2007, 609). Über die Gründe, warum der BGH nicht diesen Weg gegangen ist, sondern die Sache zurückverwiesen hat, lässt sich nur spekulieren.

⁵ *Wörner*, NStZ 2010, 66, spricht von einer „juristischen Brisanz der Sachfrage“.

⁶ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 4.

⁷ *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 8. Aufl. 2020, Rn. 51.

⁸ Diese Angabe ergibt i.V.m. § 38 Abs. 2 StGB einen Strafrahmens von fünf bis 15 Jahren Freiheitsstrafe.

setzt, da er „nach seiner Vorstellung von der Tat“ bereits alles Notwendige getan hatte,⁹ um den Kaufhausdetektiv mittels des Messers körperlich zu misshandeln bzw. an der Gesundheit zu schädigen (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB) und diese Vorstellung nur deswegen nicht realisiert wurde, weil der Detektiv auswich. Die spannende Frage ist vielmehr, ob der Angeklagte i.S.d. § 24 (Abs. 1 S. 1) StGB wirksam vom Versuch der gefährlichen Körperverletzung zurückgetreten ist, indem er nicht nachsetzte, um den Kaufhausdetektiv doch noch zu verletzen, sondern die Flucht antrat. Das mag auf den ersten Blick nicht recht einleuchten, insbesondere weil die Strafbarkeit wegen vollendeten (!) besonders schweren räuberischen Diebstahls vom BGH bejaht wurde. Das vom BGH näher begründete Ergebnis entspricht jedoch der h.M., müsste in der Klausur aber umfangreich diskutiert und begründet werden. Die tragenden Überlegungen seien im Folgenden in Erinnerung gerufen und näher analysiert.

2. Fehlgeschlagener Versuch?

Der BGH stellt zunächst klar, dass der Versuch der gefährlichen Körperverletzung des Angeklagten nicht fehlgeschlagen war.¹⁰

a) Zum Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs

Hintergrund dieser Ausführung ist die h.A., wonach das im Wortlaut des § 24 StGB nicht verankerte Merkmal des Fehlschlags des Versuchs einen wirksamen Rücktritt aus teleologischen Gründen ausschließt.¹¹ Diese Auffassung argumentiert, dass § 24 StGB Konstellationen zugrunde liegen, in welchen der Handelnde zwar davon ausgeht, die Tat vollenden zu können, er aber die weitere Tatausführung freiwillig aufgibt (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB) oder die Vollendung der Tat freiwillig verhindert (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB) oder sich ernsthaft (und freiwillig) darum bemüht, die Vollendung der Tat zu verhindern (§ 24 Abs. 1 S. 2 StGB). Diese Voraussetzungen seien von vornherein nicht realisierbar, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist.¹² Aus diesem Grund prüft die h.M., bevor sie die Voraussetzungen des § 24 StGB analysiert, die (nach ihrer Ansicht) *logisch vorgelagerte Frage*,¹³ ob ein Rücktritt überhaupt in Betracht kommen kann, was voraussetzt, dass der in Rede stehende Versuch nicht fehlgeschlagen ist.¹⁴ Diesen Grundsätzen entspricht die Definition des Fehlschlags im hier besprochenen Beschluss:

⁹ Zur Maßgeblichkeit dieses Kriteriums, das eine Diskussion der unterschiedlichen „Formeln“ zur Abgrenzung von straflosem Vorbereitungs- und strafbarem Versuchsstadium (Jetzt-geht’s-los-Formel, Zwischenakts-, Gefährdungs- und Sphärentheorie etc.) entbehrlich macht, siehe *Krack*, JA 2015, 905 (909).

¹⁰ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 4, 6.

¹¹ Siehe BGHSt 39, 221 (228); 36, 224; BGH NStZ 2023, 482; BGH NStZ 2020, 82; BGH NJW 2015, 2898; BGH NStZ-RR 2006, 168; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 22; *Jäger*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 24 Rn. 11, 13; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 9 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 15. Worin genau der kriminalpolitische/teleologische Grund für das von § 24 StGB vorgesehene Privileg der Straflosigkeit gründet, ist umstr., für die Klausur aber grundsätzlich irrelevant. Für Interessierte sei verwiesen auf *Friester*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 1 ff.; *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 5 ff. m.w.N.

¹² BGH NStZ 2008, 393; *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 11; *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 76.

¹³ Vgl. *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 329 (331 f.).

¹⁴ Siehe die Aufbauhinweise bei *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 14; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 195 ff.

„Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann, ohne dass eine ganz neue Handlungs- und Kausalkette in Gang gesetzt werden muss, und der Täter dies erkennt, oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält“.¹⁵

Dass in dieser Definition auch die objektive Sachlage genannt wird, ist allerdings bei Lichte betrachtet entbehrlich.¹⁶ Wie der zweite Teil des Zitats nämlich belegt, entscheidet *allein* die subjektive Sicht des Handelnden, ob der Versuch fehlgeschlagen ist oder nicht.¹⁷ Nur wenn der Täter subjektiv zu der Ansicht gelangt, die Tat nicht vollenden zu können, ist der Versuch fehlgeschlagen. Umgekehrt steht eine nach objektiven Maßstäben irrümliche Vorstellung, die Tat mit den zur Verfügung stehenden Mitteln vollenden zu können, einem Fehlschlag entgegen.¹⁸ Diese Maßgeblichkeit der subjektiven Perspektive harmonisiert mit dem Fokus auf die subjektive *Vorstellung von der Tat*,¹⁹ die das Unrecht des Versuchs prägt (siehe § 22 StGB), weshalb im deutschen Strafrecht auch der untaugliche Versuch in weitem Umfang strafbar ist (siehe § 23 Abs. 3 StGB).²⁰ Unter anderem die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs belegt also, dass es für den Fehlschlag des Versuchs als (negative) Voraussetzung eines wirksamen Rücktritts nicht auf eine objektive Beurteilungsgrundlage ankommen kann, weil jeder untaugliche Versuch per Definition nicht in der Lage ist, bis zur Vollendung fortzuschreiten, damit stets objektiv fehlgeschlagen ist und niemals rücktrittsfähig wäre – ein vom Gesetz (vgl. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB) nicht vorgesehenes Ergebnis.²¹

Wenn demnach klargestellt ist, dass es für die Frage nach dem Fehlschlag des Versuchs auf die (subjektive) Beurteilungsperspektive des Handelnden ankommt, verbleibt ein weiteres, nunmehr umstrittenes Problem, nämlich dasjenige des maßgeblichen Zeitpunkts für diese Beurteilung.²²

b) Über die Einzelaktstheorie und die Gesamtbetrachtungslehre

Um die Beantwortung dieser Frage konkurrieren im Sinne einer grundsätzlichen Gegenüberstellung zwei verschiedene Ansichten, nämlich einerseits die sog. Einzelaktstheorie, andererseits die Gesamtbetrachtungslehre.²³ Relevant wird dieser Streit vor allem bei der Bewertung mehraktiger Geschehensabläufe, bspw. wenn es X nicht gelingt, das anvisierte Opfer mit einem Schuss aus seinem Gewehr zu töten, er deswegen dazu übergeht, das Opfer zu erwürgen, dann aber aus Mitleid von der Tötung absieht (sog. iterative Tatbegehung).²⁴

¹⁵ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 5. Siehe auch *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 10 Rn. 15.

¹⁶ *Bürger*, ZJS 2015, 23 (24); *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 12.

¹⁷ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 11.

¹⁸ Siehe auch *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 12.

¹⁹ Klarstellend *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 12; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 18; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 109.

²⁰ Zum Ganzen *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2022, § 8 Rn. 62 ff.; *Satzger*, Jura 2013, 1017; *Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021, S. 515 ff., 541 ff.

²¹ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 11. Ausf. zur Abgrenzung von untauglichem und fehlgeschlagenem Versuch *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 77 ff.

²² Siehe *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 57.

²³ Die sog. Tatplantheorie wird heute kaum noch vertreten und soll hier nicht gewürdigt werden, siehe hierzu aber *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 69; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 115 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 34 f.

²⁴ *Bosch*, Jura 2014, 395 (397); *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 16; *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 57.

Die Einzelaktstheorie bewertet jede vom Täter für vollendungstauglich gehaltene Ausführungshandlung als einen eigenständigen Versuch.²⁵ Ein Versuch ist hiernach fehlgeschlagen, wenn diese Vorstellung des Täters enttäuscht wird, er also erkennen muss, dass er mit seiner für vollendungstauglich gehaltenen Handlung die Tat nicht vollenden kann. Wenn der Täter trotz dieser Einsicht es nicht weiter unternimmt, die Tat zu vollenden, liege hierin kein Aufgeben der Tat (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB) und auch keine Verhinderung der Tatvollendung (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB), also kein strafbefreiendes Rücktrittsverhalten.²⁶ Wenn der Täter, nachdem er erkennen musste, dass sein erster Handlungsakt nicht erfolgsträchtig war, einen weiteren Anlauf unternimmt, um die Tat zu vollenden, liege hierin ein weiterer (neuer) Versuch. Im gebildeten Beispielsfall hat X sich also durch den Schuss eines Tötungsversuchs zulasten des Opfers strafbar gemacht, von dem er nicht zurücktreten konnte, weil es sich um einen unumkehrbaren Handlungsakt handelt, der nicht zum Erfolg führte, weswegen der Versuch fehlschlug.²⁷

Die h.M. plädiert demgegenüber für die Gesamtbetrachtungslehre.²⁸ Nach dieser Ansicht ist für die Beurteilung, ob der Versuch fehlgeschlagen ist oder nicht, der Zeitpunkt *nach* der Vornahme der letzten Ausführungshandlung maßgeblich.²⁹ Erkennt der Täter zu diesem Zeitpunkt, dass die von ihm vorgenommene(n) Handlung(en) die Tat zwar nicht vollenden konnte(n), glaubt er aber mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln ohne zeitliche Zäsur die Vollendung noch realisieren zu können, ist der Versuch nicht fehlgeschlagen.³⁰

Folge dieser zeitlichen Perspektive bzw. der Gesamtbetrachtungslehre ist, dass mehrere Einzelakte zu einem einheitlichen Versuch verbunden werden können.³¹

Ein Fehlschlag besteht hiernach nur dann, wenn der Täter zu der Ansicht gelangt, dass er in zeitlicher Nähe mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln die Tat nicht vollenden können wird. Stehen dem Täter jedoch solche Möglichkeiten noch zur Verfügung, „käme dem Unterlassen möglicher Fortsetzungsakte die Bedeutung eines Verzichts auf die weitere Ausführung der Tat zu“.³² In dem gebildeten Beispielsfall würde der Schuss und das anschließende Würgen hiernach zu einem einheitlichen Versuchsgeschehen verklammert werden.

²⁵ Daher rührt die Bezeichnung dieser Ansicht: Jeder einzelne vom Täter für erfolgstauglich gehaltene Handlungsakt sei als ein Versuch zu werten (vgl. *Puppe*, ZJS 2020, 332). Vertreten u.a. von *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82 (88); *ders.*, JuS 1980, 714; *Haas*, ZStW 123 (2011), 226 (247); v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (48 ff.); *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 17; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 28 ff., 45 ff.

²⁶ v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (49 ff.); *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82 (88).

²⁷ *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 329 (344) spricht von einem „nicht mehr revozierbaren Einzelakt“ bzw. Angriffsakt. Siehe auch *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 13.

²⁸ Siehe BGH NStZ 2002, 427 (428); NJW 2003, 1057 (1058); NStZ-RR 2004, 344; 2005, 70; NStZ 2008, 393; NStZ-RR 2009, 230; NStZ 2013, 157; *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 20; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 24 Rn. 7b, 15; *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 60; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 18 ff.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 821; *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1277; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 32 Rn. 7; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 187 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 1018.

²⁹ Siehe die Nachweise in der vorgenannten Fn.

³⁰ Und unbeendet, siehe hierzu *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 18.

³¹ *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 61.

³² *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 17.

c) **Stellungnahme**

Die Argumente zu diesem Streit sind vielfach niedergeschrieben worden,³³ weswegen hier nur an die wichtigsten erinnert sei:

Vertreter der Einzelaktstheorie verweisen darauf, dass die Gesamtbetrachtungslehre die Rücktrittsmöglichkeiten in nicht zu rechtfertigender Weise ausdehnt und insbesondere von dem zufälligen Umstand abhängig macht, ob dem Täter noch weitere Möglichkeiten zur Tatvollendung zur Verfügung stehen.³⁴

Der Gesamtbetrachtungslehre gelinge es damit nicht, das gesetzliche Privileg der Straffreiheit auf ein teleologisch überzeugendes Fundament zu stellen.³⁵ Insbesondere in den Fällen iterativer Tatbegehung sei nicht einzusehen, warum die weiterhin bestehende Möglichkeit zur Tatbestandsvollendung der Strafbarkeit bzgl. des bereits realisierten (Teil-)Akts entgegenstehen sollte.³⁶ Wenn der Täter eine Handlung vornehme, die er für vollendungstauglich hält, entfalle das Strafbedürfnis nicht, bloß weil er eine weitere Verwirklichungshandlung nicht vornimmt, nachdem er realisieren musste, dass „sein Plan nicht aufgegangen ist“. Das durch diesen ersten Akt geschaffene Risiko könne vom Täter nicht mehr beseitigt werden, aber genau das verlange § 24 StGB. Die Gesamtbetrachtungslehre biete dem Täter „fragwürdige Rücktrittsprämien“.³⁷

Das sind gewichtige Überlegungen,³⁸ m.E. kann die Einzelaktstheorie im Ergebnis aber gleichwohl nicht überzeugen. Zu den eher schwachen Argumenten³⁹ für die Gesamtbetrachtungslehre zählt in diesem Zusammenhang der Aspekt des Opferschutzes: Wenn dem Täter das Rücktrittsprivileg und damit die Straffreiheit nicht eröffnet wird, habe er keinen Anlass, das Opfer zu verschonen und Abstand von der Tatausführung zu nehmen. Die Gesamtbetrachtungslehre eröffne in weitem Umfang die Möglichkeit zum Rücktritt und biete so für den Täter einen Anreiz, vom Opfer abzulassen.⁴⁰ Auch der übliche Einwand gegen die Einzelaktstheorie, diese reiße ein einheitliches Geschehen auseinander,⁴¹ setzt das zu Begründende bereits voraus: Es bedarf eines normativen Grundes, warum mehrere Einzelakte rechtlich als ein einheitlicher Versuch zu bewerten sind.⁴²

Dieser normative Grund ist die Vorschrift des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB, insbesondere ihr Wortlaut. Entscheidend ist m.E., dass die Einzelaktstheorie mit § 24 Abs. 1 S. 1 StGB nicht zu vereinbaren ist. Das zeigt sich insbesondere in den Sachverhalten, die diese Ansicht als einen beendeten Versuch

³³ Siehe die Darstellung bei *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 41 ff.; *Bosch*, *Jura* 2014, 395; *Cornelius*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 16 ff.; *Gropp/Sinn*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 115 ff.; *Hoffmann-Holland*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 58 ff.

³⁴ Siehe *Haas*, *ZStW* 123 (2011), 226 (247); v. *Heintschel-Heinegg*, *ZStW* 109 (1997), 29 (48 ff.); *Jakobs*, *JuS* 1980, 714.

³⁵ Siehe *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 17; *Haas*, *ZStW* 123 (2011), 226 (247); *Jakobs*, *ZStW* 104, 82 (89 ff.).

³⁶ *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 14 ff.; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 20.

³⁷ *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 20.

³⁸ So auch *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 19; *Hoffmann-Holland*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 60.

³⁹ Siehe *Bock*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 48; v. *Heintschel-Heinegg*, *ZStW* 109 (1997), 29, 41; *Murmann*, in: *LK-StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 7, 10 ff. 91; *Puppe*, *NStZ* 2015 332 (333).

⁴⁰ *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 207; *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 20; *Krey/Esser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 1293.

⁴¹ *Hoffmann-Holland*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 61; *Bock*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 70; *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 46; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 1016.

⁴² *Murmann*, in: *LK-StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 91. Vgl. zu diesem Vorwurf auch *Puppe*, *ZStW* 132 (2020), 1 ff.

wertet (wie derjenige, der dem zu besprechenden Beschluss zugrunde liegt). Die Anwendung der Einzelaktstheorie führt bei diesen Versuchen regelmäßig zu einem Fehlschlag. Die Einzelaktstheorie verweist solche Versuche in die Vergangenheit, begreift sie als abgeschlossen und (durch ein Rücktrittsverhalten) unumkehrbar.⁴³ Hiergegen ist freilich einzuwenden, dass der hier in Rede stehende Angeklagte die Vollendung der gefährlichen Körperverletzung sehr wohl verhindern konnte, indem er schlicht einen weiteren „Ausführungsakt“ unterlässt. Um ein solches Unterlassen der weiteren Tatausführung mit der Einzelaktstheorie *nicht* als wirksamen Rücktritt zu bewerten, damit diese rechtliche Würdigung also mit dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB vereinbar ist, müsste schon die unumkehrbare/fehlgeschlagene Versuchshandlung die *Tat* i.S.d. § 24 Abs. 1 StGB darstellen.⁴⁴ Wenn als *Tat* i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB nämlich der (beendete) Versuch begriffen wird, dann ist *diese* *Tat* nach Vornahme der entsprechenden Ausführungshandlung vollendet – sodass konsequenterweise deren Vollendung i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB nicht mehr verhindert werden kann und ein Rücktritt ausgeschlossen ist.⁴⁵

Ein solcher Sprachgebrauch ist dem StGB aber fremd, dieses differenziert an mehreren Stellen deutlich zwischen dem Versuch und der Vollendung der *Tat*, siehe §§ 11 Abs. 1 Nr. 6, 23 Abs. 2 StGB und insbesondere § 24 Abs. 1 S. 2 StGB.⁴⁶ Richtig ist demnach, dass mit *Tat* i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB die vollendete *Tat* gemeint ist.⁴⁷ Im Falle des § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB (beendeter Versuch) kann der Täter dadurch zurücktreten, dass er die Vollendung der *Tat* verhindert. Diesem Regelungsmechanismus wird die Einzelaktstheorie nicht gerecht, diese ist also mit dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB unvereinbar.⁴⁸ Dass die Gesamtbetrachtungslehre besser mit dieser Vorschrift harmoniert, zeigt sich insbesondere in den Fällen iterativer *Tat*begehung: Wenn X wie im Beispiel nach nach dem ersten „Einzelakt“ des Schusses und während des Würgens Abstand von der Tötung des Opfers nimmt, dann gibt er i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB *die weitere Ausführung der Tat/des Totschlags auf*, nicht aber war der Versuch des Totschlags nach dem Schuss fehlgeschlagen.⁴⁹

Im Grundsatz führt das Plädoyer für die Gesamtbetrachtungslehre also zu der Konsequenz, dass ein Bewusstsein des Täters von weiteren Möglichkeiten zur Vollendung des *Tat*bestands die Möglichkeiten eines wirksamen, strafbefreienden Rücktritts eröffnet, der Versuch also nicht fehlgeschlagen ist.⁵⁰

⁴³ Deutlich in diesem Sinne *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82 (86). Siehe auch *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 30; sowie *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 17: „Wer eine zur Tötung eines Menschen geeignete Handlung vollständig vornimmt, also zB mit Tötungsvorsatz auf einen anderen schießt, entscheidet sich unwiderruflich dafür, einen Menschen zu töten. Damit liegt – auch wenn er schon bei der Vornahme der Handlung die Notwendigkeit weiterer Ausführungsakte für möglich hielt – das Motivationsunrecht eines versuchten Totschlags in abgeschlossener Form vor. Durch den bloßen Verzicht auf weitere Tötungshandlungen kann dieses Unrecht noch weniger aus der Welt geschafft werden, als durch Maßnahmen zur aktiven Verhinderung der Vollendung“.

⁴⁴ Zu dieser Voraussetzung der Einzelaktstheorie *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 32 Rn. 6; *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 84, 89. In der Sache so deutlich *Rostalski*, in: FS Sancinetti, 2020, S. 635 (639).

⁴⁵ Zu dieser Argumentation v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (42 f.); *Rostalski*, in: FS Sancinetti, 2020, S. 635 (639).

⁴⁶ Ausf. hierzu *Scheinfeld*, Der *Tat*begriff des § 24 StGB, 2006, S. 100 ff., 106; *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 84, 89.

⁴⁷ Siehe aber *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 30 m.w.N.

⁴⁸ *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 84, 89.

⁴⁹ Siehe hierzu *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 314; *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1277; *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 70.

⁵⁰ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 22.

Zuzugeben ist allerdings, dass die Gesamtbetrachtungslehre zu äußerst rücktrittsfreundlichen Ergebnissen führt, die im Einzelfall nicht immer überzeugen mögen.⁵¹ Vor allem in Konstellationen iterativer Tatbegehung wird kontrovers beurteilt, wie ausgeprägt der zeitliche und räumliche Zusammenhang der „Einzelakte“ sein muss, damit diese auf Basis der Gesamtbetrachtungslehre zu einem einheitlichen Lebensvorgang zusammengefasst werden können. Das kann an dieser Stelle nicht vertieft werden,⁵² ist aber für den hier zu besprechenden Beschluss auch von nachrangiger Bedeutung, weil sich ein weiterer Ausführungsakt des Angeklagten in der konkreten Situation leicht vorstellen lässt. Der Angeklagte hätte in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe dem Kaufhausdetektiv „nachsetzen und weiter auf ihn [] einwirken können“.⁵³ Richtigerweise nutzt der BGH diese Überlegung, um einen Fehlschlag des Versuchs zu verneinen.⁵⁴

d) Zur Berechtigung einer eigenständigen Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs

Wie klargestellt, erkennt die h.M. die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs an, die als (negatives) Tatbestandsmerkmal vor der eigentlichen Prüfung der Voraussetzungen des § 24 StGB zu erörtern sei. In der Literatur existieren allerdings auch Stimmen, die die eigenständige Bedeutung dieses Instituts leugnen, vielmehr seien ausschließlich die eigentlichen Voraussetzungen des § 24 StGB zu prüfen.⁵⁵ Das ist insbesondere ein für die Klausur vollkommen irrelevanter Streit⁵⁶ (auf den man deshalb auch keine Zeit verschwenden sollte). Die Meinungsverschiedenheit ist vielmehr durch die bloße Wahl des jeweiligen Prüfungsaufbaus ohne nähere Erklärung (schlüssig) zu entscheiden. In der Sache ist die dargelegte Problematik – egal welcher Aufbau gewählt wird – gleichwohl zu erörtern (nur eben auf unterschiedlichen Stufen der Prüfung). Wer die vorgelagerte Frage des Fehlschlags des Versuchs nicht analysieren will, müsste den Streit zwischen Einzelakts- und Gesamtbetrachtungslehre im Rahmen der Abgrenzung des Versuchsstadiums führen⁵⁷ – und würde i.Ü. zum gleichen Ergebnis kommen.⁵⁸ Auch für diese Abgrenzung kommt es auf die individuelle Betrachtung des Täters an, umstritten ist nur wiederum der Zeitpunkt, der für diese Beurteilung maßgeblich ist:⁵⁹ Ist es der Zeitpunkt bei Vornahme der Ausführungshandlung (so die Einzelaktstheorie) oder derjenige nach der letzten Ausführungshandlung (so die Gesamtbetrachtungslehre)?⁶⁰

⁵¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 24 Rn. 6; Hinz, JR 2022, 510 (515); Puppe, NStZ 2015, 332 f.; Ruppert, JR 2018, 88 (90 ff.). Überlegungen zur Reform des § 24 StGB finden sich u.a. bei Bock, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 49.

⁵² Siehe hierzu BGH NStZ 1994, 535; BGH NStZ 2006, 685; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 16; Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 61 f.; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 199, jeweils m.w.N.

⁵³ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 6.

⁵⁴ Klarstellend BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 6 f.

⁵⁵ Bock, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 67 (entsprechender Prüfungsaufbau a.a.O. Rn. 56); Bürger, ZJS 2015, 23 (29); v. Heitschel-Heinegg, ZStW 109 (1997), 29 (34, 36); Scheinfeld, JuS 2002, 250 (251); Gössel, GA 2012, 65 (71); Fahl, GA 2014, 453; Schroeder, NStZ 2009, 9 (10); hiergegen Roxin, NStZ 2009, 319.

⁵⁶ Siehe Engländer, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 13: Vom „fehlgeschlagenen Versuch kann man nicht zurücktreten, weil in den entspr. Fällen die gesetzlichen Rücktrittsvoraussetzungen nie erfüllt sind“ – Hervorhebung getilgt. Ausf. und lehrreich auch Wörner, NStZ 2010, 66 ff.

⁵⁷ Wer i.Ü. den Fehlschlag diskutiert und sich in diesem Zusammenhang für eine der beiden Theorien entscheidet, hat damit bereits die Weichen für die anschließende Prüfung des Versuchsstadiums gestellt. Es gilt in diesem Zusammenhang unbedingt, logische Widersprüche zu vermeiden!

⁵⁸ Siehe auch Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 1038 ff.

⁵⁹ Siehe nur Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 24, 26; Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 133 ff.

⁶⁰ Siehe Gropp/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 118 ff.; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 818 ff., 826.

Bei der Würdigung des dem zu besprechenden Beschluss zugrunde liegenden Sachverhalts würde man mit der Gesamtbetrachtungslehre demnach auf den Zeitpunkt nach der letzten Ausführungshandlung abstellen. Maßgeblich ist hiernach der sog. Rücktrittshorizont.⁶¹ Der Angeklagte hatte zu diesem Zeitpunkt realisiert, dass er noch nicht alles zur Vollendung der Tat vorgenommen hatte, weswegen der Versuch unbeendet war, sodass der Angeklagte durch bloßes Aufgeben der Tat gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB vom Versuch zurücktreten konnte.⁶² Für die Einzelaktstheorie, die auf den Zeitpunkt bei Vornahme der Handlung abstellt, lag ein beendeter Versuch vor: Der Angeklagte hatte nämlich beim Ausholen mit dem Messer geglaubt, den Kaufhausdetektiv zu treffen. Für einen wirksamen Rücktritt hätte er also die Vollendung verhindern müssen, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB. Das aber kann und konnte er nicht: Die Vollendung wurde bei Lichte betrachtet nicht von ihm verhindert, sondern weil der Kaufhausdetektiv auswich. Das ist kein Rücktrittsverhalten des Angeklagten. Im Ergebnis verläuft damit die rechtliche Würdigung auf Basis beider Ansichten in identischen Bahnen, ganz gleich, ob der Fehlschlag des Versuchs den Voraussetzungen des § 24 StGB vorgelagert geprüft wird oder nicht.

Wer allerdings die vorgelagerte Prüfung des Fehlschlags des Versuchs prüft, muss unbedingt auf konsequentes Vorgehen achten: Es ergibt keinen Sinn, den Fehlschlag mittels der Gesamtbetrachtungslehre abzulehnen, für die Bestimmung des Versuchsstadiums aber auf die Einzelaktstheorie abzustellen.⁶³ Insbesondere um dieser Gefahr widersprüchlicher Ausführungen zu begegnen, rate ich persönlich – entgegen der h.M. – von der vorgelagerten Prüfung des Fehlschlags ab und empfehle, die Prüfung strikt an § 24 StGB zu orientieren – so spart man sich auch, ein weiteres (i.E. entbehrliches) Rechtsinstitut zu lernen.⁶⁴

Für den hier zu würdigenden Sachverhalt bedeutet das zusammengefasst, das auf Basis der vorzugswürdigen Gesamtbetrachtungslehre der Versuch (nicht fehlgeschlagen und) unbeendet war. Die Anforderungen für das maßgebliche Rücktrittsverhalten ergeben sich daher aus § 24 Abs. 1 Alt. 1 StGB. Indem der Angeklagte nicht unmittelbar zu einem weiteren Stich ansetzte, sondern floh, gab er i.S.d. § 24 Abs. 1 Alt. 1 StGB die weitere Ausführung der Tat grundsätzlich auf (zur Problematik der außertatbestandlichen Zielerreichung sogleich).⁶⁵

e) Klausurtaktischer Hinweis: Der Obersatz

Der Streit zwischen Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre ist sicherlich ein *Klassiker* in strafrechtlichen Klausuren und sollte beherrscht werden. Notwendig hierfür ist nicht nur ein Über-

⁶¹ Siehe BGHSt 31, 170; 33, 295 (299); 39, 221 (227); BGH NStZ 2015, 26; BGH NStZ-RR 2015, 8; BGH NStZ 2014, 396. *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 18.

⁶² Siehe BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 6.

⁶³ *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 826; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 49. Siehe auch *Hinz*, JR 2022, 510 (514); sowie *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 19: Gesamtbetrachtungslehre findet zur Abgrenzung von fehlgeschlagenem/rücktrittsfähigem und beendetem/unbeendetem Versuch „gleichermaßen Anwendung“ (siehe auch a.a.O. Rn. 32).

⁶⁴ So auch *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 20; *Petersen*, Jura 2002, 105 (107); *Scheinfeld*, JuS 2002, 250; *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 866 ff. *Schroeder*, NStZ 2009, 9 (10) qualifiziert die vorgelagerte Prüfung des fehlgeschlagenen Versuchs als *unnötige Verkomplizierung*. *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 67 führt aus, die Prüfung des *gesetzesfernen* Begriffs des Fehlschlags sei „mindestens überflüssig, gar methodisch schädlich“. Tendenziell auch *Puppe*, ZJS 2020, 332 („Stattdessen sollten wir vom Wortlaut des Gesetzes ausgehen, unter den wir unseren Fall ja subsumieren wollen. Da stellt sich dann die Frage, was ist i.S.v. § 24 StGB die Tat, die der Täter aufgeben muss.“). Siehe auch *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 5. Aufl. 2023, § 21 Rn. 6: „Im Gesetz ist von einem fehlgeschlagenen Versuch nirgends die Rede“.

⁶⁵ Klarstellend BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 6 f.

blick über einen komplizierten Streitstand, sondern auch ein Bewusstsein dafür, dass die für richtig gehaltene Lösung nach den Regeln der Gutachtentechnik richtig umgesetzt wird. Wenn in Sachverhalten iterativer Tatbegehung nach der für richtig erachteten Lösung mehrere „Einzelakte“ mittels der Gesamtbetrachtungslehre zu einem einheitlichen Versuch verbunden werden sollen, muss diese Konsequenz schon bei der Formulierung des Obersatzes beachtet und umgesetzt werden.

Beispiel: „Indem X auf O schoss und anschließend würgte, könnte er sich eines versuchten Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. § 22 StGB strafbar gemacht haben“.⁶⁶

Wer umgekehrt die Einzelaktstheorie für richtig hält, darf eben nur einen solchen Einzelakt im Obersatz benennen – und muss mehrere Prüfungen anstellen. Es zeigt sich in dieser Konstellation, wie wichtig es ist, vor Beginn der Reinschrift eine Lösungsskizze anzufertigen, denn schon bei Formulierung des Obersatzes muss das „Ergebnis feststehen“.

3. Außertatbestandliche Zielerreichung?

Während für Vertreter der Einzelaktstheorie ein Rücktritt des Angeklagten im hier relevanten Sachverhalt allein deswegen nicht Betracht kommt, weil der Versuch fehlgeschlagen bzw. beendet war und es an einem § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB genügenden Rücktrittsverhalten mangelt,⁶⁷ tut sich auf Basis der Gesamtbetrachtungslehre ein weiteres Problem auf. Die Rede ist von den Auswirkungen einer sog. außertatbestandlichen Zielerreichung, die in der Literatur häufig auf Basis der sog. Denkkettelfälle diskutiert wird,⁶⁸ aber auch im hier relevanten Sachverhalt einschlägig ist. Vordergründige *Motivation* des Angeklagten für das Ausholen mit dem Messer war es, sich „im Besitz der Beute zu halten und einer Festnahme zu entziehen“.⁶⁹ Diese Ziele sind mit Blick auf den subjektiven Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung i.S.d. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB irrelevant. Der subjektive Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung wird ausschließlich durch den Vorsatz ausgefüllt (§ 223 StGB i.V.m. § 15 StGB). Gegenstand des Vorsatzes wiederum sind ausschließlich die objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllenden Tatumstände (§ 16 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 StGB). Erforderlich ist also der Vorsatz, einen anderen Menschen mittels eines gefährlichen Werkzeugs körperlich zu misshandeln oder an der Gesundheit zu schädigen – nicht mehr, nicht weniger. Warum eine Person diesen Vorsatz hat, ist Frage des (für den Vorsatz irrelevanten) Motivs.⁷⁰ Dieses Motiv ist also tatbestandsextern und wird vom Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung nicht vorausgesetzt.

⁶⁶ Klarstellend *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 322 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 74 ff.

⁶⁷ Siehe *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 26; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 32 Rn. 29; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 60.

⁶⁸ Zum Ganzen *Bott*, Jura 2008, 753; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 38 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 58 f. Die hier angestellten Überlegungen betreffen ganz allgemein die Konstellation, dass sich für den Täter die Verwirklichung des Tatbestands als sinnlos erweist. Das ist bspw. auch dann der Fall, wenn er nach dem unmittelbaren Ansetzen zur Tat realisiert, dass er sein außertatbestandliches Ziel nicht erreichen können wird. Zum Ganzen *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 196.

⁶⁹ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 3.

⁷⁰ Lesenswert zur Differenzierung von Vorsatz und Motiv *Krack*, JA 2015, 905 (907). Anzumerken ist freilich, dass das Ziel des Angeklagten, sich im Besitz der Beute zu halten, für die überschießende Innentendenz der Besitz-erhaltungsabsicht relevant ist, die einen Teil des subjektiven Tatbestands des § 252 StGB darstellt. Es gilt also, darauf zu achten, dass die Anforderungen des Vorsatzes bzw. des subjektiven Tatbestands stets nur tatbestandsabhängig gebildet werden kann, hierzu auch BGHSt 39, 221 (230).

Nun ergibt sich aber das (verallgemeinerungsfähige) Problem, dass der Angeklagte sein außertatbestandliches Ziel/Motiv erreicht hatte: Er konnte den Besitz der gestohlenen Waren behaupten, sich einer Festnahme entziehen und fliehen. Weil er dementsprechend seinen eigentlichen (außertatbestandlichen) Plan realisieren konnte, hätte es, so ließe sich argumentieren, überhaupt keinen Sinn ergeben, einen weiteren Versuchsakt zur Vollendung der gefährlichen Körperverletzung vorzunehmen. Auf Basis einer solchen Betrachtung ließe sich das Ablassen von dem Kaufhausdetektiv nicht als honorierungswürdigen, strafbefreienden Rücktritt qualifizieren.

Das ist die Position, die sich insbesondere in der Literatur großer Beliebtheit erfreut, aber auch der älteren Rechtsprechung zugrunde lag.⁷¹ Die Begründungen für diese das Rücktrittsrecht begrenzende Ansicht unterscheiden sich im Einzelnen.⁷² Der BGH argumentierte, dass bei außertatbestandlicher Zielerreichung nicht mehr von einem „honorierbaren Verzicht“ die Rede sein könne.⁷³ Vor allem Stimmen aus der Literatur verweisen darauf, dass der Täter, der sein Ziel erreicht habe, nichts mehr i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB aufgeben könne.⁷⁴ Auch wird argumentiert, dass die Erreichung des außertatbestandlichen Handlungsziels eine Zäsur darstellt, sodass die Vornahme einer weiteren Ausführungshandlung einen erneuerten Tatentschluss erfordert, was einen neuen Versuch begründet.⁷⁵

Seit einer Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* von 1993⁷⁶ steht die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass die außertatbestandliche Zielerreichung die Rücktrittsmöglichkeit nicht ausschließt.⁷⁷ Der BGH bezieht sich im hier zu besprechenden Beschluss explizit auf die Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* um darzulegen, dass die Möglichkeit des Rücktritts von der versuchten gefährlichen Körperverletzung nicht an der außertatbestandlichen Zielerreichung scheitert.⁷⁸ Für diese Ansicht lässt sich vor allem der Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB anführen. Das Aufgeben bezieht sich nach dieser Vorschrift ausschließlich auf die Tat im materiellrechtlichen Sinn, d.h. auf die Tat, wie sie in ihrem jeweiligen Tatbestand des Besonderen Teils umschrieben ist.⁷⁹ Deswegen postuliert der *Große Strafsenat für Strafsachen* mit Recht:

⁷¹ Siehe BGH NSTz 1990, 77 (78); BGH NJW 1991, 1189; *Bürger*, ZJS 2015, 23 (30); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 38 f.; *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 28; *Jäger*, JA 2015, 149 (151); *Puppe*, NSTz 1990, 433 ff.; *Otto*, Jura 1992, 423 (430); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 58 ff.; *Schall*, JuS 1990, 623 (630); *Scheinfeld*, JuS 2002, 253 f.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 835 ff.

⁷² Siehe *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 200.

⁷³ BGH NSTz 1990, 77 (78).

⁷⁴ v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (31); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 40; *Otto*, Jura 1992, 423 (430); *Puppe*, ZIS 2011, 524 (529); *Rudolphi*, JZ 1991, 525 (527); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 62.

⁷⁵ *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 28; *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 203.

⁷⁶ BGHSt 39, 221.

⁷⁷ BGH StV 2020, 83 ff.; BGH NSTz-RR 2019, 271; BGH NSTz 2016, 720; BGH NSTz 2014, 105; BGH NSTz 2011, 629; BGH NSTz-RR 1996, 195 f. Aus der Literatur *Beckemper*, JA 2003, 203 (206 f.); *Brüning*, ZJS 2011, 93 (95); *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 24 Rn. 9b; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 139 ff.; *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 87; *Hoven*, JuS 2013, 403 (404); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 62; *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1293; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 32 Rn. 31; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 1047.

⁷⁸ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 9.

⁷⁹ Dies betont auch *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 75.

„Auf weitergehende, außertatbestandsmäßige Beweggründe, Absichten oder Ziele stellen weder der die Strafbarkeit des Versuchs begründende § 22 StGB noch der spiegelbildlich dazu Strafbefreiung durch Rücktritt ermöglichende § 24 StGB ab“.⁸⁰

Aus welchen Gründen der Täter von der weiteren Tatausführung Abstand nimmt und ob diese ethisch hochwertig sind, ist hiernach irrelevant.⁸¹

Der BGH orientiert sich also streng am Wortlaut des § 24 StGB und verlangt beim unbeeendeten Versuch eine bloße Abstandnahme von der weiteren Tatausführung, nicht aber einen „honorierbaren Verzicht“.⁸² Dieser in weitem Umfang rücktrittsfreundliche Standpunkt mag unter teleologischen („kriminalpolitischen“) Gesichtspunkten kritisierbar sein, aber er ist auch nach meiner Auffassung so im Gesetz angelegt.⁸³

Wo die vorgenannte Problematik dogmatisch zu verorten bzw. im Gutachten zu diskutieren ist, ist umstritten. Vielfach wird bei außertatbestandlicher Zielerreichung ein Fehlschlag des Versuchs diskutiert,⁸⁴ nach a.A. sei das Aufgeben der Tat i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB⁸⁵ zu problematisieren oder die Freiwilligkeit⁸⁶. Wer den Prüfungspunkt des Fehlschlags in seinem Aufbau vorsieht, kann die außertatbestandliche Zielerreichung unter diesem Punkt erörtern.⁸⁷ Möglich ist es auch, die Diskussion unter dem Prüfungspunkt des Aufgebens der weiteren Tatausführung zu führen.⁸⁸ So ist auch zu verfahren, wenn man die vorgelagerte Stufe des Fehlschlags nicht prüft, wofür hier geworben wurde (siehe IV. 2. d)).

Zusammengefasst konnte der Angeklagte wirksam vom Versuch der gefährlichen Körperverletzung durch seine Flucht, die sich rechtlich als Aufgeben der weiteren Tatausführung i.S.d. § 24 Abs. 1 Alt. 1 StGB darstellt, zurücktreten. Weder war sein Versuch fehlgeschlagen, noch verhinderte die außertatbestandliche Zielerreichung das Aufgeben der Tat.

IV. Zusammenfassung

Die Entscheidung bewegt sich in den Bahnen der üblichen Rechtsprechung. Aus den dargelegten Gründen ist ihr m.E. zuzustimmen, diese umfangreiche Anmerkung hat aber illustriert, wie umstritten und wie komplex die rechtliche Würdigung verläuft. Studierende tun gut daran, sich mit dieser klassischen Problematik, die recht leicht in einem Sachverhalt „versteckt“ werden kann, vertraut zu machen.

⁸⁰ BGHSt 39, 221 (230).

⁸¹ *Bülte*, ZStW 122 (2010), 550 (573); *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, 24 Rn. 27. Allg. *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 56.

⁸² Klarstellend BGHSt 39, 221 (230).

⁸³ Siehe auch *Bülte*, ZStW 122 (2010), 550 (572 f.); *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 75.

⁸⁴ So *Roxin*, JuS 1981, 1 (3 ff.); *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 27 f.

⁸⁵ So *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 40 f.; *Bock*, JuS 2006, 606; *Scheinfeld*, NSTZ 2006, 131 (142); *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 837; *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 318.

⁸⁶ So *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 21.

⁸⁷ So bspw. *Bock*, JuS 2006, 605 f.

⁸⁸ So *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 79.

Buchrezension

Behrends, Okko: *Römisches Recht, Von den Anfängen bis heute*, Atticus Verlag, Göttingen 2022, 299 S., 18 € (Softcover), 29 € (Hardcover).

Vors. Richter am Landgericht Dr. Alexander Neumann, Berlin*

Heute gibt man sich modern, spricht Englisch. Ein Tätigkeitsfeld von Rechtsanwälten ist die due diligence, an juristischen Fakultäten gibt es law clinics, deutsche Gerichte verhandeln ggf. in englischer Sprache¹. Alles berechtigt. Die Antike will da nicht so richtig ins Bild passen, wirkt verstaubt. Zu Recht? Verneinen würde diese Frage der Verfasser des hier besprochenen Lehrbuchs, *Okko Behrends*, der von 1975 bis zu seiner Emeritierung im Jahr 2007 als Nachfolger von *Franz Wieacker* – neben *Max Kaser* und *Wolfgang Kunkel*² einer der drei herausragenden Romanisten des 20. Jahrhunderts³ – Inhaber des Lehrstuhls für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte in Göttingen war und dessen Fokus insbesondere auf der Erforschung der Geschichte des römischen Rechts und der Freilegung seiner Tiefenschichten liegt.⁴ Zu diesem Zweck werden neben den einschlägigen juristischen Quellen immer wieder auch nichtjuristische Werke, insbesondere diejenigen Ciceros, herangezogen. Der von ihm entwickelte Ansatz ist von seinen Schülern *Martin Avenarius* (Köln), *Cosima Möller* (Berlin) und *Rudolf Meyer-Pritzl* (Kiel) aufgegriffen und fortgeführt worden. Sein „Römisches Recht“, das aus einem vorlesungsbegleitenden Skript hervorgegangen ist, stellt gewissermaßen die für ein breiteres Publikum zugängliche Summe seiner Bemühungen um die Geschichte des römischen Rechts dar.

Ausweislich des Untertitels hat das Buch den Anspruch, die Geschichte des römischen Rechts von den Anfängen bis hinein in die Gegenwart darzustellen. Nach Gedanken zur Rezeption des römischen Rechts (allmähliche Übernahme des römischen Rechts seit dem Mittelalter) in Teil I werden in Teil II unter dem Titel „Grundlagen des römischen Rechts“ die Königszeit (bis 510 v. Chr.), die Republik (bis 27 v. Chr.) und das Prinzipat (bis ca. 250 n. Chr.) behandelt. Ein Herzstück des Buchs ist die Darstellung der konzeptionellen Grundlagen der vorklassischen Jurisprudenz (nach dem Ende einer archaischen Phase bis 82 v. Chr., S. 74 ff.) und der im Jahr 82 v. Chr. einsetzenden klassischen Jurisprudenz (S. 87 ff.)⁵ sowie die Darstellung des Fortwirkens dieser Konzepte in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen (S. 108 ff.). Bereits seit der Wende zum dritten vorchristlichen Jahrhundert habe, so *Behrends*, das griechische Denken erheblichen Einfluss auf das römische Recht ausgeübt. Die Begegnung mit dem griechischen Denken sei vor allem in den Tugendgottheiten greifbar, namentlich in der für die Treue

* Der Verf. ist Vorsitzender einer Zivilkammer am Landgericht Berlin und nebenamtliches Mitglied des Gemeinsamen Juristischen Prüfungsamts der Länder Berlin und Brandenburg.

¹ So etwa die internationalen Kammern beim LG Berlin, <https://www.berlin.de/gerichte/landgericht/das-gericht/zustaendigkeiten/internationale-kammern/artikel.1034131.php> (14.9.2023). Die „Nachfrage“ kann derzeit als eher überschaubar bezeichnet werden.

² Erinnerungen an ihn bei *Wesel*, *Wozu Latein, wenn man gesund ist?*, 2022, S. 53, 57 ff., 62 ff.

³ Zu *Behrends* und diesen drei etwa *Wesel*, *FAZ* v. 15.8.2005, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/rezensionen/sachbuch/ein-leben-fuer-das-roemische-recht-1259658.html> (14.9.2023); zu Letzteren auch *ders.*, *Wozu Latein, wenn man gesund ist?*, 2022, S. 64 f.

⁴ Siehe beispielsweise die beiden Bände *Institut und Prinzip*, 2004.

⁵ Herkömmlich lässt man die Klassik – wohl zu Unrecht – mit dem Prinzipat des Augustus (27 v. Chr. bis 14 n. Chr.) beginnen.

zum gegebenen Wort stehenden Gottheit Fides, der zu Ehren um 250 v. Chr. auf dem Kapitol ein Tempel gegründet worden sei. Für das vorklassische Denken sei die Philosophie der Stoa prägend gewesen. Aus einem mythischen Goldenen Zeitalter sei der Gedanke eines naturrechtlichen, alle Menschen berechtigenden und nach dem Vertrauensprinzip in Anspruch nehmenden *ius gentium* entstanden, das von dem Zivilisationsrecht der einzelnen Bürgerschaften unterschieden worden sei (*ius proprium/ius civile*). Während es nach einem frühen vorklassischen Verständnis ausreichend gewesen sei, gegebene Zusagen einzuhalten, um den Geboten der Göttin Fides Rechnung zu tragen, und es keine Verpflichtung der Magistratur zu sozialpolitischem Handeln zugunsten der Bürger gegeben habe, habe in einer späteren Phase – durch die von *Pomponius* in seiner „Rechtsgeschichte“ aus dem 2. Jahrhundert n. Chr. als *fundatores* (Gründer) bezeichneten Juristen⁶ – eine Umgewichtung stattgefunden (ab der zweiten Hälfte des 2. Jahrhunderts v. Chr.). Statt der Betonung des Eigennutzes sei nunmehr in allen Verantwortlichkeit begründenden Näheverhältnissen der Fremdnützlichkeits der Vorrang eingeräumt worden. Der Beginn der klassischen Phase der römischen Jurisprudenz sei dann durch das Gedankengut der skeptischen Akademie entscheidend beeinflusst worden. Sie habe über den Philosophen *Philon von Larissa* unter anderem auf den Juristen *Servius Sulpicius Rufus* eingewirkt, der im Zuge der sullanischen Restauration federführend den Text des klassischen Edikts (Rechtsschutzverheißungen des Prätors, die er zu Beginn seiner einjährigen Amtszeit auf dem Forum Romanum auf einer Tafel vor seinem Amtlokal bekannt gab) redigiert habe. Nach skeptischer Lehre sei es nicht möglich gewesen, die Dinge – nach Art der Stoiker – naturrechtlich als „Wahres“ zu erfassen, sondern nur nach dem sich zeigenden Äußeren (Evidenz/Empirie). Kurzum: Die Menschen müssen sich selbst klare Regeln geben. Die verschiedenen Konzepte hätten dann in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen der Sabinianer und Prokulianer fortgewirkt. Das ist aus meiner Sicht (nach wie vor) der bisher überzeugendste Ansatz, um die Existenz dieser Rechtsschulen zu erklären.

In Teil III, der der Person, dem Vermögen (Erbrecht und Eigentum; Schuldrecht, hier lernt man auch die Stipulation als „Mutterfigur der Obligation“ kennen) sowie dem Prozessrecht gewidmet ist, kommt *Behrends* immer wieder auf die unterschiedlichen Konzepte zurück. An geeigneten Stellen werden auch Bezüge zum BGB hergestellt.

Es ist klar, dass eine Darstellung des römischen Rechts, die einen Umfang von lediglich knapp 300 Seiten hat, nicht erschöpfend sein kann. Daran ändern auch die online zur Verfügung gestellten informativen „Glossen“⁷ mit vertiefenden Erläuterungen im Umfang von 30 Druckseiten nichts. Zur Bürgerschaft etwa wird der Leser eine Darstellung finden, die nur knapp eine Seite umfasst. Die Vermittlung von Detailwissen wird allerdings erkennbar nicht angestrebt. Vielmehr geht es *Behrends* um die verständliche Darstellung von Grundlagen unter besonderer Berücksichtigung konzeptioneller Unterschiede. Der Student, der sich vertiefter mit dem römischen Recht beschäftigen will, wird daher, um sich unentbehrliche Einzelheiten anzueignen, zusätzlich andere Literatur heranziehen müssen, etwa das vorzügliche, von *Max Kaser* begründete, von *Rolf Knütel* und sodann *Sebastian Lohsse* fortgeführte Lehrbuch „Römisches Privatrecht“⁸. Dabei ist natürlich zu berücksichtigen, dass jedes Lehrbuch das römische Recht nur „durch die Brille“ seines jeweiligen Verfassers darstellt. In der eingangs angesprochenen lingua franca: History is what historians do. Wer wirklich in die Materie „einsteigen“ will, wird nicht umhinkommen, sich mit dem überlieferten Quellenmaterial zu beschäftigen. Einen ersten – und für Studenten erschwinglichen – Zugang bieten die Institutionen des ost-

⁶ D. 1,2,2,39 = Buch 1 der Digesten, Titel 2, Fragment 2, § 39. Die Digesten sind der zweite Teil des Corpus Iuris Civilis. Das ist ein in den Jahren 530–533 n. Chr. entstandenes Gesetzgebungswerk.

⁷ Auffindbar unter <https://atticupub.eu/glossen-zum-romischen-recht-von-o-behrends> (14.9.2023).

⁸ *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021.

römischen Kaisers *Justinian*, die in einer zweisprachigen Ausgabe vorliegen.⁹ Es handelt sich um ein Anfängerlehrbuch, das den ersten Teil des *Corpus Iuris Civilis* bildet. Wer die einschlägigen Quellen sichtet, wird feststellen, dass das Material nicht selten dürftig ist. Oft kann es daher nur um eine Annäherung an die historische Wahrheit gehen.

Gigantismus prägt die Gegenwart. Wahre Größen aber waren die römischen Juristen, deren Denken, wie man bei *Behrends* nachlesen kann, unser Recht, vor allem unser Privatrecht, noch heute beeinflusst. Um es richtig zu erfassen, ist die Kenntnis des römischen Rechts mindestens hilfreich. Das römische Recht ist aber auch eine hervorragende Denkschule für Juristen. Dazu der Schweizer Rechtsgelehrte *Friedrich Ludwig von Keller* (1799–1860):

„[...] das Studium [des römischen Rechts] soll unseren Sinn bilden und uns befähigen, unseren heutigen Rechtsstoff theoretisch und praktisch ebenso tüchtig zu verarbeiten und zu bemeistern, wie es den römischen Juristen mit dem ihrigen gelungen ist!“¹⁰

Es gibt daher keinen Grund, das römische Recht in der universitären Ausbildung zum Auslaufmodell werden zu lassen.

Von den römischen Juristen kann man – und das gilt nicht zuletzt auch für unsere obersten Gerichte – mindestens noch eines lernen: Kürze (auch wenn man es dabei natürlich nicht so auf die Spitze treiben sollte, wie sie es oft getan haben).

Hier ist nicht der Ort, um inhaltliche Einzelheiten von *Behrends'* Lehrbuch zu diskutieren. Demjenigen, der das Wagnis eingehen will, über den Tellerrand hinauszuschauen und sich mit den historischen Grundlagen unserer Privatrechtsordnung zu beschäftigen, sei *Behrends'* gut lesbares „Römisches Recht“ aber unbedingt ans Herz gelegt. Auf dem gesättigten Lehrbuchmarkt hebt es sich wohlthuend ab. Dem Buch ist zu wünschen, dass es eine große Leserschaft findet.

⁹ *Knütel u.a.*, *Corpus Iuris Civilis, Die Institutionen, Text und Übersetzung*, 4. Aufl. 2013.

¹⁰ *Pandektenvorlesungen*, Bd. 1, 2. Aufl. 1866 (postum), S. XVI.

Buchrezension

Koch, Jens: Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., C.H. Beck, München 2021, 481 S., 32,00 €.

*Stud. iur. Can Degistirici, Düsseldorf**

I. Einleitung

Das Gesellschaftsrecht gehört jedenfalls in seinen Grundzügen in allen Bundesländern zu den Gegenständen der staatlichen Pflichtfachprüfung der Ersten Juristischen Staatsprüfung.¹ Darüber hinaus wird das Gesellschaftsrecht an den Universitäten im Rahmen des Schwerpunktbereichsstudiums angeboten. Das Rechtsgebiet umfasst ein breites Spektrum an Teilrechtsgebieten. Viele davon werden von *Koch* in diesem Werk behandelt, namentlich das Kapital- und Personengesellschaftsrecht, Vereinsrecht, Umwandlungsrecht, Konzernrecht und europäische Gesellschaftsrecht. *Jens Koch* hat dieses von *Uwe Hüffer* begründete Werk ab der 8. Auflage fortgeführt und neu bearbeitet. Es gehört zu der Schriftenreihe der Juristischen Schulung und wird von dem *Autor* selbst als Studienbuch bezeichnet.²

II. Zum Inhalt

Das Werk ist in sechs Abschnitte aufgeteilt. Zu Beginn stellt der *Autor* kurz die Grundlagen des Gesellschaftsrechts dar. Dabei wird auf die Regelungsaufgaben des Rechtsgebietes eingegangen und die Unterschiede zwischen Personen(handels-)gesellschaften und Körperschaften dargestellt.

Im zweiten und dritten Teil werden zu einem Großteil das Recht der Personen(handels)gesellschaften dargestellt. Der zweite Teil behandelt dabei die Grundform der Personen(handels)gesellschaften, die GbR. Im dritten Teil widmet sich der *Autor* neben der stillen Gesellschaft und der Partnerschaft, hauptsächlich den handelsrechtlichen Personengesellschaften. Aufgrund seiner besonderen Examensrelevanz im Rahmen des gesellschaftsrechtlichen Prüfungstoffes, stellt das Werk insbesondere das Recht der Personen(handels)gesellschaften ausführlich dar. Jeweils am Ende der dazugehörigen Kapitel geht das Werk auf den am 20.4.2020 veröffentlichten Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) ein. Dabei wird dem Leser ein kurzer Überblick über die Änderungen durch die Reform gewährt. Diese sind hilfreich, um ein Grundverständnis über die Reform zu entwickeln. Weil das MoPeG am 1.1.2024 in Kraft treten wird,³ ist zu erwarten,

* Der *Autor* ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht von Prof. Dr. Rupprecht Podszun an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 3 JAPrO (Baden-Württemberg); § 18 Abs. 2 Nr. 2 lit. b, c JAPO (Bayern); § 3 Abs. 4 Nr. 1 lit. c JAO (Berlin); § 3 Abs. 4 Nr. 1 lit. c BbgJAO (Brandenburg); § 14 Abs. 3 S. 1 JAPG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 15 Var. 2, Nr. 23 lit. e, Nrn. 24, 25 Prüfungsgegenstände-Verordnung (Bremen); § 12 Abs. 1 S. 1 HmbJAG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Prüfungsgegenständeverordnung (Hamburg [Geltung ab dem 1.1.2024]); § 7 S. 1 Nr. 2 lit. g JAG (Hessen); § 11 Abs. 2 Nr. 1 lit. d JAPO M-V (Mecklenburg-Vorpommern); § 16 Abs. 1 Nrn. 9, 10, 11 NJAVO (Niedersachsen); § 11 Abs. 2 Nr. 4 JAG NRW (Nordrhein-Westfalen); § 1 Abs. 2 Nr. 1 JAPO i.V.m. Anlage 1 JAPO A. IV. (Rheinland-Pfalz); § 8 Abs. 2 Nr. 5 JAG (Saarland); § 14 Abs. 3 Nr. 5 SächsJAPO (Sachsen); § 14 Abs. 2 Nr. 2 lit. b JAPrVO (Sachsen-Anhalt); § 3 Abs. 3 Nr. 3 JAVO (Schleswig-Holstein); § 14 Abs. 2 Nr. 2 lit. c ThürJAPO (Thüringen).

² *Koch*, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021, V.

³ BGBl. I 2021, S. 3482.

dass die nächste Auflage bereits vollständig das reformierte Recht der Personen(handels)gesellschaften darstellen wird. Hervorzuheben ist zudem die Darstellung des Rechts der Partnerschaften, das in einigen Bundesländern zu dem Prüfungsstoff der staatlichen Pflichtfachprüfung gehört.⁴

Anschließend widmet sich das Werk dem Recht der Körperschaften. Im Rahmen dessen geht der *Autor* auf das Vereins- und Aktienrecht sowie auf das GmbH-Recht ein. Verstärkt behandelt werden die Kapitalgesellschaften. Bezüglich des vierten Teils ist anzumerken, dass das Aktienrecht, obwohl es nicht zu den Gegenständen der staatlichen Pflichtfachprüfung der Ersten Juristischen Staatsprüfung gehört, neben dem GmbH-Recht ebenfalls vertieft dargestellt wird.⁵ Das Vereinsrecht wird dagegen im Werk lediglich in Grundzügen dargestellt.⁶ Dies reicht jedoch insbesondere für die Darstellung der examensrelevanten Themen, wie die Gründung und die Organe des Vereins, aus.

Im fünften Teil werden rechtsformübergreifende Probleme des Gesellschaftsrechts behandelt: Die GmbH & Co. KG, das Konzernrecht und Umwandlungsvorgänge. Hier stellt der *Autor* die jeweiligen Grundlagen der Teilrechtsgebiete dar. Statt einer vertieften Darstellung der Themen, schafft das Werk ein Grundverständnis für die jeweiligen Teilrechtsgebiete.

Zuletzt wird sich dem Gesellschaftsrecht mit internationalem Bezug gewidmet. Zunächst setzt sich das Werk mit der Niederlassungsfreiheit und der Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts auseinander. Nach der Bildung dieser Grundlagen werden die relevantesten europäischen Rechtsformen – die EWIV und die SE – dargestellt.

Im gesamten Werk veranschaulicht der *Autor* seine Ausführungen durch Kurzfälle, bei denen die Falllösung unmittelbar an den Sachverhalt anschließt. Die Kurzfälle schärfen den Blick des Lesers auf den Transfer des vermittelten Wissens auf die Fallbearbeitung. Dies wird von dem *Autor* durch hilfreiche Anmerkungen für die Klausurbearbeitung ergänzt. Die Anmerkungen beziehen sich dabei auf die Frage, wie ein Klausursteller ein bestimmtes Fallproblem in die Klausur einbaut und worauf der Fallbearbeiter für eine erfolgreiche Falllösung achten muss. Ferner werden im Werk Hinweise gegeben, wie die Praxis bestimmte Fallprobleme löst. Damit erhält der Leser einen erweiterten Blick auf die Thematik, welche über die universitäre Ausbildung hinausgeht.

III. Fazit

Das Buch behandelt eine große Anzahl an gesellschaftsrechtlichen Themen. Dabei stellt es die jeweiligen Rechtsformen kurz und verständlich dar. Besonders hervorzuheben sind die Beispielfälle, die das Verständnis des Lesers für das dargestellte Thema verstärken. Vertieft behandelt das Lehrbuch die Gegenstände der staatlichen Pflichtfachprüfung der Ersten Juristischen Staatsprüfung, namentlich das Recht der Personen(handels-)gesellschaften und das Recht der GmbH. Das Lehrbuch ist als Grundwerk für die Erarbeitung des gesellschaftsrechtlichen Prüfungsstoffes zu empfehlen. Dabei ist zu unterstreichen, dass für Examenskandidaten nicht die vollständige, sondern nur die Lektüre der für das Examen relevanten Bereiche, ausreichend ist. Dazu gehören das Recht der Personen(handels-)gesellschaften, das Vereinsrecht, das Recht der GmbH sowie die europäischen Grundfreiheiten mit gesellschaftsrechtlichem Bezug.

⁴ Vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 3 JAPro (Baden-Württemberg); § 14 Abs. 3 S. 1 JAPG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 24 Prüfungsgegenstände-Verordnung (Bremen [Geltung ab dem 1.1.2024]); § 12 Abs. 1 S. 1 HmbJAG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 7 lit. b Prüfungsgegenständeverordnung (Hamburg [Geltung ab dem 1.1.2024]); § 11 Abs. 2 Nr. 1 lit. d JAPO M-V (Mecklenburg-Vorpommern); § 16 Abs. 1 Nr. 10 NJAVO (Niedersachsen); § 8 Abs. 2 Nr. 5 lit. b JAG (Saarland).

⁵ Dazu gehört bspw. die Finanzverfassung der GmbH.

⁶ Koch, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021, V.

Koch: Gesellschaftsrecht (*Degistirici*)

Für Studierende, die sich im gesellschaftsrechtlichen Schwerpunktbereichsstudium befinden, ist die Heranziehung dieses Werks für ein breites Grundverständnis des Gesellschaftsrechts zu empfehlen. Dieses schafft der *Autor* durch die Darstellung von verschiedenen Teilrechtsgebieten des Gesellschaftsrechts und ihre europäischen Bezüge. Der Preis i.H.v. 32,00 € ist aufgrund der Abdeckung einer breiten Spanne an Teilrechtsgebieten und der ausführlichen Behandlung der examensrelevanten Gegenstände des Gesellschaftsrechts angemessen.

Historia magistra iuris – Erfahrungsbericht zum 15. Frankfurt Investment Arbitration Moot Court

*Stud. iur. Luise Behring, Stud. iur. Marie Hervol, Stud. iur. Max Hopp, B.A.,
Stud. iur. Bernhard Ingenlath, B.A., München*

Literatur zu Moot Courts als Bestandteil der juristischen Ausbildung gibt es reichlich.¹ Ziel dieses Beitrags ist es, Besonderheit und Konzept des Frankfurt Investment Arbitration Moot Courts vorzustellen (I.), einen Überblick über den tatsächlichen wie rechtlichen Gegenstand der diesjährigen Auflage zu geben (II.) und einen konkreten Eindruck vom Ablauf und den Anforderungen des Wettbewerbs zu vermitteln (III.). Die Autorinnen und Autoren vertraten 2023 die Ludwig-Maximilians-Universität München und erreichten den zweiten Platz. Sie hoffen, mit dem Beitrag die Bekanntheit des Wettbewerbs im deutschsprachigen Raum zu steigern und Interessierte zur Teilnahme zu motivieren.

I. Besonderheit und Konzept des Wettbewerbs	1157
II. The Salt of the Matter – Gegenstand der 15. Auflage	1158
1. Da mihi historiam... – der Sachverhalt	1158
2. ... dabo tibi ius – Auswahl zentraler Rechtsprobleme	1159
a) Investitionsbegriff	1159
b) Res iudicata	1160
c) Zulässigkeit menschenrechtlicher Widerklagen	1160
d) Staatennachfolge in Investitionsschutzverträge	1161
III. Der Wettbewerb	1161
1. Vorbereitungsphase	1161
2. Die internationalen Runden in Frankfurt.....	1162
3. Mögliche Erfolgsfaktoren	1163
IV. Fazit	1163

I. Besonderheit und Konzept des Wettbewerbs

Der Frankfurt Investment Arbitration Moot Court gilt als der älteste und renommierteste studentische Wettbewerb auf dem Gebiet des Investitionsschutzrechts. Er findet seit 2008 jährlich in Frank-

* Die Autorinnen und Autoren studieren allesamt Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU). *Luise Behring* ist dort Hilfskraft am Lehrstuhl für Völkerrecht und Öffentliches Recht. *Marie Hervol* ist Hilfskraft in einer auf Schiedsverfahren spezialisierten Kanzlei. *Max Hopp* ist Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Kirchenrecht sowie Deutsches Staats- und Verwaltungsrecht, und an der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. *Bernhard Ingenlath* ist Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie.

¹ Vgl. bloß die entsprechenden Beiträge in dieser Zeitschrift: *Lorenzmeier/Indlekofer*, ZJS 2010, 574; *Kleis*, ZJS 2012, 299; *Eitel*, ZJS 2021, 686.

furt am Main statt und wird von der Kanzlei Aurelius Cotta um die Schiedsexpertin *Sabine Konrad* gemeinsam mit dem Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie veranstaltet. Das Teilnehmerfeld besteht aus zwei- bis vierköpfigen Teams und ist ausgesprochen international.

Im Vorfeld des Moot Courts werden keine vollständigen Schriftsätze, sondern lediglich „Skeleton Arguments“, das sind Kurzzusammenfassungen der Argumentationsstränge zu den Problemschwerpunkten des Falls, ausgearbeitet. Der Wettbewerb konzentriert sich daher auf die mündlichen Verhandlungen. Die Teams vertreten jeweils Kläger und Beklagte, wobei die Plädoyers im Wechsel in englischer Sprache vorzutragen sind.

Simuliert wird ein Verfahren, in dem ein privater Investor auf Grundlage eines bilateralen Investitionsschutzabkommens Ansprüche gegen einen Staat geltend macht. Der Sachverhalt ist traditionell um historische Ereignisse gewoben, die von der Gerichtsrede des Isokrates gegen den berühmten athenischen Bankier Pasion („Trapezitikos“) aus dem 4. Jhd. v. Chr. über mittelalterliche Dokumente aus der Geniza der Ben-Esra-Synagoge in Fustat bis hin zu einem der größten Geldfälschungsskandale der Geschichte durch Alves dos Reis im Portugal der 1920er-Jahre reichen.² Die Fälle zielen auf aktuelle investitionsrechtliche Probleme ab, die auf Grundlage des heute geltenden Rechts zu behandeln sind. Gleichwohl können historische Rechtsinstitute, -meinungen und -dokumente eine tragende Rolle spielen. Die Besonderheit des Frankfurt Investment Moot Courts gründet damit in der Kombination der Geschichte des internationalen Handels mit dem modernen Investitionsschutzrecht, einem der sich am schnellsten entwickelnden und dynamischsten Gebiete des internationalen Rechts.³

II. The Salt of the Matter – Gegenstand der 15. Auflage

Diese Verschränkung von Geschichte und Recht wird im Folgenden anhand des Sachverhalts und einiger ausgewählter zentraler Rechtsprobleme des 15. Frankfurt Investment Arbitration Moot Courts exemplifiziert.

1. Da mihi historiam... – der Sachverhalt

Der diesjährige Fall basierte auf dem historischen Streit zwischen den römischen publicani und der Stadt Priene in der Provinz Asia zur Zeit der Bürgerkriege (130 v. Chr. bis 30 v. Chr.). Bei den publicani handelte es sich um einflussreiche Angehörige des Ritterstandes, die, vergleichbar mit heutigen Public Private Partnerships (PPP), im Auftrag des Staats privatwirtschaftlich tätig waren und sich dazu teilweise in Gesellschaften (societates publicanorum) zusammenschlossen.⁴ Der eigentliche Grund für den Streit lässt sich aufgrund der bruchstückhaften Quellenlage nicht mehr rekonstruieren. Für die Zwecke des Moot Courts wurde davon ausgegangen, dass es bei dem Streit darum ging, ob die Salzpflanzen in Priene unter einen Konzessionsvertrag fielen.

Der in Rede stehende Konzessionsvertrag wurde zwischen den römischen Censoren und dem Vertreter (manceps) einer societas publicanorum in einer öffentlichen Auktion geschlossen. Kurz nach Laufzeitbeginn der Konzession schickten die publicani ihre Sklaven zur Übernahme des Salzpflanzen-

² Die Beispiele sind dem Internetauftritt des Frankfurt Arbitration Moot Courts entnommen, abrufbar unter <https://www.investmentmoot.org/> (5.9.2023).

³ *Stone Sweet/Grisel*, *The Evolution of International Arbitration*, 2017, S. 1: „The development of international arbitration as an autonomous legal order [...] comprises one of the most remarkable stories of institution building at the global level over the past century.“

⁴ *Andreu*, in: *Cancik/Schneider/Landfester*, *Der Neue Pauly*, abrufbar unter https://referenceworks.brillonline.com/entries/der-neue-pauly/*-e1014020 (5.9.2023).

betriebs nach Priene. Dem widersetzten sich jedoch offizielle Funktionsträger der Stadt Priene, worauf der Konflikt eskalierte. Infolgedessen kamen mindestens ein Sklave des in Priene gelegenen Tempels der Athene und ein Sklave auf Seiten der publicani ums Leben.

Hintergrund des Konflikts war die Auflösung des Königreichs Pergamon 133/129 v. Chr. Dessen König Attalos hatte sein gesamtes Reich und königliches Vermögen der Römischen Republik vermacht. Priene, zuvor Teil Pergamons, nun Teil der römischen Provinz Asia, hatte im Zuge der Auflösung den Status einer freien Stadt erlangt. Zudem hatte Attalos einem nicht unumstrittenen (fiktiven) Dokument zufolge die Salzpflanzen dem Tempel der Athene in Priene geschenkt. Darauf berief sich Priene, wohl mit dem Argument, dass durch die Schenkung die Salzpflanzen nicht in das römische Staatsvermögen übergegangen seien, den Zensoren damit keine Verfügungsbefugnis über die Salzpflanzen zugestanden habe und folglich die publicani keinen Anspruch auf deren Betrieb hätten. Die Streitigkeit gelangte schließlich vor den römischen Senat, der zugunsten von Priene entschied. Den publicani wurde somit der Betrieb der Salzpflanzen untersagt.

Kläger im zu verhandelnden ICSID-Schiedsverfahren war Titus Pomponius, ein römischer Kleininvestor. Dieser hatte mit den publicani eine rückgrifflose Projektfinanzierung („non-recourse loan“) vereinbart. Bei einer rückgrifflosen Projektfinanzierung kann der Kreditgeber typischerweise den Schuldendienst nur aus den Erträgen des Projekts erhalten; ein weitergehender Rückgriff, etwa auf die Vermögenswerte der Schuldner, ist dabei ausgeschlossen. Angesichts der ausfallenden Erträge sah sich Titus Pomponius nun faktisch seiner Finanzierung beraubt und damit indirekt enteignet. Auf Grundlage eines fiktiven Kodizils im Testament von Attalos und eines ebenso fiktiven bilateralen Investitionsschutzvertrages zwischen Rom und Pergamon (kurz: BIT) ersuchte er das ICSID-Sekretariat um Einleitung eines Schiedsverfahrens.

2. ... dabo tibi ius – Auswahl zentraler Rechtsprobleme

Insgesamt neun Problemkomplexe waren von jedem Team jeweils aus Investoren- und Staatenperspektive vorzubereiten. Diese betrafen Fragen der Zulässigkeit der Klage, zu denen die jeweiligen Vorträge von Titus Pomponius und Priene sowie der Römischen Republik abgedruckt waren. Im Folgenden werden vier rechtliche Problemkomplexe skizziert.

a) Investitionsbegriff

Für die Zuständigkeit eines ICSID-Schiedsgerichts ist eine Streitigkeit über eine Investition erforderlich. Es stellte sich die Frage, ob die rückgrifflose Projektfinanzierung durch Titus Pomponius den Anforderungen an eine Investition genügt.

Nach der aus der schiedsgerichtlichen Praxis zu Art. 25 Abs. 1 ICSID-Konvention⁵ hervorgegangenen, restriktiven Definition liegt eine Investition vor, wenn diese (i) auf Dauer angelegt ist, (ii) einen regelmäßigen Profit erwarten lässt und mit ihr (iii) ein gewisses unternehmerisches Risiko sowie (iv) ein substantielles Engagement des Investors, das die wirtschaftliche Entwicklung des Gaststaates fördert, einhergehen (sog. Salini-Test).⁶

⁵ Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18.3.1965, UNTS 575, S. 159, BGBl. II 1969, S. 371 (kurz: ICSID-Konvention).

⁶ ICSID, Decision on Jurisdiction v. 23.7.2001 – ARB/00/4 (Salini v. Morocco), Rn. 52; *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, 5. Aufl. 2021, Rn. 596; zu den Einzelheiten *Schill/Schreuer/Sinclair*, in: Schreuer, Commentary on the ICSID Convention, 3. Aufl. 2022, Art. 25 Rn. 235 ff.

Demgegenüber enthielt das BIT einen weiten Investitionsbegriff: Demnach sind auch Portfolioinvestitionen umfasst, worunter sich – anders als unter den Salini-Test – die rückgrifflose Projektfinanzierung ohne Schwierigkeiten subsumieren lässt.

Dieser Konflikt zwischen engem und weitem Investitionsbegriff war aufzulösen, wobei die Beklagtenseite für eine kumulative Anwendung beider Definitionen, die Klägerseite für die bloße Anwendung der Definition aus dem BIT zu plädieren hatte. Zur Komplexität des Problems trug bei, dass es laut dem Vortrag der Beklagtenseite dabei auf die Charakterisierung des Konzessionsvertrages nach römischem Recht (*emptio venditio* oder *locatio conductio*) ankam.⁷

b) *Res iudicata*

Priene berief sich zur Abwehr der Klage unter anderem auf die Entscheidung des römischen Senats, dass die Salzpflanzen nicht den *publicani* zustünden. Diese habe eine sperrende *res iudicata*-Wirkung gegenüber Titus Pomponius entfaltet. Zu diskutieren war somit, ob die Senatsentscheidung unter die etablierten Voraussetzungen der Anwendbarkeit des *res iudicata*-Grundsatzes erfüllt: Erstens muss die angeführte vorherige Entscheidung final und nicht nur provisorisch gewesen sein, zweitens müssen *petitum*, *causa petendi* und *persona* beider Streitigkeiten identisch sein (sog. dreifacher Identitätstest).⁸ In diesem Kontext war zu erörtern, inwiefern sich eine zwischen zwei Streitparteien (hier den *publicani* und der Stadt Priene) ergangene Entscheidung gegenüber Dritten, die mittelbar zu einer der beiden Streitparteien gehören (hier der Investor Titus Pomponius), auswirkt.⁹ Vorgelagert war dem Problemkomplex die historische staatsorganisationsrechtliche Frage, ob den Entscheidungen des Senats überhaupt rechtliche Bindungswirkung oder lediglich politische Bedeutung beizumessen ist.

c) Zulässigkeit menschenrechtlicher Widerklagen

Aufgrund der Tötung des Sklaven des Tempels der Athene im Zuge der Auseinandersetzung mit den *publicani* erhob die Stadt Priene eine menschenrechtliche Widerklage. Damit war eines der strittigsten Problemfelder des Investitionsschutzrechts Gegenstand der Verhandlungen: Braucht es in Abkehr vom traditionell asymmetrischen Zugang zu Schiedsgerichten, der Investoren privilegiert, die Möglichkeit menschenrechtlicher Widerklagen für die Gaststaaten? Lassen sich Menschenrechte in eine investitionsrechtliche Streitigkeit dogmatisch vertretbar integrieren? Sind Investoren als nicht-staatliche Akteure an menschenrechtliche Verpflichtungen gebunden? Sind Investitionsschiedsgerichte ein geeignetes Forum für die Durchsetzung von Menschenrechten? Diese Fragestellungen sind seit dem ICSID-Schiedsspruch im Fall *Urbaser v. Argentina* 2016 virulent. Argentinien hatte aufgrund einer vermeintlichen Verletzung des Menschenrechts auf Wasser Widerklage erhoben. Zum ersten Mal befand ein Schiedsgericht eine derartige Widerklage für zulässig, wenn auch im konkreten Fall für unbegründet.¹⁰ Neben einer hinreichenden Sensibilisierung für die völkerrechtspolitische

⁷ Zu *emptio venditio* und *locatio conductio* siehe *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, §§ 52, 53; zur Einordnung der Rechtsbeziehungen zwischen *societas publicanorum* und dem römischen Staat innerhalb des Vertragsrechts *Malmendier*, *Societas Publicanorum*, 2002, S. 70 ff.

⁸ Vgl. für eine Übersicht zum *res iudicata*-Grundsatz *Gambarini/Pika*, in: *Jus Mundi* v. 21.8.2023, abrufbar unter <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-res-iudicata> (5.9.2023).

⁹ Zum Zusammenhang von *res iudicata* und Drittwirkung *Pika*, *Third-Party Effects of Arbitral Awards*, 2019.

¹⁰ ICSID, Award v. 8.12.2016 – ARB/07/26 (*Urbaser v. Argentina*), Rn. 1110 ff.; zu Hintergründen und Implikationen *Abel*, *Brill Open Law* 2018, 61 und *De Brabandere*, in: *Krajewski/Hoffmann*, *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, 2019, S. 619.

Dimension des Problemkomplexes war von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern gefordert, sich mit dem Schiedsspruch in *Urbaser v. Argentina* auseinanderzusetzen und für bzw. gegen die Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall zu argumentieren.

d) Staatennachfolge in Investitionsschutzverträge

Angesichts der Auflösung des Königreichs Pergamon stellte sich das Problem der Parteifähigkeit von Priene als zwar freier Stadt, aber Teil der römischen Provinz Asia. Rom intervenierte in das Verfahren und wandte ein, es habe der abhängigen Gebietskörperschaft Priene nicht die unter Art. 25 Abs. 3 ICSID-Konvention erforderliche Genehmigung erteilt; zudem handele es sich um einen rein innerstaatlichen Konflikt zwischen Titus Pomponius und der Römischen Republik. Eng damit verbunden war die Frage, ob das zwischen Rom und Pergamon geschlossene Investitionsschutzabkommen trotz der Auflösung Pergamons weiterhin in Kraft war und inwiefern aus diesem Abkommen Priene Rechte und Pflichten erwachsen. Mithin waren Fragen der Staatennachfolge in Investitionsschutzverträge¹¹ vor der Folie der Organisation römischer Provinzialherrschaft zu verhandeln.

Zur Bearbeitung des Problemkomplexes wurde den Teilnehmerinnen und Teilnehmern ein an das Coburg-Urteil des Bundesverfassungsgerichts¹² angelehnter Präzedenzfall, der „Partial Award on Preliminary Objection in the matter between Menosgada and Novum Oppidum Menosgadae Proximum v. the Civitas of the Boii“, an die Hand gegeben, dessen Anwendung auf den zu verhandelnden Fall sämtliche Teams vor Herausforderungen stellte. Hierbei erwies sich ein chronologisches und methodisch sauberes Vorgehen von Vorteil.

III. Der Wettbewerb

Um einen konkreten Eindruck vom Wettbewerb zu vermitteln, werden die Vorbereitungsphase und der Ablauf der internationalen Runden in Frankfurt aus der Perspektive des Teams der LMU dargestellt. Zudem werden mögliche Faktoren für eine erfolgreiche Teilnahme benannt.

1. Vorbereitungsphase

Nachdem der Sachverhalt im Februar publiziert worden war, folgte eine Phase des Einarbeitens in die dogmatischen Fragen und das einschlägige Fallrecht. Besonders hilfreiches Recherchevehikel stellte dabei die Internet-Suchmaschine „Jus Mundi“ dar. Diese bietet eine Kombination aus Überblicksartikeln zu ausgewählten Problemen von Investor-Staat-Verfahren, Schiedssprüchen und einschlägigen Fachpublikationen. Für wissenschaftliche Standardwerke konnte man darüber hinaus auf die völkerrechtliche Bibliothek der LMU zurückgreifen. Ende Mai waren auf dieser Grundlage die Skeleton Arguments einzureichen.

Jedes der vier Gruppenmitglieder zeichnete für je eine Hälfte der Argumentation von Investor und Staat verantwortlich. Regelmäßige Gruppentreffen sicherten eine konstante Vorbereitung und boten Gelegenheit zur Erprobung der eigenen Argumentationsketten. Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Vorbereitung sich – anders als bei den größeren Moot Courts „Jessup“ und „Vis“ – auch ohne

¹¹ Dazu *Zimmermann/Devaney*, in: *Wolfrum/Peters*, MPEIPL, Rn. 19 f., abrufbar unter <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1109?prd=MPIL> (5.9.2023); *Tams*, ICSID Review 31 (2/2016), 314.

¹² BVerfGE 34, 216.

Trainerstab gut bewältigen ließ. Auch im zeitintensiven fortgeschritteneren Teil des Jurastudiums ist dieser Moot-Court neben den Studienverpflichtungen durchführbar.

In Vorbereitung des Wettbewerbs stand den Teams die freiwillige Teilnahme an diversen „Pre-Moots“ offen. In Genf, Mailand und Paris – allesamt Städte mit einer besonders lebendigen investitionsschiedsrechtlichen Szene – gewährten Großkanzleien (Lalive/DLA Piper) und die Internationale Handelskammer (ICC) in ihren Räumlichkeiten die Möglichkeit, unter Wettbewerbsbedingungen bisher erworbene Kenntnisse und Rhetorik zu verbessern. Insbesondere das Kennenlernen von neuen Argumenten und dem grundsätzlichen Ablauf eines „Pleadings“ rechtfertigte es, eine dieser Veranstaltungen im Vorfeld des Wettbewerbs zu besuchen; im Fall der LMU fiel die Wahl auf Mailand. Nicht nur fachlich brachte diese Reise das Team einen großen Schritt weiter, sondern sie beinhaltete obiter kulturellen Hochgenuss sowie Gelegenheit zum intensiven Austausch mit den Gruppenmitgliedern anderer Universitäten.

2. Die internationalen Runden in Frankfurt

Während die indischen und chinesischen Teams sich einer nationalen Vorauswahlrunde stellen mussten, waren die übrigen Universitäten direkt für die globale Endrunde qualifiziert. Diese fand vom 27.6.2023–30.6.2023 in den – meist in luftiger Wolkenkratzerhöhe gelegenen – Räumlichkeiten diverser Kanzleien sowie des Max-Planck-Instituts für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie in Frankfurt am Main statt. Von insgesamt 66 teilnehmenden Teams weltweit fanden sich wegen besagter Vorauswahl 32 Teams in Frankfurt ein.

Auch abseits der Pleadings wurde ein ansprechendes Programm geboten, das einen lohnenden Einblick in Karriereoptionen im Investitionsschutzrecht gewährte. Einerseits berichteten Partner und Anwälte der am Wettbewerb beteiligten Kanzleien von ihren praktischen Berufserfahrungen. Andererseits waren alle zu den Abendvorträgen der zeitgleich stattfindenden Konferenz des „ICC Young Arbitrators Forum“ eingeladen. Auch das gesellige Zusammensein der internationalen Teilnehmerschaft kam bei Apfelwein und Grüner Sauce nicht zu kurz und ermöglichte Gespräche und Bekanntschaften über (rechts-)kulturelle Grenzen hinweg.

Der Ablauf eines Pleadings orientierte sich grob am Format anderer privatrechtlicher Moot Courts. Eine Stunde vor Beginn des Pleadings gaben die Organisatoren bekannt, welche drei Problemschwerpunkte verhandelt wurden und welches Team dabei den Kläger und welches den Beklagten vertrat. Mit Beginn der einstündigen Vorbereitungszeit tauschten die Teams zunächst ihre Skeleton Arguments aus. Es erfolgten daraufhin letzte Recherchen, um ein auf die Argumente des Gegners zugeschnittenes Pleading zu präsentieren. Das Pleading selbst nahm eine Stunde in Anspruch. Jedes Team erhielt 30 Minuten Zeit und konnte diese flexibel einteilen. Pro Problemkomplex veranschlagten die Teams in der Regel zehn Minuten, wobei es sich anbot, neun Minuten zu pleaden und eine Minute für eine spontane Widerlegung der gegnerischen Argumentation („Rebuttal“) vorzubehalten.

Nach drei gewonnenen Partien in der Vorrunde stand die LMU im Achtelfinale der Frankfurter Goethe-Universität gegenüber. Es folgte als Viertelfinalgegner die Universität Ljubljana; danach war die LMU das letzte verbleibende europäische Team. Im Vergleich zur Vorrunde fiel insbesondere auf, dass sich die Pleadings mehr und mehr zu „Hearings“ entwickelten. Während zu Beginn noch längere Passagen der Ausführungen des jeweiligen Teams ununterbrochen geblieben waren, stellten die Schiedsrichter im Verlauf des Wettbewerbs zunehmend häufiger Fragen, sodass der jeweils Vortragende sich von nun an eher im Zwiegespräch mit dem Schiedstribunal befand. Dieses Frage-Antwort-Spiel sollte als Möglichkeit begriffen werden, der eigenen Argumentation Stärke zu verleihen und Argumente der Gegenseite frühzeitig zu entkräften, nicht als Störfaktor und Angriff auf die eigene Argumentationsstruktur. Neben einem hohen Maß an argumentativer Flexibilität erforderte dies

nicht zuletzt gutes Zeitmanagement. Das im Halbfinale anstehende Duell mit der National University of Singapore konnte abermals gewonnen werden. Im Finale musste sich das Team der LMU im vollbesetzten Vortragssaal des Max-Planck-Instituts schließlich knapp den Vertretern der indischen Symbiosis Law School geschlagen geben. Als Schiedsrichter fungierten die renommierte Praktikerin *Claudia Annacker*, Prof. Dr. *Mathias Wolkewitz* und *Jaroslav Kudrna*, Leiter der Einheit „Internationales Investitionsschiedsrecht“ im tschechischen Finanzministerium.

Die vier besten Teams erhielten im Anschluss an den Wettbewerb einen Halbtageskurs für die Führung von Kreuzverhören im Investitionsschiedsrecht; mit theoretischen Vorträgen und praktischen Übungen erzielten die Partner der Kanzlei Aurelius Cotta einen nachhaltigen Lernerfolg. Für besondere Heiterkeit sorgte dabei die konsequente Beibehaltung der antiken Einbettung des Sachverhalts. Die Siegerpreise setzen sich ebenfalls aus Weiterqualifikationen zusammen: Das Team der Symbiosis Law School durfte auf Kosten der Kanzlei Clifford Chance im Sommer 2023 am Online-Sommerkurs der Haager Akademie für Völkerrecht teilnehmen. *Luise Behring*, Vertreterin der LMU, erhielt als beste Rhetorikerin des Finales ein von Aurelius Cotta finanziertes Stipendium für die Teilnahme an einem Lehrgang der „Arbitration Academy“ in Paris.

3. Mögliche Erfolgsfaktoren

Schlüssel zum Erfolg war nach dem Eindruck des Teams zum einen der Fokus auf klassische Rechtsauslegungsmethoden bei der Abhandlung der Rechtsprobleme. Zum anderen ermöglichte eine gute Gruppenzusammenarbeit in der laufenden Verhandlung (beispielsweise das Zuschieben von Zitaten aus berühmten Schiedssprüchen) eine hohe Reaktivität auf die Argumente der Gegenseite und die Fragen des jeweiligen Tribunals. Als wertvoll erwies sich dabei das Wissen um die jeweiligen Stärken und Schwächen der Gruppenmitglieder: Während bestimmte Problemkomplexe erhöhtes Detailwissen zur schiedsgerichtlichen Praxis erforderten, verlangten andere primär rhetorische Flexibilität. Neben einem soliden Grundwissen im Investitionsschutzrecht und im allgemeinen Völkerrecht waren mithin grundsätzliche juristische Argumentationsfähigkeit, Rhetorik und Spontaneität entscheidender für ein zufriedenstellendes Endergebnis als das Auswendiglernen großer Mengen an Case Law. Ein gewisses Faible für die Antike schadete ebenfalls nicht.

IV. Fazit

Die Teilnahme am Frankfurt Investment Arbitration Moot Court ist gerade vor dem Hintergrund der guten Vereinbarkeit mit dem laufenden Studium und der Verortung des Wettbewerbs in Deutschland nachdrücklich zu empfehlen. Teilnehmerinnen und Teilnehmer erhalten einen vertieften Einblick in das Investitionsschutzrecht; eine völkerrechtliche Spezialmaterie, deren steigende praktische Relevanz bereits die Kanzleipräsenz verdeutlicht. Sie messen sich mit motivierten Teams aus der ganzen Welt im juristischen Argumentieren, schärfen ihre rhetorischen Fähigkeiten (auf deren Vermittlung im deutschen Jurastudium weniger Wert gelegt wird) und erlernen Teamkompetenz im Kontext von Verhandlungen.

Auch wenn der Topos der Historie als Lehrmeisterin des Lebens an Prägekraft eingebüßt hat,¹³ schult die Kenntnis der Geschichte zweifelsohne das Verständnis vom Recht. Dass zugleich die Beschäftigung mit einem der modernsten Rechtsgebiete zur Auseinandersetzung mit historischen

¹³ So mit Blick auf das ausgehende 18. Jahrhundert *Koselleck*, in: *Koselleck, Vergangene Zukunft, Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 9. Aufl. 2015, S. 38; vgl. aber zur Rückkehr des Topos in die Gegenwart *Sabrow*, ZPol 2015, 561.

Fragestellungen anregen kann, stellt der Frankfurt Investment Arbitration Moot Court unter Beweis. Seinem Selbstverständnis wird er mehr als gerecht:

„We [...] want to do more than just help the participating students to acquire solid knowledge of international law and improve their advocacy skills: We also want to infect students with a passion for legal history and an understanding of the sophistication of law and economy throughout history.“¹⁴

¹⁴ Internetauftritt des Frankfurt Arbitration Moot Courts, abrufbar unter <https://www.investmentmoot.org/> (5.9.2023).

Ein paar Gedanken zur Planung des Rechtsreferendariats

Ass. iur. Vincent Weber, Düsseldorf*

Das Rechtsreferendariat ist in der juristischen Ausbildung eine Notwendigkeit. Dies gilt jedenfalls grundsätzlich dann, wenn das Berufsziel einer der klassischen juristischen Berufe in der Justiz oder Anwaltschaft ist. Ohne die Ablegung der Zweiten Juristischen Staatsprüfung (umgangssprachlich: 2. Examen o.ä.) bleiben die Tore zu diesen Berufen grundsätzlich geschlossen.¹ Insbesondere die Klausuren der Zweiten Juristischen Staatsprüfung sind nicht zu unterschätzen, sind sie doch, wie schon in der Ersten Juristischen Staatsprüfung, juristisch anspruchsvoll sowie aufgrund der Anzahl und fünfständiger Bearbeitungszeit körperlich und psychisch fordernd. Die Bedeutung der Zweiten Juristischen Staatsprüfung für den weiteren juristischen Karriereweg ist hoch und wird im Vergleich zur Ersten Juristischen Prüfung teilweise etwas unterschätzt. So gibt es Bundesländer, die für die Einstellung im Staatsdienst nur auf die Note in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung achten, und andere, in denen dieser bei der Einstellung jedenfalls mehr Gewicht zugemessen wird.² Betrachtet man die Anwaltschaft, wird jedenfalls in den Großkanzleien häufig nur noch eine bestimmte Gesamtsumme aus beiden juristischen Prüfungen verlangt, sodass die Zweite Juristische Staatsprüfung mindestens gleichwertig ist.³ Diese beispielhafte Aufzählung zeigt nachdrücklich: Die Zweite Juristische Staatsprüfung ist von erheblicher Relevanz für den weiteren Karriereweg. Dies sollte Ansporn genug für alle erfolgreichen Absolventinnen und Absolventen der Ersten Juristischen Prüfung sein, die Zweite Juristische Staatsprüfung ernst zu nehmen. Gerade diejenigen, die in der Ersten Juristischen Prüfung hinter ihren Erwartungen zurückgeblieben sind, haben durch die Zweite Juristische Staatsprüfung eine erneute Möglichkeit, ihre Fähigkeiten unter Beweis zu stellen.

Dieser Beitrag soll dabei Studierenden in den letzten Semestern oder frischen Referendarinnen und Referendaren ein paar Gedanken zur erfolgreichen Planung ihres Rechtsreferendariats an die Hand geben. Dabei versteht er sich ausdrücklich nicht als eine goldene Anleitung, sondern soll vielmehr zur Selbstreflexion über die eigenen Ziele und den Weg zu deren Erreichung einladen.

Da sich die Prüfungsordnungen der Länder in Bezug auf die Gestaltung des Juristischen Vorbereitungsdienstes und die Zweite Juristische Staatsprüfung teilweise stark unterscheiden, kann nicht vertieft auf die Besonderheiten aller Länder eingegangen werden. Es sollte sich rechtzeitig mit den Besonderheiten des (Wunsch-)Referendariatsstandortes auseinandergesetzt werden. Dafür ist der Blick in das jeweilige Juristenausbildungsgesetz sehr lohnend.

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

¹ Es ist zu beachten, dass es über den Umweg ins Ausland möglich ist, auch ohne Zweite Juristische Staatsprüfung in Deutschland als Anwältin oder Anwalt zu arbeiten, vgl. überblicksartig: <https://www.lto.de/karriere/im-job/stories/detail/anwaltszulassung-ohne-zwei-staatsexamina-anwaelte-eu-eurag-eignungspruefung> (13.9.2023). Dies kann auch ein Weg sein, wenn die Zweite Juristische Staatsprüfung endgültig nicht bestanden wurde.

² Vgl. nur: Im Freistaat Bayern heißt es für die Einstellung in der Justiz: „neben einem überdurchschnittlichen Ergebnis in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung“, <https://www.justiz.bayern.de/berufe-und-stellen/richter-und-staatsanwaelte/> (13.9.2023); auch Nordrhein-Westfalen betont die Bedeutung der Zweiten Juristischen Staatsprüfung, vgl. <https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/Richter-auf-Probe/Einstellungs-voraussetzungen/index.php> (13.9.2023).

³ Zur Bedeutung der Noten in den Großkanzleien im Überblick: <https://www.lto.de/karriere/im-job/stories/detail/anforderungen-von-grosskanzleien-an-jura-bewerber-associates-praedikatsexamen> (13.9.2023).

Zunächst wird auf die Gestaltung der einzelnen Stationen eingegangen und danach auf mögliche Vorbereitungsstrategien für die Klausuren der Zweiten Juristischen Staatsprüfung.

I. Allgemeines zur Wahl des Referendariatsstandortes	1166
II. Die einzelnen Stationen	1167
1. Die Justiz – Zivilgerichtsbarkeit	1168
2. Die Justiz – Strafgerichtsbarkeit/Staatsanwaltschaft	1168
3. Die Verwaltung	1168
4. Die Anwaltsstation	1169
5. Die Wahlstation(en)	1169
6. Exkurs 1: Das „Speysemester“	1170
7. Exkurs 2: Nebentätigkeiten	1170
III. Die Vorbereitung auf die Klausuren	1171
1. Das Wissen	1172
a) Zivilrecht	1172
aa) Urteilklausur	1173
bb) Anwaltsklausur	1173
cc) Materialien	1174
b) Strafrecht	1174
c) Öffentliches Recht	1175
d) Rechtsprechungslektüre	1175
e) Fallbücher	1176
2. Die Repetitoren	1176
3. Die Probeklausuren	1177
4. Lerngruppen	1178
5. Sonstiges	1179
IV. Schluss	1179

I. Allgemeines zur Wahl des Referendariatsstandortes

Das Rechtsreferendariat bietet eine einzigartige Möglichkeit, in sehr kurzer Zeit viele verschiedene juristische Berufe kennenzulernen. So ist es eine nicht zu unterschätzende Gelegenheit, die eigenen Traumberufe oder ganze neue juristische Tätigkeitsfelder näher kennen zu lernen. Allerdings ist, was die Ausgestaltung der Stationen angeht, schon vor Beginn des Referendariats achtzugeben. In den einzelnen Ländern ist die konkrete Ausgestaltung der Stationen in sehr unterschiedlichem Maße den Referendarinnen und Referendaren überlassen. Während es beispielsweise in Hamburg zwei Wahlstationen gibt – man diese also ablegen kann, wo man möchte – gibt es in den anderen Bundesländern nur eine nach den Klausuren. Aber auch bei den Pflichtstationen Justiz – Zivilgerichtsbarkeit,

Justiz – Strafgerichtsbarkeit/Staatsanwaltschaft, Verwaltung und Anwaltschaft ist die konkrete Ausgestaltung den Referendarinnen und Referendaren nicht in gleichem Maße selbst überlassen. Mit der Wahl des Referendariatsstandortes geht also auch die Wahl der Möglichkeiten im Referendariat einher. Um diese Wahl gut überlegt zu treffen, sollte man sich fragen, was man sich selbst vom Referendariat verspricht. Möchte man möglichst viele verschiedene Einblicke in die juristische Berufswelt erhaschen, sollte man ein Bundesland wählen, welches einem diese Freiheiten gibt. Möchte man dagegen tiefere Einblicke in die klassischen juristischen Berufe erhalten, fällt die Wahl womöglich anders aus. Damit einhergehend stellt sich auch die Frage, wie viel Energie und Zeit man in die Vorbereitung auf die Klausuren stecken möchte. Diese Frage sollte man zu Beginn des Referendariats für sich beantwortet haben. Wählt man abwechslungsreiche Stationen, unter Umständen auch im Ausland, bleibt im Zweifel weniger Zeit für die Vorbereitung, als wenn man die Stationen eher als notwendiges Übel betrachtet und so möglichst viel Zeit zum Lernen haben möchte.

Mit Blick auf die am Ende des Referendariats abzulegende Zweite Juristische Staatsprüfung können noch vier weitere Faktoren eine Rolle spielen. Erstens kann sich ein Bundeslandwechsel rein notenmäßig statistisch lohnen, wie eine schon etwas ältere Studie 2017 zeigte.⁴ Zweitens schwankt die Anzahl der zu schreibenden Klausuren zwischen sieben und neun Klausuren je nach Bundesland, wobei sich auch die Gewichtung der Rechtsgebiete teilweise unterscheidet und es zum Teil die Möglichkeit gibt, ein Rechtsgebiet für eine Klausur frei zu wählen. Diese Klausuren werden dabei in den meistens Ländern jedenfalls ab 2024 am Computer geschrieben werden (sog. E-Examen). Drittens spielt die mündliche Prüfung in den verschiedenen Bundesländern eine unterschiedlich große Rolle. So macht sie in Bayern⁵ und Baden-Württemberg⁶ 30 % der Gesamtnote aus, während sie in Nordrhein-Westfalen⁷ mit 35 % und in Hessen⁸ sogar mit 40 % in die Gesamtnote einfließt. Zudem unterscheidet sich die mündliche Prüfung zwischen den Bundesländern. So ist in den meisten Bundesländern ein Aktenvortrag⁹ Teil der mündlichen Prüfung, während in Bayern ein viertes Prüfungsgespräch zum gewählten Berufsfeld¹⁰ hinzukommt.

Je nach gewünschtem Referendariatsstandort kann es zu Wartezeiten kommen, da es mehr Bewerberinnen und Bewerber als Referendariatsplätze gibt. Dies gilt insbesondere in den Großstädten.

II. Die einzelnen Stationen

Grundsätzlich beginnt jede Station mit einem sog. Einführungslehrgang, in welchem der für die jeweilige Station wesentliche formelle und materielle Stoff beigebracht wird. Während diesem gibt es in der Regel Urlaubssperren. Dies muss bei der Urlaubsplanung während des Referendariats berücksichtigt werden. Zudem gibt es je nach Bundesland in unterschiedlichem Umfang Unterricht während der Station, in dem der Stoff vertieft und erweitert wird. Dieser Unterricht findet in sog. Arbeitsgemeinschaften (AG) statt.

Am Ende jeder Station und den währenddessen stattfindenden AGs wird ein – häufig gut benotetes – Stationszeugnis und ein AG-Zeugnis ausgestellt. Diese sind von geringerer praktischer Relevanz.

⁴ Kähler/Engel/Ritter, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2017, 133–159; dazu auch: <https://www.lto.de/karriere/jura-referendariat/stories/detail/studie-pruefungsort-bundesland-beeinflusst-note-punktevergabe-examen-schwierig-leicht> (13.9.2023).

⁵ § 67 JAPO Bayern i.V.m. § 34 Abs. 1 S. 1, S. 2 JAPO Bayern.

⁶ § 59 Abs. 2 Nr. 2 BaWü JAPrO.

⁷ § 56 Abs. 2 NRW-JAG.

⁸ § 51 Abs. 2 Hess-JAG.

⁹ Vgl. bspw. § 46 Abs. 1 Hess-JAG; § 51 Abs. 3 NRW-JAG; § 58 Abs. 2 BaWü JAPrO.

¹⁰ §§ 58 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 JAPO Bayern.

Jedoch sollte man sie dennoch nicht vollständig ignorieren. So kann nach § 5 Abs. 4 DRiG von der rechnerisch erzielten Gesamtnote der Zweiten Juristischen Staatsprüfung abgewichen werden, wenn dies der Gesamteindruck, wozu eben auch jene Zeugnisse gehören, rechtfertigt und es nicht um die Frage des Bestehens der Prüfung geht. Weiter können schlechte Stationszeugnisse bei Bewerbungen um eine Stelle im Staatsdienst negativ auffallen.

1. Die Justiz – Zivilgerichtsbarkeit

Das Referendariat beginnt meistens mit einer drei- bis fünfmonatigen Station in der Zivilgerichtsbarkeit. Während dieser wird man einer Ausbildungsrichterin oder einem Ausbildungsrichter zugewiesen, und man bekommt Einblicke in die Arbeit der Zivilgerichtsbarkeit. Auch müssen in dieser Zeit schriftliche Arbeiten erbracht werden. Dies können beispielsweise Urteilsentwürfe, Beweisbeschlüsse oder einfach Gutachten zu rechtlichen Fragen in einem anhängigen Verfahren sein. Daneben wird normalerweise der Besuch der mündlichen Verhandlung erwartet, wobei es möglich ist, als Referendarin oder Referendar auch eine Zeugenbefragung, eine Beweisaufnahme oder sogar eine ganze mündliche Verhandlung durchzuführen.

Während der Station am Zivilgericht besteht teilweise die Möglichkeit, sich an das Familien- oder Arbeitsgericht oder die freiwillige Gerichtsbarkeit abordnen zu lassen. Dies kann eine spannende Möglichkeit sein, wenn man schon zu Beginn des Referendariats weiß, ein Faible für eines dieser Rechtsgebiete zu haben.

2. Die Justiz – Strafgerichtsbarkeit/Staatsanwaltschaft

Im Anschluss an die „Zivilstation“ kommt meistens die in der Regel drei- bis viermonatige Strafstation. Dafür erfolgt eine Zuweisung an die Staatsanwaltschaft, ans Straf- oder Schöffengericht. Die Strafstation wird dabei von vielen Referendarinnen und Referendaren als besonders interessant wahrgenommen. So gibt es während dieser häufig das Angebot, an einer Polizeistreifenfahrt, an einer Obduktion, an einem Besuch in einer Justizvollzugsanstalt oder am sog. Trinkversuch teilzunehmen. Daneben muss man für die Ausbilderin oder den Ausbilder verschiedene praktische Arbeiten erbringen. Die genaue Art der Arbeit hängt davon ab, wohin eine Zuweisung erfolgte. Besonders spannend ist für viele Referendarinnen und Referendare, die der Staatsanwaltschaft zugewiesen sind, die Übernahme der Sitzungsvertretung. Übernimmt man diese, plädiert man als Vertreterin oder Vertreter der Staatsanwaltschaft im Verfahren vor der Strafrichterin oder dem Strafrichter. Dabei wird der Ablauf des Strafverfahrens unmittelbar wahrgenommen und kann sogar beeinflusst werden.

3. Die Verwaltung

Die drei- bis viermonatige Verwaltungsstation ist die erste Station, in der die Freiheit der Ausgestaltung der Station zwischen den Ländern divergiert. So muss die Verwaltungsstation in Bayern bei einer Gemeinde, einem Landratsamt, einer Regierung, einem Bezirk oder einem dem Innenministerium unterstellten Landesamt absolviert werden. Daneben ist nur eine zeitweise Zuweisung an ein Verwaltungs-, Sozial- oder Finanzgericht möglich. Die anderen Bundesländer sind dort häufig offener. In Nordrhein-Westfalen beispielsweise ist auch die Zuweisung an Landes- oder Bundesministerien, Landes- oder Bundesbehörden oder sogar ins Ausland zum Auswärtigen Amt möglich. Auch ist es z.B. in Nordrhein-Westfalen möglich, die Station in „fachfremderen“ Behörden, wie z.B. der Polizei oder der JVA für Strafrechtsinteressierte, zu absolvieren. Diese unterschiedlichen Grade der freien Ausgestaltung der Verwaltungsstation sollten also im Blick behalten werden.

4. Die Anwaltsstation

Die Anwaltsstation ist die letzte und längste Station vor den Klausuren der Zweiten Juristischen Staatsprüfung. Dies führt dazu, dass sich im Wesentlichen zwei Ansätze zur Ausgestaltung der Station herausgebildet haben.¹¹

Erstens gibt es die Referendarinnen und Referendare, die sich in der Anwaltsstation vor den Klausuren möglichst praxisnah und gut auf die Klausuren der Zweiten Juristischen Staatsprüfung vorbereiten wollen. Dann wird häufiger eine kleinere Kanzlei gewählt. Bei dieser werden dann nicht nur die je nach Bundesland vorgeschriebenen Pflichtaufgaben und -Termine erbracht, sondern man erhält auch einen guten Einblick in die Arbeitswelt der meisten Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen.¹² Zudem sind kleinere Kanzleien im Vergleich zu den Großkanzleien häufiger in den Bereichen des Pflichtstoffes der Zweiten Juristischen Staatsprüfung tätig, sodass dieser dann am realen Fall wiederholt wird.

Zweitens gibt es die Referendarinnen und Referendare, die Einblicke in die anwaltliche Berufswelt der Großkanzleien erhalten wollen. Diese bieten häufig ein Modell, in dem die ersten drei oder vier Monate der Station nahezu in Vollzeit gearbeitet wird, während man die restliche Zeit vollkommen freigestellt wird (sog. „Tauchen“). Im letzteren Abschnitt hat man dann viel Zeit, um sich intensiv auf die Klausuren vorzubereiten. Die Absolvierung der Anwaltsstation in der Großkanzlei hat neben der Bezahlung den Vorteil, dass viele Großkanzleien die Absolvierung der Wahlstation in einem ihrer ausländischen Büros an eine vorherige Tätigkeit in einem deutschen Büro knüpfen. Zudem bieten viele Großkanzleien Kurse von kommerziellen Repetitorien zur Vorbereitung auf die schriftlichen Klausuren an. Zuletzt kann man sich durch eine gute Mitarbeit für eine spätere Tätigkeit als Associate in der Kanzlei empfehlen. Dabei rücken die Kanzleien für „alte und bewährte“ Referendarinnen und Referendare auch immer häufiger von ihren kommunizierten Notenanforderungen ab.

Welcher der beiden Wege der richtige ist, ist eine persönliche Entscheidung. So verspricht keiner der Wege das gewünschte Examensergebnis sicher, noch stellen sich auf einem der Wege unüberwindbare Hindernisse für die Traumnote. Kann man sich eine spätere Tätigkeit in einer Großkanzlei gut vorstellen, ist die Anwaltsstation ein guter Weg, um Einblicke in diese Arbeitswelt zu bekommen. Für die Großkanzlei benötigt man jedoch häufig überdurchschnittliche Noten in der Ersten Juristischen Prüfung. Zudem haben die Großkanzleien ihre Büros häufig nur in Großstädten. Dies kann in den Flächenbundesländern einen Umzug für die Anwaltsstation sowie eine Zuweisung an ein anderes Ausbildungsgericht während dieser, oder langes Pendeln, erfordern.

Neben der Absolvierung der Anwaltsstation in einer Anwaltskanzlei ist, je nach Bundesland, auch die Zuweisung an eine andere nicht-anwaltliche Ausbildungsstelle möglich.

5. Die Wahlstation(en)

Die Wahlstation ist die Station, auf die sich viele Referendarinnen und Referendare wohl am meisten freuen. Zum einen erfolgt sie in den Ländern, in denen es nur eine Wahlstation gibt, nach den schrift-

¹¹ Zu beiden Möglichkeiten: <https://www.lto.de/karriere/jura-referendariat/stories/detail/referendariat-tauchen-anwaltsstation> (26.9.2023).

¹² So waren 2022 62,4 % der selbständigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte als Einzelanwältin oder Einzelanwalt tätig, während 37,6 % in Sozietäten tätig waren, vgl. BRAK, BRAK, STAR 2022 – Statistisches Berichtssystem für Rechtsanwälte, 2022, S. 54, abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/statistiken/2022/star2022_Bericht_02-11-2022.pdf (26.9.2023); schaut man sich die Sozietäten an, stellt man ebenfalls fest, dass diese in der Mehrzahl klein sind. So hatten 2022 82,7 % der Kanzleien neun oder weniger Sozien, vgl. BRAK, STAR 2022 – Statistisches Berichtssystem für Rechtsanwälte, 2022, S. 56, abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/statistiken/2022/star2022_Bericht_02-11-2022.pdf (26.9.2022).

lichen Klausuren, sodass man sich voll auf die Station konzentrieren kann. Das Lernen kann jedenfalls bis vor der mündlichen Prüfung etwas vernachlässigt werden. Zum anderen – und wohl entscheidender – kann die Wahlstation fast frei gewählt werden, solange ein Bezug zu einem rechtlichen Beruf besteht. So besteht die Möglichkeit, spannend wahrgenommene Berufe (erneut) kennen zu lernen, sei es noch einmal in der Anwaltschaft, der Justiz oder der Verwaltung. Dieser Aspekt sollte nicht unterschätzt werden. So ist z.B. bei der Bewerbung zur Notarassessorin bzw. zum Notarassessor eine vorherige Tätigkeit im Notariat vorteilhaft.¹³ Gleiches gilt in manchen Bundesländern bei einer Bewerbung bei der Justiz. Genauso ist es möglich, ins Ausland zu gehen und/oder auch Berufswege zu erkunden, die in den anderen Stationen nicht oder nur schwer ausprobiert werden konnten. Besonders beliebt sind dabei Stationen beim Auswärtigen Amt (für eine solche muss man sich spätestens sieben Monate vor Beginn bewerben), in den ausländischen Büros von Großkanzleien, bei den Vereinten Nationen, den Europäischen Institutionen oder auch bei weniger bekannten Ausbildungsstellen¹⁴ wie dem Bundesverfassungsgericht¹⁵. Gerade aufgrund der großen Beliebtheit dieser Möglichkeiten sollte man sich frühzeitig um eine Referendariatsstelle bei einem dieser Arbeitgeber bemühen.

Hinsichtlich der Wahlstation sollte im Blick behalten werden, dass die Wahl dieser Auswirkungen auf die mündliche Prüfung haben kann. So gibt die Wahlstation teilweise das Rechtsgebiet des Aktenvortrags vor oder, so ist es in Bayern, es kann nicht jedes Berufsfeld gewählt werden.

6. Exkurs 1: Das „Speyersemester“¹⁶

In jedem Bundesland ist eine Entsendung an die Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer möglich. Der genaue Zeitpunkt unterscheidet sich jedoch von Bundesland zu Bundesland. In diesem „Speyersemester“, welches ein dreimonatiges Ergänzungsstudium ist, können die Kenntnisse im öffentlichen Recht interdisziplinär vertieft werden. Dieses Ergänzungsstudium kann dabei, wenn die richtigen Lehrveranstaltungen gewählt wurden, auch für den LL.M. „Staat und Verwaltung in Europa“ angerechnet werden. Besonders interessant ist die Entsendung für Referendarinnen und Referendare, die eine Affinität für das öffentliche Recht haben und sich langfristig eine Führungsaufgabe im Öffentlichen Dienst vorstellen können. Zudem wird an der Universität Wert auf die Examensvorbereitung durch staats- und verwaltungsrechtliche Landesübungen sowie freiwillige Klausurenkurse gelegt.¹⁷

7. Exkurs 2: Nebentätigkeiten

Parallel zum Rechtsreferendariat ist es möglich, eine Nebentätigkeit auszuüben. Gerade in Großstädten kann dies zur Bestreitung des Lebensunterhaltes unter Umständen sogar notwendig sein. Die Nebentätigkeit ist in der Regel gegenüber dem Dienstherrn anzeige- und genehmigungspflichtig.

¹³ *Bremkamp*, in: Heckschen/Herrler/Münch, Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 32 Rn. 27.

¹⁴ Für weitere Möglichkeiten z.B. *Wendrich*, Ausgefallene Wahlstation im Referendariat, abrufbar unter <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/studium-und-referendariat/referendariatsstationen/details/ausgefallene-wahlstationen> (13.9.2023).

¹⁵ Vgl. z.B. *Feigl*, Wahlstation am Bundesverfassungsgericht – ein Erfahrungsbericht, abrufbar unter https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/studium-und-referendariat/referendariatsstationen/details/wahlstation-bundesverfassungsgericht#collapse_503943 (13.9.2023).

¹⁶ Weitere Information finden sich unter <https://www.uni-speyer.de/studium/ergaenzungsstudium/ergaenzungsstudium-im-referendariat/ziel-und-profil-des-ergaenzungsstudiums> (13.9.2023).

¹⁷ <https://www.uni-speyer.de/studium/ergaenzungsstudium/ergaenzungsstudium-im-referendariat/examensvorbereitung-in-speyer> (13.9.2023).

Zudem gibt es Höchstverdienstgrenzen, die in den verschiedenen Bundesländern aber unterschiedlich hoch sind. Die klassischen Nebentätigkeiten sind die Mitarbeit in einer Kanzlei, bei einem Repetitorium, als Klausurkorrektorin oder Klausurkorrektor an der Universität oder einem Repetitorium, als wissenschaftliche Mitarbeiterin oder wissenschaftlicher Mitarbeiter an einem Gericht oder einem Lehrstuhl. Bei der Wahl der Nebentätigkeit sollte immer darauf geachtet werden, dass genügend Zeit zum Lernen bleibt. Sie sollte also zeitlich beschränkt sein. Allerdings werden Nebentätigkeiten ohnehin nur in einem gewissen zeitlichen Umfang genehmigt. Der Umfang kann sich je nach Art der Tätigkeit unterscheiden. In Bayern sind bei juristischen Nebentätigkeiten 14 Stunden pro Woche (Nordrhein-Westfalen zehn Stunden) erlaubt, bei nicht-juristischen nur zehn Stunden (Nordrhein-Westfalen acht Stunden). Dabei sollte – wenn möglich – mit der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber abgesprochen werden, dass die Vorbereitung auf die Zweite Juristische Staatsprüfung vorrangig ist. Die meisten juristischen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber dürften dies verstehen. Dieser Vorrang der Vorbereitung ist auch deswegen wichtig, da die Genehmigung für die Nebentätigkeit vom Dienstherrn widerrufen werden kann, wenn die Leistungen im Referendariat zu schwach werden. Daran hätte auch die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber kein Interesse.

Eine Nebentätigkeit kann auch juristisch sehr bereichernd sein. So gibt sie noch einmal andere Einblicke in die juristische Tätigkeit. Sei es als wissenschaftliche Mitarbeiterin oder wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität durch eigene Lehrerfahrungen oder eigene Veröffentlichungen, sei es als Mitarbeiterin oder Mitarbeiter in einer Kanzlei durch die praktische Mitarbeit am richtigen Fall. Diese Erfahrungen können eine Abwechslung zum Lernalltag und eine Motivation sein, um mit einem guten Examensergebnis in der als spannend wahrgenommenen Arbeitswelt alle Türen offen zu haben. Ein weiterer Vorteil einer Nebentätigkeit ist die Möglichkeit, sich in den Themengebiete zu engagieren, die einen persönlich interessieren, da man nicht an den Examenspflichtstoff gebunden ist.

III. Die Vorbereitung auf die Klausuren

Wie in der Einführung dargestellt, sollten die Klausuren der Zweiten Juristischen Staatsprüfung während des Referendariats nicht außer Acht gelassen werden und eine den eigenen Vorstellungen entsprechende gründliche Vorbereitung erfolgen. Dabei werden die Klausuren meistens zwischen dem 18. und dem 21. Ausbildungsmonat nach Beginn des Referendariates geschrieben (§ 5 Abs. 3 S. 1 DRiG). Dies entspricht ungefähr der Länge, die sich viele Prüflinge zur Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung genommen haben. Entsprechend sollte man sich bewusst machen, dass das Referendariat – auch wenn es zu Beginn anders aussehen mag – schnell vergehen wird. Auch ist es anders als in Vorbereitung auf die Klausuren der Ersten Juristischen Staatsprüfung nicht möglich, die Klausuren auf einen späteren Termin zu „schieben“. Gerade dieses Bewusstsein verhindert, dass man die Klausuren zu Beginn zu sehr auf die „leichte Schulter“ nimmt und sich dann während der Anwaltsstation einem nicht überwindbaren Berg an Stoff gegenüber sieht. Dementsprechend sollte ab Beginn des Referendariates konsequent neuer Stoff mitgelernt und schon bekannter Stoff – insbesondere das materielle Recht – wiederholt werden.

Sollte trotz der guten Vorbereitung der gewünschte Examenserfolg ausbleiben, gibt es in jedem Bundesland die Möglichkeit, einen Verbesserungsversuch zu unternehmen. Allerdings ist dieser gebührenpflichtig. Wird die Zweite Juristische Staatsprüfung nicht bestanden, besteht die Möglichkeit eines kostenfreien Zweitversuchs. Zur Vorbereitung auf diesen bieten die Bundesländer einen gesonderten Ergänzungsvorbereitungskurs an, an dem es grundsätzlich verpflichtend ist teilzunehmen.

men.¹⁸ Sollte auch der Zweitversuch nicht bestanden werden, ist unter weiteren Voraussetzungen ggf. ein dritter Versuch möglich.¹⁹

1. Das Wissen

Genau wie in der Ersten Juristischen Staatsprüfung werden Klausuren im Zivilrecht, Öffentliches Recht und Strafrecht geschrieben. Diese sollen dabei praxisnäher sein, weshalb besondere Formalia zu beachten sind. Bevor überblicksartig auf diese eingegangen wird, soll folgender Hinweis erlaubt sein. Auch in den Klausuren der Zweiten Juristischen Staatsprüfung ist – entgegen anders lautenden Gerüchten – das materielle Recht von überragender Bedeutung.²⁰ Das bedeutet, die Lehrbücher und Unterlagen der Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung sind weiterhin von einigem Wert. Einzig die Art der Darstellung unterscheidet sich. Insbesondere ist es unzutreffend, dass Ansichten, die nicht von der Rechtsprechung vertreten werden, also Literaturansichten, in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung nicht mehr vertretbar seien. Zwar stimmt es, dass die Klausuren auf Linie der Rechtsprechung erstellt worden sind, doch kann es sich in „Anwaltsklausuren“ anbieten, andere aus der Literatur bekannte Ansichten zu vertreten, die dem Begehren der Mandantin oder des Mandanten entsprechen. Dann sollte aber dennoch die Rechtsprechungsansicht in einem geforderten Mandantenschreiben oder, wenn ein Mandantenschreiben entbehrlich ist, im Hilfsgutachten erläutert werden und so auf das Prozessrisiko hingewiesen werden. Entsprechend sind gute Vorkenntnisse durch die Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung wertvoll und auch die Lernstrategien können – wenn man mit dem Ergebnis zufrieden war – wiederholt werden.

Speziell für das Referendariat gelten die Kaiserskripte als besonders geeignet zur Wiederholung des materiellen Rechts.²¹ Diese stellen das materielle Recht auf Linie der Rechtsprechung dar und bieten sich so zur schnellen Wiederholung an. Als alleiniges Material für die Vorbereitung dürften sie jedoch etwas knapp sein, da sie recht schematisch geschrieben sind und so das tiefere juristisch-systematische Verständnis nicht schulen.

Gute Kenntnisse im materiellen Recht sind trotz der möglichen Verwendung von Kommentaren aus mehreren Gründen unabdingbar. So fehlt in der Klausur einerseits die Zeit, die juristischen Probleme erstmals im Kommentar nachzuvollziehen. Entscheidender ist aber noch, dass, wer sich nur auf den Kommentar verlässt, die Probleme des Sachverhalts im schlimmsten Fall gar nicht erst erkennt. Jedes im Sachverhalt angelegte Problem ist leichter zu erkennen, wenn man es zuvor schon gesehen hat. Der Kommentar sollte im Idealfall für die Absicherung der geglaubten Meinung genutzt werden.

Darüber hinaus ist aber insbesondere das Stichwortverzeichnis der Kommentare eine nicht zu unterschätzende Stütze. Über die meisten einschlägigen Stichworte findet man die entsprechenden Kommentarstellen, um ein identifiziertes Problem zu lösen. Viele juristische Probleme sind in den zugelassenen Kurzkomentaren sehr gut aufbereitet.²² Darüber hinaus sollte man sich in der Vorbereitung mit der Nutzung der Kommentare vertraut machen, um sich nicht in den richtigen Klausuren in diesen zu verlieren. Dafür bieten sich die zu schreibenden Probeklausuren sehr gut an.

a) Zivilrecht

Im Zivilrecht werden in der Regel vier Klausuren geschrieben, wobei in der Regel mindestens eine

¹⁸ Vgl. z.B. §. 70 Abs. 1, Abs. 3 JAPO Bayern; § 52 Abs. 3 Hess-JAG; § 57 NRW-JAG; § 64 Abs. 1 BaWü JAPrO.

¹⁹ Vgl. z.B. § 71 JAPO Bayern; § 52 Abs. 4 Hess-JAG; § 59 NRW-JAG; § 64 Abs. 2 BaWü JAPrO.

²⁰ So auch *Bühler/Junger/Schmitt*, BayVBl 2019, 793 (796).

²¹ So beispielsweise *Bühler/Junger/Schmitt*, BayVBl 2019, 793 (796).

²² Einen guten, aber schon etwas älteren Überblick bietet *Bohnen*, JA 2013, 450–454.

Klausur aus Sicht des Zivilgerichts – also eine Entscheidungsklausur – und eine aus Sicht eines Anwalts oder einer Anwältin – also eine Schriftsatzklausur – geschrieben wird.

aa) Urteils Klausur

Gerade in den Entscheidungsklausuren – dies gilt auch für die in den anderen Rechtsgebieten unter Umständen zu schreibenden Gerichtsentscheidungen – ist die Beachtung der Formalia von besonderer Bedeutung. Diese sollten daher bestens vertraut sein. Bei Ablegung der Zweiten Juristischen Staatsprüfung in Bayern ist die Formularsammlung *Kroiß/Neurauter* als Hilfsmittel zugelassen und eine große Hilfe. Ansonsten müssen der Aufbau des Rubrums, die richtigen, insbesondere vollstreckbaren Tenorierungen und der Aufbau der Entscheidung beherrscht werden. Dies erfordert notfalls bloßes Auswendiglernen. Daneben sollten, wenn ein Tatbestand zu schreiben ist, die richtigen Zeitformen (Unstreitiges im Imperfekt; Streitiges Klägervorbringen im Präsens, indirekte Rede; zuletzt gestellte Anträge im Präsens; Streitiges Beklagtenvorbringen im Präsens, indirekte Rede; Prozessgeschichte im Perfekt)²³ in den verschiedenen Stationen des Tatbestandes beherrscht werden. Zuletzt muss stets der Urteilsstil beherrscht und die gerichtliche Entscheidung unterschrieben werden. Letzteres natürlich nicht mit dem eigenen Namen, sondern entweder dem Namen der laut Sachverhalt entscheidenden Personen oder mit dem Hinweis „Unterschrift(en)“.

bb) Anwaltsklausur

In Anwaltsklausuren kommt in der Regel eine Mandantin oder ein Mandant in die Kanzlei und braucht Ihren Rat. Entweder begehrt die Person Rechtsschutz oder sie ist Adressatin eines gerichtlichen Verfahrens. In beiden Fällen ist in der Regel ein Schriftsatz an das zuständige Gericht zu schreiben. Diese sind grundsätzlich nicht an ein solch strenges Schema wie die Entscheidungsklausuren gebunden. Jedoch sollten folgende Punkte dennoch immer beachtet werden: Sollten sowohl ein Sachvortrag als auch Rechtsausführungen vom Bearbeitungsvermerk gewünscht werden, muss auch der Schriftsatz entsprechend aufgegliedert werden. Sachvortrag und Rechtsausführungen dürfen nicht vermischt werden. Für diese Trennung gibt es im Wesentlichen zwei Gründe. Erstens kann nur über Sachverhaltsfragen, nie aber über Rechtsausführungen, Beweis angeboten werden bzw. sollte die Klausur im Eilrechtsschutz spielen, können nur Tatsachen glaubhaft gemacht werden. Zweitens sind in der Praxis Rechtsausführungen zwar die Regel, doch für die erfolgreiche Klageerhebung (vgl. § 253 Abs. 1 ZPO) bzw. -verteidigung nicht erforderlich. Es gilt der alte lateinische Satz: *Da mihi factum, dabo tibi ius.*²⁴ Dennoch werden in der Klausur natürlich Rechtsausführungen erwartet und bilden den Schwerpunkt für die Benotung.

Zudem sollte der Tatsachenvortrag nur die Tatsachen enthalten, die das Begehren der Mandantin oder des Mandanten stützen. Sollte man aus Sicht der Beklagtenvertreterin oder des Beklagtenvertreters schreiben, bietet sich eine Strukturierung des Tatsachenvortrages derart an, dass zunächst die Tatsachen aus dem Klägerschriftsatz substantiiert bestritten und ggf. unter neuem Sachvortrag richtiggestellt werden und danach ein ganz neuer Sachvortrag (insbesondere solcher für Einreden oder Einwendungen) vorgebracht wird.²⁵

Nach dem Sachvortrag erfolgen die Rechtsausführungen, die für die eigene Partei vorteilhaft sind, ebenfalls im Urteilsstil.

²³ *Knöringer*, Die Assessor Klausur im Zivilprozess, 19. Aufl. 2022, Rn. 5.09.

²⁴ Übersetzung: „gib mir den Tatbestand, ich werde dir das Recht geben“, vgl. *Groh*, in: *Weber*, Rechtswörterbuch, 24. Aufl. 2022.

²⁵ Es kann zu Beginn kurz Unstreitiges als richtig anerkannt werden, was aber mit Blick auf § 138 Abs. 3 ZPO nicht erforderlich ist.

cc) Materialien

Zunächst sei auf die Materialien aus den AGs verwiesen. Diese bieten in der Regel eine gute Möglichkeit der Vorbereitung. Die Materialien werden häufig von den AG-Leiterinnen bzw. AG-Leitern erstellt und sind qualitativ grundsätzlich auf dem Niveau, dass mit ihnen die Klausuren der Zweiten Juristischen Staatsprüfung geschrieben werden können. Allerdings bieten nicht alle AG-Leiterinnen bzw. AG-Leiter Materialien zu ihren Stunden an.

Referendarsliteratur gibt es inzwischen sehr viel. Dabei haben sich zwei Klassiker herausgebildet. Während in den süddeutschen Bundesländern insbesondere das Werk: „*Knöringer*, Die Assessor Klausur im Zivilprozess“ das Mittel der Wahl ist, ist in den norddeutschen Bundesländern der „*Anders/Gehle*, Das Assessorexamen im Zivilrecht“ verbreiteter. Der *Knöringer* zeichnet sich durch eine deutlichere Kompaktheit aus, während der *Anders/Gehle* den Vorteil hat, stärker verschiedene – insbesondere in Norddeutschland – gestellte Klausurkonstellationen wie die Erstellung eines Gutachtens über die Rechtslage sowie eine daran anschließende Handlungsempfehlung zu berücksichtigen.

Zudem sei auf die Website des ehemaligen AG-Leiters und jetzigen BGH-Richters *Dr. Bacher* verwiesen.²⁶ Dieser bietet kostenfrei hervorragendes Material zu den wichtigsten Problemkreisen, die in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung geprüft werden.

Wer eine kompakte Darstellung des materiellen Zivilrechts nicht missen möchte, da die eigenen Materialien der Ersten Juristischen Staatsprüfung doch zu umfangreich sind, dem sei an dieser Stelle der Staudinger Eckpfeiler des Zivilrechts²⁷ mit Nachdruck empfohlen. Dieser vermittelt auf ca. 1800 Seiten in einzigartiger Weise ein Systemverständnis des BGB. Zudem sollte in den Gebieten, in denen sicher eine Klausur geschrieben wird, wie im Zwangsvollstreckungsrecht als dritte Klausur Zivilrecht in Nordrhein-Westfalen ein vertieftes, auf die Bedürfnisse der Zweiten Juristischen Staatsprüfung zugeschnittenes Buch durchgearbeitet werden.

b) Strafrecht

Das Strafrecht erfordert die größten Umstellungen im Vergleich zur Ersten Juristischen Staatsprüfung. Dort werden meistens zwei Klausuren geschrieben, sodass dem Strafrecht in allen Bundesländern ein höheres Gewicht als in der Ersten Juristischen Staatsprüfung zukommt. Gerade bei den typischen Klausurtypen „Abschlussverfügung des Staatsanwaltes“ und „Revisionsschriftsatz“ muss sich an eine vollständig neue Darstellung gewöhnt werden. Bei der Abschlussverfügung und einer ggf. zu verfassenden Anklageschrift halten sich die Rechtsausführungen häufig in einem minimalen Rahmen und sind erst im Hilfsgutachten darzustellen. Dies erfordert ein sehr gutes Zeitmanagement, da die Qualität der Rechtsausführungen wichtig für die Benotung ist. Auch im Revisionsschriftsatz sind die Formalia der Darstellung der Verfahrensrüge gewöhnungsbedürftig. Auch hier erfolgen viele Ausführungen materiellrechtlicher Natur nur im Hilfsgutachten. Daneben werden auch die Klausurtypen Urteil (vergleichbar zum Zivilurteil) und Schlussplädoyer des Verteidigers bzw. der Staatsanwaltschaft häufig geprüft.

Wie betont, sind in den Klausuren der Zweiten Juristischen Staatsprüfung die Formen der Darstellung besonders herausfordernd. Doch gibt es auch hierfür verschiedene Lehrbücher. Als Klassiker für die Revisionsklausur gilt das Werk von „*Russack*, Die Revision in der strafrechtlichen Assessor Klausur“²⁸. Daneben gibt es aus der Vahlen-Reihe „Referendarspraxis“ zu jedem strafrechtlichen Klausurtyp ein eigenes Skript, welches auch die nötigen formalen Anforderungen vermittelt.

²⁶ Auffindbar unter <https://www.dr-bacher.de/AG/> (13.9.2023).

²⁷ Vgl. Rezension zur Voraufgabe *Gump*, ZJS 2018, 387.

²⁸ Eine sehr alte Rezension bietet *Weber*, ZJS 2008, 562.

Besonders wichtig sind in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung vertiefte Kenntnisse der StPO. Dafür ist der *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO Kommentar zwar eine sehr gute Hilfestellung, doch gerade in Strafrechtsklausuren ist die Zeit sehr knapp bemessen, sodass eine vertiefte Kommentarlektüre meist nicht möglich ist. Um die nötigen Kenntnisse der StPO zu erlangen, reicht aber im Grundsatz dennoch die sehr gute Darstellung im „*Putzke/Scheinfeld/Putzke, Strafprozessrecht*“²⁹. In materieller Hinsicht sei hier auf die Bücher *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*³⁰ und *Examens-Repetitorium Strafrecht Besonderer Teil* von *Jäger* verwiesen. Diese sind auch für die Zweite Juristische Staatsprüfung empfehlenswert, da das Strafrecht an wichtigen und aktuellen Entscheidungen aus der Rechtsprechung erklärt wird. Diese vermitteln einen sehr guten Überblick über die Ansichten der Rechtsprechung, was gerade in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung wichtig ist.

c) Öffentliches Recht

Im öffentlichen Recht werden mindestens zwei Klausuren geschrieben. Die häufigsten Klausurtypen dürften Entscheidungsklausuren und Anwaltsklausuren sein. Für diese Klausurtypen gilt das zu den zivilrechtlichen Klausuren Geschriebene entsprechend. Selten wird auch der Entwurf einer behördlichen Entscheidung, also eines Verwaltungsaktes gefordert. Mit diesem neuen Klausurtypus sollte man sich vertraut machen, auch wenn die Relevanz eher gering ist.

Auch für die Vorbereitung auf die Klausuren im öffentlichen Recht gibt es verschiedene Bücher,³¹ die das wesentliche Wissen gut vermitteln, sodass es am Ende eine Geschmacksfrage ist, auf welches Buch zurückgegriffen wird. Es sei jedoch für Referendarinnen und Referendare in Bayern auf die Regierung von Oberbayern verwiesen, die passwortgesichert (das Passwort gibt es in der der AG-Stunde im öffentlichen Recht in jedem bayerischen Regierungsbezirk) auf ihrer Homepage³² hochwertige Skripte und Rechtsprechungsübersichten zu den Prüfungsgebieten anbietet.

Daneben sei in Bayern – und eingeschränkter in den übrigen Bundesländern – auf das Lehrbuch „*Öffentliches Recht*“ von *Lindner* verwiesen.³³ Kein anderes Buch schafft es, das Mehrebenensystem des öffentlichen Rechts und dessen Wirkungen so verständlich darzustellen.

d) Rechtsprechungslektüre

Die Bedeutung der Rechtsprechung ist in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung (noch) höher als in der Ersten Juristischen Staatsprüfung. Dennoch sollte dies nicht dahin fehlverstanden werden, so viele Urteile zu lesen wie möglich, um im Examen genau die Klausur zu haben, die ein zuvor gelesenes Urteil aufbereitet. Zum einen gleicht dieser Treffer der sprichwörtlichen Nadel im Heuhaufen. Zum anderen und entscheidender ist das Risiko, den Fall, der vor einem liegt, nicht mehr zu lösen, sondern das gelesene Urteil zu rezipieren. Dadurch besteht die Gefahr, Besonderheiten der konkreten Klausur zu übersehen. Außerdem kann es passieren, dass man sich nicht mehr richtig an das Urteil erinnert und aus einer falschen Erinnerung heraus die Klausur unterschreibt.

Bepunktet wird auch in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung nicht das Ergebnis, sondern die

²⁹ Eine Rezension zur Voraufgabe *Müller*, ZJS 2014, 709.

³⁰ Eine Rezension zur Voraufgabe *Engel*, ZJS 2014, 222–223.

³¹ Beispielsweise *Kintz*, Öffentliches Recht im Assessorexamen, 11. Aufl. 2021; *Pietzner/Ronellenfitsch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 14. Aufl. 2018; *Bülter/Eggert/Peick*, Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 2. Aufl. 2021.

³² Auffindbar unter https://www.regierung.oberbayern.bayern.de/service/rechtsreferendare/skripten_rechtsprechungsuebersichten/index.html (13.9.2023).

³³ *Lindner*, Öffentliches Recht, 3. Aufl. 2022.

Begründungstiefe sowie die Struktur der eigenen Klausurdarstellung.³⁴ Entsprechend kann jede Klausur mit guten Noten belohnt werden, wenn der vorliegende Sachverhalt mit einer guten Argumentation juristisch vertretbar – auch entgegen der Rechtsprechung – gelöst wurde.

Die Lektüre der Rechtsprechung ist vielmehr wichtig, um sich zum einen die Ausdrucksart der Gerichte anzueignen, da so insbesondere gelernt wird, wie Gerichte Meinungsverschiedenheiten darstellen. Zum anderen hilft es, aktuelle Rechtsprechungsentwicklungen im Blick zu behalten und so wichtige Entscheidungen, wie z.B. die zum Abgasskandal³⁵ nicht aus dem Blick zu verlieren. Für diesen Aspekt genügt jedoch die Darstellung der Entscheidungen in den klassischen Ausbildungszeitschriften. Zuletzt ist die Lektüre von gerichtlichen Entscheidungen aus Wiederholungsgesichtspunkten hilfreich, da nur selten bahnbrechend neue rechtliche Fragen entschieden werden. Somit geht mit der Entscheidungslektüre auch immer eine Wiederholung und Vertiefung von Gelerntem einher.

e) Fallbücher

Genauso wie für das die Erste Juristische Staatsprüfung gibt es inzwischen auch für die Zweite Juristische Staatsprüfung eine Auswahl verschiedener Fallbücher,³⁶ in denen Musterklausuren mit Lösungen veröffentlicht werden. Die Durcharbeitung dieser wird nachdrücklich empfohlen. Dies bietet sich insbesondere unmittelbar vor den Klausuren der Zweiten Juristischen Staatsprüfung an, da so noch einmal die Klausursituation trainiert werden kann und die wichtigsten Klausurprobleme vor allem in prozessualer Hinsicht repetiert werden. Bei der Durcharbeitung der Fallbücher bietet sich häufig das bloße Gliedern an, da das Ausformulieren sehr zeitaufwendig ist und ohnehin keine Korrektur erfolgt.

2. Die Repetitorien

Auch für die Vorbereitung auf die Zweite Juristische Staatsprüfung gibt es Repetitorien von den üblichen Anbietern sowie speziell für die Zweite Juristische Staatsprüfung von Kaiser. Im Vergleich zur Ersten Juristischen Staatsprüfung scheint der Besuch dieser jedoch (noch) weniger notwendig, da ihr Mehrwert deutlich geringer ist. Das materielle Recht sollte noch aus der Ersten Juristischen Staatsprüfung bekannt sein und die prozessualen Neuerungen sowie die Formalia sind derart überschaubar, dass eine eigene Erarbeitung durch die AGs und Lehrbücher schnell möglich ist.

Etwas anderes gilt nur, falls im gewählten Bundesland spezielle Fächer erstmals – beispielsweise in Bayern: Steuerrecht und Kautelarrecht – oder in einer besonderen Tiefe – erneut beispielsweise Bayern: Arbeitsrecht – in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung geprüft werden. Für diese bieten sich die von den Repetitorien angebotenen Crashkurse an, da insbesondere die Materialien von sehr hoher Qualität sind.

Allerdings sei nicht in Abrede gestellt, dass die Repetitorien auch hilfreich sein können, um materiellrechtliche Lücken zu schließen. Sie bieten insofern ein Programm, welches einen an die Hand nimmt und so gewährleistet, dass der materielle Stoff nicht in Vergessenheit gerät. Zudem

³⁴ Bühler/Junger/Schmitt, BayVbl. 2019, 793 (800 f.).

³⁵ Dazu überblicksartig Herb/Weber, JA 2023, 705; dies., JA 2023, 793.

³⁶ Beispielsweise zum Zivilrecht Boeck u.a., Klausurtraining, 3. Aufl. 2021; Dallmayer, Zivilrechtliche Musterklausuren für die Assessorprüfung, 9. Aufl. 2022; Silkora/Kell, Kautelarjuristische Klausuren im Zivilrecht, 6. Aufl. 2022; zum Öffentlichen Recht Decker/Konrad, Öffentlich-rechtliche Assessor Klausuren, 9. Aufl. 2022; zum Strafrecht Brunner/Kunnes/Schwabenbauer, Strafrechtliche Assessor Klausuren, 12. Aufl. 2023; Westphal/Tetenberg, Strafrechtliche Musterklausuren für die Assessorprüfung, 8. Aufl. 2020.

haben die Repetitorien die aktuelle Rechtsprechungsentwicklung im Blick, sodass diese nicht selbstständig nachvollzogen werden muss. Überdies sind die meisten Dozentinnen und Dozenten sehr gute Rednerinnen und Redner, entsprechend kann der Besuch eines Repetitoriums für Referendarinnen und Referendare, die eher auditiv lernen, auch zur Vorbereitung auf die Zweite Juristische Staatsprüfung empfehlenswert sein.

Die privaten Klausurenkurse sind dagegen jedem zu empfehlen. Zwar bieten die staatlichen Ausbildungsstätten zahlreiche (Original-)Klausuren zum Mitschreiben an, doch bieten die Repetitorienklausuren den Vorteil einer schnelleren Korrektur und der Berücksichtigung neuerer Rechtsentwicklungen. Für einen solchen sollte man sich spätestens ein Jahr vor dem Prüfungstermin anmelden, damit man genug Übungsklausuren schreiben kann.

3. Die Probeklausuren

Einen ungeheuren Wert hat das Schreiben von Probeklausuren.³⁷ Durch das Schreiben von Probeklausuren verinnerlicht man die formalen Vorgaben, die an Klausuren der Zweiten Juristischen Staatsprüfung gestellt werden. Gerade diese Formalia, die wenig mit juristischen Fähigkeiten zu tun haben, sind für die Praxis von erheblicher Bedeutung. Ein Urteil ohne Unterschrift ist nichtig.³⁸ Eine Klageerhebung ohne hinreichend bestimmten Antrag führt zur Unzulässigkeit der Klage.³⁹ Entsprechend wird auf Fehler in Bezug auf Formalia mit Punktabzügen reagiert.

Zudem lernt man nur durch das Schreiben von Probeklausuren die aufgrund der Zeitknappheit im Examen so notwendige Schwerpunktsetzung, da man den Mut bekommt, sich an unwichtigen Stellen knapp zu fassen.

Ein häufig unterschätzter Punkt des Schreibens von Probeklausuren ist die gezwungene Reflexion des eigenen Wissensstandes. Nirgends sonst wird einem so unausweichlich vor Augen geführt, in welchem Rechtsgebieten noch Potential zur Verbesserung besteht. Dieses Potential kann dann durch die gezielte Aufarbeitung der identifizierten Schwächen in der richtigen Examensklausur voll ausgeschöpft werden. Aber auch, wenn eine Klausur zu einem bekannten Thema gestellt wird, lohnt sich das Schreiben dieser. Sie zwingt, zu prüfen, ob der bekannte Stoff tatsächlich sattelfest beherrscht wird, und wenn dies so ist, ist die Klausur immer noch eine gute Möglichkeit, bekanntes Wissen zu wiederholen.

Die geschriebenen Klausuren sollten nachgearbeitet werden. Dafür gibt es verschiedene Möglichkeiten.⁴⁰ Dafür kann auf die Erfahrungen aus der Vorbereitung auf die Klausuren der Ersten Juristischen Staatsprüfung rekurriert werden, da diese am besten den eigenen Bedürfnissen entspricht. Jedenfalls aber sollten die Passagen, in denen während des Schreibens eigene Probleme aufgefallen sind, derart aufbereitet werden, dass sie das nächste Mal gelöst werden können. Für die Aufarbeitung bietet sich eine ausgeteilte Lösung und/oder die Besprechung, in der besonders gut Nachfragen gestellt werden können, an. Ebenso kann es empfehlenswert sein, die identifizierten Probleme direkt im Anschluss an die Abgabe der Klausur unter Zuhilfenahme von (Groß-)Kommentaren und Rechtsprechung selbst zu lösen. Dieses Vorgehen ist vorteilhaft, da die eigenen Probleme noch frisch im

³⁷ Dies belegt auch die Untersuchung von *Towfigh/Traxler/Glückner*, ZDRW 2014, 8 (12 ff.). Auch wenn die Untersuchung in der Vorbereitung auf die Erste Juristische Staatsprüfung durchgeführt wurde, scheinen ähnliche Ergebnisse auch bei einer Untersuchung der Vorbereitung auf die Zweite Juristische Staatsprüfung nicht abwegig.

³⁸ Greger, in: Zöller ZPO, Kommentar, 34. Aufl. 2022, § 253 Rn. 23.

³⁹ BGH NJW-RR 2007, 767 (767 Rn. 10); Elzer, in BeckOK ZPO, Stand: 1.7.2023, § 300 Rn. 65.

⁴⁰ Vgl. etwa: *Knaier*, Jura 2018, 495–501; *Bühler/Junger/Schmitt*, BayVBl. 2019, 793 (795).

Kopf sind. Sollte auch unter Heranziehung von weiteren Quellen keine überzeugende Lösung gefunden werden, kann das Problem sodann in der Klausurbesprechung adressiert werden.

Die Korrekturen der Klausuren können mitunter frustrierend sein, gerade bei kommerziellen Klausurenkursen. Jedoch sollte probiert werden, sich nicht zu sehr von den gegebenen Noten herunterziehen zu lassen. Vielmehr kann und soll die Korrektur insofern kritisch überprüft werden, ob die Anmerkungen legitim sind. Ist dies der Fall, gilt das zur Klausurnachbearbeitung Gesagte entsprechend.

Der angesprochene Wert des Schreibens der Probeklausuren ergibt sich natürlich nur dann, wenn diese unter Bedingungen geschrieben wurden, die der wahren Klausursituation möglichst nahekommen (also beim E-Examen auch am Computer). Dies sei daher mit besonderem Nachdruck empfohlen. Darüber hinaus kann es sogar ratsam sein, die Probeklausuren unter strengeren Bedingungen – also mit weniger als 5 Stunden Bearbeitungszeit – zu schreiben. So kann die fehlende Drucksituation der wahren Examenssituation etwas kompensiert werden.

Sollte man die Klausuren nicht unter wahren Bedingungen schreiben, sei es, weil man die Lösungen aus vorherigen AG-Jahrgängen vorliegen hat, sei es, weil man die Zeit überschreitet, sei es, weil man doch mal schnell auf Beck-Online oder Juris das Problem nachschaut oder sei es, weil man einfach nur Pausen während der Klausurbearbeitung macht, betrügt man sich und die eigene Examensvorbereitung nur selbst. Einen Mehrwert hat man davon nicht, vielmehr vergibt man die Chance einer wertvollen Lernerfahrung und eines objektiven Feedbacks des eigenen Leistungsrahmens.

Einen seriösen Tipp zu geben, wie viele Klausuren im Idealfall zu schreiben sind, ist nicht möglich. Es sollten jedoch genug sein, um alle Klausurtypen (Urteilklausur, Anwaltsklausur, etc.) in jedem Rechtsgebiet gesehen zu haben. Danach ist es eine individuelle Entscheidung, wann man sich hinreichend sicher im Klausurenschreiben fühlt.

4. Lerngruppen

Genauso wie zur Vorbereitung auf die Erste Juristische Prüfung kann sich je nach Lerntyp das Abhalten einer Lerngruppe mit anderen Referendarinnen und Referendaren anbieten. Dabei bietet sich die Besprechung von Examensklausuren an, um die eigene Klausurtaktik zu perfektionieren. Dafür könnte jeweils eine Person eine Klausur „stellen“ und die anderen Mitglieder lösen die gestellte Klausur selbstständig. Sodann wird die Klausur besprochen, wobei die Person, die die Klausur herausgesucht hat, als Dozentin bzw. Dozent auftritt. Klausuren finden sich auch für die Zweite Juristische Staatsprüfung in den einschlägigen Ausbildungszeitschriften. Dabei ist im Vergleich zur Ersten Juristischen Staatsprüfung jedoch etwas Vorsicht geboten, da sich die Aufgabentypen in den verschiedenen Bundesländern stärker unterscheiden. Daher kann es erforderlich sein, die Aufgabenstellung und „Musterlösung“ auf das eigene Bundesland umzuschreiben. Weiterhin bieten verschiedene Prüfungsämter Probeklausuren oder Aktenvorträge (aber teilweise ohne Lösung) frei zugänglich auf ihren Internetseiten an.⁴¹ Zudem könnte die Lerngruppe auch dafür genutzt werden, Rechtsprechungsentwicklungen aufzubereiten.

Die Lerngruppe hat den weiteren Vorteil des stetigen Austausches mit Leidensgenossen, die sich in der gleichen Situation wie man selbst befinden. So können auch die Pflichtklausuren aus den AGs nachbesprochen werden oder fachliche Probleme, die in der Nachbereitung einer AG-Stunde aufge-

⁴¹ Beispielsweise Rheinland-Pfalz <https://jm.rlp.de/service/landespruefungsamt-fuer-juristen/vorbereitungsdienst/klausurenkurs/> (13.9.2023); Hamburg <https://justiz.hamburg.de/gerichte/oberlandesgericht/personalstelle-fuer-referendare/start-37656> (13.9.2023) und <https://www.referendarrat-hamburg.de/musterklausuren/> (13.9.2023); Nordrhein-Westfalen https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/landesjustizpruefungsamt/aktenvortraege/index.php (13.9.2023).

taucht sind. Jedoch sollte darauf geachtet werden, dass die Lerngruppe dennoch diszipliniert arbeitet und sich nicht in stundenlangen privaten Gesprächen verliert.

5. Sonstiges

Das Referendariat ist ein zeitlich anspruchsvoller Ausbildungsabschnitt. Es müssen die praktischen Stationen, die AG-Unterrichtseinheiten, die selbstständige Vorbereitung und ggf. Nebentätigkeiten in Ausgleich miteinander gebracht werden. Neben all diesen Pflichten sollte jedoch besonderer Wert auf die eigene (psychische) Gesundheit gelegt werden. Die besten Examensergebnisse sind wertlos, wenn sie für den Preis der körperlichen und/oder psychischen Gesundheit erkaufte worden sind. Dementsprechend kann die Devise für das Referendariat nicht sein, sich nur im eigenen stillen Kämmerchen einzuschließen. Dies dürfte mit Blick auf das eigene Durchhaltevermögen und die Motivation zum Lernen langfristig eher abträglich sein. Vielmehr sollte den eigenen Hobbies nachgegangen werden, es sollten die sozialen Kontakte gepflegt werden und auch Sport oder Meditation tragen zum eigenen Wohlempfinden und so zum Lernerfolg bei.⁴² Auch lernfreie Tage gehören zur Erholung dazu.⁴³

IV. Schluss

Das Referendariat und die anschließende Zweite Juristische Staatsprüfung sind die letzten notwendigen Hürden vor dem Ergreifen des juristischen Traumberufs. Die knappe Zeit ermöglicht es bei etwas vorausschauender Planung, viele Möglichkeiten und Einblicke in verschiedene juristische Tätigkeitsfelder zu bekommen. Dabei sollten die am Ende zu schreibenden Klausuren jedoch nie aus dem Blick verloren werden, die das wichtigste Aushängeschild für die eigene juristische Qualifikation sind. Wer die Erste Juristische Prüfung geschafft hat, verfügt auch über die Fähigkeiten, die Zweite Juristische Staatsprüfung zu meistern, wie die deutlich niedrigeren Durchfallquoten in dieser beweisen.⁴⁴

⁴² So auch *Bühler/Junger/Schmitt*, BayVBl 2019, 793 (802).

⁴³ *Bühler/Junger/Schmitt*, BayVBl 2019, 793 (802) empfehlen beispielsweise einen „jurafreien“ Tag in der Woche. Meiner Meinung nach sind pauschale Hinweise nicht zielführend, da es sehr auf die eigene Belastungsfähigkeit ankommt und es sich so um eine persönliche Einschätzung handelt, wie viel freie Tage benötigt werden.

⁴⁴ Vgl. für das Jahr 2021 https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistiken/Juristenausbildung_2021.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (13.9.2023).